

Derecho y Cambio Social



OJS

OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

N.º 60 abril - junio 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: *Javier Pérez de Cuellar, en su condición de Secretario General de la ONU, recibe el documento "La Promesa de la Paz Mundial" de manos de la señora Ruhyyih Rabbani, viuda de Shoghi Effendi (1985); Bahá'í Media Bank.*

El ilustre diplomático peruano falleció en la ciudad de Lima, el 04 de marzo 2020 a la edad de 100 años.

Edición abril - junio 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 Fabriz, 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.

Margareth Vetis Zaganelli, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Brasil.

COORDINADORA DE EDICIÓN:

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

CONTENIDO

FILOSOFÍA DEL DERECHO	Págs.
El derecho como promesa. La filosofía del daño y su reparación. Oswaldo Burgos	11-23
DERECHOS HUMANOS	
“Los salvajes” y el Derecho Internacional. Dieter Dörr	25-52
La controversial relación entre la inembargabilidad automática de la vivienda única y los derechos humanos. Ezequiel Cufari	53-74
Transexualidad y derechos humanos: los desafíos de la población transexual. Margareth Vetis Zaganelli Angélica de Souza Sarmento Paula Ferrario Traba	75-99
La dignidad de los ancianos y la gerontofobia. Suellen Freitas Lessa Carneiro Moyana Mariano Robles Lessa Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	100-121
DERECHO CONSTITUCIONAL	
La igualdad en el Sistema universitario español: una asignatura pendiente y residual. Catalina Ruiz-Rico Ruiz	123-145
El conflicto iusconstitucional y protocolario en la representación de las Altas Autoridades del Estado. Antonio Sánchez-Bayón Gloria Campos Carlos Fuente	146-168
Nacionalidad: respuesta constitucional para los refugiados y los apátridas. Larissa Alves Criste Marcelo Fernando Quiroga Obregón	169-186

(Des)globalización y derechos fundamentales	187-201
Gabriela Pelles Schneider	

DERECHO CIVIL

Responsabilidad civil en el leasing vehicular: su estado actual y una posible reforma legal en el Perú.	203-229
Gabriel Peralta Tripul	

DERECHO COMERCIAL – EMPRESARIAL - FINANCIERO

La importancia de la planificación de la sucesión en la empresa familiar: el papel de las <i>holding companies</i> .	231-250
Ronaldo Alves da Silva	
Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque	

DERECHO PENAL

El sistema de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. Consideraciones político criminales.	252-289
José Sebastián Cornejo Aguiar	
La teoría de la ceguera deliberada: concepto, crítica doctrinal y relación con los delitos de corrupción.	290-310
Esther Campos Cavalcanti Ramalho Procópio	
Pedro de Menezes Carvalho	
La relativización de la presunción de vulnerabilidad de los menores de 14 años en el delito de violación de vulnerables: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul.	311-333
Oswino da Rosa Filho	
Lara Santos Zangerolame Taroco	

DERECHO LABORAL

Reforma laboral: Integración de la CLT y separación de poderes.	335-368
Eduardo Alves Mafra	
Valmir César Pozzetti	

DERECHO REGISTRAL

- La cláusula resolutoria expresa en la jurisprudencia del Tribunal Registral peruano. 370-442
Carlo Alessandro Maya Lomparte

DERECHO TRIBUTARIO

- El uso de la Teoría de juegos en la toma de decisiones en materia tributaria. 444-452
Taisa Emanuely de Oliveira e Lima
Pedro de Menezes Carvalho

DERECHO PROCESAL PENAL

- Obligatoriedad de la acción penal pública e *in dubio pro societate* en el Proceso penal brasileño: repensando antiguos mitos. 454-468
Thadeu Augimeri de Goes Lima

CRIMINOLOGÍA

- Estudios criminológicos contemporáneos (IX): 470-512
La Cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente.
Sergio Cámara Arroyo
- Influencia del positivismo comtiano en la criminología. 513-519
Breve articulación.
Wael Sarwat Hikal Carreón
- Desarmar y matar: armas de fuego en Brasil ante el contexto internacional. 520-549
Elio Virginio Pimentel Filho
Marcelo Fernando Quiroga Obregón

VARIOS

- La Minería Urbana. Un análisis desde el ordenamiento jurídico en Cuba. 551-592
Una apuesta al desarrollo sostenible desde la Economía Circular.
Alcides Antúnez Sánchez
Ilianys Matos Guerra
- Estudio de políticas económicas que aceleran la extinción del Estado de bienestar estatal (I): salario mínimo interprofesional-SMI a juicio. 593-605

Antonio Sánchez-Bayón

Las Entidades de Infraestructura Específica (*claims resolution facilities*) como mecanismo para la efectividad de las políticas públicas: un análisis a la luz de las decisiones estructurales. 606-631

Gustavo Felipe da Cruz Lago

Lucas Salles da Silveira Rosa

Alienación parental: La necesidad de un equipo multidisciplinario para determinar su ocurrencia y ayudar en la conducción de sus consecuencias en juicio. 632-654

Bárbara Ewellin Siqueira da Veiga

Diogo Severino Ramos da Silva

La (in) eficacia de la labor de la policía militar a través de la *Ronda Maria da Penha* para abordar la violencia contra la mujer. 655-676

Acácia Gardênia Santos Lelis

Fabíola Goes dos Santos

La justicia restaurativa y la mediación como medio de resolución de conflictos. 677-699

Ester Pimentel Gonçalves

Marlene Soares Freire Germano

El desempeño del psicopedagogo en las evaluaciones periciales del sector multidisciplinario de la justicia brasilera. 700-717

Thais Santos Ramos de Albuquerque

Diogo Severino Ramos da Silva

Marcus Vitor Diniz de Carvalho

Evelyne Pessoa Soriano

Adriana Conrado de Almeida

Reginaldo Inojosa Carneiro Campello

Magaly Bushatsky

Gabriela Granja Porto Petraki

Mariana Vilela Duarte Clemente

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Radicalización violenta: Vías para la acción preventiva. 719-729

Obra colectiva coordinada por Sergio García Magariño y Dunia Donaires León.

Sergio Cámara Arroyo

Sociología del poder: Relaciones institucionales en el sector público y con actores sociales. 730-735

De la autoría de Antonio Sánchez-Bayón.

Félix Fernández Castaño

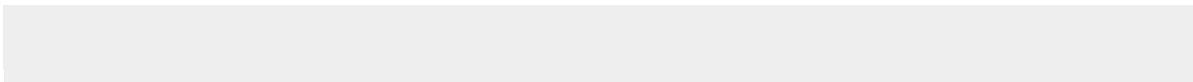
Contra la perfección: Ética en la era de la ingeniería genética. 736-741

De la autoría de Michael J. Sandel.

Margareth Vetis Zaganelli

Mateus Miguel Oliveira

Rodolfo Moreira Baptista



FILOSOFÍA DEL DERECHO

El derecho como promesa. La filosofía del daño y su reparación^(*)

The right as a promise. The philosophy of the damage and its repair

Oswaldo Burgos¹

Sumario: 1. La muerte que (nos) damos -lo simbólico-. 2. Los parámetros del quiebre -lo imaginario-. 3. De la exclusión social a la exclusión jurídica (de lo cómico a lo trágico -lo real-). 4. Envíos y regresos (del deber ser al poder hacer). – Conclusión (los orígenes no-democráticos de nuestra normalidad y de sus normas). – Referencia bibliográfica.

Resumen: En este artículo, el autor expone su reflexión filosófica respecto del daño y su reparación en el plano jurídico legal y en el contexto sociológico. Intenta pensar, filosóficamente, lo que tenemos por normal, lo que naturalizamos como norma. En este sentido, la naturalización de la exclusión como norma y autoridad de lo normal y de lo normado, le preocupa: ¿Qué conceptos urge repensar, redefinir, para poder comprender –y luego denunciar- la dinámica de continua contracción y sustracción de lo legítimo, la ficción insostenible de la igualdad ante la ley, formalmente declamada y simbólicamente irrefutable? Luego de algunos razonamientos sostiene que urge cambiar el juego de lo que se tiene por normal, de lo autorizable, de lo naturalizado. Urge dejar de evocar y repetir, con pretensión de autoridad, las ficciones de tantas verdades normadas en las que no creemos, de tantas y

^(*) Recibido: 06/01/2020 | Aceptado: 20/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Jurista. Argentina (UNR).
osvaldo@burgos-abogados.com.ar

tantas nociones más o menos cómodas a las que, por el uso, nos hemos habituado pero en las que ya no podemos creer. Pensar el orden jurídico como sanción ya no es suficiente, hay que volver a pensarlo como promesa. Hace hincapié en que la exclusión social conllevaría una exclusión jurídica. Es más razonable pensar que los hombres se unen ante el reconocimiento de la amenaza del daño. Es más práctico y menos utópico –aunque el academicismo y la petulancia filosófica nos fueren a ver lo contrario- rastrear el origen de las sociedades humanas hasta el instinto de hospitalidad, hasta la decisión de dar la vida en lugar de dar muerte.

Palabras clave: daño, reparación, norma jurídica, ficciones legales, solidaridad, hospitalidad.

Abstract: In this article, the author presents his philosophical reflection on damage and its reparation in the legal and sociological context. He tries to think, philosophically, what we have as normal, what we naturalize as a rule. In this sense, the naturalization of exclusion as a norm and authority of the normal and the regulated, worries him: What concepts need to be rethought, redefined, in order to understand -and then denounce- the dynamic of continuous contraction and subtraction of the legitimate, the unsustainable fiction of equality before the law, formally declaimed and symbolically irrefutable? After some reasoning, he maintains that it is urgent to change the game of what is considered normal, of what is authoritative, of what is naturalized. It is urgent to stop evoking and repeating, with pretense of authority, the fictions of so many regulated truths in which we do not believe, of so many and so many more or less comfortable notions to which, by use, we have become accustomed but in which we can no longer believe. Thinking of the legal order as a sanction is no longer enough; we must think again about it as a promise. It emphasises that social exclusion would lead to legal exclusion. It is more reasonable to think that men unite in recognition of the threat of harm. It is more practical and less utopian - although academia and philosophical petulance force us to see otherwise - to trace the origin of human societies back to the instinct of hospitality, to the decision to give life rather than to give death.

Key words: damage, reparation, legal standard, legal fictions, solidarity, hospitality.

“El Derecho no responde simplemente a la naturaleza de las cosas, sino que evoca y afirma, e incluso crea lo normal y la autoridad como normal”.

Peter Fitzpatrick.

1.

La muerte que (nos) damos -lo simbólico-

En la ciudad en la que vivo hay, dicen algunos, ciento setenta y cuatro villas. Otros dicen ciento cincuenta, lo mismo da. Hay seiscientas personas que duermen a la intemperie, expuestas a las miserias de la noche, cada noche. Pueden ser más. La deriva de las vidas y de las muertes es un continuo incesante, los cálculos nunca son exactos. Y, desde la perspectiva de lo que intentamos decir aquí, no hay pretensión más absurda que la de esa exactitud.

No se trata hoy, de un ejercicio estadístico –dejemos eso para los sociólogos, que lo hacen más que bien- tampoco de una observación participante que – en su extraño afán de intervenir sin modificar, de asentar sin intervenir- condicione, limita y per/siga a uno de tantos esos “otros” que, antes y después de Franz Boas, resultan ser la misma condición de existencia del complejo de prácticas difusas que habitualmente se engloban bajo el omnicomprendido nombre de antropología.

Intentamos pensar. Pensar, filosóficamente, lo que tenemos por normal, lo que naturalizamos como norma.

Seiscientas personas o más; niños, mujeres, hombres, ancianos. De ciento cincuenta mil a doscientas mil personas en una ciudad de un millón. Una ciudad dentro de otra.

Ciento cincuenta o ciento setenta y cuatro manchones de edad media, en el mapa de una ciudad que se ufana de sus torres nuevas y de sus antiguas aspiraciones de modernización.

Es decir; ciento cincuenta o ciento setenta y cuatro -¿qué más da?- resabios medievales. Con sus señores y sus siervos. Con sus estructuras de delación y sus lealtades, con sus guardias de pasillo y sus “cloacas” a cielo abierto. Con sus ejércitos privados, sus bunkers, sus dinastías. Sus asaltantes de camino, sus salvoconductos, sus leyes no escritas, sus rehenes.

Una ciudad desmembrada, dentro de otra que la mira sin verla. Conectada, ella también, por túneles subterráneos de influencias políticas, de parentescos, de deudas personales, de favores, negocios y ajustes de cuenta.

Un territorio de esquivas, y en cada frontera, entre la ciudad-legal-normalizada y la ciudad naturalizada-como-normal, el límite de la legitimidad. En equilibrio precario, siempre.

Un orden jurídico que se retrae –como el dios impensable de los cabalistas- liberando zonas, corriéndose hacia sí mismo, siempre hacia dentro, reconcentrándose. Reduciendo incesantemente el espacio de lo legítimo, de lo institucional. Y sobre el resto, sobre lo que sobra y queda, sobre el desierto -que no es un vacío sino una sobreabundancia de lo indistinto, acumulación obscena y abisal de cuerpos sin nombre- una ley de la fuerza que avanza, negociando con el poder que la sostiene.

¿Cómo pensar, en estas circunstancias, la construcción de lo singular en lo intersubjetivo? ¿Qué viabilidad real puede haber para la imaginación de un “yo” reivindicable al otro lado del nos/otros simbólico que funciona, desde el emblema de sus invisibilizaciones y desde la replicación de sus abismos, como una máquina de exclusión?

Y, ante la naturalización de la exclusión como norma y autoridad de lo normal y de lo normado ¿Qué conceptos urge repensar, redefinir, para poder comprender –y luego denunciar- la dinámica de continua contracción y sustracción de lo legítimo, la ficción insostenible de la igualdad ante la ley, formalmente declamada y simbólicamente irrefutable?

La *eudaimonia*, en su discutible y poco aceptable traducción como “felicidad”, difícilmente pueda ser una exigencia a sostener frente al derecho, claro. Pero, en su entendimiento amplio como “*buen vivir*” –y aceptando este “buen vivir” como la garantía de una vida digna de ser vivida, aunque no sea necesariamente un “vivir bien” o, mejor dicho, aun cuando no lo sea todavía- ¿tampoco?

Reformulando la cuestión en términos praxísticos; ¿no es precisamente el com/promiso –la promesa compartida- de garantizar la viabilidad de un proyecto de vida digno para cada uno, lo que permite la persistencia de ese *todo-no todo* que un nos/otros jurídico expresa?

Y, luego, en ese nos/otros de la juridicidad –entre el “nos” que los sociólogos calculan y un “otros” en el que la singularidad de cada “otro” sobre el que los antropólogos toman notas acaba difuminándose- ¿no es la división, la zanja -el foso- el muro infranqueable y replicado de lo legítimo, el primero de los problemas filosóficos de hoy?

Si el otro soy yo, en él; ¿quiénes son los “otros de nos” y que hacer con ellos? ¿Qué se puede esperar de aquellos de quienes nadie espera nada? ¿Por qué respetaría el derecho a la vida de los otros alguien a quien el derecho le dice

–y continuamente se lo dice, se lo muestra y se lo de-muestra- que su vida no cuenta, que su muerte no importa?

Del otro lado de la reja está la realidad / De este lado de la reja, también está la realidad / La única irreal es la reja; escribió una vez Paco Urondo en la Cárcel de Devoto, en tiempos de naturalización y normalidad de las muertes políticas.

Pero no hay peor reja que la invisible –porque no puede derribarse, porque regresa de la intención de ignorarla, porque es inabarcable, impermeable, monolítica- y hoy las muertes que nos abruma -naturalizadas, normales por la autoridad de su normalización- son sociales. Exterminio por desprecio, masacre por desidia. Norma que deja matar, autoridad del “hacer morir” - que nunca, pero nunca, es un “morir bien”-

Muertes de jóvenes, a veces de niños, casi nunca de viejos. Muerte apresurada, apremiante.

En las villas los viejos faltan. Un estudio sociológico del año 2014 señala que el 53% de sus habitantes tenía, entonces, menos de quince años; y solo un 2% superaba los sesenta. Dos de cada cien. En las villas hay pocos padres, no hay abuelos, sobran los hijos. Y los rehenes, claro.

De la cárcel se sale -a veces- de la condena no, supo escribir Víctor Hugo. Pero, ¿cuál es la relación entre lo condenado y lo condenable?

¿Qué pasa si un día la muerte, el ajuste de cuentas, la bala perdida, el exceso policial, la imposición del “algo habrá hecho”, de la portación de cara-no-rostro que hace al “ellos” amenazado y acechante, avanza sobre la ciudad-legal-normalizada y cae sobre mí?

Es la tragedia, entonces.

Y a esto llegamos: tal y como Todd Phillips lo acaba de exponer magistralmente en *Joker*, con la memorable interpretación de Joaquin Phoenix, entre lo cómico-anecdótico –“ellos”, los “otros”, que se dan la muerte- y lo trágico –la muerte que, al fin, me llega- el límite se difumina en la inestabilidad del equilibrio. Es una cuestión de apreciación, de simples puntos de vista.

Si mi vida no vale, si mi muerte no importa; vida y muerte expresan nociones irrelevantes para mí, símiles sinsentidos, absurdos intercambiables.

En la normalidad no hay héroes. Y sin héroes no hay tragedias, ni caídas. Cuando lo trágico deviene cotidiano, vuelve a ser cómico-anecdótico y el círculo se cierra. Ya lo dijimos: lo propio de la ley de la fuerza es avanzar. Por eso, cuando tantos y tantos son rehenes, rehenes somos todos.

La Ciudad Gótica de Phillips no es una distopía lejana. Está ahí, a milímetros –y quizás a segundos- de distancia. Las ficciones heredadas en las que el pensamiento jurídico sigue solazándose, ya no ocultan siquiera su ineficacia, se refugian en un *como si* egocéntrico que merodea la inminencia de su implosión, persistiendo en el goce solipsista de legitimarse a sí mismas. Afuera la gente muere, se mata.

Hacemos *como si* no existieran, como si nunca hubieran existido, hasta que una vez nos toca. Mil doscientas muertes violentas en cinco años, en una ciudad negada de doscientos mil habitantes, que mancha con sangre el mapa de mi enjundiosa ciudad de un millón.

Llegado este punto, la afirmación deviene obvia, impostergable: urge cambiar el juego de lo que se tiene por normal, de lo autorizable, de lo naturalizado. Urge dejar de evocar y repetir, con pretensión de autoridad, las ficciones de tantas verdades normadas en las que no creemos, de tantas y tantas nociones más o menos cómodas a las que, por el uso, nos hemos habituado pero en las que ya no podemos creer.

Salir -pero no “de una vez por todas”, salir como principio, como siempre estar saliendo- de los dogmas. Pensar la exclusión que signamos como -y desde- la ley, la amenaza que imaginamos en nuestro imposible afán de seguridad, la muerte que, en lo real, es lo que nos pasa.

Urge pensar la muerte que nos pasa. Para que pase menos. Para que ya no pase. Para que no pase más.

La muerte que consentimos. La muerte que, en su acrítica naturalización, dejamos que se dé y que, en ese dejar, naturalizar, autorizar, imponer, (nos) damos.

2.

Los parámetros del quiebre -lo imaginario-.

Si tuviera una casa / me quedaría en mi casa / y no saldría.

Pero solo tengo la calle / que ni siquiera es mía

Y de un tiempo a esta parte / se me llenó de muertos.

Partiendo de la apuntada tensión entre fuerza de ley y ley de la fuerza, la propuesta de este trabajo es rastrear las consecuencias de la decisión política de retracción del espacio jurídico para acumulación de poder y, consecuentemente, el carácter siempre precario del equilibrio inestable instaurado por las fronteras de legitimidad que, para ello, se instalan y replican en el interior del espacio de juridicidad.

A través de un análisis de las figuras de la exclusión y de la inclusión deficiente (el extranjero, el paria, el judicializado, el pobre, el rehén, el innombrable) intentaremos deconstruir el concepto de "exclusión social" proponiendo su necesaria reformulación como "exclusión jurídica" y la diferenciación, en ese proceso inacabable, de los planos de sentidos señalados por la marginalidad y por la marginación como destinos impuestos desde el nos/otros legítimo de una sociedad abisal y abismal que engloba en un "ellos" difuso a las mismas víctimas de la retracción jurídica, señalándolas y estigmatizándolas como amenaza.

La propuesta es clara: jurídicamente los "espacios sin ley" no existen y por lo tanto, las "zonas liberadas" que crecen continua e incesantemente desde los extramuros hacia el centro de la juridicidad, afectando los modos de inclusión de quienes se sitúan hacia ambos lados de las fronteras de lo legítimo, resultan ser territorios de rehenes.

Un rehén, en tanto es una víctima, "está jugado". Es alguien a quien el derecho le ha dicho que su vida no interesa y, por tanto, mal puede exigirle el respeto a la vida de los demás. Supone, en los términos de Schmitt, un impensado soberano, forzado a la interrupción del espacio jurídico.

Y así, en la proliferación de rehenes que propone, la forma schmittiana de acumulación de poder lleva a la digresión o al totalitarismo. Es decir, a la negación de la ley.

Si el derecho es una conversación plural que se despliega en el tiempo, una sociedad de víctimas, excluidas de esa conversación, deviene inhabitable. Pensar el orden jurídico como sanción ya no es suficiente, hay que volver a pensarlo como promesa. Recuperar la idea de Justicia General que los atenienses reservaban a sus ciudadanos y hacerla extensiva.

Porque un derecho que no garantiza la posibilidad de un proyecto de vida digna para todos aquellos a quienes se propone regir, termina no rigiendo. Y prescindiendo del com/promiso (la promesa compartida) de minimización del dolor y evitación de los daños, ningún orden de mera sanción preserva la paz social.

3.

De la exclusión social a la exclusión jurídica (de lo cómico a lo trágico - lo real-).

Bruno Latour dice, en su teoría del actor-red, que lo "social" se ha difuminado en su polisemia hasta desaparecer como concepto. *El proyecto de dar una 'explicación social' de algún estado de cosas ha sido productivo y probablemente necesario en el pasado, pero ha dejado de existir*, sostiene.

La sociedad somos todos, pero ¿de quién hablamos, en particular, cuando decimos “todos”? De nadie.

La “sociedad” –esa misma que según Latour no existe- no soy yo, no sos vos, no es ella. Es, en el mejor de los casos, un nosotros genérico y ajeno, un colectivo impersonal que bien puede, según las circunstancias, devenir hacia un ustedes, o hacia un ellos. Más allá de lo imaginario y sin alcanzar jamás lo simbólico -la conjetura siempre fantasmal del castigo-, nadie asume una responsabilidad real por lo que “la sociedad” haga. Ella, en sí, es un imponderable.

De tal modo, decir “exclusión social” y afirmar expresamente con eso que es “la sociedad” –y no el derecho- quien excluye, resulta doblemente autocomplaciente (siempre que entre los excluidos del nosotros social no esté yo, claro):

1- Por un lado, naturaliza la exclusión.

La “sociedad” es nuestra naturaleza, así como la polis griega era la naturaleza del *zoom politikon* aristotélico. Y si ella toma por norma la exclusión; lo normado es lo normal.

2- Por otro lado, nos libra de toda responsabilidad por sus aberraciones.

No soy yo, no sos vos, es ella. Y ella escapa a mi incidencia, a tu control.

Sin embargo esta máscara se cae a su primera lectura.

No puede haber exclusión social. Y no puede haberla, porque:

1- La sociedad –si acaso, contrariando a Latour, existiera más allá de sus actores-redes, de las difusas relaciones que en su sincronía diacrónica refiere- no actúa por sí.

2- En la materialización de su exclusión, los excluidos de (y por) la sociedad, ¿adónde irían? ¿A una sociedad que a su vez excluyera y así ad infinitum, tal vez?

No parece ser un argumento serio; fuerza a aceptar infinitas sociedades segregadas hasta la digresión, en un único espacio social pulverizado (la “sociedad de las gentes en situación de calle”, por ejemplo, como excluidos de la trama urbana; la “sociedad de las gentes en situación de pasillo”, como excluidos de los excluidos de esa trama, etc.)

La conclusión es simple: no hay infinitas sociedades, ni siquiera puede haber dos, hay una sola. Una sola sociedad, un único todo-notodo por cada espacio social, en el que cada vez más y más personas -niños, hombres, mujeres, ancianos- no tienen derecho a nada. Ni siquiera a vivir, a seguir vivos.

El peligro no es menos evidente: Decir, seguir diciendo “exclusión social” - seguir pensando en el plano de significación que ese concepto inaugura- supone dar por sentado que existe un límite de lo legítimo, que ese límite de lo legítimo escapa a toda voluntad humana y que, por lo tanto, quienes transcurren su temporalidad por fuera de él –los involucrados, los precarizados, los lúmpenes de distinto grado, los guachos, los cabeza, los ni- ni- resultan poco más que un conjunto nebuloso de seres fantasmales, incapaces de toda organización, primitivos, y entonces naturalmente sojuzgables.

El concepto de exclusión social supone, así, la determinación de un ellos e, inmediatamente, su objetivación como material disciplinario.

Volveremos sobre esto. Y sobre las nefastas implicancias de los discursos que en su articulación sostiene. Por ahora, baste decir que más allá de la portación de cara y del “algo habrán hecho” que necesariamente le sigue, no hay un “ellos”. Hay un “otros”.

No un otro -no se trata ahora de la tan pensada y repensada otredad; si lo primero que pierden las víctimas es la voz, lo primero que pierde el excluido es su subjetividad, el reconocimiento de su singularidad en lo intersubjetivo- Hay un otros de nos.

Y aquí el envío desde lo cómodo (lo cómico-anecdótico) hacia lo trágico, se completa: ese otros de nos es, justamente, la parte enferma, gangrenada, que una y otra vez se tiene por amputable, en el resurgir periódico de los discursos de limpieza, purificación, saneamiento de supuestas identidades colectivas presuntamente contaminadas por su existencia (discursos que la idea de “exclusión social” normaliza, en su naturalización higienista).

(In)justamente, la parte de nosotros injustamente privada de sus derechos por imperio de un Derecho excluyente.

“La peor parte de tener un enfermedad mental es que la gente espera que te comportes como si no la tuvieras” le hace escribir Todd Phillips al maravilloso Joker que actúa Joaquín Phoenix en su diario de terapia o libreta de chistes (y nótese la huella inconmensurable abierta por esta ambigüedad).

La peor parte de ser un excluido (un extranjero, un paria, un judicializado, un rehén, un innombrable, un pobre) es que el derecho te dice que no lo sos.

4.

Envíos y regresos (del deber ser al poder hacer)

*Ella no tiene más de seis años / Y recorre los bares de la noche vendiendo sus fibrones /
Entre una mesa y otra, baila. / Para su ingenuidad todavía es un juego.*

No es mi culpa. O sí.

Acaso dios exista y perdone mi indolencia / Yo no puedo.

O acaso no haya existido nunca / Y el castigo, para mí, sea yo.

Receptar el cambio de lenguaje, abrir el juego a la sustitución paradigmática que la asunción de la responsabilidad política y moral por los otros implica - y siempre implica, no ya en los términos puramente formales de Arendt sino en la apelación de Levinas y, mucho más todavía, en la exigencia concreta de Benhabib- supone dar lugar a una serie de envíos y regresos conceptuales no idénticos, que le permiten al pensamiento jurídico salir de la lógica binaria que su encierro en el “deber ser” (y luego, en el viejo esquema amigo/enemigo de Schmitt) supone.

Y en ese re/descubrimiento, des/velo del mundo normado y normalizado en su anormalidad (del afuera de la caverna de reglas y principios, donde la gente muere y se mata) articular, pasado el encandilamiento, una perspectiva del “poder hacer” -del poder hacer siempre, del siempre poder hacer todavía- que, sin jerarquizaciones ontológicas ni asimilaciones espurias, inaugure la huella de una complejidad que desborda toda pretensión de relatos unificadores y sistémicos.

Entre los envíos que irrumpen, reclamando su consideración en nuestro pensamiento colectivo, apremian:

- a) El que deja de lado la noción de individuo (parte mínima indivisible – herencia positivista- y prescindible, de un todo que se entiende como superior a su suma –herencia teológica- y que, por lo tanto, no lamentaría su eliminación) para situar y sitiar en su lugar la de singularidad intersubjetiva de cada ser humano, entendido como un punto de vista irrenunciable sobre el universo.
- b) El que abandona el pensamiento del derecho como sanción (que no llega a quienes están más allá o más acá de la amenaza de la fuerza de ley, a los que “están jugados” y a los que manejan el juego) com/prometiéndose a pensar el derecho como promesa (que incluye, claro, la amenaza como promesa negativa pero no se agota en ella, sino que garantiza la posibilidad de construir un proyecto vital digno para cada uno, según sus propias elecciones y sus circunstancias

concretas).

- c) El que acepta la sustitución de la clásica ficción de igualdad por la asunción indelegable del compromiso (la promesa compartida) de igualación.

Envíos que, como ya hemos dicho, instauran, respectivamente, estos regresos no idénticos -que, en su diferimiento y diferenciación -difference- hacen al continuo incesante, que cada idea general de justicia es-:

- a) De la invisibilidad.

Que supone la lógica de la portación de cara, en tanto “más allá de lo legítimo” todo se ve igual. Y luego, hace resurgir el discurso del “algo habrán hecho” en forma de acechanzas y amenazas continuas: “algo (me) harán.”

- b) De la irresponsabilidad.

Que alienta la ficción del “como si” de sistema, que funciona en tanto condene y condena para mostrar que funciona; siempre sobre los mismos, sobre sus clientes, sobre los flojos de papeles, los que nacen reincidentes, los que están siempre a prueba.

- c) De la confusión.

Entre marginalidad y marginación. O entre los desventajosamente incluidos (los que pelean por sobrevivir “dentro”, “de este lado” del margen de legitimidad hacia el que continuamente se los empuja) y los excluidos (los segregados del no-todo que la sociedad es).

Entre los “otros de nos” y “los otros nos”. Es decir, ahora sí, los “ellos”, ajenos sobre los que ninguna responsabilidad nos cabe, en tanto son parte de otro todo-notodo social.

5.

Conclusión (los orígenes no-democráticos de nuestra normalidad y de sus normas)

Si mis derechos no los tienen los demás, no son derechos, son privilegios / un orden levantado sobre privilegios, es un castillo de naipes: tarde o temprano va a derrumbarse

Vamos terminando. Desde Hobbes (que imaginó en el Leviatán a la monarquía absoluta como un animal monstruoso que mantenía a los hombres bajo su dominio) pasando por Locke, Rousseau y Kant, hasta llegar a Rawls, las teorías del contrato, el pacto o la institución creacionista de lo social tienen un defecto insalvable: presuponen que los hombres fueron civilizados

(hasta el punto de “sentarse a contratar” evaluando adecuadamente recursos y necesidades, ventajas y desventajas) justo en el momento anterior a serlo.

En ese contexto surge la idea de responsabilidad civil (el deber de responder de dar una respuesta) y la caracterización de la norma jurídica como sanción al responsable. En ese contexto, también pudo decirse que “*es lo mismo cumplir una ley que incumplirla y pagar la indemnización*” (Holmes) y que “*los hombres nos asociamos a fin de compartir, dividir e intercambiar. También nos asociamos para hacer las cosas que son compartidas, divididas e intercambiadas, pero el mismo hacer –la labor en sí- es distribuido entre nosotros por medio de una división del trabajo.*” (Michael Walzer)

Pero el costo social de la afirmación de Holmes sería, en una sociedad abisal, desmesurado –en un escenario en el que quien puede pagar, puede incumplir legítimamente; la legitimidad depende de una cuenta bancaria- y la afirmación de Walzer es imposible de comprender fuera de la noción de justicia general: la sociedad humana no puede ser una sociedad distributiva porque si lo fuera, cada quien debiera concurrir a integrarla con algo susceptible de ser compartido, dividido o intercambiado. Hay quienes no tienen nada de eso y a veces, los que no tienen nada que despierte el interés ajeno son mayoría.

Es más razonable pensar que los hombres se unen ante el reconocimiento de la amenaza del daño. Es más práctico y menos utópico –aunque el academicismo y la petulancia filosófica nos fueren a ver lo contrario- rastrear el origen de las sociedades humanas hasta el instinto de hospitalidad, hasta la decisión de dar la vida en lugar de dar muerte. Y sostener que es en el diferir de esa pulsión de muerte, donde se inaugura la huella de la representación humanidad en la que la noción común de Justicia tiene lugar y en cuya referencia, la construcción del Derecho inscribe su rastro.

“*La justicia no es –como lo es el utilitarismo- una ciencia integrada, sino un arte de la diferenciación. Y la igualdad es solo el resultado de ese arte*”, dice Walzer. Pero la diferenciación, en tanto justicia, implica, primero, el reconocimiento de diferentes formas de expresión de lo legítimo y, después, la posibilidad concreta de legitimación para quienes no participan de la atribución de relevancia social a ciertos bienes; es decir, para aquellos a quienes el pensamiento abismal excluye de la discusión sobre los “principios de justicia” que tanto preocupa a los teóricos.

Reformulando a Hegel, diríamos entonces que en referencia de justicia, la igualdad no es sino el compromiso de igualación en derechos de lo siempre desigual. Si la justicia no es manifestable en el orden de lo fáctico; la igualdad, como ideal jurídico, no existe.

El momento en el que alguien dice “esto es lo justo” es el momento de clausura del Derecho y es, también, el momento del emplazamiento del muro de legitimación, de invisibilidad de lo diferente –de lo demasiado diferente, según el pensamiento distributivo- hacia guetos de improbables territorios sin ley.

Después, si las villas son ciento setenta y cuatro o ciento cincuenta, es un problema para sociólogos. En lo que a nosotros respecta, el pensamiento ya ha sido clausurado. Y el silencio opera como ley marcial –es decir, como amenaza y delación- en la ciudad negada.

Sin justicia general (optimización del “buen vivir” de cada uno, en su “vivir bien” como posibilidad cierta) no hay justicia. Sin normas, normalidades y naturalizaciones de autoridad democrática, hablar de democracia es poco más que un insulto.

Referencia bibliográfica

- Hegel, G. (1807). *El Espíritu del cristianismo y su destino*. Buenos Aires: Juárez Editor, 1971.
- Hobbes, T. (1989). *Leviatán: la materia forma y poder de un estado eclesiástico y civil* (1a. ed.). Madrid: Alianza.
- Latour, B. (2001). *La esperanza de Pandora. Ensayos sobre la realidad de los estudios de la ciencia*. Barcelona: Gedisa.
- Latour, B. (2012). *Cogitamus. Seis cartas sobre las humanidades científicas*. Buenos Aires: Paidós.
- Latour, B. (2013). *Investigación sobre los modos de existencia. Una antropología de los modernos*. Buenos Aires: Paidós.
- Latour, B. (2017). *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Locke, J. (1998). *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Editorial Porrúa.
- Urondo, F. (1973). *La patria fusilada*. Buenos Aires: Ediciones de Crisis.
- Walzer, M. (1976). *Obediencia y desobediencia civil en una democracia*. México: Editorial Dimelisa.
- Walzer, M. (1993). *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del Pluralismo y la Igualdad*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

06/01/2020

DERECHOS HUMANOS

“Los salvajes” y el Derecho Internacional ^(*)^(**)

"Savages" and International Law

Dieter Dörr ¹

Sumario: **I.** Los salvajes como concepto legal. **II.** La doctrina de la carencia de derechos de los territorios de ultramar y la Escolástica Tardía. **III.** Vattel y el concepto de civilización. **IV.** La doctrina de los salvajes sin derechos. **V.** La práctica estatal con especial referencia a Norteamérica. **VI.** El rol de la Suprema Corte de los EE.UU. **VII.** La posterior expansión de EE.UU. y la posición de las Indias Occidentales. **VIII.** Los fallos de las Cortes internacionales. – Epílogo. – Referencia bibliográfica.

Resumen: Las doctrinas de la no-soberanía de los territorios, la comunidad de las “naciones civilizadas” y la de la carencia de soberanía de derecho internacional de las comunidades no-europeas salvajes sirvieron primariamente para justificar el incumplimiento de los tratados, así como también para legitimar

(*) Recibido: 21/01/2020 | Aceptado: 20/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

(**) Artículo traducido por **Freddy Ortiz Regis** del inglés al español.

Fuente original: Dörr, D. (1993). "Savages" and International Law. *Law and State*. A Biannual Collection of Recent German Contributions. Tübingen: Institute for Scientific Co-Operation, Vol. 47, p. 7-27.

Dörr, D. (1993). “Los salvajes” y el Derecho Internacional. *Revista Derecho & Estado*. Colección bianual de las contribuciones alemanas en el ámbito del Derecho Constitucional e Internacional. Tübingen: Instituto para Cooperación Científica, Vol. 47, p. 7-27.

El autor de la traducción es abogado del Estudio Jurídico Ortiz Regis de Trujillo, Perú. Se le puede contactar en la siguiente dirección web: <https://ortizregis.blogspot.com/>

¹ Profesor de la Universidad Johannes Gutenberg de Mainz, Alemania. Se le puede contactar en la siguiente dirección web: <https://www.jura.uni-mainz.de/doerr/>

moralmente las acciones de los europeos en el ámbito del concepto de civilización. Sin embargo, desde el principio, estas doctrinas estaban en oposición con la práctica de los estados y, por tanto, nunca fue un principio básico del derecho internacional vigente. Más bien, el factor esencial para decidir la soberanía en el derecho internacional era determinar si y hasta qué punto las comunidades no-europeas podían disponerse y ser capaces de observar las relaciones que se desprenden de la suscripción de tratados.

Palabras clave: salvajes, carencia de derechos, territorios de ultramar, escolástica tardía, civilización, tribus de los EE.UU., soberanía territorial.

Summary: The doctrines of non-sovereignty of territories, the community of "civilized nations" and the lack of sovereignty of wild non-European communities in international law served primarily to justify non-compliance with treaties, as well as to morally legitimize the actions of Europeans in the field of the concept of civilization. From the beginning, however, these doctrines were in opposition to state practice and therefore never a basic principle of current international law. Rather, the essential factor in deciding sovereignty in international law was whether and to what extent non-European communities were able to dispose of and observe the relationships that result from the conclusion of treaties.

Key words: savages, lack of rights, overseas territories, late scholastic, civilization, US tribes, territorial sovereignty.

El título² podría causar inicialmente cierta sorpresa entre algunos lectores. Sin embargo, los así llamados "salvajes" no son de poca importancia en conexión con la expansión europea y el desarrollo del moderno derecho internacional. El concepto de lo(s) salvaje(s) ha servido en el desarrollo de éste — como ha sido demostrado — para implantar la idea de una carencia de autoridad soberana de los territorios de ultramar y, de esta manera, justificar las conquistas de los europeos en el derecho internacional.

² This article reproduces the inaugural address given by the writer on 30.11.1989 at the University of Hamburg. On the same topic, but restricted to the USA, the writer has also produced an article entitled "Die 'Indian Nations and Tribes' in Nordamerika und das Volkerrecht", JöR n. F. 36 (1987), p. 489 ff.

I. Los *salvajes* como concepto legal

El concepto legal de los *salvajes* estuvo ciertamente presente en el derecho internacional de los siglos XVIII y XIX. Kant, por ejemplo, en su ensayo titulado “En eterna paz”³ explícitamente se refirió a los salvajes en el segundo y definitivo artículo en conexión con el derecho internacional. En su punto de vista, los salvajes existen en un estado de libertad anárquica y, por lo mismo, preferían permanecer en constantes guerras antes que someterse a un orden legal autoimpuesto. En su opinión, los salvajes, p. e. los indios americanos, preferían una libertad en el caos en vez de una libertad racional, por lo que —como resultado de su falta de cultura y refinamiento— deberían ser considerados con total desprecio. Por otro lado, Kant lamenta el hecho de que incluso los pueblos europeos, supuestamente cultos, se comporten de la misma y depravada manera.

La diferencia entre los salvajes europeos y americanos radica, principalmente, en el hecho de que muchas tribus americanas fueron totalmente destruidas por sus enemigos, mientras que los salvajes europeos fueron más diestros al sacar provecho de sus víctimas conquistadas. Estos realmente extraños puntos de vista respecto de los estilos de vida tanto de los indios americanos como de otros pueblos no-europeos no es típico de Kant. En los hechos, y en otros pronunciamientos, Kant toma una firme posición en contra tanto de la teoría de la falta de soberanía de los territorios de ultramar como del irrestricto derecho de ocupación por parte de los europeos⁴. Sin embargo, sus groseramente erróneas opiniones respecto de las vidas de los pueblos no-europeos tuvo un mayor efecto, influenciando permanentemente las teorías acerca de los territorios no-soberanos. Es necesario, sin embargo, mostrar cómo el concepto legal de lo *salvaje* fue ganando importancia en el derecho internacional.

Antes de los grandes descubrimientos que ocurrieron en el siglo XV, las relaciones legales entre las distintas comunidades eran conducidas dentro de una relativa estructura estable. Los imperios cristianos de Europa formaron el núcleo de este intercambio, con plurales relaciones legales entre ellos. Junto a ellos estaban los pueblos islámicos. Las interacciones legales entre

³ Cf. Kant, Immanuel: Schrift zum Ewigen Frieden, Gesammelte Werke, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. XI, p. 206 f.

⁴ Cf. Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten, Rechtslehre para. 15, Gesammelte Werke, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. VII; a critique of colonialism is also contained in the 3rd Definitive Article of: Schrift zum Ewigen Frieden, Gesammelte Werke, Vol. XI, p. 216 f., where Kant writes: "If we compare ... the inhospitable conduct of the cultured, primarily trading states of our part of the world, the injustice which they show in visiting foreign countries and peoples (which, for them, is synonymous with conquest) is frightening ...".

estas dos esferas en la Edad Media fueron reguladas de una manera especial, incluyendo una larga lista de restricciones y prohibiciones. La cultura greco-bizantina representó el enlace entre estas dos esferas. Sin embargo, fue excluida de la muy estrecha comunidad de los estados europeos cristianos, por lo que desarrolló su propio derecho internacional configurado por Constantinopla⁵.

Siguiendo a los nuevos descubrimientos, el radio de acción de los europeos se expandió rápidamente hasta cubrir todo el globo. Así, comenzó el período de la expansión europea en ultramar. Esto necesariamente planteó la pregunta sobre qué normas legales debería aplicarse a las relaciones entre las comunidades de ultramar y los estados europeos. El primer problema que surgió aquí fue si estas relaciones debían ser gobernadas por el derecho internacional. Además de esto, se cuestionó si las variadas formas de organización política en ultramar, que van desde los imperios rígidamente estructurados hasta las más elementales formas tribales de organización, deberían ser reconocidas como sujetos de derecho internacional en vista de su orfandad cristiana o —más adelante— falta de civilización.

II. La doctrina de la carencia de derechos de los territorios de ultramar y la Escolástica Tardía

⁵ Cf. Grewe, Wilhelm G.: *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Badén-Baden 1984, p. 72 ff.; Stadtmüller, Georg: *Geschichte des Völkerrechts*, Teil 1, up to Congress of Vienna (1815), Hanover 1951, p. 54 f.; Verosta, Stefan: *Geschichte des Völkerrechts*, in: Verdross, Alfred: *Völkerrecht*, 5th edn. p. 31 ff. (58 f.); Ago, Roberto: *Die pluralistischen Anfänge der internationalen Gemeinschaft*, in: *Volkerrecht und Rechtsphilosophie*, International Festschrift for Stephan Verosta on his 70th Birthday, Berlin 1980, p. 25 ff. (37 ff. and 47 ff.); Preiser, Wolfgang: *History of the Law of Nations (to 1648)*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 7, 1984, p. 143 ff.; see also Ziegler, Karl-Heinz: *Zur Einführung - Völkerrechtsgeschichte*, *JuS* 1987, p. 350 ff. (352 f.); on the leading role of Byzantium, d. Eichhoff: *Macht und Sendung, Byzantinische Weltpolitik*, 1981; Felix: *Byzanz und die islamische Welt im früheren 11. Jahrhundert*, 1981; on international law in antiquity, d. e. g. Bengston: *Die Staatsverträge des Altertums II: Die Verträge der griechisch-romischen Welt von 700 bis 338 v. Chr.*, 2nd edn., 1975; Schmidt, H. H.: *Die Staatsverträge des Altertums III: Die Verträge der griechisch-romischen Welt von 338 bis 200 v. Chr.*, 1969; Ziegler, Karl-Heinz: *Kriegsverträge im antiken römischen Recht*, *Zeitschrift der Savigni-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Vol. 102 (1985), p. 40 ff.; Ziegler, Karl-Heinz: *Tradition und Wandel im Völkerrecht der römischen Spätantike*, Preiser Festschrift, 1983, p. 11 ff.

En el primer plano de esta doctrina está la ideología del grupo de pueblos cristianos europeos. Así, en las primeras bulas papales de 1344⁶, 1418⁷, 1436⁸ y 1455⁹, referidas a los territorios de ultramar, se niega cualquier derecho a las poblaciones o comunidades indígenas. Además, el papa garantizó a España y Portugal el derecho de conquistar cualquiera de estos territorios. Esto es particularmente claro y explícitamente expresado en la bula papal de 1455, mediante la cual se garantiza al reino portugués el derecho exclusivo de hacer la guerra, subordinar y apropiarse de las riquezas y posesiones de los sarracenos, paganos y otros enemigos de Cristo, así como también convertir a sus habitantes en esclavos perpetuos¹⁰. La primera —y más amplia e importante— discusión en torno de los derechos de los pueblos de ultramar surgió en conexión con las actividades de España en el Nuevo Mundo. Después de haberse hecho conocido que España había aplastado al imperio azteca con una brutal crueldad, surgió un amplio movimiento de oposición dentro de la iglesia española, lo cual es particularmente digno de apreciar.

Los trabajos de la Escolástica Tardía abrieron el camino para el surgimiento del moderno derecho internacional, y su importancia no puede ser subestimada. En su gran mayoría, éstos no han sido suficientemente reconocidos a lo largo de la historia del derecho internacional y del desarrollo del moderno derecho internacional. La figura central en la subsecuente discusión fue Francisco de Vitoria (Burgos, 1483 o 1486 - Salamanca, 12 de agosto de 1546), quien realizó un impresionante y sistemático intento para analizar y encontrar una solución a las preguntas más relevantes en su trabajo titulado “De Indis”¹¹. Vitoria reconoció que las recientemente descubiertas

⁶ Bull of 280 11. 1344, reproduced in Gallo, Alfonso García: Las bulas de Alejandro V. y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias, in: Anuario de historia de derecho español 27 /28 (1957/ 58), p.461 ff. (738 f.).

⁷ Bull rex regnum of 40 40 1418; reproduced in Jarda, Levy Maria: Bullavium patronatus Portugalliae regum in excelsiis Africae, Asiae atque Oceaniae, Vol. 1, Lisbon 1868, p.590

⁸ Bull Romanus pontifex of ISO 90 1436, reproduced in: De Witte, Charles Martial: Les bulles pontificales et l' expansion portugaise au XVe siecle, in: Revue d'histoire ecclésiastique 48 (1953), p.693 ff. (717 f.).

⁹ Romanus pontifex of 80 1. 1455, reproduced in: Davenport, Frances Gardiner: European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies, Vol. 1, Washington 1917, p.13 ff.

¹⁰ On these papal bulls, do Fisch, Jorg: Die europäische Expansion und das Völkerrecht, Stuttgart 1984, p.206 ff.

¹¹ Vitoria, Francisco de: De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros relectiones, Lectures on the recently discovered Indians and the right of the Spanish to wage war against the barbarians, Latin text with German translation by Walter Schatzel, Tübingen

Indias, p. e. las Indias Centroamericanas, tenían derechos de soberanía y de posesión. En su opinión, ellas eran las propietarias legales y ocupantes de dichos territorios, por lo que España no podía derivar ninguna titularidad sobre los territorios y sobre sus ocupantes ni del rey ni del papa. El rey no es señor del mundo y la autoridad del papa solo recae sobre la cristiandad, por lo que éste no podía disponer sobre ninguno de los territorios de los herejes en América. Incluso, el derecho de descubrir, no le otorgaba a España ninguna legitimidad sobre los imperios existentes en las Indias. Victoria sostenía la siguiente fórmula: mientras que los territorios no-soberanos eran aquellos que podían ser reclamados por el primero que los descubriera, en cambio los territorios de América no podían considerarse como no-soberanos pues eran poblados por personas que tenían los derechos de soberanía y de posesión. Incluso, el rechazo de los indios a aceptar al cristianismo, así como cualquier constatación de violación del derecho natural no otorgaba a los cristianos ningún derecho para conquistar o justificación para hacer la guerra.

Francisco Suárez de Toledo Vázquez de Utiel y González de la Torre¹², conocido como Doctor Eximius (Granada, 5 de enero de 1548 - Lisboa, 25 de septiembre de 1617) también —quien con Victoria es probablemente el más significativo miembro de la Escolástica Tardía española— considera que los imperios de las Indias tienen explícitamente los mismos derechos que los imperios cristianos. En sus tratados, Suárez puso un particular énfasis en el ideal de la igualdad de todos los pueblos¹³. Concordantemente, en los trabajos tanto de Victoria como de Suárez se demanda la necesidad de aplicar y abarcar a todas las comunidades bajo la jurisdicción del derecho internacional¹⁴. Sin embargo, a pesar de estas avanzadas posturas, Victoria y

1952; do also Soder, Josef: Die Idee der Volkerrechtsgemeinschaft, Francisco de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des Volkerrechts, Frankfurt a. M. 1955, p. 20 ff., in which Vitoria is rightly described as the founder of the modern study of international law; see also Soder, Josef: Francisco Suárez und das Volkerrecht, Frankfurt a. M. 1973, P: 65 ff.; on the importance of Vitoria, do also Fisch, Jorg (In, 9), P: 212 ff.; Grewe, Wilhelm G, (fn. 4), P: 173 ff.who, in my view, underestimates the importance of Vitoria for modern international law.

¹² On the importance for Suárez for modern international law, do especially Soder, Josef: Francisco Suárez und das Volkerrecht, Frankfurt 1973; Fisch, Jory (fn. 9), p. 215 ff.

¹³ Cf. Suárez, Francisco: Tractus tertius de caritate, Opera omnia, Vol. 23, Paris 1958, P: 747 f.; see also (in great detail) Soder, Josef (In. 11), p. 310 H., with further references.

¹⁴ For this reason, Vitoria, Suárez and possibly also Vázquez de Menchaca deserve the honorary title of "Founders of International Law" much more than Hugo Grotius; on the discussion of Hugo Grotius as the "Founder of International Law", see Link, Christoph: Hugo Grotius als Staatsdenker, Tübingen 1983; Haggemacher, Peter: Grotius et la doctrine de la guerre juste, Paris 1983, P: 622; Grewe, Wilhelm Go: Grotius - Vater des Volkerrechts, in: De; Staat, 23 (1984), P: 161 ffo; Schiedermaier, Hartmut: Hugo Grotius und die Naturrechtsschule, in:

Suárez son de la opinión de que los imperios cristianos tienen dos derechos especialísimos que surgen de: si la propagación del evangelio es obstaculizada, o si alguna norma de los no-creyentes prohíbe a sus súbditos convertirse al cristianismo; entonces sí se justifica hacer la guerra contra los no-creyentes. Esto no contradice en modo alguno a su posición de que el rechazo de los indios no-creyentes a aceptar el cristianismo no da el derecho a los cristianos para justificar la guerra. Esta guerra, precisamente, solo es un derecho muy especial no sobre la base de que los indios rechazan convertirse al cristianismo, sino sobre la base de que la misión de expandir el evangelio está siendo obstaculizada por la fuerza. Ambos estudiosos concuerdan, por tanto, desde la premisa del derecho internacional, que éste concede a los no-creyentes el derecho de aceptar la misión cristiana sin restricciones¹⁵. De especial importancia para el subsecuente debate es Vásquez de Menchaca¹⁶, quien vino procedente de una esfera no eclesiástica y trató con la cuestión de los territorios de ultramar ya desde 1564 en su “*Controversiarum illustrium*”. Él, enfáticamente, rechazó el concepto de los *especiales derechos de los cristianos y de las sociedades civilizadas* pues consideró que todos los hombres han nacido libres¹⁷. Hasta cierto punto, Vásquez es considerado un precursor de Christian Wolff, en el extremo de que los conceptos de la Escolástica Tardía fueron transmitidos a través de sus trabajos a la universidad holandesa de Leiden, influenciando, entre otros, a Hugo Grotius, quien es frecuentemente mal señalado como el “padre del (moderno) derecho internacional”¹⁸.

Ya en el siglo XVIII y especialmente en el siglo XIX, la cristiandad perdió su importancia como una comunidad central en el derecho internacional. Así, desde 1815 hacia adelante ya no hay referencias a la cristiandad como principio central en la mayoría de tratados¹⁹. Por lo tanto, no es sorpresa de que la idea de la igualdad de todos los pueblos pase a ser más

Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift for Karl Carstens, Cologne 1985, p.477 ff.; Ziegler, Karl-Heinz: Hugo Grotius als "Vater des Volkerrechts", in: Gedachtnisschrift Wolfgang Martens, Berlin and New York 1987, P: 851 H., in which Grotius remains preeminent, but in which the importance of the Late Scholastic School (p. 856) is rightly emphasized.

¹⁵ Cf. Dorr, Dieter: Die "Indian Nations and Tribes" und das Volkerrecht, JöR, n. F. 36 (1987), p.489 ff. (491); Fisch (fn. 9), p.217 f.

¹⁶ On Vásquez de Menchaca, do especially Seelman, Kurt: Die Lehre des Fernando Vásquez de Menchaca vom Dominium, 1979: see also Fisch (fn. 9), p.243 f.

¹⁷ Vasquez de Menchaca, Fernando: Controversias fundamentales y otras de más frecuente, ed. by Fidel Rodríguez Alcalde, Vol. 1, Chap. 10, p. 4 f.

¹⁸ On this, d. Ziegler (fn. 13), p. 851 ff., and above, fn. 13.

¹⁹ Cf. Grewe (In, 4).

consistentemente representada con el abandono —o al menos con el debilitamiento— de la ideología de los países cristianos europeos. De particular importancia en este proceso es Christian Wolff²⁰, quien de manera enfática rechazó los especiales derechos que se atribuían las sociedades cristianas y civilizadas europeas en relación con las comunidades y los pueblos de ultramar. En su opinión, solo deberían ser ocupados aquellos territorios no-soberanos, entendiendo por no-soberanos, solo aquellos territorios que no han sido ocupados o posesionados por nadie. Una precondition para el concepto de pueblo es que los miembros del grupo estén asociados a otros en un estado civil²¹. En el punto de vista de Wolff, no son necesarias sólidas formas de organización para encajar en su definición. Solo es necesario una asociación de personas organizadas alrededor de un orden legal, incluso si éste no es escrito. Es irrelevante si las personas son nómadas o sedentarios. Wolff describe al pueblo como un estado legal, lo que refiere al pasado y a la posesión de una tradición filosófica. Para él no es el Estado sino el pueblo —como comunidad organizada dentro de una infraestructura legal— el que es el portador esencial de soberanía en el derecho internacional.²²

III. Vattel y el concepto de civilización

Sin embargo, la teoría de la igualdad fundamental de todos los pueblos no prevaleció en las postrimerías del siglo XVIII sino especialmente en el siglo XIX. Hubo más bien un desarrollo del concepto de comunidad de estados civilizados. Sobre esta base, los derechos de las comunidades de ultramar para actuar con plena capacidad legal, fueron consistentemente negados. La mayoría de trabajos y artículos relacionados con esta cuestión provinieron de Norteamérica. Esto es comprensible por razones históricas. La posición de las comunidades norteamericanas fue en algunos casos muy fuerte, algo que no es —en su gran mayoría— reconocido hasta hoy en Europa. Así, la Confederación Iroquesa fue por un largo tiempo el principal factor de poder que coadyuvó a hacer alianzas con los competitivos poderes europeos, p. e. Gran Bretaña y Francia. Varios historiadores británicos y americanos son de

²⁰ On this, see also Fisch (fn. 9), p. 270 ff.

²¹ Cf. e. g. Wolff, Christian: *Jus naturale methodo scientifica pertractum*, Vol. 2, Halle 1742, reprint Hildesheim 1968, paras. 175-197.

²² As stated, rightly, by Verosta, Stefan: *Der Vertrag zwischen Portugal und dem Marathen-Staat von 1779 - europaisches oder universelles Volkerrecht*, Preiser Festschrift, Baden-Baden 1983, p. 95 ff.

la opinión de que la Confederación Iroquesa tuvo una decisiva y larga influencia en la lucha por el predominio entre Gran Bretaña y Francia²³.

La teoría de la carencia de derechos de los territorios de ultramar y de su comunidad de naciones o estados puede ser largamente rastreada hasta el escolástico suizo Emer de Vattel, el oponente más importante de Wolff. Inicialmente, Vattel²⁴, acogió todos los puntos de vista de Wolff. Mas la diferencia se comenzó a manifestar en el concepto de civilización. En este contexto, Vattel desarrolló la teoría del “beneficio a la humanidad”, la que fue inicialmente utilizada para justificar las acciones de Gran Bretaña en Norteamérica. De acuerdo con esta teoría, los pueblos tenían el derecho de apropiarse de los territorios solo por causa del beneficio que se podía derivar de ellos. Sin embargo, esto no debía impedir a otros pueblos obtener también los mismos beneficios del mismo territorio. En opinión de Vattel, el territorio o país debería ser dividido en función de las necesidades que podría ayudar a satisfacer. Con esto otorgaba a las poblaciones sedentarias y civilizadas cercanas el derecho natural de apropiarse de los territorios de los nómadas, pues éstos eran muy desperdiciadores de la tierra y no la sabían aprovechar de manera efectiva. De esto, Vattel desarrolló la escalera de la civilización. Los pueblos que no construyen en el territorio, que prefieren vivir del ambiente —como las viejas tribus germánicas y algunas de los tártaros— merecían, en su punto de vista, ser exterminadas como los animales salvajes y dañinos. Solo una porción del territorio de los pueblos nómadas, entre los cuales Vattel contó a los indios norteamericanos, podía ser apartada por las poblaciones sedentarias europeas, a fin de utilizar mejor la tierra en interés de la humanidad como un todo²⁵. Vattel describía a los indios como salvajes y consideró que los europeos tenían el derecho de constreñir a estos salvajes hacia las fronteras más alejadas. En su opinión, el consentimiento de los

²³ On this, see e. g. Frederici, Georg: *Der Charakter der Entdeckung und Eroberung Amerikas durch die Europaer*, Reprint of 1925-1936 edn., Vol. 2, Osnabrück 1969, p. 318 ff., with further references; Cohen, Felix S.: *Handbook of Federal Indian Law*, Washington 1962, p. 416 f.; Jennings, Francis: *The ambiguous Iroquois empire*, New York etc. 1984; on the unwritten constitution of the Iroquois Federation, d. e. g. Gaiarekowa: *Das Grosse Friedensgesetz des Langhaus-Volkes (Irokesenbund)*, revised and edited by Frank/Wagner, Saarbrücken 1988; on this, see also the letter from Benjamin Franklin to Mr. Parker of 20. March 1751, printed in extract in Dermis, Henry c.: *The American Indian 1492 - 1976*, Dobbs Ferry 1977, p. 14.

²⁴ Vattel, Emer de: *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des Souverains*, ed. by LaEradelle, Albert de, Vol. 1, Washington 1916, pp. 1-16, 18, 81 and 208 f.

²⁵ see above, fn 23.

salvajes a perder el territorio, p. e. por medio de tratados, era ciertamente lo deseable, mas no requería de la intervención del derecho internacional²⁶.

IV. La doctrina de los salvajes sin derechos

Es solo un pequeño paso de esta teoría y la idea de civilización que contiene el concepto de comunidad de naciones civilizadas de finales de los siglos XVIII y XIX²⁷. La *comunidad de derecho internacional* en este punto de vista es equiparada con el de *comunidad civilizada*. En este punto parece no haber mayor divergencia con la opinión de Wolff, quien también describe al “pueblo” como un estado legal, es decir, adscribiéndolo a un cierto concepto de civilización. Sin embargo, quienes proponen la doctrina de la comunidad de naciones civilizadas lo hacen desplazando a los pueblos no-europeos de por sí incivilizados, y considerando solamente a los estados europeos —y posteriormente a EE.UU.— como pertenecientes a las naciones civilizadas²⁸.

La esencia de este concepto de civilización dentro de este contexto, sin embargo, se aproxima aunque de manera imprecisa a la palabra alemana “Zivilisation”, y en definitiva a las palabras “civilization” o “civilisation” en las lenguas inglesa y francesa respectivamente; y ambas en referencia a la cultura y a los logros técnicos e industriales. En el inglés el término es muy aproximado al progreso técnico-industrial. Como resultado de esa alegada falta de desarrollo técnico e industrial, los pueblos indígenas de América, África y Asia fueron considerados como carentes de alguna forma de *civilización*. Y como consecuencia de esto, no tenían ningún estatus legal en el derecho internacional, por lo que ninguna acción en contra de ellos podía ser considerada como una violación del derecho internacional. John Stuart Mill de manera muy suave resumió esta doctrina en su famosa frase: “Los bárbaros no tienen derechos como nación”²⁹.

Si esta doctrina era empleada como fundamento, entonces todos los territorios de ultramar podían ser libremente ocupados, en cuanto no eran territorios soberanos en el ámbito del derecho internacional. Esta doctrina, por supuesto, está naturalmente basada en una falsa premisa acerca de los pueblos indígenas de América, África y Asia, quienes eran considerados de una manera simplista, como cazadores nómadas que vivían despreocupada e independientemente al margen de cualquier forma de comunidad. Esto

²⁶ see above, fn 23.

²⁷ On this doctrine, d. especially Fisch (In. 9), p. 349 ff.; Grewe (fn. 4), p. 638 ff.

²⁸ see above, fn. 26.

²⁹ Mill, John Stuart: A few words on non-intervention, in: Dissertations and Discussions, Political and Historical, Vol. 3, London 1867, p. 153 ff. (168).

impactó de manera especial en Norteamérica, con Rosseau³⁰, Tocqueville³¹, Cooper³² y más tarde Thoreau³³, quienes hicieron una significativa contribución con su imagen del “salvaje noble”, el que rápidamente se convirtió en el “bárbaro” y más adelante en el “demonio rojo”. Esta imagen aún contornea muchos conceptos de hoy, particularmente en Norteamérica.

Sin embargo, precisamente en Norteamérica, los hechos muestran algo diferente. La organización de la Confederación Iroquesa fue citada por Benjamín Franklin como un modelo de la creación de la unión de las colonias inglesas, que posteriormente dio forma a los Estados Unidos³⁴. Hoy en día, los iroqueses consideran que su constitución no escrita implementó los derechos de libertad y de división de poderes mucho antes que los Estados Unidos y los europeos; asimismo, reclaman ser reconocidos como los pueblos civilizados más antiguos de la Tierra³⁵. También no cabe discusión en el sentido de que no solo los iroqueses, sino también numerosas otras tribus de América del Norte y África fueron poblaciones sedentarias, que vivían en lugares fortificados y que llegaron a tener una alta y desarrollada agricultura³⁶. En tal sentido, la imagen del nómada, “salvaje noble”, parece ser una superficial aproximación aplicable a la mayoría de indígenas americanos de las praderas y a las tribus de cazadores del África. Sin embargo, en América, la cultura de los indígenas de las praderas se desarrolló mucho después, como resultado de la inmigración europea. La presión para expandirse hacia el oeste forzó de manera significativa a los indígenas a ir hacia las praderas. Los antaño cazadores y agricultores se convirtieron en cazadores netos como resultado tanto de la abundancia de ganado en las praderas como de la presencia de caballos introducidos por los españoles en América. Sin embargo, aun estas tribus de cazadores vivían en comunidades

³⁰ Rousseau, Jean-Jacques: *Contrat social ou principe du droit politique*, 1762.

³¹ Tocqueville, Alexis de: *De la Démocratie en Amérique*, Bruxelles 1840, Vol. 1, p. 45 f.; Vol. III, pp. 125-130, 146.

³² Cooper, James Fenimore: *The Last of the Mohicans*, 1862.

³³ Thoreau, Henry David: *Walden*, 1854.

³⁴ Cf. Franklin, Benjamin: *Letter to Mr. Parker of 20. March 1751*, reproduced in Dermis (In. 22), p. 14.

³⁵ Cf.: Ein Ruf zur Einsicht, Die Botschaft der Irokesen an die wesentliche Welt, Böh1984, pp. 14 and 24 f.; on this, d. the unwritten constitution in the historically disputed version translated into German, Gaianerekowa: *Das grosse Friedensgesetz des Landhaus- Volkes (Irokesenbund)* (fn. 22).

³⁶ On this: Frederici (In. 22), Vol. 2, p. 326 ff., with further references; Sayre, Robert de: *Thoreau and the American Indians*, Princeton 1977, p. 1 ff.

altamente desarrolladas con estructuras organizativas de corte federal³⁷. Por lo tanto, queda claro, que la imagen del “salvaje noble” fue abrazada por la doctrina de derecho internacional y mal usada para privar a los pueblos no-europeos de sus derechos.

Y aunque que la doctrina de la comunidad de naciones civilizadas, que excluía a las comunidades no-europeas, estaba basada en una falsa premisa, lo cierto es que aparece en la base del derecho internacional vigente³⁸, a juzgar por los trabajos de los escritores en materia de derecho internacional europeos y alemanes. Si nos referimos a los trabajos contemporáneos en la historia del derecho internacional —incluso a los excelentes trabajos de Grewe— las comunidades no-europeas fueron excluidas de la comunidad del derecho internacional. Los pueblos que vivían en esos territorios fueron designados, por tanto, como “salvajes”, de modo que cualquier negación de sus derechos no podía acarrear ninguna violación del derecho internacional, y sus territorios podían ser ocupados por ser considerados como no-soberanos. Si aceptamos las conclusiones de estos teóricos, podemos hacer nuestras propias reservas morales; pero ellas configuraban el derecho internacional vigente³⁹.

V. La práctica estatal con especial referencia a Norteamérica

Sin embargo, para cualquiera que no esté satisfecho con estas interpretaciones de los historiadores del derecho internacional, sino que en su lugar buscan las fuentes originales, graves dudas emergen sobre si la doctrina de la comunidad civilizada de naciones siempre ha sido derecho internacional vigente. Un factor central y decisivo en el derecho internacional es la práctica de los estados⁴⁰. La práctica de los estados europeos y de EE.UU. de firmar tratados con las comunidades no-europeas representa una remarcable contradicción a la doctrina de la ocupación irrestricta y de la carencia de derechos de los así llamados *salvajes*. Aun hoy, la existencia de estos tratados es reconocida solo en casos individualizados en la literatura europea de derecho internacional. Desafortunadamente,

³⁷ On the Sioux (Lakoto, Dakoto and Nakoto), who are incorrectly seen as the classic example of nomad savages, d. e. g. Hassrik, Royal B.: Das Buch der Sioux, 1982; on the Cheyenne Indians, see Schlesier, Karl H.: Die Wölfe des Himmels, Welterfahrung der Cheyenne, Cologne 1985.

³⁸ On this, see especially Grewe (fn, 4), p. 638 ff., with further references.

³⁹ see above, fn. 37.

⁴⁰ This view is taken rightly, for example, by Schiedermaier, Hartmut: Effektive Herrschaftsgewalt und Rechtsfähigkeit im Völkerrecht, JA 1984, p. 638 ff. (639); JCI Reports 1949, p. 179.

incluso Grewe, en su “Epochen der Völkerrechtsgeschichte” (Épocas de la historia del derecho internacional), pone escasa atención a estos tratados, y de esta manera llega a la insostenible conclusión de que tales tratados transferían, a lo mucho, derechos de propiedad, pero nunca derechos de soberanía⁴¹. Una razón que explica esta falta de atención hacia estos tratados podría ser que un gran número de colecciones de tratados no contenían los así llamados tratados coloniales. Sin embargo, esto ha cambiado ahora y el “Consolidado de Tratados” tiene en cuenta a todos los tratados coloniales⁴².

Un estudio de estos tratados claramente muestra que solo los EE.UU. concluyó casi 400 tratados con las llamadas tribus y naciones indias⁴³. Esta práctica de negociar con las tribus y naciones indias a través de tratados, así como con otros estados soberanos, se mantuvo hasta el 3 de marzo de 1871⁴⁴ en que se promulgó una ley que explícitamente prohibió en el futuro la firma de tratados con las tribus y naciones indias dentro del territorio de los Estados Unidos. Gran Bretaña también suscribió numerosos tratados con las comunidades indígenas de Norteamérica. El mismo cuadro emerge en África. Bélgica, Francia, Alemania y Gran Bretaña negociaron con las tribus africanas en base a tratados aspectos relacionados con la obtención de titulación de tierras⁴⁵. De igual manera, tanto el Reino Unido como Holanda suscribieron tratados con varias comunidades del sur-este de Asia, particularmente en lo concerniente a la cesión de territorios⁴⁶.

Desde el principio, Estados Unidos expresó claramente que no iba a proceder bajo la premisa de que los territorios de los así llamados salvajes, p. e. los indios, podrían ser ocupados libremente a voluntad. En la ley del 3 de marzo de 1789⁴⁷ se estipuló que el territorio y la propiedad de los indios no podía ser tomada sin su consentimiento. La única excepción lo constituía la puesta en marcha de una *guerra justa y legal* que debía tener el consentimiento del Congreso. A esto se sumó la Sección 4 de la Ley de Relaciones Indias de 1790⁴⁸ que estipulaba que ninguna venta de algún indio o de una comunidad

⁴¹ Grewe (In. 4), p. 638 ff.

⁴² On the sources, cf. Parry: The Consolidated Treaty Series, Special Chronologue 1648-1920, Vol. 1,2.

⁴³ In the treaties, the Indian communities were initially usually termed "Nations" and later "Tribes" or "Bands"; on this, cf. Dorr (fn. 14), with examples in fns. 26 and 27.

⁴⁴ 16 Stat. 566.

⁴⁵ On the sources of the individual treaties, cf. Parry (fn. 41).

⁴⁶ see above, fn. 44.

⁴⁷ On this, cf. Dorr (In. 14), p. 496.

⁴⁸ 1. Stat. 137.

indígena dentro de los Estados Unidos era válida si no había sido realizada en el marco de un tratado con el gobierno de los Estados Unidos. La misma declaración en el sentido de que solo una guerra justa podía ser llevada a cabo en contra de los indios, reafirmaba la soberanía de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional al atribuirles el estatus de *combatientes*.

Todos los tratados coloniales, que en forma y esencia proveyeron un argumento en favor de su clasificación bajo el derecho internacional contradicen la doctrina del derecho a la libre ocupación. Su clasificación condujo a numerosas dificultades y absurdos en el estudio del derecho internacional del siglo XIX, y esto claramente muestra que la doctrina del derecho a la libre ocupación y el concepto legal de *salvaje* sirvió en esencia para —retrospectivamente— justificar el incumplimiento de los tratados, por lo que de esa forma se convirtió en significativamente prevalente solo después de la conclusión de la expansión europea en la segunda mitad del siglo XIX⁴⁹.

Resulta particularmente interesante que la doctrina de la no-soberanía de los territorios habitados por los salvajes y el derecho a la libre ocupación por los estados europeos no fue usada como fundamento de la práctica estatal —precisamente en Norteamérica, en donde el prototipo del “salvaje”⁵⁰ se creía haber sido descubierto.

En este contexto, deberá advertirse, sin embargo, que el reconocimiento general del derecho de las comunidades indígenas a su territorio, y la práctica de negociar con estas comunidades por medio de los tratados, no deberá conducirnos a falsas conclusiones. Esto no significa que los habitantes indígenas de Norteamérica, especialmente de los Estados Unidos, eran tratados con una particular consideración. Ocurre justo lo contrario, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX⁵¹.

Desde el comienzo del establecimiento de los europeos en Norteamérica, se ha observado varias fases en la política sobre los indígenas. Inicialmente, desde 1533 (comienzo de los asentamientos en la costa este), las comunidades indígenas eran consideradas como naciones plenamente

⁴⁹ On this, cf. Fisch (fn. 9), p. 349 ff.

⁵⁰ see above, fns. 29-32.

⁵¹ On this, see e. g. Brown, *Dee: Bury My Heart at Wounded Knee*, New York 1970, with further references.

soberanas⁵². La construcción de fronteras entre las colonias y las confederaciones indígenas en la costa este, así como también la adquisición de territorios, fueron realizadas por medio de acuerdos entre los representantes de las tribus y los de la corona inglesa y —como ocurrió en las fases tempranas— también con los de la corona holandesa. Los acuerdos fueron denominados “tratados” y considerados de cumplimiento internacional⁵³. Esto fue en parte también porque las tribus y confederaciones indias representaron una amenaza militar que debía ser seriamente considerada. Esto fue enfatizado por el rey Luis XIV que consideró no a los ingleses sino a la Confederación Iroquesa como la más peligrosa oponente de Francia en el Nuevo Mundo⁵⁴.

Siguiendo a la victoria sobre los franceses en la llamada Guerra de los Siete Años —conocida en Norteamérica como la Guerra Franco-India— y en respuesta a la subsecuente revuelta de dieciocho naciones indias bajo el liderazgo del jefe Pontiac, el rey Jorge III decretó su Proclama Real de 1763⁵⁵ estableciendo la cresta de los montes Apalaches como la frontera entre los territorios de los indios y las colonias inglesas. Esto tuvo también la intención de servir como un medio para mantener el control sobre las colonias y prevenir una irregular expansión de estos asentamientos hacia el interior. La Proclama Real levantó la encarnizada resistencia de algunos colonialistas expansionistas, lo que fue remarcado por los historiadores ingleses como la mayor causa de perturbación entre las colonias y la Madre Patria, y que a la larga condujo a la declaración de la independencia⁵⁶.

Durante y después de la guerra de independencia, EE.UU. adoptó la práctica de celebrar tratados. Las tribus indias una vez más representaron un factor importante debido a las hostilidades entre británicos y americanos, pues ambos bandos intentaban atraerlas a su lado. Al mismo tiempo, incluso después de la Guerra de Independencia, hubo repetidos enfrentamientos

⁵² On this, see Cohen, Felix: *Handbook on Indian Law*, 1982; Durham, W. Cole: *Indian Law in the Continental United States: An Overview*, *Law & Anthropology, Internationales Jahrbuch für Rechtsanthropologie*, Vol. 2 (1987), p. 93 ff. (94 ff.).

⁵³ Durham (fn. 51), p. 94; Cohen (fn. 51), p. 53; Peyer, Bernd c.: *Bürgermehr oder weniger, Indianer und das Gesetz in den USA*, in: Peter R. Gerber, *Vom Recht, Indianer zu sein*, Zürich 1986, p. 103 ff. (104).

⁵⁴ Cf. Frederici (fn. 22), Vol. 2, p. 364 f.

⁵⁵ On this, cf. Sanders, Douglas: *Aboriginal Rights in Canada, An Overview*, *Law & Anthropology*, Vol. 2 (1987), p. 177 ff. (180 f.).

⁵⁶ According to B. Peyer (fn. 52), p. 104.

armados entre EE.UU. y las tribus indias aliadas⁵⁷, particularmente en el noroeste como resultado de la continua expansión (frontera de Ohio), a raíz de lo cual las fronteras fueron definidas por tratados y, gradualmente, empujadas hacia el oeste. En este período, las simpatías de los indígenas estuvieron exclusivamente con los británicos⁵⁸.

Después de la guerra de 1812 —en la cual estaban solamente las tribus indias del nor-oeste bajo el comando del jefe Tecumseh⁵⁹ (probablemente el más significativo de los líderes indios) quien impidió que los EE.UU. conquisten Canadá al comienzo de la guerra— la supremacía de EE.UU. sobre los indios fue establecida en el tratado de Ghent (1814)⁶⁰. Los británicos hicieron una completa retirada hacia Canadá.

A partir de aquí, las comunidades indígenas no representaron una seria amenaza militar para EE.UU., quienes continuaron negociando con ellas a través de tratados. Sin embargo, estos tratados fueron usados de manera significativa para desconocer los derechos territoriales de los indígenas y para re-asentar a los “salvajes” en el marco de la llamada Política de Reposicionamiento⁶¹. Nuevamente, el concepto de civilización jugó un fatídico rol. Especialmente bajo el gobierno del así llamado Presidente de las Fronteras, Jackson⁶², este punto de vista hizo prevalecer la idea de que la coexistencia pacífica entre los “indios salvajes” y los “blancos civilizados” era prácticamente imposible. Por esta razón, todos los indígenas se fueron a vivir al territorio al oeste del Mississippi, separados de los blancos. Para este fin, fueron negociados sendos tratados con ellos, de modo que los actuales territorios en los que hoy es Kansas y Oklahoma les fueron transferidos a cambio de sus actuales territorios⁶³.

La presión militar fue empleada para forzar los tratados con las comunidades indígenas, paradójicamente con las altamente desarrolladas comunidades tribales del sur de EE.UU., las que se adaptaron al estilo de vida europeo, y que fueron descritas por los mismos norteamericanos como las “cinco tribus civilizadas”, alcanzando esta política su pináculo más triste con la expulsión

⁵⁷ On the war on the Ohio Border 1789 - 1795, cf. e. g. Tucker, Glenn: Tecumseh, 1956, p. 50 ff.

⁵⁸ see above, fn. 56 and also: Die Wunden der Freiheit, 1983, p. 53 ff.

⁵⁹ On this, cf. Tucker (fn. 56).

⁶⁰ Cf. above, fn. 54.

⁶¹ On this, cf. Peyer (In. 52), p. 105 ff.

⁶² Andrew Jackson was President from 1829-1837.

⁶³ See Peyer (fn. 52), p. 106 ff.

de la nación Cherokee de Georgia. Durante esta expulsión cerca de la tercera parte de los cheroques perdieron la vida⁶⁴. Durante esta Fase de Remoción, la Corte Suprema de los EE.UU. intentó clarificar la posición legal de las naciones indias en sus sentencias como respuesta a las sendas apelaciones planteadas por aquéllas.

VI. El rol de la Suprema Corte de los EE.UU.

Entre los años 1823 y 1832 la Corte Suprema de EE.UU. expuso su posición en torno al estatus de las naciones indias y su relación con los EE.UU. en tres importantes sentencias⁶⁵. Cada una de estas sentencias fue redactada por el juez supremo Marshall, quien concedió que las naciones indias tenían derechos de propiedad sobre sus propios territorios⁶⁶, y describió a éstas como “naciones domésticas dependientes”⁶⁷ (véase las sentencias en los casos “Nación Cherokee vs Georgia”, 1831⁶⁸; “Worcester vs Georgia, 1832⁶⁹).

En primer lugar, Marshall señaló que las naciones indias y sus tribus era estados que formaban entidades políticas específicas separadas de otras. Desde el tiempo de la ocupación de Norteamérica, todos los estados europeos y los Estados Unidos han tratado con las naciones indias como estados. Numerosos tratados las reconocieron como pueblos que eran capaces de asumir relaciones tanto hostiles como pacíficas.

Sin embargo, los territorios de las naciones y tribus indias no podían ser considerados como territorios ajenos a los EE.UU. Esto se desprende del *derecho a descubrir* que fue reconocido por todos los estados europeos y fue confirmado en los tratados entre estos estados. El derecho a descubrir dio a los EE.UU. —como estado descubridor— un título exclusivo, en relación con todos los otros estados europeos, que consistía en el derecho de adquirir los territorios descubiertos a los indios. Consecuentemente, los indios no podían disponer libremente de sus territorios a voluntad, sino que solo podían transferirlos exclusivamente a los EE.UU.

⁶⁴ Cf. Die Wunden der Freiheit (In. 57), p. 104 ff.

⁶⁵ Graham's Lessee v. McIntosh, 8 Wheaton 543 (1823); Cherokee Nation v. Georgia, 5 Peters 1 (1831); Worcester v. Georgia, 5 Peters 512 (1832).

⁶⁶ 8 Wheaton 543, on this, Dorr (In. 14), p. 496 f.

⁶⁷ 5 Peters 1, on this, Dorr (fn. 14) p. 498.

⁶⁸ 5 Peters 1.

⁶⁹ 5 Peters 512.

Finalmente, las naciones indias fueron consideradas como dependientes de los Estados Unidos. Este hecho fue reconocido por ellas mismas en la mayoría de tratados en los cuales adoptaron la protección de los Estados Unidos. En consecuencia, las comunidades indígenas quedaron en un estado semejante al de los menores de edad⁷⁰. En este contexto, por tanto, no es difícil reconocer el concepto de civilización, que tuvo un amplio número de adherentes —especialmente de Vattel— dentro de la disciplina del derecho internacional en los siglos XVIII y XIX.

Sin embargo, en su segunda sentencia, el juez Marshall de manera significativa remarcó en su argumentación que las comunidades indígenas eran naciones dependientes. En esta segunda sentencia estableció de manera explícita que la independencia y el derecho de las naciones indias al autogobierno y a la autodeterminación no era afectado en ninguna manera por el hecho de que los indios habían, inicialmente, a través de tratados, adoptado la protección del Reino Unido y posteriormente la protección de EE.UU. En concordancia con un reconocido principio del derecho internacional, un poder más débil no pierde su independencia ni su derecho al autogobierno por aliarse a un poder más fuerte y buscar su protección⁷¹. Así, el segundo fallo explícitamente afirma la capacidad de las naciones indias —las así llamadas “salvajes”— de actuar por sí mismas en el derecho internacional. Sin embargo, estas naciones indias solo podían establecer relaciones con los estados europeos reconocidos como potencias descubridoras —y consecuentemente con los EE.UU.— y no con otro estado. Esta restricción, en la opinión de la Suprema Corte de EE.UU., provenía del derecho a descubrir, el cual apenas si es reconciliable con el derecho natural, pero representaba el derecho internacional vigente y debía, por lo tanto, ser aceptado por las naciones indias⁷².

Esta resolución, pues, de la Suprema Corte, por un lado, reconoce la soberanía en el derecho internacional de las naciones indias —y por lo tanto de una sección de los llamados “salvajes”— pero al mismo tiempo esto último está sujeto a restricciones específicas. En consecuencia, la situación es tal que las relaciones entre los Estados Unidos y las naciones indias, en la opinión de la Corte Suprema, contiene elementos de relaciones sujetas tanto al derecho interno como al derecho internacional. Así, la posición de Estados Unidos como una especie de fideicomisario de las naciones indias con autoridad legislativa —p. e. su posición de guardián— nunca fue puesta en

⁷⁰ See Dorr (In. 14), p. 498.

⁷¹ See Dorr (In. 14), p. 499.

⁷² On this, Dorr (fn. 14), p. 499 f.

discusión por la Suprema Corte. En consecuencia, la Corte Suprema interpretó —y así lo hace en la actualidad— que la relación entre EE.UU. y las naciones y tribus indias es una mezcla de derecho interno y derecho internacional.

Debe reiterarse, sin embargo, que la práctica estatal en Norteamérica hasta la primera mitad del siglo XIX muestra evidencia de la capacidad de los así llamados “salvajes” de representarse a sí mismos en el derecho internacional. Desde el principio, las naciones indias fueron consideradas con la capacidad de conducirse en sus relaciones tanto hostiles como pacíficas. En suma, desde el principio, las potencias europeas —y más tarde EE.UU.— concluyeron tratados internacionales con las naciones indias sobre la base de la igualdad. Con esta práctica, los europeos expresaron el hecho de que consideraban a los así llamados “salvajes” con la capacidad y la buena voluntad de cumplir las obligaciones que emanaban de los tratados. Esta opinión fue también ampliamente constatada, sobre todo en Norteamérica, donde los así llamados “salvajes” siempre observaron el principio de *pacta sunt servanda*, mientras que los supuestamente civilizados estados europeos y americanos no sobresalieron precisamente en esta esfera de las obligaciones⁷³.

VII. La posterior expansión de EE.UU. y la posición de las Indias Occidentales

En el período siguiente, la frontera entre las naciones indias y los blancos fue constantemente empujada hacia el oeste. Varias tribus fueron cada vez más presionadas, a través de tratados, a ceder sus territorios hasta el punto en que ya no había nada más que entregar. Solo la nación Sioux (conjuntamente con sus aliados), los Cheyennes del norte y los Arapahoes, tuvieron éxito, por medio de una encarnizada guerra (Guerra de la Nube Roja⁷⁴), y forzaron a los EE.UU. a negociar un tratado en 1868 —el Tratado del Fuerte Laramie⁷⁵— que reforzó la posición de los Sioux y les garantizó sus territorios.

Pero como los tratados existentes no podían ser modificados, incluso a pesar del colapso de la resistencia armada de los indios de las praderas (1890), el

⁷³ It would seem that there is not one treaty with an Indian Nation that the USA observed for any length of time.

⁷⁴ On this, d. Brown, Dee (In. 50), chap. 6; an interesting Indian perspective, Black Elk: Ich rufe mein Volk, Recorded by J. Heilhard, translated by S. Lang, 1982, p. 18 ff.; see also Robinson, D.: A history of the Dakota or Sioux Indians, 1904, p. 356 ff.

⁷⁵ 136 CTS 92.

Congreso varió sus tácticas para anular los tratados a través de la legislación. Así, por ejemplo, ya desde 1877⁷⁶, a través de legislación se privó a la nación Sioux de la mayoría de sus territorios (las Colinas Negras), debido a que ésta se había defendido a sí misma, bajo el liderazgo de Toro Sentado y el ingenioso táctico militar, Caballo Loco, contra la invasión de sus territorios, garantizados por medio de un tratado a perpetuidad (Batalla del Pequeño Gran Cuerno, la Guerra por las Colinas Negras)⁷⁷.

La práctica de enmendar los tratados o de abrogarlos fue el objeto de una sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en 1903, como respuesta a una apelación que interpuso el jefe indio Lobo Solitario⁷⁸. En la parte considerativa de su resolución, la Corte Suprema expuso que, en concordancia con la doctrina del fideicomiso, el Congreso, actuando en su capacidad de fideicomisario, tenía el poder de crear leyes en favor del bienestar de los indios y de sus mejores intereses. Debido a esta famosa y cuestionable doctrina, las cortes no tenían jurisdicción para cuestionar tales leyes en conformidad con los tratados. En fecha posterior, la Corte Suprema se replanteó la posición del fideicomiso y puso en tela de juicio si el Congreso en efecto estaba llevando dicha administración en favor de los mejores intereses de las naciones indias. No obstante esto, la sentencia original fue usada en los hechos para debilitar o eliminar virtualmente y vía la legislación todos los tratados en que se fundamentaba los derechos de las naciones indias “en favor de los mejores intereses de los salvajes”, y así, eliminar totalmente la autonomía de las tribus. El núcleo de esta política estuvo en la Ley de Adjudicación General (*General Allotment Act*) de 1887 en donde la eliminación de la autonomía de las naciones indias fue asumida para garantizar la integración total de las naciones indias a los EE.UU. Por esta razón, los indios fueron considerados como ciudadanos americanos en 1924⁷⁹. Anteriormente esto ya se había hecho, pero a un reducido número de tribus.

En 1934, bajo el gobierno de Roosevelt, la política en torno a las naciones indias se cambió una vez más debido al completo fracaso de este intento de integración. En respuesta a la iniciativa de Roosevelt, la Ley de

⁷⁶ On this, d. 19 Stat. 176 and 19 Stat. 254; on the procedures, see also *United States v. Sioux Nation of Indians*, 100 S. Ct. 2617 (1980) at 2723 f. and Trink, Reinhard: *The Black Hills are not for sale - Discrimination of indigenous Peoples in the US Law System*, Law & Anthropology 3 (1988), p. 157 ff. (161 f.).

⁷⁷ On this, see *Black Elk* (fn. 73), p. 93 ff.; *Robinson* (fn. 73), p. 422 ff.; *Brown, Dee* (fn. 50), chap. 12.

⁷⁸ 23 S. Ct. 216 (1903).

⁷⁹ 43 Stat. 253.

Reorganización de las Naciones Indias (Indian Reorganization Act⁸⁰) fue aceptada, reestableciendo a éstas su derecho al autogobierno y reconsolidando el fragmentado territorio de las tribus (reservaciones). Esta constitución tribal fue, sin embargo, promulgada en el esquema de la Constitución Federal de los EE.UU. y no en función de las ancestrales tradiciones indígenas. Por esta razón, los gobernantes tribales fueron considerados por muchos de sus subordinados como meros títeres del gobierno estadounidense y fueron tratados con desprecio⁸¹.

En 1953 el derecho de libre determinación sufrió un nuevo revés, esta vez en la forma de la Política de Terminación⁸². Su objetivo fue terminar de forma gradual con el autogobierno con la supuesta finalidad de convertir a los indígenas en ciudadanos estadounidenses plenos. Las consecuencias de esta política fueron desastrosas.

Se decidió, entonces, implementar la Política de Autodeterminación, cuya fase inicial comenzó bajo el gobierno del presidente John F. Kennedy, la misma que es la base del actual tratamiento de los indígenas en los Estados Unidos. Esta política consagra que las naciones indias pueden determinar y decidir cómo quieren vivir: en sus propios territorios con un régimen de autogobierno (reservaciones) o como ciudadanos “normales” de los Estados Unidos. Las reservaciones que habían sido desplazadas a raíz de la Política de Terminación fueron, en algunos casos, restablecidas, y el derecho al autogobierno reforzado tanto por la legislación como la jurisprudencia. Estos desarrollos emanaron, en parte, del movimiento Poder Rojo (Red Power)⁸³. Por otro lado, el concepto de civilización está siendo usado para justificar los derechos de los pueblos indígenas. En este contexto, se reconoce el derecho de éstos a su independencia, así como a tener su propio estilo de vida y civilización. La así llamada *alma indígena de América* comienza a ser redescubierta en los Estados Unidos y está alcanzando un nuevo nivel de interés y comprensión.

Debido a los tratados suscritos con los indígenas y las existentes reservaciones, la Corte Suprema con frecuencia se ve en la necesidad de

⁸⁰ 48 Stat. 984.

⁸¹ Peyer (fn. 52), p. 110 f.

⁸² On this, see Peyer (fn. 52), p. 111 f.; Wilkinson/Biggs: The Evolution of the Termination Policy (1977), 5 AM Jud LR 139 ff.

⁸³ On this, d. Die Wunden der Freiheit (In. 57), p. 168 ff.

esclarecer la posición legal de estas comunidades en los Estados Unidos⁸⁴. La Corte sigue procediendo desde la premisa de que las tribus indígenas, dentro de su propio territorio, gozan —tan igual como las entidades estatales— no solo de soberanía personal sobre sus integrantes sino, también, de soberanía territorial sobre sus respectivas comarcas. En opinión de la Corte Suprema, estas tribus, incluso hasta nuestros días, son considerablemente algo más que organizaciones privadas. Sus derechos soberanos, por tanto, no derivan simplemente de esos mismos derechos soberanos. Es verdad que las tribus indígenas también han derivado sus derechos soberanos en la medida que les han sido garantizados tanto por la legislación como por los tratados. Pero, por encima y más allá de esto, en la opinión de la Corte Suprema, las tribus indígenas poseen una soberanía inherente⁸⁵. Ésta sigue existiendo en la medida que la autoridad soberana no ha sido retirada ni por la legislación federal ni por los tratados. Estos derechos —de autogobierno y soberanía— por tanto, representan, según la Corte Suprema, una autoridad residual de la irrestricta soberanía de la que una vez gozaron sobre sus propios territorios.

Por tanto, la Corte Suprema reconoce en sus actuales resoluciones y fallos la ancestral soberanía de las naciones indias —de los llamados “salvajes”— así como que el resto de elementos residuales de su autoridad soberana original continúan existiendo. De acuerdo con esto, las relaciones entre las comunidades indígenas y los Estados Unidos aún contienen elementos sujetos al derecho internacional, de acuerdo con los fallos de la Corte Suprema⁸⁶. En la práctica de Estados Unidos, por tanto, no hay manera de que se sostenga que los pueblos indígenas sean considerados como carentes de derechos y que sus territorios sean tratados como carentes de soberanía. Por el contrario, EE.UU. desde el principio actuó asumiendo que los así llamados “salvajes” y sus comunidades poseían sus propios derechos de soberanía sobre sus territorios, algunos de los cuales EE.UU. adquirió a través de tratados. Un hecho totalmente diferente en este contexto es la manera dudosa como estos tratados fueron confeccionados, siempre con una gran superioridad de los Estados Unidos, especialmente en el siglo XIX, en que EE.UU. sistemáticamente anuló los tratados suscritos con las

⁸⁴ On this, d. the exhaustive description by Wilkinson, Charles: *American Indians, Time and the Law*, 1987, which deals with the new case law between 1959 and 1986; it details 80 rulings by the US Supreme Court on Indian Law.

⁸⁵ See e. g. *Merrion and Bayless v. Jicarilla Apache Tribe*, 102 S. Ct. 894 (1982) at 903 ff., 908; *United States v. Wheeler*, 435 US 313 (1978) at 322 f.; a detailed discussion is given by Wilkinson (fn. 83), p. 54 ff.

⁸⁶ On this, Dorr (fn. 14), p. 504, with further references in fn. 69.

comunidades indígenas. Pero aún así, se hicieron intentos para justificar el incumplimiento de los tratados al concluir otros tratados, incluso si los indígenas fueron coercionados a suscribirlos por la fuerza militar.

VIII. Los fallos de las Cortes internacionales

Esta situación legal no era solo peculiaridad de los Estados Unidos. En Canadá, también, las relaciones entre las comunidades indígenas y el Reino Unido (RU) y, subsecuentemente, con Canadá son interpretadas de manera similar. En contraste con las primeras resoluciones, la Suprema Corte de Canadá parcialmente adoptó los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, trabajando sobre la premisa de que las naciones indias tenían un derecho inherente a tener su propio territorio⁸⁷. Permanece poco claro en estos fallos, sin embargo, si estos derechos eran considerados como derechos personales de los indígenas en su calidad de individuos, o si las naciones indias tenían derecho a algo sobre la base de la naturaleza misma de sus derechos de soberanía⁸⁸.

En América Central, también. Los tratados fueron suscritos entre el Reino Unido y las comunidades indígenas. Ya en 1720, se suscribió formalmente un tratado entre Gran Bretaña y los indios Mosquito⁸⁹ sobre la base de una completa igualdad. En el curso de las disputas entre el RU y Nicaragua, se firmó el Tratado de Managua en 1860⁹⁰. En este tratado, el RU reconocía la soberanía de Nicaragua sobre los territorios de los indios Mosquito sin su consentimiento. En respuesta, Nicaragua aceptó la obligación de garantizar a los indígenas una gran medida de soberanía. Pero, Nicaragua nunca cumplió con esta obligación y el RU denunció la violación del Tratado de Managua. En 1879, la disputa se le trasladó al káiser austriaco Franz Josef a fin de que arbitre en el diferendo. El laudo del 2 de julio de 1881⁹¹ se inclinó claramente a favor de la posición británica y favoreciendo la autonomía de las naciones indias. En dicho laudo se estableció que los indios Mosquito mantenían relaciones con el Reino Unido bajo las normas del derecho internacional.

⁸⁷ On this, d. Marquardt, Stephan: *The Aboriginal Peoples of Canada and their Rights under Canadian Constitutional Law*, VRü 1989, p. 251 ff.; on this, see *Guerin v. The Queen*, 13 Q.L.R. (4th), 321 (1984), at 334 ff.

⁸⁸ Cf. Marquardt (In. 86), p. 262 ff.

⁸⁹ 31 CTS 235.

⁹⁰ 121 CTS 318.

⁹¹ Reproduced in La Fontaine: *Pacréisie internationale Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne 1902, p. 385 ff.; on the arbitration ruling, see also Fisch (fn. 9), p. 394 ff.

En 1860 las antiguas relaciones de protectorado fueron reemplazadas por una relación de subyugación bajo las normas del derecho nacional. Como justificación de sus acciones en contra de las comunidades indígenas, Nicaragua apeló al ya famoso concepto de civilización. Mientras que esto no era rechazado en principio por los laudos arbitrales, sin embargo, no fue aceptado como justificación para el pobre tratamiento de los indígenas, sino más bien interpretado como un subterfugio. En el reciente pasado, el gobierno Sandinista, también usó la fuerza bruta para eliminar la autonomía de los indios Mosquito después de 1982, lo cual condujo a la resistencia armada de Mesura (en alianza con los Mosquito, los Suma y los Rama) en contra de las nuevas normas⁹². En el caso de los sandinistas, la brutal agresión contra los indígenas también fue justificada con el concepto de *civilización*, solo que en este caso en un contexto *socialista*.

Finalmente, en sus fallos sobre la disputa entre Portugal y la República de la India en materia de “derechos de tránsito sobre el territorio indú”⁹³, la Corte Internacional claramente expuso que éstos proceden sin cuestionar la validez de derecho internacional de los tratados coloniales. En este caso, Portugal reclamaba derechos para sí mismo en contra de la India, fundamentándose en un tratado con el estado de Marathen en el año de 1779. Sin ofrecer razón alguna, la Corte Internacional procedió, como una acción de rutina, sobre la base del pleno estatus legal de ambos signatarios al tiempo de suscribir dicho tratado y, por lo tanto, lo consideró como un tratado válido en el contexto del derecho internacional. Esto en evidencia de que, en los hechos, en la práctica estatal, las comunidades de las naciones indúes como las del sur-este asiático también fueron aceptadas dentro de la comunidad del derecho internacional y fueron consideradas por las potencias europeas como entidades capaces y dispuestas a observar los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción de tratados⁹⁴.

En su informe titulado “Reporte del Sahara”⁹⁵ de 1975, la Corte Internacional también dejó en claro que al tiempo de la colonización española el Sahara Occidental no era considerado por los españoles como un territorio soberano. Contrariamente, España suscribió tratados con las tribus locales con el propósito de adquirir el título en derecho internacional del territorio del Sahara Occidental. De esto se desprende que España, también, consideró a las tribus que habitaban esa área como soberanas en el derecho internacional.

⁹² On this, Kriele, Martin: Nicaragua - das blutende Herz Amerikas, 1985.

⁹³ ICJ Reports 1960, 5 (p. 37 f.).

⁹⁴ Cf. Fisch (fn. 9), pp. 455 ff. and 37 ff.

⁹⁵ ICJ Reports 1975, 12 (pp. 38 ff. and 43 ff.).

Concordantemente, el Reporte del Sahara, también rechazó la teoría de que el territorio del Sahara no tenía soberanía.

Epílogo

Si se tiene en cuenta toda esta práctica estatal, no se puede afirmar sin caer en una falta de seriedad, y de acuerdo con la teoría de la comunidad civilizada, que los territorios de ultramar hayan sido considerados en el derecho internacional como carentes de soberanía debido a la situación de “salvajes” de sus habitantes. Por el contrario, la práctica de la suscripción de tratados de los europeos claramente muestra que ellos consideraron a los habitantes del Nuevo Mundo, del sur-este de Asia y del África como conformantes de comunidades que tenían la voluntad y la capacidad de cumplir con las obligaciones que emanan de los tratados. Es ciertamente correcto decir que el sistema jurídico, inicialmente estuvo conformado por los miembros fundadores de la comunidad de derecho internacional, compuesta solamente de las naciones cristianas y, posteriormente, de las naciones “civilizadas”, lo que equivale a decir los estados europeos y EE.UU. Sin embargo, durante el período de la expansión europea, las potencias europeas y los Estados Unidos reconocieron a numerosas comunidades no-europeas como potencias que eran capaces de mantener relaciones en el ámbito de la comunidad del derecho internacional. Así, los llamados “salvajes” fueron considerados dentro de la comunidad de derecho internacional. Habían adquirido la habilidad de actuar en el ámbito del derecho internacional a fuerza del reconocimiento⁹⁶. Las doctrinas de la no-soberanía de los territorios, la comunidad de las “naciones civilizadas” y la de la carencia de soberanía de derecho internacional de las comunidades no-europeas salvajes sirvieron primariamente para justificar el incumplimiento de los tratados, así como también para legitimar moralmente las acciones de los europeos en el ámbito del concepto de civilización. Sin embargo, desde el principio, estas doctrinas estaban en oposición con la práctica de los estados y, por tanto, nunca fue un principio básico del derecho internacional vigente. Más bien, el factor esencial para decidir la soberanía en el derecho internacional era determinar si y hasta qué punto las comunidades no-europeas podían disponerse y ser capaces de observar las relaciones que se desprenden de la suscripción de tratados.

La cuestión de determinar qué grado de civilización y reconocimiento del derecho se requiere a fin de afirmar la existencia de una capacidad legal de derecho internacional no es simplemente un problema histórico. Es un tema constante en el derecho internacional, y por ello no es sorprendente que la

⁹⁶ Cohen (fn. 51), p. 39 f.

cuestión filosófica de qué distingue a un estado de una banda de ladrones haya sido repetidamente planteada. Hoy en día, el artículo 4 de la sección 1 de la Carta de las Naciones Unidas especifica que pueden llegar a ser miembros de las Naciones Unidas solo aquellos estados que tienen la disposición y la capacidad de cumplir las obligaciones que surgen de dicha Carta. La importancia de esta provisión se extiende más allá de la cuestión de la membresía de las Naciones Unidas. Visto correctamente, este artículo 4 de la sección 1 de la Carta de las Naciones Unidas contiene una definición de la capacidad legal para actuar de un estado en los términos del derecho internacional⁹⁷. Por tanto, estados serán aquellas comunidades que tienen la disposición y la capacidad de cumplir enteramente sus obligaciones en el campo del derecho internacional. El estado, en este caso, es definido como una condición legal, como lo hizo Christian Wolff, con la en extremo problemática consecuencia de que un mínimo nivel de legalidad es indispensable para establecer la categoría de estado.

El nivel mínimo exacto de legalidad que se requiere es difícil de definir. La práctica de los estados es muy reticente en esto. Así, a pesar de algunas opiniones contrarias en la literatura⁹⁸, aun la Alemania Nazi no llegó a tener ese derecho para actuar como una entidad de derecho internacional debido a su incapacidad para alcanzar el nivel mínimo de legalidad. Ni Camboya fue excluida de la comunidad de derecho internacional durante el reino del terror de Khmer Rouge. Esta restricción está ciertamente bien fundada a fin de no poner en peligro la reivindicación del derecho internacional a la validez universal y así debilitar las prohibiciones del uso de la fuerza. El problema que surge de la exclusión de una larga sección de la comunidad internacional del derecho internacional está claramente ilustrado por la doctrina de los “salvajes” y de la comunidad civilizada de naciones. Esta doctrina fue usada como intento para privar de los derechos civiles a los pueblos no-europeos y legitimar los incumplimientos de los tratados coloniales. Afortunadamente, la doctrina de la carencia de derechos tanto de los territorios de ultramar como de sus habitantes nunca llegó a ser parte constitutiva del derecho internacional vigente, incluso si en los hechos parece haber sido largamente ignorada en los textos de la historia del derecho internacional.

Referencia bibliográfica

Cooper, James Fenimore. **The Last of the Mohicans**, 1862.

⁹⁷ Schiedermair (fn. 39), p. 640.

⁹⁸ Cf. e. g. Kelsen, Hans: American Journal of International Law, Vol. 34 (1944), p. 689 ff.

- Davenport, Frances Gardiner. **European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies**, Vol. 1, Washington 1917.
- Fisch, Jorg. **Die europäische Expansion und das Völkerrecht**, Stuttgart 1984.
- Gallo, Alfonso García. “Las balas de Alejandro V. y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, in: Anuario de historia de derecho español 27 /28 (1957/ 58), p.461 ff. (738 f.).
- Grewe, Wilhelm G. **Epochen der Völkerrechtsgeschichte**, Badén- Baden 1984.
- Jardao, Levy Maria. “Bullavium patronatus Portugalliae regum” in excelsiis Africae, Asiae atque Oceaniae, Vol. 1, Lisbon 1868, p.590
- Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten”, **Gesammelte Werke**, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. VII; a critique of colonialism is also contained in the 3rd Definitive Article of: Schrift zum Ewigen Frieden, **Gesammelte Werke**, Vol. XI, p. 216 f.
- Kant, Immanuel. “Schrift zum Ewigen Frieden”, **Gesammelte Werke**, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. XI, p. 206 f.
- Mill, John Stuart: “A few words on non-intervention”, in: **Dissertations and Discussions, Political and Historical**, Vol. 3, London 1867, p. 153 ff. (168).
- Rousseau, Jean-Jacques: **Contrat social ou principe du droit politique**, 1762.
- Soder, Josef. **Francisco Suárez und das Völkerrecht**, Frankfurt 1973.
- Suárez, Francisco: “Tractus tertius de caritate”, Opera omnia, Vol. 23, Paris 1958.
- Tocqueville, Alexis de. “De la Démocratie en Amérique”, Bruxelles 1840, Vol. 1, p. 45 f.; Vol. III, pp. 125-130, 146.
- Vasquez de Menchaca, Fernando. **Controversias fundamentales y otras de más frecuente**, ed. by Fidel Rodriguez Alcalde, Vol. 1, Chap. 10, p. 4 f.
- Vattel, Emer de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des Souverains**, ed. by LaEradelle, Albert de, Vol. 1, Washington 1916, pp. 1-16, 18, 81 and 208 f.
- Vitoria, Francisco de: “De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros relectiones”, Lectures on the recently discovered Indians

and the right of the Spanish to wage war against the barbarians, Latin text with German translation by Walter Schatzel, Tübingen 1952.

Wolff, Christian. "Jus naturale methodo scientifica pertractum", Vol. 2, Halle 1742, reprint Hildesheim 1968, paras. 175-197.

La controversial relación entre la inembargabilidad automática de la vivienda única y los derechos humanos (*)

The controversial relationship between the automatic non-attachment of single housing and human rights

Ezequiel Cufari¹

Sumario: Introducción - ¿Qué puede entenderse por inembargabilidad? - El derecho a la vivienda en el bloque de constitucionalidad federal - La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación - Las constituciones y leyes locales: Córdoba. Provincia de Buenos Aires- La aplicación de los regímenes tuitivos de la vivienda: La inembargabilidad automática en “Suquía c/ Tomassini” de la CSJN. El caso “Rinaldi”: la protección durante la emergencia económica. Principales estándares en el fallo “Quisberth Castro”- La SCBA y el TSJ - Epílogo. Bibliografía.

Resumen: En este trabajo analizaré la recepción jurisprudencial de la inembargabilidad automática de la vivienda única en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y en la del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. La importancia del tema radica en que este mecanismo permite que el Estado establezca una excepción a la universalidad jurídica del patrimonio excluyendo la vivienda del poder de agresión de los acreedores sin que medie la inscripción registral de la protección

(*) Recibido: 23/12/2019 | Aceptado: 24/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Abogado y Licenciado en Ciencia Política (UBA). Egresado de ambas carreras con Diploma de Honor. Integrante de proyectos de investigación en la UBA y en la UNPAZ. Jefe de despacho de la Procuración General de la Nación.
ezecufari@gmail.com

otorgada. A fin de profundizar la comprensión del tratamiento jurisprudencial de la inembargabilidad automática, estableceré una comparación con la jurisprudencia de esos mismos tribunales en relación a la protección de la vivienda durante la emergencia económica declarada en nuestro país por ley 25.561. En este marco, reflexionaré acerca del tratamiento de régimen protectorio en la jurisprudencia de los principales fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los referidos tribunales locales para intentar pensar sobre las implicancias de la aplicación de los marcos normativos a los distintos casos que llegan a los tribunales.

Palabras clave: inembargabilidad automática, jurisprudencia, Córdoba, Buenos Aires.

Abstract: In this paper I will analyze the jurisprudential reception of the automatic unattachability of the single housing in the jurisprudence of the Supreme Court of the Province of Buenos Aires and in that of the Superior Court of Justice of Córdoba. The importance of the issue is that this mechanism allows the State to establish an exception to the legal universality of the heritage, excluding housing from the power of aggression of the creditors without the registration of the protection granted. In order to deepen the understanding of the jurisprudential treatment of automatic non-attachment, I will establish a comparison with the jurisprudence of these same courts in relation to the protection of housing during the economic emergency declared in our country by law 25.561. In this context, I will reflect on the treatment of the protective regime in the jurisprudence of the main decisions of the Supreme Court of Justice of the Nation and the aforementioned local courts to try to think about the implications of the application of the regulatory frameworks to the different cases that reach the courts.

Key words: automatic non-attachment, jurisprudence, Córdoba, Buenos Aires.

Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico existen distintos mecanismos protectorios de la vivienda² que encuentran su principal fundamento en que el acceso a la

² La vivienda está protegida por una serie de figuras jurídicas: el asentimiento conyugal, aun tratándose de bien propio (conf. arts. 456 y 470 del CCCN); el derecho real de habitación del

vivienda es un derecho humano fundamental, como se expresó en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN a partir de aquí).

En este trabajo quisiera analizar la recepción jurisprudencial de la inembargabilidad automática de la vivienda única. La importancia del tema radica en que este mecanismo permite que el Estado establezca una excepción a la universalidad jurídica del patrimonio excluyendo la vivienda del poder de agresión de los acreedores sin que medie la inscripción registral de la protección otorgada. Es por esto que estos derechos de raigambre constitucional y protegidos internacionalmente -vivienda y propiedad - podrían entrar en tensión, siendo obligación de los tribunales encontrar soluciones que garanticen ambos de manera adecuada.

Para ello, seleccionaré los fallos de los Superiores Tribunales de Buenos Aires y Córdoba (SCBA y TSJ respectivamente a partir de aquí)³. La relevancia del análisis jurisprudencial radica en que la sociedad canaliza numerosos reclamos en torno a la vivienda en los tribunales⁴, que deben delimitar adecuadamente su ámbito de actuación para evitar invadir las competencias de los restantes poderes estatales. Asimismo, considero que el Poder Judicial y el Ministerio Público, en tanto poderes públicos, están obligados por los Tratados Internacionales a hacer efectivo el derecho a la vivienda. La elección de la jurisprudencia ambos tribunales provinciales se fundamenta en que son las máximas autoridades judiciales locales de dos de los mayores centros urbanos del país y en ambas provincias se encuentran vigentes normas que regulan la inembargabilidad automática de la vivienda única.

A fin de profundizar la comprensión del tratamiento jurisprudencial de la inembargabilidad automática, estableceré una comparación con la jurisprudencia de esos mismos tribunales en relación a la protección de la vivienda durante la emergencia económica declarada en nuestro país por ley 25.561⁵. Considero pertinente esta comparación porque ante la pesificación de los mutuos hipotecarios entre privados decidida en la legislación de

cónyuge supérstite (conf. art. 2383 CCCN), la exención del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte (art. 245 CCCN), entre otras.

³ Obtuve la jurisprudencia que citaré en el artículo a partir de la consulta de las bases de ambos tribunales, de la página web de la CSJN y de la consulta de las páginas web de las siguientes revistas jurídicas: La Ley, El Dial, Rubinzal Culzoni.

⁴ Conf. Abramovich, 2007.

⁵ La enumeración de la normativa de emergencia económica excede el objetivo de este trabajo. Solo mencionaré, a título ilustrativo, como otras normas relevantes, el decreto 214/02 y la ley 25798.

emergencia, ambos tribunales también se vieron ante la necesidad de dar tratamiento a la tensión generada entre derecho a la vivienda y derecho a la propiedad. En virtud de lo anterior, entiendo que al analizar la estructura de las principales respuestas dadas esa oportunidad me permitirá comprender de manera más integral el tratamiento dado al mecanismo de inembargabilidad -que es mi objeto de estudio en este artículo- y dar una posible explicación sobre las diferencias existentes entre las respuestas dadas a una misma tensión entre derechos.

En este artículo, intentaré dar una respuesta a, entre otras, las siguientes preguntas: ¿Qué tratamiento suelen dar los jueces a las tensiones entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad de los acreedores? ¿Cómo utilizan los jueces los Tratados de Derechos Humanos cuando se discute la aplicación la protección de la vivienda? ¿Cuál es la relación entre legislación nacional y local que subyace en mayor medida en los fallos analizados?

Comenzaré describiendo brevemente aquello que debe entenderse por inembargabilidad de la vivienda, para luego reseñar el marco normativo convencional y constitucional aplicable al derecho a la vivienda. A continuación presentaré la principal legislación a nivel nacional y a nivel de las provincias seleccionadas en torno a la materia, haciendo hincapié en la regulación de la inembargabilidad. En este marco, reflexionaré acerca del tratamiento de régimen protectorio en la jurisprudencia de los principales fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶ y de los referidos tribunales locales para intentar dar respuesta a los interrogantes planteados en el párrafo anterior.

¿Qué puede entenderse por inembargabilidad?

Los artículos 242 y 743 del CCCN establecen que el patrimonio es la garantía común de los acreedores de la persona, siendo este es uno de los principios fundamentales del derecho civil que permite a los acreedores ejecutar los bienes del deudor para cobrarse de ellos. Las limitaciones a este principio son dos: una cuantitativa, en tanto el poder de agresión del acreedor está limitado sólo a los bienes necesarios para satisfacer su crédito y otra

⁶ La elección de los criterios de la CSJN se fundamenta en que el Máximo Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia. Por ello, si bien no está establecida expresamente la obligatoriedad de sus precedentes, corresponde que los restantes tribunales del país los apliquen excepto que puedan aportar nuevos argumentos que justifiquen su apartamiento en el caso concreto. No obstante, detallar exhaustivamente los criterios en materia de vivienda de la CSJN excede el objetivo de este trabajo. Para ello se pueden consultar los trabajos de Santiago y Thury Cornejo, 2014 y Martínez, 2016.

cualitativa pues, por razones de humanidad y motivos sociales, ciertos bienes se excluyen legalmente de esta garantía patrimonial.

La inembargabilidad, está incluida en esta última categoría de limitaciones y fue definida por Couture como “Condición jurídica de ciertos bienes, determinados expresamente en la ley que no pueden ser objeto de ejecución o medidas cautelares, quedando, en consecuencia, fuera de la garantía común de los acreedores” (citado en Chiappini, 1998). Es por ello que inembargabilidad e inejecutabilidad están íntimamente vinculados ya que una vivienda inembargable será también insusceptible de ejecución.

En este sentido, los artículos 744 del CCCN y 219 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN a partir de aquí) enumeran los bienes excluidos del poder de agresión de los acreedores. Es posible advertir que estos listados se fundan

...en el principio de humanización del proceso. Existe así un mínimo de condiciones en las que debe desenvolverse la vida para ser compatible con la dignidad humana; en función de ello la inembargabilidad procura que las cosas permanezcan invariables, evitando así la frustración de aquel nivel de vida elemental por acción de los acreedores (Fernández, 2004).

Si bien no hay una mención a la vivienda, es cierto que la enumeración de ambas normas no es taxativa, por lo que el juez podrá recurrir a otras normas y, en ausencia de ellas, será quien deba decidir si otros bienes pueden considerarse inembargables, luego de ponderar las actividades del demandado y apreciar la índole de los derechos involucrados.

Ahora bien ¿Cuál es el marco normativo en el que se inserta este mecanismo protectorio? Comenzaré a detallarlo en las siguientes secciones de este artículo.

El derecho a la vivienda en el bloque de constitucionalidad federal

El artículo 14 bis de nuestra Constitución nacional establece que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Además, los distintos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional -conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- imponen distintas obligaciones al Estado en materia de derecho a la vivienda. Entre los tratados que consagran la protección a la vivienda se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, párr. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC a partir de aquí) (art. 11.1), la Convención Internacional sobre la Eliminación

de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, párr e, apartado iii), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27 inc. 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC a partir de aquí) -intérprete máximo del PIDESC según nuestro Máximo Tribunal⁷- estableció el alcance del término “vivienda adecuada” en sus observaciones generales nros. 4 y 7. Para ello, en la primera consagró diversos parámetros que los Estados que ratificaron el pacto debían cumplir a fin de garantizar el acceso a la vivienda, a saber: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar; adecuación cultural.

En cuanto a la seguridad jurídica de la tenencia, el CDESC aclaró que “todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas”. Asimismo, estableció que el derecho a la vivienda adecuada no

...se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Además, resultan aplicables al derecho a la vivienda los principios de progresividad y no regresividad. El primero de ellos puede ser definido como “...el criterio de avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural” (citado en Courtis, 2006: 48) y está consagrado en los arts. 2.1 y 11.1 del PIDESC, entre otras normas. Por otra parte, el principio de no regresividad está estrechamente vinculado al anterior, pues de la progresividad puede extraerse que

La obligación mínima asumida por el Estado es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora ‘progresiva’. (Courtis, 2006: 48).

⁷ La interpretación de CDESC debe ser tenida en cuenta por nuestros tribunales pues, según la Corte, comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional (CSJN, *Aquino*, 2004, Fallos 327:3753; *Torrillo*, 2009, Fallos: 332:709 entre otros).

En resumen, el principio de no regresividad constituye una limitación a los poderes estatales -Courtis solo menciona al legislativo y ejecutivo pero entiendo que también es aplicable al judicial⁸- y una garantía para los titulares del derecho de carácter sustantivo pues “...tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional...” (Courtis, 2006: 17/18). Así las cosas, “El Estado no puede empeorar el nivel de disfrute alcanzado del derecho a la vivienda” (Martínez, 2016: 25), por lo que, en principio, tendrá prohibido sancionar normas, llevar a cabo políticas públicas o dictar fallos que empeoren la situación de los DESC ya instituidos.

Según Courtis, para evaluar una medida regresiva -que será toda aquella que ofrezca una protección menor a la alcanzada por el derecho interno antes de la sanción de esa norma- debe aplicarse un *escrutinio estricto*, es decir que no se debe afectar el contenido mínimo del derecho en ningún caso, debe demostrarse un fin legítimo (la expansión del sistema de derechos consagrados en los Tratados Internacionales), evaluarse las alternativas y recursos disponibles y también realizar un examen de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho restringido con la importancia del fin perseguido (que puede ser garantizar otro derecho).

Sentado lo anterior, podemos preguntarnos ¿Cómo están receptados estos estándares por nuestro ordenamiento jurídico interno? Intentaré esbozar una respuesta en el siguiente apartado.

La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación

El CCCN busca proteger a la vivienda por considerarla un derecho humano fundamental de toda persona humana, independientemente de su condición de miembro de una familia. Por ello es una norma más progresiva que su antecesora, la ley 14394 que disponía la protección de la vivienda como bien de familia.

El art. 244 CCCN es sustancialmente análogo al derogado art. 34 de la ley 14.394 en lo concerniente a los sujetos legitimados para solicitar la afectación al régimen tuitivo, ya que el constituyente debe ser una persona humana, tener la propiedad del inmueble, ser capaz de disponer de él y debe realizar un acto voluntario y expreso de afectación, solicitando la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble según las formas previstas en las reglas locales a fin de darle oponibilidad a terceros.

⁸ En este sentido se ha dicho que “Esta prohibición comprende a todos los órganos del Estado inclusive al propio Poder Judicial, quien no debe convalidar situaciones regresivas a partir de sus sentencias o ser laxo a la hora de evaluar la efectiva implementación de la obligación de progresividad intrínseca en cada DESC” (Pautassi, 2010: 28)

En virtud de lo anterior, se ha dicho que el CCCN ha descartado la inejecutabilidad automática de la vivienda (Conf. Rodríguez Junyent, S, 2016)⁹. Sin embargo, en la norma no se ha establecido de forma expresa el carácter constitutivo o declarativo de la inscripción solicitada. Para dar una respuesta a esta cuestión, es posible recordar como posible pauta interpretativa la de la CSJN en el caso "Carrizo, José s/ inc. de levantamiento de embargo"¹⁰ donde señaló que la inscripción como bien de familia de un inmueble era consecuencia de un procedimiento previo que también era oponible a terceros desde su inicio (arts. 5, 9 inc. b, 17, 18, 24, 25, 26, 40 de la ley 17801). Esto era así ya que una vez iniciado, el procedimiento era automático y la actuación del registrador se tornaba obligatoria (arts. 8 y 9 de la ley cit.). De ello se sigue que, según la CSJN, la realización de la inscripción no resulta constitutiva de la protección solicitada. Asimismo, destaco que el mismo art. 244 CCCN termina aclarando que "Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales." por lo que no parece quedar claro que esté excluida la posibilidad de coexistencia con otros regímenes tuitivos.

En lo concerniente a los efectos propios de la afectación, el Código en su art. 249 establece que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción. Por otra parte, la norma soluciona una disputa doctrinaria respecto de la distinción entre "inoponibilidad" y "desafectación" del régimen tuitivo, remarcando que las causales de ambos no coinciden.

En efecto, el referido artículo deja en claro que la "inoponibilidad" implica que ante determinados sujetos (expresamente señalados en el CCCN), la protección de la vivienda no produce efectos, mientras que la desafectación implica la cancelación de la inscripción (conf. art. 255 CCCN¹¹) y la extinción del derecho, de modo que la totalidad de los acreedores puede embargar y ejecutar el bien.

⁹ Volveré sobre el análisis del art. 244 al analizar las posibilidades de compatibilizar la legislación nacional con la provincial.

¹⁰Fallos: 307:1647. 1985.

¹¹Según la norma, la cancelación de la inscripción procede en determinados supuestos, a saber: a solicitud del constituyente; a solicitud de la mayoría de los herederos, a requerimiento de la mayoría de los condóminos; a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios y finalmente en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el referido artículo 249.

Para concluir, quisiera remarcar que el CCCN establece como régimen tuitivo la inejecutabilidad¹² de la vivienda a través de su inscripción voluntaria en el Registro de la propiedad¹³, aunque no parece excluir taxativamente la posibilidad de coexistencia con otros esquemas protectorios. También señalo que en el régimen del CCCN sólo es posible afectar un bien, y existe una obligación de habitar efectivamente el inmueble tutelado (conf. art. 247 CCCN), aunque no es necesario que todos los beneficiarios del régimen tuitivo lo hagan, siendo suficiente la habitación de alguno de ellos o del propietario. El régimen del CCCN no impide afectar un inmueble por más que el solicitante posea más de una vivienda inscripta registralmente a su nombre, lo que constituye una diferencia con respecto a las legislaciones provinciales que comentaré a continuación, que tutelan la única vivienda a nombre del titular¹⁴.

Las constituciones y leyes locales ¹⁵

Córdoba

El art. 58 de la Constitución cordobesa sancionada en 1987 dispone en su parte pertinente que "Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley. El Estado provincial promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo este

¹² Ciertos doctrinarios han entendido que no se hace mención a la inembargabilidad a fin de evitar que el propietario simultáneamente desafecte su inmueble y lo venda, sacándolo así de su patrimonio en forma definitiva (Aguilar y Flah, 2014). En este punto hay una diferencia fundamental con la derogada ley 14394 cuyo art. 38 establecía "El "bien de familia" no será susceptible de *ejecución o embargo* por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca" (el destacado me pertenece).

¹³ Esta protección es coincidente con la otorgada por otros países del continente puesto que el instituto de la inembargabilidad se encuentra en numerosos países iberoamericanos que establecieron la necesidad de registración voluntaria para acceder a la tutela de la vivienda, como Bolivia, Chile, República Dominicana, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela. Otros países, como Brasil y Colombia, han optado por sistemas en los que la inembargabilidad se adquiere sin necesidad de registración alguna, aunque algunos autores advierten que la protección legal no resulta del todo clara. (Conf. Moisset de Espanés, 2009).

¹⁴ Ello es así sin perjuicio de que la ley 8067 en su artículo 5 permite aplicar el régimen tuitivo dispuesto aún cuando el beneficiario tenga más de un inmueble a su nombre, pero variando la modalidad de protección pues el beneficiario deberá solicitarla ante los estrados judiciales.

¹⁵ Para el detalle de los regímenes tuitivos de las distintas provincias argentinas puede consultarse TECHO (2015).

derecho. A tal fin planifica y ejecuta la política de vivienda y puede concertarla con los demás niveles jurisdiccionales, las instituciones sociales o con el aporte solidario de los interesados”.

La inembargabilidad automática fue reglamentada por la ley provincial 8067 -interpretativa de la referida norma constitucional- sancionada en 1991, que dispuso que la vivienda única se consideraría automáticamente inscripta de pleno derecho como bien de familia a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial. Asimismo, a partir de la reforma introducida por la ley 8998, se estableció en su artículo 8 que es una ley de orden público, por lo que las partes no podrán pactar en contrario a los derechos que ella otorga.

Por otra parte, la norma también establece ciertas excepciones a la tutela puesto que dispone que la protección será inoponible cuando el reclamo de los acreedores se base en deudas por originadas en las siguientes causas: impuestos y tasas que graven directamente el inmueble objeto del embargo o por tarifas de servicios públicos prestados en él; construcciones, refacciones o mejoras realizadas en el mismo inmueble; saldo de precio por la compra del inmueble; expensas de administración y reparación; contribuciones por mejoras (que cuenten con el aval del propietario ante un fedatario público).

En cuanto a la determinación de los límites de la vivienda tutelada, es necesario recurrir a la ley provincial 6074 que establece que “El inmueble urbano no excede las necesidades de vivienda cuando existe relación entre la capacidad habitacional del mismo y el grupo familiar...El inmueble rural no excede las necesidades de sustento familiar cuando constituye una unidad económica de conformidad a la legislación agraria”.

Destaco que la normativa provincial consagra la inembargabilidad, más nada dice sobre la inejecutabilidad¹⁶, y también estipula que el régimen tuitivo abarca a cualquier persona sin circunscribirlo a la familia. Sin perjuicio de ello, los magistrados han considerado que la intención del legislador era abarcar tanto la inembargabilidad como la inejecutabilidad.

Provincia de Buenos Aires

El art. 36 de la constitución de la Provincia de Buenos Aires establece: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales: A tal fin reconoce los siguientes

¹⁶ Sobre los problemas del uso de este término y su confusión con la inejecutabilidad, puede consultarse Ventura, 2017.

derechos sociales: ... Inc.7. A la vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos".

En este sentido, se sancionó en 2012 la ley 14.432¹⁷, que dispone en su art. 2: "Todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular conforme los requisitos de la presente Ley". En virtud de lo anterior, serán ineficaces contra tal bien tanto el embargo (medida cautelar) como la venta forzada (subasta pública). La finalidad de la norma, según los fundamentos del proyecto, es cumplir con la garantía del derecho humano a la vivienda, puesto que "...el Estado debe proveer para que se pueda acceder a la vivienda digna, pero el Estado también tiene que ayudar para que una vez que se acceda, proteja a aquellos que lo tienen..."¹⁸.

Los requisitos establecidos para quedar amparados en este régimen tuitivo son: ser el único inmueble del titular destinado a vivienda de ocupación permanente y guardar razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar que vive en él. Para establecer qué debe entenderse por proporcionalidad es necesario recurrir al art. 3 del decreto 547/13 que reglamentó la ley provincial. Allí se dispuso que deberán considerarse, entre otros, los siguientes parámetros objetivos: cantidad de habitantes, superficie total y cubierta del inmueble (densidad habitacional) y su valuación fiscal (conf. art. 3).

En cuanto a sus destinatarios, la ley no distingue entre las uniones matrimoniales o de hecho, y ya sean de igual o distinto sexo, pero sí pone un tope en la línea de parentesco, limitándolo a los ascendientes y a los descendientes más directos en un sentido estrecho del concepto de familia (art. 4).

También la norma dispone situaciones de inaplicabilidad de la tutela. El primero de ellos es la renuncia -estipulada en los arts. 2 y 9- por parte del titular del bien. En segundo lugar, el art. 5 dispone que la garantía no será oponible respecto de deudas originadas en: a) Obligaciones alimentarias; b) El precio de compra-venta, construcción y/o mejoras de la vivienda; c)

¹⁷ La ley fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 8.1.2013.

¹⁸ Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires del 18.10.12, pág. 7456 y sgtes.

Impuestos, tasas, contribuciones, expensas que graven directamente la vivienda; d) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble y que hubiere sido constituida a los efectos de la adquisición, construcción o mejoras de la vivienda única. Por último, en el artículo 6 se establece que el inmueble perderá el carácter de inembargable e inejecutable cuando no estuviere destinado a vivienda única, y de ocupación permanente o no existiere relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar.

Hasta aquí, busqué describir la principal normativa aplicable a la vivienda en los niveles internacional, nacional y local. A partir de una simple lectura, es posible advertir diferencias entre el régimen tuitivo nacional y el de ambas provincias, que parecen cobrar mayor relevancia a partir de la vigencia del CCCN.

En los próximos apartados de este trabajo, buscaré analizar la recepción jurisprudencial de este sistema de fuentes, comenzando por la CSJN, para luego adentrarme en las sentencias de los tribunales que son mi objeto de estudio.

La aplicación de los regímenes tuitivos de la vivienda

La inembargabilidad automática en “Suquía c/ Tomassini” de la CSJN

En el año 2002 la CSJN decidió revocar el fallo del STJ¹⁹ y declarar la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución provincial.

¹⁹ Entre los fundamentos del fallo revocado -que la CSJN ni siquiera trató en la sentencia- puede leerse que “...fue otro el carácter que inspiró la institución de la inembargabilidad de la vivienda única y asiento del grupo familiar, y en ella ya no es el titular quien decide la afectación, sino que lo hace el Estado en protección de un interés social, poniendo así en ejecución los principios de protección del bienestar general y de la dignidad humana, plasmados en los tratados arriba mencionados. La desafectación que dispone el Estado no se encuentra por ello regulada por las normas civiles. La calidad de vivienda única y asiento del grupo familiar es una situación de hecho, y como tal, es mutable: por ello debe eximirse de la inscripción registral. Así lo ha entendido el legislador, al establecer que se la considera "automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia" (art. 1 de la Ley n° 8.067). Esta redacción no es por cierto feliz, pues en realidad no opera inscripción alguna; lo que se ha querido expresar es que, dada tal situación de hecho y de derecho, la inscripción es totalmente innecesaria y el resguardo legal opera automáticamente”.

Asimismo, aunque reconoce que “Si bien es cierto que el reconocimiento de la inembargabilidad de la vivienda única puede importar una afectación de intereses de particulares, como pueden serlo los acreedores, de cuya garantía queda desafectada, también lo es que frente a situaciones de conflicto aquéllos deben ceder en función del resguardo de la dignidad humana y el bienestar familiar y general, todos estos intereses protegidos por los principios constitucionales ya reseñados” refiriéndose a las normas de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que mencionamos precedentemente.

Esto es así porque al atribuir la Constitución al Congreso la facultad de dictar el Código Civil, ha querido poner en sus manos lo referente a la organización de la familia, a los derechos reales, a las sucesiones, a las obligaciones y a los contratos, es decir, a todo lo que constituye el derecho común de los particulares considerados en el aspecto de sus relaciones privadas (Fallos: 156:20, 36, 37)...Como lo ha declarado el Tribunal, las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación y no les está permitido dictar los códigos después de haberlos sancionado el Congreso, precepto que no deja lugar a duda en cuanto a que todas las leyes que estatuyen sobre las relaciones privadas de los habitantes de la república, sean personas físicas o jurídicas, al ser del dominio de la legislación civil y comercial, están comprendidas entre las facultades de dictar los códigos fundamentales que la Constitución atribuye exclusivamente al Congreso (Fallos: 150:320, 326).

Asimismo, en el fallo también se señaló que

... aunque se considerara (como hipótesis) que la inembargabilidad de la vivienda fuera un tema exclusivo del derecho de la seguridad social, la Corte ha estimado -desde Fallos: 294:430- que la legislación que estaría comprendida, por su materia, en un eventual código "del trabajo y seguridad social", tiene el carácter de derecho común de la Nación, que es aquel que sanciona el Congreso con arreglo a la delegación del art. 67, inc. 11 (actual 75, inc. 12) de la Constitución Nacional.

En este fallo se resuelve la cuestión desde una perspectiva estrictamente patrimonial, dejando de lado los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que habían sido considerados por el TSJ cordobés al emitir su voto. En ningún momento se trata la posible tensión entre el derecho humano a la vivienda y el derecho a la propiedad, ni la posible contradicción entre la adquisición voluntaria de la protección y la adquisición automática establecida en la norma local, sino que la vivienda queda subsumida en las relaciones patrimoniales entre acreedor y deudor cuya regulación sería potestad exclusiva del Congreso Nacional.

El caso “Rinaldi”: la protección durante la emergencia económica

De modo previo a comentar el fallo que titula este apartado, quisiera aclarar que considero a la “emergencia económica” como un estado excepcional donde a partir de una crisis se le otorga al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo la facultad de regular la vida económica con amplia intensidad, claudicando parcialmente el control judicial de las libertades económicas (Conf. Ylarri, 2013).

En el caso “Rinaldi” la CSJN defendió la constitucionalidad del régimen de pesificación de los mutuos hipotecarios entre privados originalmente pactados en dólares, la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido y el régimen de refinanciación hipotecaria respecto de los contratos cuyo monto

fuera inferior a \$100.000 o su equivalente en dólares²⁰ y en los que se encontraba comprometida la vivienda única del deudor.

Para fundamentar su decisión, la CSJN sostuvo que el mutuo hipotecario no acordaba derechos absolutos a las partes, por lo que correspondía hacer un control de razonabilidad de las medidas adoptadas en la emergencia económica, donde la devaluación de la moneda había destruido el equilibrio de las prestaciones acordadas afectando el orden público económico en su totalidad. Por ello, explicó que la razonabilidad debía también valorarse en el caso en concreto y en función de la magnitud de la crisis atravesada por el país.

La CSJN reconoció en el fallo la afectación de los derechos constitucionales de propiedad y de contratar. No obstante, sostuvo que por la emergencia, el cumplimiento del contrato había devenido excesivamente oneroso para el deudor, quien por la devaluación podía ver comprometido todo su patrimonio a fin de cancelar el mutuo. Al ser esta situación inadmisibles, la CSJN sostuvo que las medidas tomadas en relación a los mutuos no resultaban irrazonables ni desproporcionadas, toda vez que perseguían un fin legítimo -proteger a los deudores con riesgo de ser ejecutados- y permitían que el acreedor pudiera solicitar la recomposición equitativa de las prestaciones a cargo del otro contratante.

Por ello, el Máximo Tribunal advirtió que en la tensión entre derechos entre propiedad y vivienda, el legislador no había descuidado a ninguna de las partes, pues permitía que el deudor conservara su única vivienda -en consonancia con el art. 14 bis de la Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional-, mientras que procuraba que el acreedor sufriera el menor perjuicio posible en medio de la emergencia.

En resumen, en esta oportunidad, el tribunal da tratamiento a la tensión entre derecho a la vivienda y derecho de propiedad con un análisis de razonabilidad, buscando preservar el interés general de toda la sociedad y teniendo en consideración la protección otorgada en los Tratados de Derecho Humanos y las posibles consecuencias sociales de la decisión.

Principales estándares en el fallo “Quisberth Castro”

Los criterios de la CSJN en materia de vivienda han ido evolucionando con el tiempo. En el fallo “Quisberth Castro” (Fallos 335:452) el carácter

²⁰ El contrato que se intentaba ejecutar en el caso preveía expresamente “como condición básica y fundamental que la parte deudora restituya dólares estadounidenses billete, asumiendo cualquier variación de cotización por abrupta e intempestiva que fuese y rechazando expresamente la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión y del abuso de derecho”.

multidimensional del derecho a la vivienda -excediendo el ámbito patrimonial- puede leerse en palabras de Petracchi del año 2012:

corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros) .

En este mismo fallo, la CSJN dejó claramente establecido que las normas que consagran el derecho a la vivienda resultan operativas con vocación de efectividad y no meras declaraciones ilusorias. No obstante, la CSJN aclaró que se trata de una operatividad derivada, por lo que “su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación”, y compete al Poder Judicial solamente el control de razonabilidad de su accionar. Además, el fallo establece que la tutela judicial del derecho a la vivienda

...puede ser demandada ante los tribunales en los supuestos en que no se garantice su contenido mínimo indispensable y se verifique una desprotección tal que afecte la existencia misma de las personas, particularmente cuando aquellas se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad (Santiago y Thury Cornejo, 2014: 172).

Por otra parte, la CSJN en otros fallos ha establecido como criterio hermenéutico que, en caso de duda, deberá primar la interpretación más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna²¹.

La SCBA y el TSJ

Ahora bien ¿Cómo recibieron la SCBA y el TSJ ambos “modelos protectorios”? A partir del análisis jurisprudencial, observé que tanto en la SCBA como en el TSJ tiende a primar una aplicación “cuasi mecánica” de ambos modelos a la hora de resolver, sin considerar los posteriores avances de la CSJN en la materia²².

En efecto, al resolver sobre aplicación de la legislación nacional que consagró la emergencia económica, aplican la normativa nacional de emergencia defendiendo su constitucionalidad y validando el análisis de

²¹ Causa “Dalamaca S.A.”, Fallos: 339:919 12.7.16; “Piacquadio” Fallos: 338:349 4.3.15.

²² Aclaro que marco esta tendencia observada en el análisis jurisprudencial pese a que, conforme señala Sesin (2010) el TSJ se ha centrado en el análisis de la inembargabilidad de la vivienda .

razonabilidad aplicado en “Rinaldi”²³ en virtud de las consecuencias que implicaría dejar a los deudores hipotecarios sin su hogar.

Por otra parte, ante los cuestionamientos de la legislación local que estipula la inembargabilidad tienden a aplicar la legislación nacional civil que protege a los acreedores dejando de lado la tutela del derecho a la vivienda, declarando inconstitucional la legislación provincial. El argumento central, como señalé, es la incompetencia del legislador provincial para alterar las relaciones entre acreedor y deudor, facultad que sería privativa del Congreso nacional²⁴ y no se tienen en cuenta en el fallo las consecuencias que

²³ TSJ, "Banco Roela S.A. C/ Orona, Pedro Antonio y O. – Ejec. hipotecaria – Rec. apelación – Recurso de casación" (Expte. B 10/08)"Sentencia del 6.12.11; SCBA, "Rechou, Diego c/ Czyzyk, Norma Lidia s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 29.12.08; "Zella, Raimundo Ciro c/ Ter Akopian, Arturo Diego y otra s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 29.12.08; "Hasenblag, Pablo y otros c/ Luzuriaga, Enrique Julián y otros s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 24.6.09; "Provenzano, José Luis c/ Tracnec, Nélide Susana s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 24.6.09; "Risso, Pedro José c/ Becci, Serafina s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 24.06.09; "Romero, Marta Susana y otro c/ Bordón, Teresa del Valle s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 24.6.09; "Resera, Osvaldo Carlos c/ Battaglia, Ana María s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 30.6.09; "Casas, Alfredo y otros c/ Fusca, Héctor Carmelo y otro s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 30.6.09; "Mayer, Alejandra c/ Mujica, María Juana s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 30.06.09; "Salvioli, Gerardo Martín c/ Cerrutti, Delia Inés s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 8.7.09; "Szmulewicz, Berta y otro c/ Carro, Ester s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 15.7.09; "Melucci, Miguel Antonio c/ Gersini, Eduardo Alberto y otro s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 15.7.09; "De Mira, Corina c/ Arena, Juan J. y otra s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 15.7.09; "Fain, Raúl Ernesto c/ Chaves, Amado Víctor Hugo y Casas, Liliana Adela s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 12.8.09; "Coselsten, Paulina c/ sucesión de Bonomo, Jorge y otra s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 19.8.09; "González Cid, Pedro y otros c/ Castro García, Avelino y otro s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 19.8.09; "Pintus, Zulma Liliana c/ Ferre, Ana María s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 26.8.09; "Elena Escalera, María Antonia y otros c/ Weiss, Mercedes María s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 4.11.09; "González, Marcelo y Botta, Silvana c/ Challu, Gustavo y Challu, Marcelo s/ pago por consignación" sentencia del 2.12.09; "Galli, Héctor Antonio y otros c/ Romero, José Armando y otro" sentencia del 14.4.10; "Matcovich, Bruno José c/Loyola, Daniel Ernesto y otra s/Ejecución hipotecaria" sentencia del 23.11.11; "Espósito, Juan Miguel c/ Bruschini, Mario Oscar y otros s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 30.11.11; "Berraz, José Elías c/ Michaelsen, Edgar y otro s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 21.12.11; "Estrella, Nélide Esther c/ Medina, Vanina Julieta s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 14.3.12; "Dupas, Pablo y otra c/ Álvarez de Felipe, Irma s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 11.3.13; "Lucas, Susana Diana c/ Kappes, Antonio Oscar s/ ejecución hipotecaria" sentencia del 9.10.13; "Rochman, Samuel y otros c/ Valsecchi, Leonardo José s/ ejecución especial en autos Valsecchi, Leonardo José s/ quiebra" sentencia del 9.10.13; "Mandracho, Sara contra Scuderi, Ana María. Acción declarativa" y su acumulada "Scuderi, Ana María contra Mandracho, Sara. Cobro sumario de dinero" Sentencia del 7.6.17.

²⁴ SCBA, "Fauci, Gabriela c Piedrabuena Pedro s ejecución hipotecaria" sentencia del 5.11.14; "Serial, Sandra c Lujan, Tomasa s cobro ejecutivo" sentencia del 14.12.16; "Guevara, Andrea Mariel contra Tebes, Abel Esteban y otros. Daños y perjuicios" sentencia del 25.4.18; "Vázquez, Claudio c/ Facciorusso, Adrián Mateo s/ Daños y perjuicios" sentencia del 14.12.18; "Ulloa Astudillo, Esmidia del Carmen C/ Oyarzo Vargas, Isaias Segundo S/ Cobro Ejecutivo" sentencia

implicaría que una persona quede sin hogar, o si se las considera se delega la garantía del cumplimiento del derecho en otro poder²⁵.

Es cierto que las cuestiones a resolver eran distintas, pero me interesa recuperar el tratamiento de la tensión entre vivienda y propiedad dado por los tribunales y formular preguntas que considero pertinentes para la reflexión sobre la aplicación del sistema de fuentes relativo al derecho a la vivienda.

En primer lugar, ¿Es una protección mayor a la nacional aquella otorgada por las leyes provinciales que consagran la inembargabilidad automática? Entiendo que las provincias analizadas sólo modificaron la modalidad de inscripción pasan de una voluntaria a una automática, pero de ningún modo aumentaron la protección brindada a nivel nacional, pues los efectos de la constitución de la tutela son idénticos y solo se facilita que los propietarios de una única vivienda familiar queden tutelados por el régimen protectorio. Asimismo, esta protección no carece de publicidad, puesto que fue establecida en una norma local que se presume conocida por todos²⁶.

En este sentido ¿Carecen las provincias de competencia para esta modificación? ¿Solo el Congreso nacional puede dar tratamiento a la tensión

del 13.2.19. TSJ Córdoba “Funes, Germán D. c. Pollizza, Aníbal Enrique y ot. s/rec. de casación” y en “Matix S.A. c. Molina, Juan Carlos” sentencias del 27.8.02; “Viutti y otras v. Municipalidad de Ballesteros” sentencia del 27.9.02; “Banco Río de la Plata c/ Rivarola de Quiroga, Elba Estela y otro” sentencia del 4.6.03; “Luán c. Quiroga y otra” sentencia del 1.10.03; “Araguez c/ Silberstein y otra – Casación e inconstitucionalidad” sentencia del 7.9.04; “Chincheró, Mario y otro c/ Figueroa, José Agustín- PVE- Otros Títulos- Recurso de inconstitucionalidad” sentencia del 26.10.09; “Rodríguez, Ernesto Francisco c/ Mansilla, Silvia Adriana y Otros – Desalojo – Falta de Pago– Recurso de Inconstitucionalidad” y “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados c/ Pereyra, Alberto y otro – Ejecución Prendaria – Recurso de Casación” sentencias del 15.12.09; “Banco Suquía c Riga Miguel Ángel ejecución de cuenta corriente bancaria” sentencia del 10.2.10; “Plan Rombo S.A. de Ahorro para fines determinados c. Arce, Fernando Walter y otro s/casación e inconstitucionalidad” sentencia del 30.12.11; “Quintero, Marina del valle c/ Jaime, Estela Mónica s/ Estatutos especiales - recurso de casación” sentencia del 14.11.12; Asociación Mutual y Social del Club Atlético y Filodramático Alicia c/ Darriba, Ramón Manuel s/ Recurso de casación” sentencia del 13.12.12, “Fideicomiso Suma c/ Salvatori, Mafalda E. y otro Ejecución Prendaria Recurso de inconstitucionalidad” sentencia del 20.3.17.

²⁵ Como por ejemplo, en el citado precedente de la SCBA "Guevara, Andrea Mariel contra Tebes, Abel Esteban y otros. Daños y perjuicios" del 25.4.18.

²⁶ En este sentido, el TSJ cordobés se pronunció en 4 fallos donde defendió la constitucionalidad del art. 58 de la Constitución local y su legislación reglamentaria: “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E. - ejecutivo” sentencia del 20.10.1999; “Banco de la Provincia de Córdoba c Massa, Néstor” sentencia del 14.3.00;; “Romero, Carlos E. c/ Lema, Andrés F.” sentencia del 4.7.06; “Banco Israelita de Córdoba v. Román, Graciela del Carmen y otro – ejecutivo – Rec. de casación e inconstit.” sentencia (en pleno) del 27.12.07.. En este mismo sentido puede consultarse el trabajo de Ferniot, 2013.

entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad? Según nuestro ordenamiento constitucional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos mientras que los poderes delegados a la Nación son definidos y expresos²⁷. Por ello, puede afirmarse que la norma examinada fue dictada en ejercicio de potestades legislativas de las provincias tendientes a promover el desarrollo humano y la seguridad social, que son concurrentes con aquellas que dicte el Congreso nacional. En apoyo a este argumento, no hay que olvidar que el art. 28 de la CADH dispone que el Estado nacional deberá tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de la Convención, estando imposibilitado de alegar la forma federal de gobierno como obstáculo²⁸. En este sentido ¿es imposible pensar que el congreso debe establecer ciertos “presupuestos mínimos” en orden a garantizar el derecho a la vivienda que las provincias no pueden desconocer pero sí pueden aumentar? Así también sería posible entender el citado final del art. 244 del CCCN -“esta protección no excluye la otorgada por otras disposiciones legales”- en consonancia con el régimen federal de gobierno de nuestro país²⁹.

Por último, pero no menos importante, ¿existe una imposibilidad de aplicar el estándar de razonabilidad de “Rinaldi” para analizar la inembargabilidad automática? Desde mi punto de vista, no existen razones que lo imposibiliten, sino que además, el análisis de razonabilidad permitiría dar tratamiento a la tensión existente entre propiedad y vivienda, que es una función que el Poder Judicial no puede obviar argumentando cuestiones de competencia como hizo la CSJN en “Suquía” donde no se consideró la protección internacional de la vivienda ni se dio tratamiento a la tensión entre vivienda y propiedad. Al respecto, es ilustrativo citar al TSJ cordobés que, como mencioné, defendió en pocos fallos la constitucionalidad de la normativa local cordobesa, argumentando:

Con todo ello desde luego no se quiere decir que la vivienda única no integre la propiedad de su titular... Lo que se quiere enfatizar es que la vivienda única no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino también como derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales”[para concluir que] “... en el balance de los intereses en conflicto, no hay duda que la preferencia por la protección de la vivienda única que reúna las condiciones

²⁷ Conf. CSJN, "Cablevisión", Fallos: 329:976, 2006; "Molinos", Fallos: 332:66, entre muchos otros).

²⁸ Conf. dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN, doctor Víctor Abramovich, "R. L. E. c/P. G. A. si ejecutivo" del 22.2.19

²⁹ Conf. Palacio de Caeiro, 2015.

del bien de familia emerge coincidentemente del sistema de normas supranacionales, nacionales y locales.

Entiendo que a partir este punto de vista no existirán soluciones predeterminadas para los operadores judiciales -conocidas en la jerga como “planchas”- sino preguntas posibles que pueden guiar cada caso concreto. No es mi intención brindar un listado exhaustivo -considero que sería contradictorio con el objetivo de este trabajo- pero al menos quisiera mencionar algunas cuestiones que se podrían suscitar al analizar la tensión entre vivienda y propiedad: ¿El acreedor vería imposibilitado el cobro de su acreencia de no ejecutarse la vivienda? Existen alternativas menos lesivas a los derechos en juego que la inconstitucionalidad de la inembargabilidad? ¿Ampararía la inembargabilidad el ejercicio abusivo del derecho a la vivienda? En este contexto, podrá hablarse en algún caso de aplicación inconstitucional de la normativa provincial en el caso concreto³⁰, más no podrá descartarse su aplicación sin analizarse cada caso concreto.

El argumento anterior puede implicar ciertas afectaciones al derecho de propiedad de acreedores, quienes pueden sostener que ellos no son los encargados de garantizar el derecho a la vivienda sino el Estado. Esta postura es atendible, pero deja de lado la doctrina del “efecto horizontal de los DDHH” que sintéticamente sostiene que los derechos humanos deben ser respetados y su costo debe ser soportado también por los particulares³¹. Este argumento está en consonancia con la doctrina de la CSJN según la cual ningún derecho es absoluto sino que está sujeto a reglamentaciones que posibiliten su ejercicio³². Asimismo, tal como destacó la CSJN, la interpretación de las normas de derecho común -mal llamado “derecho privado”- debe adecuarse ala comprensión constitucional de los derechos en juego, puesto que de prescindirse de esa regla cardinal, se incurriría "en una interpretación delas normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución Nacional"³³.

Epílogo

³⁰ Puedo mencionar, a modo de ejemplo ilustrativo, un ahorrista que preste los únicos ahorros de su vida que eran producto de su ahorro personal para la adquisición de una vivienda en un barrio cerrado en la provincia de Buenos Aires.

³¹ CSJN, “Sisnero”, Fallos 337: 611, 2014.

³² CSJN, "Cacace", Fallos 318:1887,1995.

³³ Conf. CSJN, "AsociaciónLuchaporla IdentidadTravesti", Fallos:329:5266, 2006 ; ; en sentido similar, "PinturasyRevestimientos Aplicados" Fallos: 337:315, 2014; "Institutos Médicos Antártida", Fallos 342:459, 2019.

Para terminar este trabajo quisiera destacar que busqué reflexionar sobre cómo los operadores judiciales aplicamos los mecanismos de protección de la vivienda consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, porque en reiteradas ocasiones los utilizamos sin detenernos en sus implicancias y perdiendo de vista nuestro objetivo de garantizar los derechos de la ciudadanía de manera adecuada. Reitero: los operadores jurídicos no pueden dejar el derecho a la vivienda de lado para que se ocupen los restantes poderes del estado, sino que debe ocuparse de todos los derechos en juego dado que es un poder del estado y tiene que cumplir con los tratados internacionales.

Por los argumentos expuestos en los apartados precedentes, considero que el criterio utilizado en el fallo “Suquía” para descartar la inembargabilidad automática de la vivienda única es insuficiente: recuerdo que los Tratados de Derechos Humanos ni siquiera están mencionados en el fallo del año 2002 y tampoco se trata en él la contradicción que existiría entre la afectación voluntaria y la automática. Traté de dar algunas respuestas a posibles interrogantes a partir de otra herramienta de protección como el análisis de razonabilidad aplicado para analizar la legislación de emergencia económica relacionada con vivienda.

Sé que hay muchos interrogantes que ni siquiera formulé y otros que sí formulé pero ante los cuáles no puedo dar una respuesta predefinida. También entiendo que reconocer esta incertidumbre complejizaría la labor judicial. Por mi parte, me permito recordar un poema de Borges (2001: 116), “Soy ciego y nada sé, pero preveo que son más los caminos”.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2007) “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política” *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, ISSN 0124-0579, Vol. 9, N°. Extra 1, 2007, págs. 9-33 disponible en línea en <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/454> (Consultada el 1.12.19)
- Borges, J.L. (2001) “The unending rose” en *Obras Completas*, Tomo III, Barcelona: Emecé.
- Chiappini, J., (1998) "Constitucionalidad de las leyes que disponen la inembargabilidad de ciertos bienes", en DJ, 1998–II, 1013.
- Courtis, C. (2006), “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, C. (Comp.) *Ni un paso*

atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.
Buenos Aires: Cedal/Cels.

- Fernandez, M. L. (2004) “La Inembargabilidad de los bienes, un mecanismo de humanización en el juicio ejecutivo” publicado en *Cartapacio de Derecho*, Vol 7 disponible en línea en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/52/57> (consultado el 4.8.19)
- Ferniot, Cecilia (2013) “La inembargabilidad de la vivienda única. Una lectura desde los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Ponencia recuperada de <http://conferencias.unc.edu.ar/index.php/ponencias/ponencias2013/paper/view/1574/477> (Consultado el 1.12.19)
- Flah, Lily R. y Aguilar, Rosana I., (2014) Comentario art. 244 y sgtes. en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, 1ª ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 811 y ss,
- Palacio de Caeiro, Silvia B. (2015) “El Código Civil y Comercial y el federalismo” En *Diario La Ley*.
- Martínez, J. (2016) *Protección de los Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Vivienda en la jurisprudencia de la CSJN, de la SCBA y del TSJ*. Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales. Recuperada de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/55331/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf?sequence=3&isAllowed=y(fecha de consulta 21.10.19).
- Moisset de Espanés, L. (2009). "Bien de familia. Su protección registral. Derecho argentino e iberoamericano". Publicado en *Derecho y cambio social*, nro. 19, pp. 1 - 34. Recuperado de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artbiendefamilia2/at_download/file (Consultado el 10.11.19)
- Pautassi, L. (2010). Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. (págs. 1-87) En Abramovich, V. y Pautassi, L. (Comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales . Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto*. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/indicadores-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf> (Consultado el 18.11.19).
- Rodríguez Junyent, Santiago (2016). Protección de la vivienda única en el Código Civil y Comercial de la Nación. LLC 2016 (marzo), 131.

- Santiago, A. y Thury Cornejo, V. (2014) *Derecho a la vivienda y tutela judicial* Buenos Aires, Editorial Ábaco.
- Sesin, D. (Dir.) (2010) “La tutela judicial efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba -1987/2009-” Recuperado de <http://campusvirtual.justiciacordoba.gob.ar/moodle/repository/investigacion/publica/tomo6/tomo6-09.pdf>
- TECHO (2015) Informe “Derecho a una Vivienda Digna en Latinoamérica” disponible en línea en: [https://www.trust.org/contentAsset /raw-data/d54c4446-8a0c-4000-b30e-3672a1f52dd0/file](https://www.trust.org/contentAsset/raw-data/d54c4446-8a0c-4000-b30e-3672a1f52dd0/file) (consultado el 1.12.19)
- Ventura, G. B. (2017) “Afectación de la vivienda – Art. 244 CCC” Recuperado de www.acaderc.org.ar/doctrina/afectacion-de-la-vivienda.-art-244-del...y.../file (consultado el 26.5.19).
- Ylarri, J. (2013) “El derecho a la vivienda digna en la emergencia económica y el principio de proporcionalidad” en *Revista de Derecho Constitucional* - Número 3 - Noviembre 2013. Cita: IJ-LXIX-878. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66878&print=2> (Consultado el 2.9.19)

Transexualidade e direitos humanos: os desafios da população transsexual^(*)

Transexuality and human rights: the challenges faced by transsexual people

Transexualidad y derechos humanos: los desafíos de la población transsexual

Margareth Vetis Zaganelli¹

Angélica de Souza Sarmiento²

Paula Ferrario Traba³

(*) Recibido: 30/07/2019 | Aceptado: 22/09/2019 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Doutora em Direito 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

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
angelicas.sarmiento@gmail.com

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Projeto de Extensão Liga Universitária de Direito da UFES (LUDUFES) e do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI).
Paulaft40@gmail.com

Sumário: Introdução. **1.** Distinção entre transexualidade e transtornos sexuais. **2.** O fenômeno da transexualidade para medicina. **3.** Alteração no registro civil. **4.** O direito a identidade de gênero e os obstáculos enfrentados pelos transexuais. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo visa trazer à luz o debate sobre a transexualidade, assunto este que, mesmo nas sociedades mais modernas, ainda é tabu. A identidade de gênero humana não deve ser negada ou recriminada, afinal, são apenas variações humanas, tão comuns desde sempre. O desconhecimento sobre temas como a transexualidade dá margem para violações de direitos cada vez mais recorrentes, infringindo assim, dignidade e liberdade. Primeiramente, foi feita pesquisa bibliográfica, utilizando-se de autores tanto do direito, quanto de outras áreas, a fim de abordar aspectos jurídicos, sociais e psicológicos, por exemplo. Após, foi feita pesquisa jurisprudencial, com a finalidade de embasar e demonstrar, dentro da perspectiva jurídica, que os posicionamentos adotados dentro desse artigo encontram lastro em julgamentos anteriores, não se mostrando pensamentos isolados dentro da sistemática jurídica. Por fim, foram visitados tratados de direitos humanos, buscando a identificação de direitos humanos recorrentemente violados pelas políticas públicas adotadas, bem como pelas práticas sociais e em quais tratados era assegurada sua existência.

Palavras-chave: transexualidade, identidade de gênero, direitos humanos.

Abstract: This article aims to bring to light the debate on transsexuality, subject which, even in modern societies, it is still taboo. The human gender identity should not be denied, excluded or recriminated, after all, they are only variations. Ignorance about issues such as transsexuality gives room for rights violations increasingly applicants, thereby infringing, dignity and freedom. Firstly, bibliographical research was used, using authors of law and other areas, trying to have an idea of juridical social and psychological aspects, for example. After that, it was considered jurisprudential, with a baseline and demonstrative goal, within the legal perspective, that the ideas adopted on this article were found to be in previous judgments. Finally, human rights treaties were read, seeking to identify human rights repeatedly violated by public policies and social behaviors and where they were assured.

Key words: transsexuality, gender identity, human rights.

Resumen: Este artículo pretende sacar a la luz el debate sobre la transexualidad, que, incluso en las sociedades más modernas, sigue siendo un tema tabú. La identidad de género humana no debe ser negada o recriminada, después de todo, son sólo variaciones humanas, tan comunes desde siempre. El desconocimiento de cuestiones como la transexualidad da lugar a violaciones de derechos cada vez más recurrentes, vulnerando así la dignidad y la libertad. En primer lugar, se llevó a cabo una investigación bibliográfica, utilizando autores tanto del ámbito jurídico como de otras áreas, con el fin de abordar, por ejemplo, los aspectos jurídicos, sociales y psicológicos. Posteriormente, se realizó una investigación jurisprudencial con el fin de basar y demostrar, dentro de la perspectiva jurídica, que las posiciones adoptadas en este artículo se fundamentan en sentencias anteriores, no mostrando pensamientos aislados dentro del sistema jurídico. Finalmente, se revisaron los tratados de derechos humanos, buscando identificar los derechos humanos que fueron violados repetidamente por las políticas públicas adoptadas, así como por las prácticas sociales y en qué tratados se aseguró su existencia.

Palabras clave: transexualidad, identidad de género, derechos humanos.

Introdução

Conforme extrai-se dos Princípios de Yogyakarta (RANGEL, p. 07), todos os seres humanos já nascem livres, bem como iguais em dignidade e direitos. Nesse sentido, ainda se tem que todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados, de forma que não podem ser vistos de forma isolada de forma nenhuma. Assim, a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, de modo que ninguém deve ser motivo de discriminação ou abuso em razão de tais características.

Os referidos princípios seguem afirmando que muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e de orientação sexual às pessoas através de costumes, legislação e violência, exercendo, de tal modo, o controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como elas se identificam. “O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros” (RANGEL, p. 07).

Com o presente artigo visamos tratar da transexualidade através de um enfoque histórico, social e jurídico, por meio de diferentes bibliografias. Entendemos como importante o debate do tema em razão da relevância social que entendemos ter o assunto.

Nesse sentido, escreve Tatiana Lionço (LIONÇO, p. 01) que a transexualidade apresenta de forma exemplar os impasses que se instituem na proposição de modelos sociais baseados na naturalização da bipartição dos sexos, de modo que, sustentados em discursos normativos, definem o que seria anormal, aberrante e perverso. Dessa forma, para a autora, o acolhimento da experiência transexual como possibilidade de subjetivação é um grande desafio contemporâneo, devendo-se observar tal sob a perspectiva da diversidade humana e do laço social.

Em linhas gerais, a transexualidade não é algo recente, mas que por fugir do padrão socialmente imposto foi por muito tempo negada e marginalizada, como ainda o é. A "patologização" do gênero ainda é um problema ainda enfrentado pelos transexuais. Apesar de hoje já não ser mais considerada doença, conforme será mais à frente explicado, ainda é prevista no Controle Internacional de Doenças, o que ainda é um problema.

Ainda existem as implicações jurídicas decorrentes das alterações físicas advindas da cirurgia de confirmação de sexo, ponto também abordado na presente pesquisa.

1. Distinção entre transexualidade e transtornos sexuais

Inicialmente, no que tange à identidade de gênero e assuntos correlatos, importa saber que todos eles possuem carga psicológica bem maior que simplesmente terminológica, sendo pertinente diferenciá-los de acordo com os entendimentos psicológicos e jurídicos.

A definição de sexo, de acordo com a classificação biológica, passa por distinguir as pessoas em machos ou fêmeas, puramente baseada em características orgânicas como cromossomos, genitais, níveis hormonais e órgãos reprodutivos (JESUS. P. 13). Urge ressaltar que a mente do indivíduo pode ou não estar de acordo com o sexo biológico que lhe foi designado na sua formação embrionária.

Nessa toada, entende-se o sexo como um conjunto composto de sete elementos estruturantes, que nem sempre estão em consonância. Esses elementos constitutivos da sexualidade estão relacionados à identidade de gênero, orientação sexual e escolha do parceiro para a atividade sexual.

Gênero, por sua vez, está relacionado com a classificação pessoal de cada indivíduo e como a sociedade o enxerga, como o sujeito se expressa: como homem ou mulher. Há um espectro entre esses dois extremos, vez que, quanto à identidade de gênero e a identificação de uma pessoa com um gênero, pode acontecer de o indivíduo concordar ou não com o gênero e a genitália que lhe foram atribuídos em seu nascimento. Frisa-se que o gênero independe da orientação sexual do sujeito, sendo esferas independentes na formação do ser humano.

O papel de gênero consiste na expressão através de condutas praticadas diante de determinadas situações de acordo com o gênero atribuído. É a forma ensinada socialmente a cada indivíduo o modo como ele deve se portar, frente às mais diversas situações do dia-a-dia, sendo, portanto, uma construção social.

Ocorre que a dualidade entre macho e fêmea nos leva a condicionar o gênero ao sexo e, por conseguinte, todas as áreas da vida humana está correlacionada ao sexo biológico, como as roupas que se usa, por exemplo. “A natureza constrói a sexualidade e posiciona os corpos de acordo com as supostas disposições naturais” (BENTO, p. 17).

Identidade de gênero, no entanto, corresponde com gênero com o qual a pessoa se identifica e, deve-se salientar, não está atrelado ao sexo biológico identificado no nascimento, não se subordinando a orientação sexual do indivíduo. De acordo com Monteiro (MONTEIRO, p. 04), “é o sentimento de “masculinidade” ou de “feminilidade” que a pessoa tem, sendo uma aquisição cultural progressiva que, por sua vez, é determinante do comportamento.”

Na seara da orientação sexual, entende-se que, assim como o gênero, é um espectro, sendo considerado algo fluido: existem pessoas que se sentem sexualmente atraídas por pessoas do mesmo gênero (homossexuais) e pessoas que se sentem sexualmente atraídas por outras pessoas do gênero oposto aquele com o qual se reconhecem (heterossexuais). Nota-se, portanto, que a sexualidade humana se mostra algo extremamente complexo, razão pela qual entendemos que não se deve colocá-la em "caixinhas", restringindo-as a coisas imutáveis.

Assim, nesse meio entre a homossexualidade e a heterossexualidade, tem-se uma infinidade de possibilidades, como, por exemplo, os bissexuais. Deve-se sempre lembrar que a sexualidade envolve termos para além do fisiológico do indivíduo, sendo bem mais do que somente as genitálias, devendo ser entendida como a capacidade de ter afetividade e sentir atração física por outra pessoa, seja ela quem for.

Neste ínterim, a transexualidade se mostra como “uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero” (BENTO, p. 18). Tal definição não é amplamente aceita entre a comunidade científica, nacional e internacional, tanto da medicina como da psicologia, vez que essas a qualificavam como uma espécie de doença mental relacionada ao sexo.

Desde a origem termo, em 1956, pelo endocrinologista Harry Benjamin, os transexuais são designados como pessoas normais que estão inconformados com seu sexo (biológico) de nascimento, desejando a mudança do mesmo e refutando a ideia de serem doentes mentais.

A pessoa trans não está é doente ou possui uma doença de natureza mental. Enquadra-la como tal é uma forma de aprisionamento, na medida em que a obriga a viver em um corpo ao qual não se identifica, aumentando perigosamente seu conflito interno.

2. O fenômeno da transexualidade para medicina

Cientificamente, conforme ensina Costa (COSTA, p. 159), o transexual sofre com um transtorno no *animus*, pois, psicologicamente, se identifica com o sexo oposto, existindo a sensação de ter nascido com o corpo “trocado”.

O CID-10 é responsável por regular as doenças e apresenta códigos que separam as doenças em “famílias” e categorias e devem estar presentes em todos os diagnósticos, a fim de que estes tenham validade legal.

Mister salientar que, a transexualidade, até o ano de 2018, era incluída na categoria de “transtornos de identidade de gênero” (família 64), sob o código F64.0, com a denominação de transexualismo. Notadamente, até então observava-se uma patologização do gênero.

A despeito do tema, Leite Jr. (LEITE, p. 150) leciona que ainda no ano de 1973, a Associação Psiquiátrica Americana, que organiza e edita o Manual de Diagnóstico Estatístico de Doenças Mentais (DMS), retirou o “homossexualismo” do rol de doenças mentais, tendo sido tal postura oficializada com o lançamento da terceira versão do manual (DSM – III), em 1980.

O enquadramento da transexualidade como patologia, como dantes era feito, concedia a ideia de doença, de forma pejorativa. Ocorria uma cientifização da transexualidade e, por conseguinte, dos transexuais. Nessa toada, Bento e Pelúcio (BENTO *et al*, 2012) observam que a ideia de que a transexualidade é uma perversão que ainda existe, porém assume a forma

de “transtorno de gênero”, o que gera uma série de problemas a serem enfrentados, como o alto índice de suicídio e a automutilação entre as pessoas trans.

Faz-se de bom alvitre mencionar que, recentemente, a Organização Mundial da Saúde lançou nova edição da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID - 11), no qual a transexualidade passou a constar como sendo uma “incongruência de gênero”, deixando, portanto, de ser tida como um transtorno, integrando o capítulo intitulado de “condições relacionadas à saúde mental”. (BENITO, 2018)

A respeito da mudança, Bento e Pelúcio (BENTO *et al*, 2012) militam no sentido de a despatologização não ter sido uma garantia de direitos efetivamente, visto que impôs “um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização” pelo simples fato de constar em um CID, classificação de doenças.

Em se tratando do procedimento cirúrgico de transgenitalização, cumpre salientar que a mesma consiste na readequação da pessoa transsexual ao corpo que ele se identifica e almeja. É, em alguns casos, vista como a possibilidade que o indivíduo tem de integrar o psicológico com o físico, para completar a identificação do sujeito. Frisa-se, porém, que não é obrigatória, existindo pessoas transexuais que não sentem a necessidade de adequar seus genitais através do método cirúrgico, sendo outras modificações estéticas, ou mesmo nenhuma, suficientes para que o indivíduo se sinta bem consigo mesmo.

No Brasil, a primeira cirurgia de transgenitalização que se tem notícia foi realizada em 1971, no governo ditatorial militar e sem o aval do Conselho Federal de Medicina. Na época, Roberto Farina, médico responsável pela cirurgia, conforme esclarece Antônio Carlos de Lima, foi processado criminalmente por lesão corporal em razão da operação cirúrgica realizada, bem como foi processado administrativamente pelo Conselho Federal de Medicina, com fundamento de ter cometido lesão corporal.

Lamentavelmente, as nossas leis, costumes e tradições não têm um mínimo de compreensão, tolerância e consideração para os transexuais. [...] A investigação científica, paralelamente ao avanço da tecnologia, aos poucos vai vencendo os seus maiores inimigos que são a ignorância e a superstição. (FARINA *apud* ROSSI, 2018)

Em contrapartida, no cenário internacional, o médico foi reconhecido com louvor pela comunidade científica. O psiquiatra Robert Rubin, da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia em Los Angeles afirmou a respeito do tema, em 1976, que "em nenhum dos outros países do mundo onde esse

tipo de tratamento médico foi praticado, um médico foi acusado de conduta criminosa pelo Estado. É um retrocesso." (TESTONI, 2019)

A transexual Waldirene afirmou posteriormente que, antes da cirurgia, vivia um “martírio insuportável”, em razão da não identificação com o sexo de origem e que, após o procedimento de mudança de sexo, ficou livre do que chamou de “órgãos execráveis que me infernizavam a vida”. (TESTONI, 2019)

Após a realização do procedimento cirúrgico, Waldirene sofreu com a opressão, de modo que foi obrigada a submeter-se a exames vexatórios e, posteriormente, sucumbiu no processo que movia para mudança do nome civil, sendo obrigada a viver com o nome de origem, Waldir. Somente décadas depois, em 2010, sua certidão de nascimento fora alterada. Seu registro civil sofreu a mudança no ano seguinte.

O Conselho Federal de Medicina se posicionou sobre a realização do procedimento cirúrgico na década de 1990, por meio da Resolução 1.482, quando autorizou a realização do procedimento de redesignação sexual no Brasil, afirmando o caráter terapêutico da intervenção médica.

Urge salientar que recentemente, em 2017, foi inaugurado em São Paulo o ambulatório do Núcleo de Estudos, Pesquisa, Extensão e Assistência à Pessoa Trans Professor Roberto Farina (PATINI, 2017), ligado à Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). O Instituto visa oferecer assistência de saúde para população trans.

Atualmente, o processo de confirmação de gênero por meio de cirurgia é realizado pelo Sistema Único de Saúde, sendo que o hospital referência na realização do procedimento, Hospital das Clínicas, em São Paulo, tem lista de espera que pode demorar até 20 anos para a realização do procedimento.

A cirurgia de confirmação de sexo é regulada por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina e a primeira delas, nº 1.482/97, considerava a transexualidade como doença e dava a chance das pessoas que se encaixavam em nesse diagnóstico de iniciarem seu tratamento. O procedimento só poderia ser feito em hospitais públicos ou universitários que estivessem aptos à pesquisa. Ela já previa que a cirurgia de transgenitalização não seria considerada crime de lesão corporal, previsto no art. 129 do Código Penal, uma vez que a cirurgia tem propósito terapêutico, bem como as cirurgias figuravam como modo de fomentar as pesquisas na área, assim como aperfeiçoar o modo de escolha dos pacientes que seriam submetidos às mesmas. Além disso, exigia critérios mínimos para que alguém fosse considerado como transexual, bem como previa os requisitos mínimos para a seleção de pacientes que poderiam ser

submetidos à cirurgia de transgenitalização. Para que a cirurgia ocorresse, o paciente deveria expressar sua vontade de modo livre e consentido, como também era previsto em tal resolução.

A resolução nº 1.482/97 foi revogada pela resolução nº 1.652/02, que trazia como inovação a permissão para tentativas de realização da faloplastia, assim como procedimentos complementares que afetassem as gônadas e caracteres sexuais secundários. Ainda era disposto que a cirurgia de transgenitalização do sexo feminino para o masculino deveria ser feita exclusivamente em hospitais públicos ou universitários que estivessem aptos à pesquisa. Porém, o mesmo não era disposto com relação às cirurgias de transgenitalização do sexo masculino para o sexo feminino, o que habilitava qualquer hospital, público ou particular, independente de atividade de pesquisa. Previa que os hospitais que estivessem dispostos a realizar tal cirurgia deveriam contar com a equipe completa de profissionais previstos no artigo 4º, sendo que na falta de um dos profissionais, ocorreria à paralisação das permissões para a realização de qualquer procedimento.

Revogou-se a resolução nº 1652/02, que foi substituída pela resolução nº 1955/10, ainda em vigor. Essa resolução prevê, além do já legislado pelas outras resoluções, que os hospitais devem ter uma comissão ética, a fim de regular os procedimentos. Essa nova resolução revogou a parte da resolução anterior que falava sobre a distinção entre as entidades que poderiam realizar a cirurgia de transgenitalização do sexo feminino para o masculino, sendo, agora, regulamentado que qualquer hospital credenciado e atendendo às disposições previstas na resolução, possa realizar ambas as cirurgias.

Insta salientar que desde 2008, pela portaria Nº 457, de agosto de 2008, o Sistema Único de Saúde abriu a possibilidade da realização da cirurgia de redesignação de sexo pelo sistema público de saúde, de forma gratuita.

As cirurgias para transgenitalização eram proibidas no Brasil até 1997, quando foram regularizadas. Até então, os procedimentos eram feitos no país em clínicas clandestinas e os pacientes que não optassem pelo risco de uma cirurgia sem preparo adequado, recorriam a clínicas no exterior.

Por se tratar de procedimento irreversível, a AGU (Advocacia-Geral da União) impôs que todos os requisitos exigidos pelo SUS devem ser observados para a realização do procedimento cirúrgico. A saber, é necessário que os pacientes que quisessem se submeter ao tratamento devem possuir a idade mínima de 18 anos, se tratando de procedimentos ambulatoriais (acompanhamento multiprofissional e hormonoterapia) e para procedimentos cirúrgicos, a idade mínima é de 21 anos. Os pacientes

precisam de acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos, para que a equipe multiprofissional que o acompanha proceda com um laudo psicológico e psiquiátrico que lhe seja favorável, além do diagnóstico de transexualidade.

Atualmente existem somente 5 hospitais em todo Brasil capacitado pelo SUS para realizar os procedimentos ambulatoriais e cirúrgicos: Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás, Goiânia (GO); Hospital de Clínicas de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre (RS); Hospital Universitário Pedro Ernesto, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (RJ); Fundação Faculdade de Medicina, da Universidade de São Paulo (USP); e Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), em Recife (PE).

Nesse sentido, mister salientar que, recentemente, foi realizada uma cirurgia inédita, a qual usou pele de tilápia para reconstrução vaginal de mulher transexual submetida ao procedimento de redesignação sexual, na Unicamp. (EVANS, 2019)

3. Alteração no registro civil

O sexo é um dos elementos indispensáveis da identidade civil e, a princípio, imutável, só cabendo sua alteração em razão de erro cometido no momento do registro. É, em geral, estabelecido segundo a aparência anatômica externa do órgão genital.

Urge ressaltar que por sexo legal ou jurídico entende-se aquele que “deve obrigatoriamente constar no assento de nascimento de uma pessoa” (Lei n. 6.015/1973), lavrado no registro civil das pessoas físicas.

Sabe-se que a cirurgia de redesignação de sexo ou transgenitalização implica mudanças biológicas e jurídicas por dois motivos: uma, porque o procedimento transforma o fenótipo do indivíduo e a outra, em razão daquela, no sexo legal do sujeito. Os efeitos da designação do sexo jurídico vão além da atribuição de uma identidade feminina ou masculina a alguém, mas constitui um critério diferenciador de aquisição de direitos ou de obrigações legais.

A jurisprudência pátria do Egrégio Superior Tribunal de Justiça asseverou a possibilidade de mudança no registro civil após a mudança de sexo e ainda que o registro de que a designação do sexo foi alterada judicialmente conste apenas nos livros cartorários, sem constar essa informação na certidão, em decisão exarada no julgamento do REsp 1.008.398 de 2009. Isso porque, nas diretrizes da Ministra Nancy Andrighi, o Estado, uma vez que consente com a possibilidade de realizar-se cirurgia de redesignação

sexual, deve fornecer os meios necessários para uma vida digna e, assim, seja identificado no âmbito civil e jurídico tal como é identificado perante a sociedade.

Ademais, o Supremo julgou ser caso de repercussão geral a alteração do assento de nascimento e, dessa forma, retificar o nome e o gênero sexual no julgamento do Recurso Extraordinário 670.422.

Em que pese a jurisprudência das cortes superiores seguirem o entendimento de ser possível a mudança do registro civil em virtude de redesignação sexual, existem posicionamentos doutrinários divergentes, os quais não reconhecem o direito à liberdade da identidade de gênero, e com base nisso, negar os pedidos de alteração do registro civil, ou condicionar a concessão da alteração no registro civil a cirurgia de redesignação de sexo.

A guisa de corroboração:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE GÊNERO. TRANSEXUAL. CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. NECESSIDADE. 1. Não é novidade que a jurisprudência pátria caminha no sentido de amenizar as dificuldades e os transtornos acometidos às pessoas transexuais, como, por exemplo, a alteração do prenome no registro civil, sem a necessidade de intervenção cirúrgica. 2. Todavia, para o caso de alteração do gênero do indivíduo, em seu assentamento civil, é indispensável a realização de cirurgia para redesignação sexual. 3. O registro civil deve ter correspondência lógica com a realidade fática da vida do indivíduo, pois tal registro produz efeitos não apenas na sua esfera pessoal, mas também reverbera na sociedade em que está inserido, o que traz inúmeras repercussões jurídicas a terceiros. 4. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.1108199, 20160110681552APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Relator Designado: MARIA DE LOURDES ABREU 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/06/2018. Publicado no DJE: 12/07/2018. Pág: 139/144)

Em suma, como já se disse alhures, a jurisprudência dos tribunais superiores acena ser favorável a alteração no registro civil tanto do prenome como do sexo, independentemente da realização de readequação sexual, sendo precedente judicial, conforme ADI 4275, julgada em março de 2018. No entanto, ainda existem posicionamentos jurisprudenciais contrários.

Nesse sentido, merece especial destaque o julgado recentada colenda turma do Superior Tribunal de Justiça que julgou favorável a alteração do prenome, entendendo ser situação vexatória e exposição ao ridículo a manutenção da referência ao sexo masculino, embora o prenome já tenha sido alterado para o feminino em razão da transexualidade. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL.
ALTERAÇÃO DO SEXO. TRANSEXUAL NÃO

TRANSGENITALIZADO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Controvérsia acerca da possibilidade de se autorizar a alteração do registro civil para mudança do sexo civil de masculino para feminino no caso de transexual que não se submeteu a cirurgia de redesignação genital. 2. Possibilidade de alteração do prenome na hipótese de exposição da pessoa a situações ridículas (art. art. 59, p. u., da Lei dos Registros Públicos). 3. Ocorrência de exposição ao ridículo quando se mantém a referência ao sexo masculino, embora o prenome já tenha sido alterado para o feminino em razão da transexualidade. 4. Possibilidade de alteração do sexo civil nessa hipótese. 5. Precedentes do STF e do STJ. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ – REsp: 1561933 RJ. Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data de Julgamento: 20/03/2018. Data de Publicação: 23/04/2018)

Tais posicionamentos se mostram como mecanismos para efetivação dos direitos da personalidade de cada indivíduo, sobretudo os transexuais, para que minimize o preconceito e a discriminação e humanize o tratamento aos transexuais, não havendo motivos fundamentados na razão para a proibição do uso do nome social nas atividades regulares do sujeito, uma vez que o uso de tal é a individualização do princípio da dignidade humana em cada transgênero, e, portanto, negar-lhes o uso seria equivalente a obstar do indivíduo a dignidade que é inerente a ela.

Nesse sentido, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo conseguiu recentemente, pela via judicial a alteração do nome e do gênero de um adolescente transexual (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2018), sendo o primeiro caso entre os menores de 18 anos. O assistido foi atendido através do projeto “Autonomia Trans”, do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e a decisão foi exarada pela 1ª (primeira) Vara da Infância e Juventude de Vitória, determinando que o cartório de registro do autor promova as alterações nos termos do Provimento nº 73/2018, do Conselho Nacional de Justiça.

Em entrevista à Agência Brasil (EBC), a estudante de jornalismo e transgênero Bárbara Reis desabafa:

Eu acho importantíssima essa decisão, pois tira a pessoa de um genital. Existe um processo de genitalização do ser e quando se foge desse padrão é um ser anormal, bizarro. As pessoas acabam reduzindo a pessoa trans em uma cirurgia em um genital. A pessoa tem que olhar para dentro de si e saber como se sente. Eu sempre me vi como uma mulher que gosta de homem, a pessoa tem que ter convicção e autoconhecimento. Saber quem você é vai te dar empoderamento de combater quem está a sua volta, explicando para as pessoas que é normal ser quem é. (CRISTALDO, 2016)

Ato contínuo, destaca-se também que, em 2019 foi aprovada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Nacional a

sugestão (SUG 66/2017) para a criação de uma lei que autorize a troca de nome e sexo nos documentos de transexuais, travestis e transgêneros, mesmo que não tenham efetuado a cirurgia de redesignação sexual. (SENADO NOTICIAS, 2019)

Tais posicionamentos se mostram verdadeiros avanços, pois consideram que o ser humano não é formado apenas por genitais, mas trata-se de um ser completo e não adstrito ao sexo biológico. Logo, não deve ser condicionada a alteração do registro civil à uma cirurgia que visa mudar apenas os órgãos reprodutivos, reforçando estereótipos binários, que não mais podem ser perpetuados. A justiça não pode perpetuar pensamentos atrasados e exclusivos.

4. O direito a identidade de gênero e os obstáculos enfrentados pelos transexuais

Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

O direito à liberdade, à vida, à saúde, à liberdade de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre muitos outros, não se exaurindo aos expressamente citados na Declaração, são direitos básicos de qualquer ser humano e que deveriam ser respeitados por todos e protegidos pelo Estado. Estabelecem-se como obrigações dos governos que respeitem esses direitos, bem como a abstenção a certos atos atentatórios a eles, ensejando a promoção dos direitos dos indivíduos.

No que tange especificamente aos direitos humanos aplicados ao gênero e à orientação sexual, tem-se os Princípios de Yogyakarta, resultado do esforço conjunto de humanistas.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. (...) Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos. (RANGEL, p. 08)

No que diz respeito ao Brasil, a Constituição Federal elencou alguns direitos fundamentais no rol do artigo 5º. Sobre o tema, Rangel explica que é necessário alinhar o escopo dos Princípios do Yogyakarta à *men legis* contida na Constituição Federal de 1988, de modo que salta aos olhos que

todos os indivíduos têm direito à liberdade de gênero e autodeterminação sexual, devendo, receber igual proteção das leis e do sistema político jurídico, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine e fomente a intolerância, estimulando o desrespeito e desigualdade entre as pessoas em razão de sua orientação sexual ou gênero. (RANGEL, p. 02)

Sendo a sociedade brasileira ainda patriarcal e fundada em inúmeros preconceitos, o indivíduo que foge aos padrões delimitados pela maioria, especialmente no que tange à sexualidade e gênero, sofre segregação e preconceito, além de grave violência. Da brincadeira ofensiva ao assassinato, a intolerância ao diferente se mostra como regra, e o respeito ao sujeito a exceção.

Os padrões de normalidade são impostos pela sociedade, de modo que não surge espaço para aquele que não se enquadra em um deles. No caso dos transexuais, a violência, por vezes, começa no seio familiar e se estende a sociedade alcançando o Estado.

Nesse passo, Rangel muito bem explica que o Estado não pode adotar medidas, nem formular prescrições que provoquem a exclusão jurídica de grupos que constituem a sociedade civil, por consequência de seu conteúdo discriminatório, em razão da adoção de discursos intolerantes à diversidade de gênero ou orientação sexual dos indivíduos. (RANGEL, p. 01)

Quando a discriminação se apresenta no bojo da família o problema se torna ainda mais difícil. Uma vez que o transexual ou a transexual não conta com o apoio familiar para enfrentamento da complexidade das questões, esses se tornam ainda mais difíceis de facear.

O apoio social e emocional para enfrentar mudanças e situações de estresse deve se dar, também, por meio dessa rede (*familiar*). Dessa maneira ela é constituída de um grupo de pessoas com as quais o indivíduo mantém contato ou alguma forma de vínculo social, incluindo relacionamentos mais próximos, tais como familiares e amigos íntimos, e relacionamentos mais formais como os da profissão. (GRIEP, 2003)

A violência das instituições, inclusive públicas, são tanto atos contrários aos direitos fundamentais do indivíduo, como a negativa de mudança do prenome no registro civil, como omissiva, no caso da omissão do legislador sobre normas específicas do tema. Não basta a positivação dos direitos fundamentais como normas cogentes constitucionais. É necessário que se garanta sua efetivação. Nesse sentido, por meio de políticas públicas, o Estado deve promover os direitos da população transexual e, de igual forma, buscar a integração desses com os demais da sociedade.

Indagada sobre a permissão do uso do nome social, uma aluna de medicina da Universidade de São Paulo (USP) afirmou categoricamente que o “nome social é interessante, sim, mas é um retalho de direitos” (QUADROS, 2016, in: G1). Quer isso dizer que a concessão do uso em documentos oficiais e extraoficiais é necessária e faz parte do dever do Estado de tutelar os direitos do povo, não devendo ser considerada favor ou gentileza dos legisladores. No entanto, recentemente, em maio de 2016, a câmara dos deputados julgou um projeto de lei que busca extinguir o direito dos transexuais e travestis de usarem o nome social os órgãos públicos do governo federal (AMORIM, 2016). O direito ao uso do nome social nas repartições federais foi aprovado pela ex-presidente Dilma Rousseff em abril deste mesmo ano.

Após o decreto número 8.727 de 2016, que dispôs sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis nos órgãos administrativos federais, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também permitiu aos advogados transgêneros e travestis utilizassem o nome social nos documentos de identificação do profissional, por meio do Conselho Pleno da OAB, o que vemos como um avanço, mas ainda pequeno.

No que tange ao nome social, a Noruega se tornou o 5º país no mundo a permitir o uso do nome social, com a peculiaridade de crianças transexuais poderem solicitar a mudança, além dos adultos transexuais não necessitarem do consentimento médico ou de intervenção cirúrgica. Dessa forma também ocorre na Espanha, Uruguai, Argentina e Inglaterra, com leis de identidade de gênero.

A fim de que direitos básicos como o uso do nome social alcancem as minorias em todo mundo, ensejando uniformizar questões que versem sobre direitos humanos, Portugal propôs uma Declaração Universal de Igualdade de Gênero na UNESCO. Segundo o médico e professor que subscreveu a proposta, Rui Nunes:

O trabalho que propusemos e que ganhou por votação dos diferentes centros demonstra que faz sentido a UNESCO, que é a grande organização de defesa da educação, cultura, ciência e da igualdade, ter como matriz uma declaração de igualdade de gênero, que é de aplicação tanto em países mais desenvolvidos, como Alemanha ou Portugal, como em países onde a igualdade de gênero ainda está a dar os primeiros passos. (2016, in: Observador)

Uma declaração universal que reafirme os direitos dos transgêneros é de suma importância para criação de garantias de tutela desses direitos, e, de igual modo, ratificar a dignidade de cada indivíduo, de modo a buscar a

minimização do preconceito. Infelizmente, o Brasil caminha a curtos passos para concessão e tutela dos direitos humanos aos transexuais.

Para refutar o constrangimento maior, a polícia militar do Estado do Espírito Santo (PMES), após portaria publicada número 26-R de 21 de novembro de 2016, pela Secretaria do Estado de Segurança Pública do Espírito Santo, determinou que as transexuais mulheres fossem, no ato da revista policial, revistas por policial mulher⁴. Além disso, dispôs a portaria que as transgêneros feminina ou masculino devem ser tratadas pelo seu nome, afirmando o uso do nome social.

No âmbito nacional, e no que se refere a direitos básicos dos transexuais, o reconhecimento pelo Superior Tribunal Federal (STF) das uniões homoafetivas deu visibilidade ao caso dos transexuais em relação aos direitos de família.

Na seara jurídica, no que tange aos casamentos e uniões estáveis⁵ envolvendo pessoas transexuais, afirma Maria Berenice Dias (DIAS, p. 248/249) leciona que deve ser, ao menos, admitido como existente e válido o casamento de transexuais, independentemente da redesignação sexual

Insta esclarecer que para a doutrina jurídica mais conservadora, o casamento ou a união estável envolvendo transexuais, outrora era tido como nulo ou mesmo inexistente, isso por que se acreditava que o transexual estaria induzindo o cônjuge ao erro ao apresentar-se de um jeito, mas deter órgãos sexuais diferentes, entendendo-se que seria erro essencial sobre a pessoa.

⁴ Art. 2º O atendimento à mulher em situação de violência deverá ser orientado para a preservação de sua integridade física e emocional, garantindo-lhe as informações sobre o direito de acesso aos serviços de segurança, saúde, assistência social e jurídica. § 1º A mulher transexual ou transgênero deverá ser tratada por seu nome social. § 2º A revista pessoal da mulher transexual ou transgênero será realizada, preferencialmente, por policial feminino, nos termos do Artigo 249 do Código de Processo Penal, e observados os procedimentos de segurança, o grau de risco que a pessoa abordada oferece e as diferenças entre o porte físico do policial feminino e da pessoa abordada. ESPÍRITO SANTO. Secretaria de Estado de Segurança Pública. Portaria 26-R, de 26 de outubro de 2016. Dispõe sobre procedimento padronizado a ser adotado pela Polícia Civil e Militar ao atendimento às mulheres em situação de violência. Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, Vitória, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/129500768/does-normal-26-10-2016-pg-21>

⁵ Apesar do tratamento diferenciado dispensado à união estável se comparado ao casamento, dentro da sistemática do Código Civil de 2002 (art. 1790, CC), atualmente, seguindo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o referido artigo é inconstitucional, entende-se que existe uma equiparação entre ambos os institutos. Dessa forma, prestigia-se o princípio da igualdade, insculpido na Carta Magna, bem como em prestígio ao art. 226 da Constituição Federal, que se refere apenas à família, sem que seja feita qualquer distinção quanto à sua formação ou constituição.

Atualmente, como leciona Flávio Tartuce (TARTUCE, 2012), tornou-se comum na doutrina contemporânea afirmar que o afeto tem valor jurídico, alçando-o à condição de verdadeiro princípio geral.

Sobre o assunto, Helena Centeno Hintz (HINTZ, 2001) escreve que a instituição familiar tem passado por várias modificações em razão das mudanças havidas no contexto sociocultural e, em razão de ser uma instituição flexível, tem se adaptado às diversas formas de influência social e cultural, em diferentes épocas e lugares. Nesse sentido, ao considerar a evolução da família, deve-se levar em conta aspectos como a demografia, vida privada, papéis familiares, dentre outros.

Nessa toada, outras configurações de família passaram a ser aceitas dentro do conceito de família, sendo o mesmo, nos dias atuais, amplo e abrangente, não mais se adequando apenas ao modelo familiar heteronormativo e patriarcal. Ainda conforme Hintz (HINTZ, 2001), família será sempre família, um lugar de proteção, socialização e estabelecimento de vínculos.

Dessa maneira, para além dos envolvidos na configuração familiar, deve-se analisar as relações de afeto e afetividade envolvidos, de forma a incluir tais possibilidades dentro da configuração de família, protegida pela Constituição Federal em seu artigo 226.

No que tange à adoção, a omissão do legislador sobre o tema específico permite a extensão da questão adotiva a todos os transexuais. Uma vez que o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro mudou, abrangendo outras possibilidades de composição que não apenas homem e mulher, bem como a entrada em vigor do Código Civil de 2002, e que vigorou a figura da adoção irrestrita, não que se falar em privação da adoção aos transexuais. O que se enseja com a possibilidade de adoção por parte dos transexuais é a possibilidade de dar a uma criança um lar, uma vez que a condição de transsexual não torna ninguém inferior ou menos capacitado para cuidar de uma criança. Isso vai de encontro ao previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, outro diploma normativo usado na escolha da família para a adoção.

A ideia de que pessoas transexuais não podem adotar se assenta na ideia de que a família deve ser formada por um núcleo parental heterossexual, que se une com a finalidade de reproduzir (ZAMBRANO, 2006). Contudo, esquece-se que família, como acima já exposto, vai muito além disso, de forma que se tornou insuficiente para os dias de hoje.

Zambrano ainda escreve que, após pesquisa coordenada pela autora, chegou-se à conclusão de que o acesso preferido é, de fato, a adoção, de modo que, para os entrevistados na pesquisa, os laços afetivos são mais

importantes que os laços biológicos. Nesse sentido, continua a autora esclarecendo que as adoções feitas por transexuais são, em sua maioria, adoções informais, que advém de familiares, amigos, vizinhos, ou mesmo crianças abandonadas. (ZAMBRANO, 2006)

No que se refere às relações trabalhistas, o preconceito a população de transexuais se mostram ainda mais evidente. As normas em vigor refutam qualquer discriminação aos transexuais, baseando-se na igualdade e na dignidade humana. No entanto, torna-se árdua a inserção desses sujeitos no mercado de trabalho, uma vez que a grande maioria dessas pessoas se deparam com a discriminação dentro do ambiente de trabalho, indo desde brincadeiras aparentemente inofensivas, chegando ao assédio, em suas diferentes formas. Esses tipos de preconceitos culminam, lastimavelmente, na marginalização dos transexuais.

Stefanny relata que “simplesmente não existem oportunidades de trabalho” e afirma ainda que “as poucas que não são nas ruas, estão em serviços subalternos”. (STEFANNY, 2016)

Segatto (SEGATTO, 2002) relata que nasceu com a cabeça de mulher, mas que reprimiu essa realidade o quanto pode. Sendo engenheiro químico renomado, deu aulas em universidades e foi consultor de indústrias petroquímicas e de fertilizantes, de forma que teve que deixar isso tudo para trás, eis que a masculinidade do ambiente não permitia que se tornasse Marthinha de uma hora para outra, uma vez que sequer passaria da portaria das empresas. Posteriormente, após fazer um mestrado em sexologia, se dedica a atender pessoas com transtorno de identidade sexual.

Através do Decreto 7.037 de 2009, que aprovou a terceira fase do Programa Nacional de Direitos Humanos, visa-se garantir a igualdade na diversidade, com respeito às diferentes crenças, liberdade de culto e laicidade do Estado, incluindo a diversidade sexual e de gênero e vem sendo implementada desde a sua entrada em vigor para garantir a aplicação dos direitos humanos no território brasileiro.

Entendemos como avanços as políticas públicas e ações que vem sendo tomadas e implementadas, no que tange à inserção das pessoas transexuais em ambientes, assim como na concretização de seus direitos. Porém, como esclarecido anteriormente, o caminho ainda é longo e árduo, necessitando de mais atenção.

Considerações finais

Observa-se que o direito à identidade de gênero deveria ser algo que englobasse a todos de modo igualitário. Porém, o que se observa é um

direito que não chega a todos de modo igual, o que leva a uma marginalização daqueles que não se enquadram no padrão socialmente imposto.

Sobre isso, aduz Evelyn Raquel Carvalho (CARVALHO, 2006) que existem inúmeras situações problemáticas enfrentadas pelas pessoas transgênero dentro do contexto social, como o preconceito familiar, escolar, afetivo e profissional. Segundo a UNESCO, existe uma grande dificuldade de inserção dos transexuais no mundo do trabalho, o que se dá em decorrência dos diversos aspectos já abordados.

Apesar da Constituição Federal do Brasil, artigo 3º, IV, aduzir como objetivo fundamental a igualdade entre os sujeitos sem qualquer discriminação, inclusive pelo gênero, e acrescentar no artigo 7º, inciso XXX, a proibição da diferenciação de salários ou funções baseadas em gêneros, o que se observa na prática é exatamente o contrário. A realidade escancara como a igualdade entre os sujeitos, prevista na Carta Magna, não supera o preconceito perpetuado socialmente.

Conforme foi exposto, atualmente, transexuais tem seus direitos violados paulatinamente, seja no ambiente de trabalho, por meio das mais diversas discriminações, seja socialmente, através do preconceito e marginalização. Isso tudo também é refletido na expectativa de vida média dessa parcela da população, que não chega aos 35 anos. Se comparado à expectativa média, que é de 75,5 anos, a dimensão do problema ganha novos contornos, mais reais e palpáveis. (BORTONI, 2019)

Reconhece-se que um longo caminho já foi percorrido e avanços rumo à igualdade de fato foram feitos, mas não são o suficiente. Muito ainda precisa ser feito para que se chegue ao mínimo de dignidade que tais pessoas merecem e que lhes é assegurada em diversos tratados de direitos humanos e mesmo na Constituição Federal de 1988.

Referências

- AMORIM, Felipe. Deputados de 10 partidos tentam vetar nome social de travestis no serviço público. **Notícias UOL**: 19 de mai. 2016.
Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/05/19/deputados-de-10-partidos-tentam-revogar-uso-de-nome-social-no-servico-publico.htm>. Acesso em: 07 de nov. 2018.
- BENJAMIN, Harry. **The Transsexual Phenomenon**. New York: The Julian Press, 1966. In: LOPES, André Cortes Vieira.
Transexualidade: reflexos da redesignação sexual. IBDFAM.
Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/229.pdf>. Acesso em 10 de jun de 2019.

- BENITO, Emilio de. Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental. **El País**: 19 de jun de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529346704_000097.html. Acesso em: 15 de jun de 2019.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BENTO, Berenice; PELUCIO, Larissa. **Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas**. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, v. 20, n. 2, Aug. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jun de 2019.
- BORTONI, Larissa. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 09 de jun de 2019.
- CARVALHO, Evelyn Raquel. **“Eu quero viver de dia”-Uma análise da inserção das transgêneros- no mercado de trabalho**. Sexualidades, corporalidades e transgêneros: narrativas fora da ordem. 2006. Disponível em http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/E/Evelyn_Carvalho_16.pdf. Acesso em: 07 mai 2019.
- CAZARRÉ, Marieta. Preconceito afasta transexuais do ambiente escolar e do mercado de trabalho. **EBC, Agência de notícias**: 13 de nov. 2015. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/11/preconceito-afasta-transexuais-do-ambiente-escolar-e-do-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 02 jun de 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.482, de 10 set. 1997**. Disciplina a realização de cirurgia de transgenitalização. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.652, de 06 nov.2002**. Disciplina a realização de cirurgia de transgenitalização. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm. Acesso em: 02 jun 2019

COSTA, R. P. **Os onze sexos: As múltiplas faces da sexualidade humana**. 3ª ed. São Paulo: Gente. 1994.

CRISTALDO, Heloisa. Cirurgia de troca de sexo não é obrigatória para mudar nome no registro civil. **EBC, Agência Brasil**. Outubro de 2016. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/cirurgia-de-troca-de-sexo-nao-e-obrigatoria-para-mudar-nome-no>>. Acesso em: 06 jun de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

Defensoria consegue na justiça primeira alteração de nome e gênero de adolescente trans. Mar 2019 Acesso em: <http://www.defensoria.es.def.br/site/index.php/2019/03/22/defensoria-consegue-na-justica-primeira-alteracao-de-nome-e-genero-de-adolescente-trans/>. Acesso em: 01 jun de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: preconceito & justiça**. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Acórdão n.1108199**, 20160110681552APC, Relator: Fátima Rafael, Relator Designado: MARIA DE LOURDES ABREU 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/06/2018, Publicado no DJE: 12/07/2018. p. 139/144.

ESPÍRITO SANTO. Secretaria de Estado de Segurança Pública. Portaria 26-R, de 26 de outubro de 2016. Dispõe sobre procedimento padronizado a ser adotado pela Polícia Civil e Militar ao atendimento às mulheres em situação de violência. **Diário Oficial do Estado do Espírito Santo**, Vitória, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/129500768/does-normal-26-10-2016-pg-21>. Acesso em: 02 jun 2019.

EVANS. Fernando. Cirurgia inédita usa pele de tilápia na reconstrução vaginal de mulher trans na Unicamp. **G1**, Campinas – SP, 2019. Acesso em: https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2019/04/24/cirurgia-inedita-usa-pele-de-tilapia-na-reconstrucao-vaginal-de-mulher-trans-na-unicamp.ghtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=g1. Acesso em: 02 jun 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas: 2008.

GARCÍA, Francisco Vásquez. **Del sexo dicotómico al sexo cromático. La subjetividad transgénérica y los límites del constructivismo.** **Sexualidad, Salud y Sociedad** - Revista Latinoamericana. n.1, 2009. Disponível em [http:// www.sexualidadsaludysociedad.org](http://www.sexualidadsaludysociedad.org). **Acessado em:** 05 novembro de 2018.

GRIEP, R. H. **Confiabilidade e validade de instrumentos de medida de rede social e de apoio social utilizados no estudo Pró-Saúde.** Tese de doutorado não publicada, Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v21n48/a10v21n48.pdf>. **Acesso em:** 04 de novembro de 2018.

HINTZ, Helena Centeno. **Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade.** In: Pensando famílias, nº 3, 2001.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. **O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9668>. Acesso em jun 2019.

JESUS, J. G. **Orientações sobre Identidade de Género: Conceitos e Termos.** Guia Técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais pessoas transgêneros, para formadores de opinião. 2.ªEd., 2012, Brasília. Disponível em www.sertao.ufg.br/uploads/16/original_orienta%20c3%87%20c3%95es_so_bre_identidade_de_g%20c3%8anero__conceitos_e_termos_-_2%20c2%aa_edi%20c3%a7%20c3%9a.pdf. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

LAURENTI, R., **Análise da informação em saúde: 1893-1993, cem anos da Classificação Internacional de Doenças.** Revista Saúde Pública. 1991.

LIONÇO, Tatiana. **A transexualidade entre a transgressão e a inserção social.** Sexualidades, corporalidades e transgêneros: narrativas fora da ordem. 2006. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/T/Tatiana_Lionco_16.pdf. Acesso em: maio de 2018.

LIMA, Antônio Carlos de. **A cirurgia para mudança de sexo e o preconceito no Brasil.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-set->

06/brasil_pais_preconceituoso_falso_moralista. Acessado em: 06 de junho de 2019.

LUSA, Agencia. Portugal vai propor criação de Declaração Universal de Igualdade de Género. Observador, 18 de out. de 2016. Disponível em: <http://observador.pt/2016/10/18/portugal-vai-pro-por-criacao-de-declaracao-universal-de-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 07 de nov. de 2018.

MACHADO, Lívia. Nome social é 'retalho de direitos', diz aluna transsexual de medicina da USP. **G1**, 15 de ago. de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/08/nome-social-e-retalho-de-direitos-diz-aluna-transsexual-de-medicina-da-usp.html>. Acesso em: 07 de nov. de 2018.

MONTEIRO, Iris. **Gender identity disorder: pre and post surgery changes – personality profile. Psycho-pathology and social adjustment – a comparative study.** PhD Thesis, The American Academy of Clinical Sexologists. Orlando, Florida, United States of America. 2010.

MURTA, Daniela. **Paradoxos entre o acesso a saúde e a patologização:** algumas considerações sobre a psiquiatrização da transexualidade. Fazendo gênero 8 – Corpo, violência e poder. 2008.

PATINI, Daniel. Ambulatório do Núcleo de Assistência Multiprofissional à Pessoa Trans da Unifesp é inaugurado. **UNIFESP**. 27 de mar de 2017. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/noticias-antiores-dci/item/2689-ambulatorio-do-nucleo-de-assistencia-multiprofissional-a-pessoa-trans-da-unifesp-e-inaugurado>. Acesso em: 15 de jun de 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Os princípios de Yogyakarta e os direitos humanos.** 2013. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/26156/os-principios-de-yogyakarta-e-os-direitos-humanos/2>. Acesso em: maio de 2019.

ROSSI, Amanda. 'Monstro, prostituta, bichinha': como a Justiça condenou a 1ª cirurgia de mudança de sexo do Brasil. **BBC Brasil**: São Paulo, 28 de mar de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187>. Acesso em: 10 de jun de 2019.

SANTOS, A. **Um sexo que são vários. A (im)possibilidade do intersexo enquanto categoria humana.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Letras – Universidade de Coimbra. Portugal, 2012.

SEGATTO, Cristiane. Nasce uma mulher. **Revista época online**. Edição n. 236, 25 de Nov. de 2002. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT441567-1664-4,00.html>. Acesso em: 07 de nov. de 2016.

SENADO NOTÍCIAS. Troca de nome e sexo em documento de identidade de transexuais pode virar lei. 17 mai 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/07/troca-de-nome-e-sexo-em-documento-de-identidade-de-transexuais-pode- virar-lei>. Acesso em: 15 de jun de 2019

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011.

SLUZKI, C. E. **A rede social na prática sistêmica: Alternativas terapêuticas** (C. Berliner, Trad.). São Paulo: Casa do Psicólogo. 2011, original publicado 1997.; Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v21n48/a10v21n48.pdf>>. Acesso em: 04 nov de 2019.

SOARES, Milene; FEIJÓ, Marianne Ramos; VALÉRIO, Nelson Igmarr; SIQUIERI, Carmen Lúcia dos Santos Maia; PINTO, Maria Jaqueline Coelho. **O apoio da rede social a transexuais femininas**. 2011.

STEFANNY, Cris. Preconceito afasta transexuais do ambiente escolar e do mercado de trabalho. **EBC: Agência de notícias**. 13 de nov. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **REsp: 1561933 RJ**. Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data de Julgamento: 20/03/2018. Data de Publicação: 23/04/2018

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Revista Consulex, nº 378, 2012. Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acessado em 08 de junho de 2019.

TESTONI, Marcelo. Quem foi o médico perseguido por realizar a 1ª cirurgia de trans do Brasil. **UNIVERSA – UOL**, 2019. Acesso em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/23/quem-foi-o-medico-condenado-por-realizar-a-1-cirurgia-de-trans-do-brasil.htm?cmpid=copiaecola>.

VENTURA, Miriam. **A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania.**

Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades "impensáveis":** pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. Horiz. antropol. Porto Alegre , v. 12, n. 26, p. 123-147, Dec. 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

A dignidade do idoso e a gerontofobia^(*)

The dignity of the elderly and gerontophobia

La dignidad de los ancianos y la gerontofobia

Suellen Freitas Lessa Carneiro¹

Moyana Mariano Robles Lessa²

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral³

Sumário: Considerações iniciais. **1.** O envelhecimento humano como fenômeno social no Brasil. **2.** A gerontofobia no mundo contemporâneo. **3.** Casos concretos: a opção pela morte ao envelhecimento. **4.** O Caso “David Goodall”. O Caso “Jacqueline Jencquel”. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo analisar a correlação da gerontofobia com a dignidade do idoso no Brasil. Tomando-se a dignidade da pessoa humana como princípio universal, que

(*) Recibido: 13/02/2020 | Aceptado: 10/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Bacharel em Direito.

suellenfreitas19@gmail.com

² Estudante do Curso de Direito. Licenciada em Letras. Pós-graduada em Direito Tributário com Docência do Ensino Superior. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana.

moyanarobles@hotmail.com

³ Cursando Pós-doutorado em Direito Civil e Processo Civil (Ufes). Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem. Miembro efectivo de la Asociación de Bioética Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata – AR. Professora dos cursos de Direito e Medicina. Líder do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana.

hildeboechat@gmail.com

fundamenta os direitos humanos, os valores e as atitudes fundamentais que almejam equacionar o convívio democrático social, sua tutela reclama por um envelhecimento sadio e ativo, já que se trata de um fenômeno reconhecido no Brasil, de contínua e gradativa evolução, como fruto dos progressos da medicina à melhoria das condições gerais de vida que possibilitam longevidade. Entretanto, surge nesse contexto a gerontofobia representada por estereótipos negativos, estigmas e preconceitos, construídos pela sociedade em relação à senilidade. Além disso, serão apresentadas diferentes concepções para a temática a partir de constructos teóricos do campo do Direito. A metodologia adotada é qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica desenvolvida com base em livros, artigos e periódicos. Para tanto, na revisão de literatura foram elucidadas questões referentes ao processo de envelhecimento juntamente com suas repercussões nos indivíduos idosos de modo a debater a gerontofobia em contraste com a dignidade do idoso no Brasil. Conclui-se que a gerontofobia é um processo incipiente no Brasil carecendo de mais estudos e metodologias que venham a determinar Políticas Públicas pertinentes.

Palavras-chave: gerontofobia, dignidade humana, idoso, interrupção voluntária da vida.

Abstract: This research aims to analyze the correlation of gerontophobia with the dignity of the elderly in Brazil. Taking the dignity of the human person as a universal principle, which underpins the human rights, values and fundamental attitudes that aim to equate social democratic coexistence, its protection calls for a healthy and active aging, as it is a recognized phenomenon. in Brazil, from continuous and gradual evolution, as a result of medical progress to the improvement of the general conditions of life that enable longevity. However, in this context arises the gerontophobia represented by negative stereotypes, stigmas and prejudices, built by society in relation to senility. In addition, different conceptions for the theme will be presented from theoretical constructs of the field of law. The adopted methodology is qualitative, through bibliographic research developed based on books, articles and journals. Therefore, in the literature review, questions related to the aging process were elucidated along with its repercussions on the elderly in order to debate gerontophobia in contrast to the dignity of the elderly in Brazil. It is concluded that gerontophobia is an incipient process in Brazil requiring further studies and methodologies that will determine relevant Public Policies.

Keywords: gerontophobia, human dignity, old man, voluntary interruption of life.

Resumen: Esta investigación tiene como objetivo analizar la correlación de la gerontofobia con la dignidad de los ancianos en Brasil. Tomando la dignidad del ser humano como un principio universal, que es el fundamento de los derechos humanos, valores y actitudes fundamentales que buscan equiparar la convivencia social democrática y que su tutela reclama un envejecimiento saludable y activo, ya que es un fenómeno reconocido en el Brasil, de evolución continua y gradual, como resultado del progreso de la medicina para mejorar las condiciones generales de vida que permiten la longevidad. Sin embargo, en este contexto, la gerontofobia está representada por estereotipos negativos, estigmas y prejuicios, construidos por la sociedad en relación con la senilidad. Además, se presentarán diferentes concepciones del tema basadas en construcciones teóricas del campo del derecho. La metodología adoptada es cualitativa, mediante la investigación bibliográfica desarrollada a partir de libros, artículos y publicaciones periódicas. Para ello, en la revisión de la literatura se dilucidaron cuestiones relacionadas con el proceso de envejecimiento y sus repercusiones en las personas mayores para debatir la gerontofobia en contraste con la dignidad de los ancianos en Brasil. Se concluye que la gerontofobia es un proceso incipiente en el Brasil, que carece de nuevos estudios y metodologías para determinar las políticas públicas pertinentes.

Palabras clave: gerontofobia, dignidad humana, ancianos, interrupción voluntaria de la vida.

Retrato

Eu não tinha este rosto de hoje,
Assim calmo, assim triste, assim magro,

Nem estes olhos tão vazios,
Nem o lábio amargo.

Eu não tinha estas mãos sem forças,
Tão paradas e frias e mortas;
Eu não tinha este coração
Que nem se mostra.

Eu não dei por esta mudança,
Tão simples, tão certa, tão fácil:
– Em que espelho ficou perdida
A minha face?

(Cecília Meireles, 2001).

Considerações iniciais

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante somente CF/88), logo em seu artigo inaugural deixa consignada a importância desse axioma, que aponta para um viver dignamente relacionado ao exercício de uma vida em segurança e de forma plena, tendo os direitos respeitados e garantidos. Nessa perspectiva, buscou-se associar o trabalho desenvolvido pela bioética e os cuidados conferidos aos vulneráveis, à representação que a gerontofobia vem ganhando na sociedade contemporânea.

Pesquisadores deste novo século se dedicam a assuntos relacionados à dignidade e à qualidade de vida do ser humano, em especial aos que se encontram vulnerados por alguma razão específica. Nessa perspectiva, a gerontofobia percebe junto à bioética uma atenção especial que concerne um olhar específico ao idoso, justamente em um momento da vida no qual muitos se sentem vulneráveis ante os desafios que constituem o processo de envelhecimento. Assim, transcendendo os limites territoriais, a Bioética se amplia para uma forma global no século XXI, torna-se relevante para comunidade mundial o estudo da gerontofobia, que é um estado psicológico caracterizado pelo medo de envelhecer, bem como indiferença e rejeição aos idosos. Esse fato leva a refletir sobre as condições de vida do idoso à luz da dignidade da pessoa humana, com o intuito de pesquisar como a gerontofobia atua no sentimento do idoso que prefere a morte a vivenciar o processo natural de envelhecimento e ainda por que atua no ser humano causando repulsa a tudo o que se relaciona com o envelhecimento.

Justifica-se esta abordagem pela necessidade de atender integralmente as necessidades do idoso, para que não haja risco a sua integridade física, psíquica e moral, bem como detalhar os interesses e anseios pertinentes, a fim de implementar políticas públicas de atendimento especificamente para este importante grupo da sociedade.

Inicialmente, analisa-se a importância de estudar o fenômeno da gerontofobia ao mesmo tempo em que se institui um elo com a dignidade da pessoa ao envelhecer, demonstrando, portanto, o quanto o idoso pode ser útil à sociedade ao compartilhar suas experiências de vida, ensinando valores quase já esquecidos em um mundo consumista e imediatista como este da primeira metade do século XXI, que devido à influência das inovações tecnológicas torna-se cada vez mais individualista e insensível, abandonando conceitos éticos basilares, como por exemplo o respeito ao próximo, a empatia pelo outro e sua fragilidade ante a dor, esquecendo-se de que o envelhecer é condição imanente ao homem, sendo um processo que merece especial atenção, podendo ser repleto de redescobertas e de atividades consolidadas mediante disposição e vivacidade.

Este artigo visa analisar a gerontofobia como fenômeno que vem acometendo idosos no Brasil e no mundo, visto que diversos estudos demonstram que muitos idosos têm medo do futuro. Pretende-se explicar em que consiste a gerontofobia, identificar as razões pelas quais algumas pessoas decidem não enfrentar o envelhecimento, desistindo de lutar pela crescente preservação da dignidade do idoso, em busca de viver em sua plenitude e valorização de sua dignidade e outros direitos inerentes a esse princípio maior.

1. O envelhecimento humano como fenômeno social no Brasil

O Brasil já foi caracterizado como um país de população jovem. As famílias eram tradicionalmente compostas por muitos filhos, e a senilidade chegava mais cedo para os adultos, já que a expectativa de vida na década de 70 não chegava aos 60 anos, tanto para homens, quanto para mulheres (IBGE, 2018). Assim, eram consideradas idosas pessoas que hoje estão em plena atividade, exercendo autonomia, impondo alteração no critério etário. A realidade de uma família numerosa ficou no passado, pois na década de 1970 iniciou-se uma mudança no país e o fenômeno da terceira idade tomou força no Brasil, principalmente por ter a sociedade se tonado em sua maioria urbana, surgindo uma nova estrutura familiar com menos filhos, ao mesmo tempo em que se expandia o critério etário elevando a expectativa de vida do idoso, que passou a ter maior qualidade de vida ao envelhecer (MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016). A melhoria da qualidade de vida do idoso aliada ao desenvolvimento tecnocientífico que levou à descoberta de cura para várias enfermidades e que elevou o número das doenças crônicas que levavam a óbito acarretaram o prolongamento da vida humana, e o conseqüente crescimento da população idosa, sendo necessária uma readaptação das famílias e da sociedade a essa nova realidade, conforme explicam Spigolon e Silva:

Com envelhecimento constante da população atrelada à longevidade alcançada das últimas gerações em decorrência de diversos fatores tais como uma melhor alimentação, mudança de hábitos, práticas de atividades físicas entre outras, requer que cada vez mais o país busque criar políticas públicas a fim de atender essa parte de população que vive mais e melhor. [...] Diante deste cenário, com a população mundial de idosos crescendo ano após ano, em especial no Brasil, faz com que políticas públicas sejam criadas e implementadas a fim de atender cada vez mais e melhor essa parcela da sociedade, o envelhecimento da população requer desafios econômicos, sociais e culturais a serem enfrentados (SPIGOLON; SILVA, 2018, p.63).

Em 2016, a Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia abordou os desafios do envelhecimento populacional, alertando acerca das mudanças nas estruturas populacionais, que ocorrem de forma rápida, exigindo, portanto, uma resposta imediata do Estado, por meio de políticas públicas, elucidando:

O país envelhece a passos largos. As alterações na estrutura populacional são claras e irreversíveis. Desde a década de 1940, é na população idosa que se observam as taxas mais altas de crescimento populacional. Esse crescimento da população idosa gera uma série de alterações na sociedade, relacionadas ao setor econômico, ao mercado de trabalho, aos sistemas e serviços de saúde e às relações familiares. Ao contrário do que ocorreu em muitos países desenvolvidos, no Brasil, como observado, esse envelhecimento tem sido muito rápido. [...] No século XXI, o envelhecimento aumentará as demandas sociais e econômicas em todo o mundo. No entanto, apesar de na maioria das vezes serem ignorados, os idosos deveriam ser considerados essenciais para a estrutura das sociedades (MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016, p.511).

Deste modo, o planejamento de políticas públicas passa a ser fundamental para se equilibrar novamente a estrutura social e econômica que se apresenta de forma desproporcional: tendo tanto as taxas de natalidade quanto as de mortalidade reduzidas. As mudanças que surgem de forma acelerada exigem uma postura por parte do Governo, inclusive sobre um planejamento que atenda à previdência social desta nova realidade populacional. Pensando nisso, o Fundo de População das Nações Unidas destaca:

Embora muitos países tenham realizado importantes avanços na adaptação de suas políticas e leis, é necessário direcionar mais esforços para assegurar que pessoas mais velhas possam alcançar seu potencial. [...] esse envelhecimento populacional exige realização, urgente, de políticas adequadas às suas necessidades. O crescimento da população idosa e o aumento da esperança de vida ao nascer, já discutidos, representam desafios importantes para o país (APUD MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016, p. 512).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o envelhecimento da população é um dos maiores triunfos da humanidade e um dos grandes

desafios a ser enfrentado pela sociedade. (OMS apud MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016, p. 511). Desde os primórdios dos tempos, diferentes culturas de diversas sociedades tentam buscar formas de prolongar a vida, utilizando pesquisas e todos os meios possíveis para se alcançar longevidade da população. O século XXI proporcionou ao ser humano um avanço nos tratamentos e medicamentos, refletindo na saúde e promovendo a longevidade. De acordo com a CF/88, a saúde é um direito fundamental garantido a todos, conforme dita seu artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Além da CF/88, a pessoa idosa goza de garantias e direitos previstos em lei especial, qual seja a Lei n° 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, dispondo em seu artigo inaugural que serão regulados os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. E em seu artigo 2°, garante ao idoso todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes oportunidades e facilidades que visam a preservação da saúde física e mental, além de aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL. Estatuto do Idoso, 2003).

Assim, os idosos passam a gozar de direitos e garantias assegurados por lei, entretanto, falta cumprimento e fiscalização por parte dos órgãos competentes. O idoso encontra dificuldades em ter seus direitos concretizados, é necessário que haja uma conscientização social de que o envelhecimento merece especial atenção, visto que é uma nova fase da vida, na qual não raro a pessoa idosa torna-se dependente, causando frustração e resistência por sua nova condição. Os cidadãos brasileiros necessitam de consolidar e reconhecer a importância do idoso na história de crescimento e desenvolvimento do país. Há que se voltar os olhos às reais necessidades de quem está no processo de envelhecimento, caso contrário, haverá uma generalizada adoção de gerontofobia na contemporaneidade. Pensando nisso, Schneider e Irigaray (2008) afirmam:

[...] o envelhecimento não é algo determinado pela idade cronológica, mas é consequência das experiências passadas, da forma como se vive e se administra a própria vida no presente e de expectativas futuras; é, portanto, uma integração entre as vivências pessoais e o contexto social e cultural em determinada época, e nele estão envolvidos diferentes aspectos: biológico, cronológico, psicológico e social. [...] As associações negativas relacionadas à velhice atravessaram os séculos e, ainda hoje, mesmo com tantos recursos para prevenir doenças e retardá-la, é temida por muitas pessoas e vista como uma etapa detestável. A célebre frase de uma artista brasileira idosa famosa,

"o envelhecimento é a prova de que o inferno existe" (grifo do autor), demonstra o quanto a velhice é uma experiência individual que pode ser vivenciada de forma positiva ou negativa, em consonância com a história de vida da pessoa e da representação de velhice que está enraizada na sociedade em que vive. Assim, pode-se inferir que não importa a quantidade de anos que o indivíduo tem, mas sim, o que ele fez com os anos vividos, e como a sociedade trata alguém com aquela idade.

Há questionamentos que embasam reflexões à sociedade: por que algumas pessoas vivem mais e melhor do que outras? Como envelhecer sem medo? As pessoas estão preparadas para o envelhecimento? Trazem as seguintes informações:

De forma significativa, no Brasil, o envelhecimento está ocorrendo de forma acelerada. Avalia-se que hoje a população de idosos representa um contingente de quase 15 milhões de pessoas com 60 anos ou mais de idade (8,6% da população brasileira). As mulheres são a maioria, 8,9 milhões (62,4%) dos idosos que são responsáveis pelos domicílios e têm, em média, 69 anos de idade e 3,4 anos de estudo (IBGE, 2010). Esses dados ressaltam a necessidade de conhecer os interesses e os anseios das pessoas idosas, para que possam ser implantadas políticas de atendimento específicas para esse segmento da sociedade. (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018, p. 29).

E ainda apontam:

[...] em 2050, um quinto da população será de idosos e a expectativa de vida será de 87,5 anos para homens e 92,5 anos para mulheres, em países desenvolvidos, e 82 para homens e 86 para mulheres em países em desenvolvimento (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018, p. 28).

Este novo cenário requer ações que promovam a saúde e a prevenção, inclusive investindo e capacitando profissionais que atuarão junto aos idosos:

[...] do ponto de vista da política de saúde, é fundamental que o sistema de saúde realize ações que contemplem todos os níveis de cuidados, considerando a prevenção e o tratamento das doenças crônicas que podem afetar os idosos. Desta forma, é preciso que o modelo de saúde ultrapasse as características biológicas e sob o olhar da determinação social, considere a atenção numa perspectiva mais abrangente, incluindo todos os fatores envolvidos no perfil de saúde dos idosos (MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016, p. 517).

Investimentos nas políticas de acolhimento e atenção aos idosos são extremamente necessárias, pois muitos deles ficam sozinhos durante a maior parte do dia, sem receberem cuidados – fato que causa sentimento de solidão e abandono. Essa solidão é fruto de uma sociedade capitalista na qual os

adultos precisam trabalhar e muitas vezes não têm com quem deixar os idosos. Helena Martins, repórter da Agência Brasil, escreveu em 2017 o artigo “Brasil tem desafio de garantir envelhecimento populacional com qualidade” abordando entre outros aspectos, a formação profissional e apresentando a qualificação profissional de quem atua com os idosos como um desafio para receber atendimento de qualidade. Ao entrevistar o vice-presidente da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia de São Paulo – Carlos André Uehara, ele avalia:

[...] muitos profissionais em atuação não receberam formação com um olhar gerontológico. Exemplo disso é a abordagem que infantiliza o idoso, que ele considera inadequada. [...] Além disso, Uehara explica que o modelo de atenção à saúde atual é baseado na busca da cura de doenças agudas, enquanto cresce o número de idosos que convivem com doenças crônicas, como hipertensão, diabetes e doenças respiratórias. Nestes casos, o que resolve “não é uma consulta de 2 minutos, que passa remédio e marca retorno – é preciso mais acompanhamento” (MARTINS, 2017).

Na área de saúde, o país ainda necessita progredir, pois os idosos enfrentam desafios diversos como a limitação da acessibilidade à saúde pública; o número de médicos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não alcança atendimento à população carente de saúde. Então, faz-se necessário destacar que a garantia à saúde da pessoa idosa encontra-se assegurada no artigo 9º do Estatuto do Idoso. Ao mesmo tempo em que o artigo 15 afirma atenção integral à saúde do idoso realizada por intermédio do Sistema Único de Saúde, sendo de acesso universal, igualitário e contínuo, para prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde preferencialmente da população idosa. (BRASIL. Estatuto do Idoso, 2003).

Deve-se considerar que há leis em relação ao amparo ao idoso, na verdade, torna-se fundamental que estas leis se materializem na realidade, já que o cidadão idoso no Brasil ainda precisa percorrer um longo e sofrido caminho para ver seus direitos respeitados e sua dignidade preservada. Há que se lembrar que a dignidade humana deve ser observada em todas as fases da vida e, não somente na senilidade, afinal, não é possível ter uma velhice e morte dignas se durante todo o processo da vida a dignidade esteve ausente.

2. A gerontofobia no mundo contemporâneo

A gerontofobia é uma doença – uma fobia – que pode afetar o ser humano em sua transição no processo de envelhecimento, em que a pessoa idosa estabelece uma relação negativa que desencadeia repulsa à senilidade de forma ampla e devastadora. Caracteriza-se por um exacerbado medo de envelhecer, um verdadeiro pavor.

A contemporaneidade trouxe inovações tecnológicas que facilitaram a vida do homem. Faz parte da rotina receber e enviar informações instantâneas e, de forma global, ocorreram transformações socioculturais até então inimagináveis. E com todo avanço tecnológico, inclusive na medicina e na indústria farmacêutica, o envelhecimento ganhou um novo olhar, muitas vezes inquietando o ser humano da sociedade moderna, que está em busca da longevidade e por isso se esforça para adiar o envelhecimento.

E como evitar o inevitável? Sentimentos como angústia e ansiedade podem desencadear a fobia à velhice, ao que se denomina gerontofobia. Sendo o envelhecimento humano inevitável, o medo da finitude atua como um dos responsáveis pelo desencadeamento desse sentimento neste século. Outro fator responsável pela gerontofobia na contemporaneidade é a falta de tempo que se relaciona intrinsecamente com o cotidiano do ser humano, e conseqüentemente o envelhecer seria um problema a mais para o homem que vive essa ausência de disponibilidade de tempo. Envelhecer se tornou um problema na modernidade e, deste modo a gerontofobia se faz presente. Pensando nisso, bem como no fato de que cada idoso é único e possuidor de particularidades, a Revista de Bioética publicou:

O tema envelhecimento humano tem sido frequentemente estudado nos últimos anos, em virtude das transições demográficas e epidemiológicas que mundialmente ocorrem. Apesar do enfoque dado a esta área temática, é notória a dificuldade em abordar a situação do idoso pela cultura moderna. Isto ocorre porque enquanto a ciência busca alternativas para a conquista do grande sonho da imortalidade, a economia reduz o idoso à condição de um ser inútil, puro consumidor de produtos que promovam a longevidade. O que se observa é que o envelhecimento populacional não foi acompanhado pela valorização social da pessoa idosa. O estimável status e poder dirigido à pessoa idosa em meados passados deram lugar à visão do idoso como gerador de gastos previdenciários e estorvo para os familiares que o cercam. Todo este contexto emerge discussões no campo da geriatria e gerontologia, visando elucidar o verdadeiro papel do idoso na sociedade moderna – dirigida pela utopia da saúde perfeita (SAQUETTO et al, 2013, p. 521).

Todo ser humano tem algum tipo de medo e isso é de conhecimento comum: medo da morte, das perdas, do novo, da dor, da solidão. Dentre tantos medos, envelhecer deve ser trabalhado em relação ao aspecto psicológico a fim de se detectar quando passa a extrapolar os limites da normalidade: “[...] a forma de conceber e viver o envelhecimento depende do contexto histórico, dos valores e do lugar que o idoso ocupa na escala classificatória dessa sociedade, que ao final serão os responsáveis pela construção social do envelhecer e da velhice” (RODRIGUES; SOARES, 2006, p. 5).

Os transtornos de ansiedade são latentes ao ser humano desde os primórdios dos tempos. A ansiedade é uma reação natural do corpo, desenvolvida quando se está diante de uma situação de risco. A partir do momento em que a ansiedade acontece desproporcionalmente, torna-se patológica, causando, portanto, uma série de transtornos que abalam a vida pessoal e social da pessoa que sofre de ansiedade (DELBONI et al., 2013). Os autores apontam a mídia como instrumento de influências negativas no mundo contemporâneo, pois trata o envelhecimento humano como fase decadente da vida, exaltando a jovialidade e a beleza.

A ansiedade que o envelhecer gera, pode ser acentuada pela mídia e a preocupação com o entardecer da vida evolui para um transtorno de ansiedade mais específico, como uma fobia, chamada de gerascofobia. [...] Procuramos definir o termo gerascofobia como uma espécie de fobia, a qual se refere ao medo persistente anormal e injustificado de envelhecer, acarretando infelicidades, independentemente da boa saúde e da posição financeira do sujeito

Ansiedade de aceitação e
Cotidianamente, a população global recebe informações negativas sobre o envelhecimento humano, já que os canais de comunicação propagam a juventude e a beleza como condição sine qua non de aceitação pela sociedade. E deste modo, tem-se o idoso caricaturizado como se um problema fosse para coletividade, tornando-o descartável como indivíduo formador da sociedade. Este fato explicita o quanto é necessário e urgente a implantação de políticas públicas específicas para o idoso (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018). Os autores provocam reflexões:

Alguém já parou para pensar como será seu corpo no futuro? Como se olhar no espelho e projetar seu corpo modificado, cabelos com cores indesejadas ou até mesmo a falta de mobilidade física? Existe aceitação desde a idade jovem e ou uma preparação psicológica para mudanças que ocorrem com o envelhecimento em si? [...] Refletindo sobre a problemática em tela, o tema gerontofobia, e o medo aqui abordado e pesquisado, talvez não seja o da velhice e das imperfeições, mas o de acreditar que não será o mesmo ser ativo como foi antes e, principalmente, o mais desejado. Se gerontofobia é o medo de envelhecer, podemos associá-lo a insegurança relativa à assistência e apoio familiares e sociais, especialmente, se comparado a pessoas ao seu redor que tenham dificuldades para estes enfrentamentos (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018, p. 29).

Assim, surgem os medos e fantasmas do envelhecimento no Brasil, já que não pode mais ser considerado um país de jovens, devido ao aumento expressivo da população idosa e redução de nascimentos – conforme comentado anteriormente – sendo importante ressaltar que apesar de a comunidade brasileira possuir tecnologias de informação de excelência, ainda é considerada como terceiro mundo ao se tratar das políticas públicas

ineficazes ou muitas vezes inexistentes ou métodos que atuem na suavização do processo de envelhecimento. Assim, ao mesmo tempo que se tem idosos conectados, recebendo informações que exaltam a juventude e a beleza, faltam políticas eficazes atuando na conscientização do envelhecimento, trabalhando a importância de se ter respeitada e possibilitada a fase do envelhecimento com dignidade.

O exercício da cidadania é um garantidor da dignidade humana, e este exercício não deve ser limitado na senilidade. Há que se conservar um lugar social ao idoso, promovendo sua participação ativa na formação da comunidade. Deveria estar implícita na contemporaneidade a importância da atuação social e cultural do idoso (GOLDFARB, 2010). Por um lado, a autora define gerontofobia como uma “conduta inconsciente baseada no medo e no ódio irracional contra os velhos”; por outro, Santos e Carlos (2011) apontam essa conduta como inconsciente pode surgir a partir dos momentos vividos durante toda a vida, podendo repercutir na velhice os sintomas emocionais que perduram.

Na década de 1990 a Organização Mundial de Saúde – OMS, reconheceu o termo envelhecimento ativo ao relacionar o processo de envelhecimento ao adiamento das consequências negativas que a idade avançada pode trazer ao indivíduo. Outros termos também são utilizados, como por exemplo: envelhecimento bem-sucedido e envelhecimento saudável (VALER et al., 2015), que também explica:

A combinação entre o envolvimento ativo com a vida, por meio do estabelecimento de relações sociais e atividades produtivas, a ausência de doenças e a manutenção da capacidade funcional, representa um conceito ampliado de envelhecimento bem-sucedido. O envelhecimento saudável assume uma conceituação mais ampla do que a ausência de doença, sendo considerado um processo de adaptação às mudanças que ocorrem ao longo da vida, o que permite aos idosos manterem seu bem-estar físico, mental e social, estando esse termo fortemente relacionado à manutenção de uma boa velhice e à identificação de seus determinantes. [...] Nesse contexto, “ativo” não se refere apenas à capacidade física dos indivíduos idosos e sua força de trabalho, mas à sua participação contínua dentro da sociedade, inclusive em questões políticas e outras relacionadas à vida em comunidade. (VALER et al., 2015, p. 810).

De acordo com as argumentações, é fundamental ao idoso ter uma participação ativa na conformação da sociedade, isso lhe garante bem-estar e dignidade respeitada. Manhães et al (2018) salientam que o meio científico acadêmico tem percebido a importância de envelhecer de forma ativa, entretanto algumas pessoas ainda apresentam exagerado medo durante o

processo de envelhecimento, surgindo o questionamento de como envelhecer sem sentir medo. O envelhecimento se torna um fantasma, e o medo para algumas pessoas se torna patológico – fato que traz à tona o fenômeno da gerontofobia.

[...] Se gerontofobia é o medo de envelhecer, podemos associá-lo a insegurança relativa à assistência e apoio familiares e sociais, especialmente, se comparado a pessoas ao seu redor que tenham dificuldades para estes enfrentamentos. [...] A temática do medo, se configura como algo recorrente nos dias atuais, o que pode ser contemplado nos mais variados meios de comunicação, que o discutem em distintas extensões e significados. Discorrer sobre o medo em si, atualmente se mostra complexo, levando-se em consideração a singularidade do ser humano e a infinidade de possibilidades capazes de produzi-lo e mantê-lo em esferas não apenas psicológicas, como também sociais (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018, pp. 29, 30 e 31).

E complementam:

Há de se evidenciar que em qualquer etapa da vida, o medo pode se fazer presente, sendo patológico ou não. O processo de envelhecimento, como é sabido, é um processo longo que perpassa diversas fases e, com a aproximação da velhice, nos aproximamos da noção de finitude, o que pode provocar receios e temores. No tocante desta pesquisa, adentrando as fobias específicas, o termo “gerontofobia” vem ganhando espaço nos estudos sobre o envelhecimento, uma vez que a longevidade assume uma notória repercussão. Porém a velhice parece não querer ser percebida ou notada, sendo a eterna juventude fruto de muitos investimentos das mais variadas ordens (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018, p. 32).

Observa-se que a finitude causa temor e o envelhecimento está diretamente ligado ao fim da vida, gerando medo de se tornar velho associado às perdas que sofrerão. Pensando nisso tem-se uma justificativa admissível perante o medo que surge com o envelhecer (MANHÃES; GUIMARÃES; MACIEL, 2018). Há opção para vivenciar o envelhecimento de forma singular, uma vez que cada pessoa pode construir um projeto individual, único, e ser dono de seu comportamento e suas vontades, não se vendo obrigada a viver de acordo com regras determinadas por um paradigma social. Pensando assim, observa-se quanto é fundamental vivenciar o processo de envelhecimento de forma ética e tendo seus direitos respeitados e consolidados à luz da dignidade da pessoa humana, já que o envelhecimento não deveria ser um peso na vida do ser humano.

Retomando-se a Bioética e suas proposições, tem-se como referenciais contemporâneos a solidariedade e a precaução (PESSINI, 2017) – que, uma vez pronunciados usualmente na contemporaneidade, embora, por muitas vezes, fiquem somente em palavras, e deste modo, a Bioética se volta

justamente para tentar compreender o papel da solidariedade e da precaução no processo de envelhecimento, quando o idoso apresenta um estado de vulnerabilidade.

A solidariedade é um instrumento de transformação social, que tem por objetivo estender aos que se encontram vulnerados uma ligação de equidade, devendo ser considerada como um avanço no processo de envelhecimento. Quanto à precaução, esta deve ser abrangida pelo Poder Público nos programas sociais, sendo fundamental a sua divulgação. O envelhecer requer atenções específicas, porém simples, como informação, atenção, carinho e cuidados. A gerontofobia no mundo contemporâneo apresenta como desafio a realização do que deveria ser simples, a modernidade trouxe velocidade e praticidade aos nossos dias, mas também trouxe má qualidade de vida e pouco tempo para dedicar a quem se ama. E, sendo assim, tem-se perdido várias etapas da vida, tornando o envelhecer uma fase indesejável e até mesmo fóbica de vida.

Esses fatores, infelizmente, levam certas pessoas ao medo extremo de envelhecer, levando-as a preferirem a morte ao atravessar o processo de envelhecimento. Esta situação desencadeia a preocupação com o suicídio assistido, que passa a ser adotado mesmo em face da inexistência de doença, conforme se verá a seguir.

3. Casos concretos: a opção pela morte ao envelhecimento

De forma mundial, tem-se acompanhado uma mudança ao se tratar do direito à vida e em contrapartida o direito à morte, assuntos antes impronunciáveis como a eutanásia ou a morte assistida despertam na contemporaneidade o interesse de estudiosos e são debatidos em canais de comunicação com naturalidade. Entretanto, para Borges et al (2018), apesar de muitas vezes ser apresentada de forma banal, a temática que se relaciona com a interrupção da vida, deve ser tratada com a delicadeza pertinente a este assunto, afinal, os direitos fundamentais à vida e à autonomia da vontade são garantidos em lei, pelo axioma dignidade da pessoa humana. Os autores mostram que é real a transformação na sociedade brasileira a respeito deste assunto quando afirmam:

É certo que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito à vida e da tutela desse bem maior tem se modificado ao longo dos anos, a exemplo da autorização para o aborto ou interrupção da gestação de anencéfalos (ADPF 54) e a possibilidade de descriminalização do aborto, se praticado até o terceiro mês de gestação (ADPF 442), conforme decisão

proferida pela 1ª Turma em novembro de 2016 (HC 124.306/RJ) (BORGES; BASTOS; SOUZA, 2018, p. 142).

Acrescentam ainda:

A questão relativa à eutanásia ou morte humanitária poderá ser novamente discutida pelo Poder Judiciário, justificando-se a pertinência deste estudo, especialmente quando se pontua a perspectiva do legislador em considerar, pelo viés infraconstitucional, tal como se depreende do anteprojeto do Código Penal, a hierarquização de direitos fundamentais individuais, premissa essa que não é aceita pacificamente como verdadeira por todos, havendo fortes argumentos em favor da tese da equivalência dos direitos fundamentais. Ademais, temas dessa magnitude enfrentam algumas premissas, tais como a dignidade da pessoa em relação à vida e à morte e o direito à autonomia da vontade, influências de dogmas morais, éticos e religiosos presentes na sociedade contemporânea e refletidos, em muitos pontos, no direito pátrio, [...]. (BORGES; BASTOS; SOUZA, 2018, p. 143).

O direito à vida é o princípio basilar do ser humano e dele derivam outros. E, apesar de comportar toda essa simbologia, o mundo contemporâneo apresenta debates, discussões e, estudos científicos e acadêmicos, a respeito do posicionamento de algumas pessoas que defendem o direito do ser humano escolher o dia e o modo como devem abreviar sua vida. Ao contrário desta ideologia tem-se Borges et al (2018) defendendo:

A vida está ligada a uma interpretação divina em que é tratada como dádiva concedida por Deus e, por isso, não caberia ao homem decidir sobre seu termo final, mesmo em se tratando de casos extremos, tal como o sofrimento de um enfermo em fase terminal. O direito à vida é irrenunciável e indisponível [...] (BORGES; BASTOS; SOUZA, 2018, p. 152).

Ter ou não o poder de decisão sobre uma vida humana, trata-se de um assunto polêmico e extenso, visto que há divergências em leis e países a respeito do direito à morte. Tem-se por intuito neste capítulo, estudar a respeito de dois casos – narrados detalhadamente – que defendem o direito à morte, em ambos, adotado o suicídio assistido.

4. O Caso “David Goodall”

Aos 104 anos, cientista australiano se submete a suicídio assistido. Relato de caso extraído do site da Revista VEJA, realizado em 10 de maio de 2018:

O ecologista australiano David Goodall, de 104 anos, morreu nesta quinta-feira (10) na Basileia, Suíça, em processo de suicídio assistido realizado pela organização Exit. Goodall recebeu uma injeção de medicamento letal, informou a entidade, a quem ele havia solicitado auxílio para encerrar sua vida. Ele passou suas últimas horas com a família e escutou a 9ª sinfonia de Beethoven antes de ativar o mecanismo da injeção. Goodall adormeceu em poucos minutos e morreu às 12h30 (horário local, 7h30 em Brasília), conforme um comunicado da instituição. Uma das suas razões para seu

suicídio foi a decisão da Edith Cowan University, onde era professor emérito, de impedi-lo de deslocar-se para a universidade e forçá-lo a trabalhar de sua casa. O cientista pediu para ter seu corpo doado para estudos ou, caso não pudesse ser usado, ter suas cinzas espalhadas em algum lugar perto da instituição, que tem sede na cidade de Basileia, na Suíça. Ele não queria cerimônias nem funeral porque afirmava não acreditar em vida após a morte. Em entrevista coletiva na quarta, Goodall disse que esperava que sua “partida” ajudasse a modificar a legislação australiana, para que os idosos possam decidir sobre o fim de suas vidas. O estudioso não estava doente e disse que preferia ter morrido no próprio país, onde tentou um suicídio fracassado. Posteriormente, ele sofreu uma queda, que provocou um considerável declive de seu estado físico. Após esses episódios, ele decidiu procurar a organização Exit e ir à Suíça para cumprir o desejo. Ao chegar à Suíça, na segunda-feira passada, foi examinado por dois médicos – um deles, psiquiatra -, e teve a aprovação para o ato. Goodall, um renomado botânico que publicou diversos trabalhos em revistas científicas, transformou-se em um ativista da eutanásia, ato que é proibido na Austrália – exceto em um estado, que a legalizou recentemente, mas de forma muito restrita e que só passará a valer no ano que vem (VEJA, 2018).

De acordo com o jornalista Frances Mao - da BBC News - David Goodall era nascido em Londres, o premiado ecologista e botânico vivia na Austrália havia anos e precisou atravessar o mundo para morrer. Ele não apresentava nenhuma doença terminal que justificasse sua decisão, que foi tomada devido à deterioração de sua qualidade de vida. O jornalista ainda apresenta uma polêmica sobre o assunto:

A Suíça permite o suicídio assistido desde 1942. Outros países também já liberaram esse tipo de morte voluntária, mas boa parte deles determina a presença de doença e o estado terminal como condições imprescindíveis para a autorização. A Associação de Médicos da Austrália (AMA) permanece contrária à morte assistida, que é vista por eles como uma prática antiética da medicina. "Médicos não são treinados para matar pessoas. Na nossa ética e na nossa formação, isso não pode ser apropriado", afirmou o presidente do órgão, Michael Gannon, durante o debate legislativo do último ano no estado de Vitória. "Agora, não é todo médico que concorda com isso", afirmou. Uma pesquisa da AMA indicou que quatro em cada dez membros da associação apoiavam as políticas pelo direito de morrer. [...] A história do pesquisador chamou a atenção da região em um momento que os legisladores do estado onde ele morava, Austrália Ocidental, avaliam debater uma legislação sobre a morte assistida. O governo estadual expressou publicamente solidariedade a Goodall, mas afirmou que qualquer legislação a esse respeito envolveria apenas casos de pacientes terminais. (MAO, 2018).

5. O Caso “Jacqueline Jencquel”

Jacqueline Jencquel, 76 anos, militante na campanha pelo direito de morrer com dignidade, possui um Blog que tem intitulado pela seguinte frase: “A velhice é uma doença incurável.” Neste Blog, Jacqueline expõe seus pensamentos sobre o suicídio assistido, bem como sobre tudo que se relaciona a este tema. Em uma postagem recente, datada em 13 de novembro de 2019, Jacqueline defende o direito ao suicídio assistido de forma apaixonada: “Eu me pergunto o que os entes queridos preferem: encontrar pedaços de cérebro em todos os lugares ou um parente que está dormindo, sorrindo? Os suicídios violentos são terríveis e fracassam 49 vezes em 50” (JENCQUEL, 2019).

Ainda no Blog, Jacqueline interage com pessoas do mundo todo, tirando dúvidas e falando sobre sua crença no suicídio assistido:

Já é janeiro e quero ver a primavera novamente, não a onda de calor. Será no começo do Verão. Vou me despedir dos meus amigos que leem. Obrigado pelo seu apoio. É por exemplo que mudamos o mundo, não por discursos (JENCQUEL, em 19 de janeiro de 2020 às 9h 20min).

A plataforma de internet suíça Swissinfo, publicou em janeiro de 2019 um artigo sobre o caso de Jacqueline Jencquel, escrito por Katy Romy, intitulado “O Estado não pode forçar ninguém a viver contra sua vontade”:

Jacqueline Jencquel quer morrer em janeiro de 2020: aos 75 anos, com boa saúde e com o apoio da organização suíça Lifecircle. Essa francesa reacendeu o debate sobre o suicídio assistido com seu desejo expresso publicamente. [...] “A velhice é uma doença incurável, que é mortal em qualquer caso.” Assim Jacqueline Jencquel considera o envelhecimento, e se recusa a aceitar qualquer tormento associado a isso. Aos 74 anos, a francesa ainda voa de parapente, tem um companheiro 30 anos mais novo, e leva uma vida agitada em Paris. E ela não sofre nem de uma doença incurável, nem de uma doença degenerativa. Mas também para ela tudo tem um fim. Ao invés de ver sua estrela se apagando lentamente, ela projetou uma saída precisamente programada de sua vida: ela quer tirar sua vida em janeiro de 2020, com o apoio da organização de suicídio assistido Lifecircle, de Gstaad (cantão de Berna). Um de seus filhos, um documentarista, vai gravar tudo com sua câmera. Como o suicídio assistido é proibido na França, Jacqueline Jencquel quer ir à Suíça para morrer. Provocante, e às vezes vulgar, ela transmite através do projeto de mídia, o que ela quer que seja entendido como um ato militante. “Eu não tenho vontade de dormir com um cara que tem uma barriga enorme e seios maiores do que os meus”, diz ela em entrevista ao site francês Konbini. Ela luta pela “interrupção voluntária do envelhecimento”, como ela diz, pelo direito de morrer quando se decidir por isso. Não importa se a pessoa está doente ou não. O caso da francesa pode parecer chocante. Até que ponto pode se ter a liberdade para decidir o fim da vida? No que diz respeito ao suicídio assistido, a Suíça conhece uma das legislações mais liberais do mundo. [...] (ROMY, 2019).

No mesmo artigo, o especialista em ética Alberto Bondolfi analisa o suicídio assistido sob o ponto de vista ético:

Existe um debate entre os filósofos que defendem a liberdade e aqueles que representam uma linha mais proibitiva. Eu pessoalmente acredito que todo suicídio é uma decisão que vai além do bem e do mal, uma decisão que não podemos julgar. O julgamento é dado para a pessoa que tira a própria vida. O silêncio é uma resposta moralmente aceitável quando alguém entra em ação. Lamenta-se a morte dessa pessoa, como se lamenta a morte de cada pessoa, abstando-se de considerações morais. É preciso ter uma certa empatia por pessoas que cometem um ato tão destrutivo, e não se deve fazer qualquer julgamento. Ao abster-se de punir aqueles que ajudam os outros a abandonar a vida, o Estado se abstém de fazer um julgamento definitivo quando se trata de atos suicidas. O Estado tem o dever de proteger as pessoas. No entanto, isso não vai tão longe a ponto de forçar alguém a permanecer vivo contra sua vontade (ROMY, 2019).

Katy Romy indaga a Alberto Bondolfi sobre a existência do perigo de a sociedade não tolerar mais o envelhecimento ao ter o suicídio assistido como uma opção de pôr fim à vida na velhice, ao que Bondolfi responde:

Esse risco existe. Isso pode ser visto nos comentários que a história de Jacqueline Jencquel desencadeia. No entanto, esta tendência não pode ser combatida pela ação policial. Isso requer um debate público sobre o suicídio assistido. Deveria haver mais condições de enquadramento para as associações e instituições que trabalham neste campo, especialmente por razões legais. O Estado deve tomar medidas de controle, especialmente no que diz respeito ao contexto financeiro dessas organizações. Como elas usam seu dinheiro? Trata-se realmente de uma ação altruísta ou eles lucram direta ou indiretamente com isso? [...] (ROMY, 2019).

Romy (2019) utiliza uma declaração dada por Jacqueline Jencquel a um jornal suíço – "Eu não quero me sentir velha, não quero ser fedorenta, não quero ser chata, não quero apenas despertar piedade ao invés de paixão" – questionando a Bondolfi se é essa a imagem que a sociedade como um todo faz da velhice – em resposta, o especialista em ética esclarece:

Tenho mais a impressão de que isso parece uma caricatura. Somos todos influenciados pelas nossas experiências. Tenho 72 anos e sinto que estou ficando mais velho. Eu percebo que não sou tão forte quanto costumava ser. Mas eu não tenho vergonha do meu corpo e não me envergonho de que minhas conquistas não sejam as mesmas de dez anos atrás. Todos tentamos viver da melhor maneira possível. E a sociedade está tentando agir para que não fiquemos envergonhados de nós mesmos. Mas se essa senhora tem esse sentimento, não há receita para impedi-la de sentir-se assim (ROMY, 2019).

Recentemente, em seu Blog, em uma das mensagens que deixa para seus seguidores, Jacqueline Jencquel expõe: "Não gosto de idosos que falam

sobre suas diferentes patologias, então não falo sobre as minhas. Aos 76 anos, ninguém está de boa saúde. A idade média da vida saudável é de 63 anos. Nenhum médico ajudará uma pessoa saudável a morrer. É impensável, mesmo na Suíça. Não é por amizade que terei acesso ao suicídio medicamente assistido. Há razões objetivas sobre as quais não quero falar publicamente. Na minha idade, não tenho responsabilidade com ninguém” (JENCQUEL – 28 de janeiro de 2020 às 23:42).

Considerações finais

Esta abordagem possibilitou compreender com objetividade o contexto do idoso da contemporaneidade em face do medo de envelhecer a ponto de preferir a própria morte a envelhecer, a fim de evitar os fantasmas que circundam a desconhecida fase futura da vida.

Desenvolveu-se a discussão do processo de envelhecimento como fenômeno social de modo a demonstrar inicialmente a transição demográfica de um país jovem para um país de idosos. Evidenciou-se que o envelhecimento é um processo no qual coexistem experiências norteadas por metas, valores, crenças, e principalmente a individualidade de cada idoso, que influenciou e influencia o conceito de envelhecimento na contemporaneidade.

Apresentam-se dois casos concretos nos quais os idosos optaram pelo direito à morte mediante o suicídio assistido – prática já adotada em alguns países, fato que desperta nas pessoas opiniões diversas, tornando compreensível que o suicídio assistido observa o elemento volitivo, ou seja, a vontade do paciente, bem como a capacidade por decidir por essa modalidade de morte, assim como seu estado de saúde.

Percebe-se que os estudos pertinentes a esse tema são insuficientes, ficando o envelhecimento cercado de discussões marginais. Por um lado, o medo do desconhecido associado ao culto à beleza, trazem à pessoa insegurança em relação ao processo de envelhecimento. Por outro lado, a contemporaneidade trouxe para o cotidiano do idoso novas situações as quais ele não se julga apto a vivenciá-las, como por exemplo, o uso das novas tecnologias, que causam um certo desconforto e muita dificuldade na rotina dos idosos, seja por não saber usá-las com eficácia, seja por apontar a juventude e a beleza como um ideal de padrão de vida. O simples ato de ir a uma entidade financeira receber a aposentadoria pode causar frustração e até mesmo depressão à pessoa idosa. Pode ser difícil para o idoso, por exemplo, lidar com a tecnologia, entender senhas eletrônicas e caixas automáticos. O mundo contemporâneo evoluiu científico-tecnologicamente, porém, ainda é preciso evoluir humanamente, no sentido de se colocar no lugar do outro e

compreender as necessidades peculiares de quem vem de uma realidade distinta e, por esse motivo, merece respeito e atenção.

Conseqüentemente é de extrema relevância que o fenômeno do envelhecimento seja articulado com base na singularidade da pessoa idosa, considerando a pluralidade de contribuições que ela pode trazer à sociedade, compartilhando aspectos passados de sua experiência de vida que podem ser úteis às novas gerações em futuras situações.

Logo, é fundamental correlacionar a gerontofobia com o bem-estar subjetivo da pessoa idosa aos fatores autonomia, bem-estar psicológico e estratégias de enfrentamento da senilidade. A gerontofobia precisa ser enfrentada e tratada para que assim se promova a existência de uma sociedade global evoluindo a partir do respeito ao idoso e às suas contribuições à sociedade, fortalecendo o futuro dos jovens pelo viés da solidariedade e da comunhão de experiências – atitudes simples que podem inaugurar um novo posicionamento sobre o envelhecer, que não pode ser ignorado ou menosprezado, pois é condição humana e, merece ser vivido plena e dignamente.

Finalmente, destaca-se a necessidade de se investir em políticas públicas que visem sanar a problemática do idoso no Brasil, a fim de se promover envelhecimento com qualidade. Apesar das dificuldades, com planejamento e boa vontade, é possível envelhecer com dignidade, pois “O intervalo de tempo entre a juventude e a velhice é mais breve do que se imagina. Quem não tem prazer de penetrar no mundo dos idosos não é digno da sua juventude” (Augusto Cury).

Referências

AGÊNCIA IBGE. Estatística Sociais. Disponível em:

<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

BORGES, Silvana Amneris Rolo Pereira; BASTOS, Alder Thiago; SOUZA, Luciano Pereira. **Eutanásia no projeto de código penal: reflexões sobre o direito à vida e a autonomia da vontade na perspectiva constitucional.** UNISANTA LAW AND SOCIAL SCIENCE. v. 7, n. 3. p. 140-164, 2018.

- BRASIL. CF. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. CF. **Estatuto do Idoso**. Lei Federal nº10741 de 1º de outubro, 2003. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 de agosto. 2019.
- DELBONI, Bárbara Slonski; JOAQUIM, Stephanie Bittencourt; PLONER, Katia Simone; CYRINO, Luiz Arthur Rangel. Gerascofobia – o medo de envelhecer na contemporaneidade. **RBCEH**. v.10, n. 2. p. 203-214, 2013.
- GOLDFARB, DelliaCatullo. Pensando nas origens da violência. **Ciência e Saúde Coletiva**. v.15, n. 6. p. 2669-2676, 2010.
- JENCQUEL, Jacqueline. **A velhice é uma doença incurável** – Blog de Jacqueline Jencquel. Disponível em: <https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=fr&tl=pt&u=https%3A%2F%2Fblogs.letemps.ch%2Fjacqueline-jencquel%2F2019%2F11%2F13%2Fla-raison-en-suisse-et-la-folie-en-france%2F>. Acesso em: 31 de janeiro de 2020.
- MANHÃES, Fernanda Castro; GUIMARÃES, Décio Nascimento do; MACIEL, Priscila Cristina Silva da. Gerontofobia, o medo de envelhecer na sociedade contemporânea: uma análise bibliográfica. In. ISTOE, Rosalee Santos Crespo; MANHÃES, Fernanda Castro; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Envelhecimento humano em processo. Brasil Multicultural, 2018.
- MAO, Frances. Cientista de 104 anos morre na Suíça após a jornada de 10 mil km em busca do suicídio assistido. **BBC NEWS – BRASIL**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43958624>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.
- MARTINS, Helena. Brasil tem desafio de garantir o envelhecimento populacional com qualidade. **Agência Brasil**, 2017.
- MIRANDA, Gabriella Moraes; MENDES, Gouveia Antonio; SILVA, Ana Lucia. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e conseqüências sociais atuais e futuras. **Revista Brasileira de Geriatria Gerontologia**, 2016.
- OMS. **Organização Mundial da Saúde**. Saúde, 2017. Disponível em <http://www.saude.gov.br/component/content/article/781>. Acesso em 31. Ago. 2019.

- PESSINI, Leocir. Elementos para uma bioética global: solidariedade, vulnerabilidade e precaução. Ano VII, v. 10, n. 19, Santa Maria: **Thaumazein**, p. 75-85, 2017. Disponível em: periodicos.unifra.br/index.php/thaumazein
- RODRIGUES, Lizete Souza; SOARES, Geraldo Antonio. Velho, idoso e terceira idade na sociedade contemporânea. **Revista Ágora**. n. 4, 2006.
- ROMY, Katy. **O Estado não pode forçar a ninguém a viver contra sua vontade**. Disponível em: https://www.swissinfo.ch/por/sociedade/ajuda-ao-suicídio_-o-estado-não-pode-forçar-ninguém-a-viver-contra-a-sua-vontade-/44462342. Acesso em 15 de novembro de 2019.
- SANTOS, Sueli Souza; CARLOS, Sergio. Antonio. Observações clínicas sobre o valor das reminiscências no processo de envelhecimento. **Barbarói**. n. 35. 2011.
- SAQUETTO, Micheli et al. **Aspectos bioéticos da autonomia do idoso**. Revista Bioética. v. 21, n. 3, 2013. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/755>. Acesso em 26 de outubro de 2019.
- SCHNEIDER, Rodolfo Heberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**, 2008.
- SPIGOLON, A. L.; SILVA, A. A. Os desafios do idoso no mercado de trabalho atual. **Revista Americana Fatec Americana**. v. 6, n. 2. 2018.
- VALER, Daiany Borghetti; BIERHALS, Carla Cristiane Becker Kottwitz.; AIRES, Marines; PASKULIN, Lisiane Manganelli Girardi O significado do envelhecimento saudável para pessoas idosas vinculadas a grupos educativos. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**. v.18, n. 4. p. 809-819, 2015.
- VEJA. Aos 104 anos, cientista australiano se submete a suicídio assistido. **Revista Veja**. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/aos-104-anos-cientista-australiano-se-submete-a-suicidio-assistido/>. Acesso em: 26 outubro de 2019.

DERECHO CONSTITUCIONAL

La igualdad en el Sistema universitario español: una asignatura pendiente y residual^(*)

Equality in the Spanish University System: a pending and residual subject

Catalina Ruiz-Rico Ruiz¹

Sumario: 1. Panorama actual. 2. Rémoras al proceso educativo universitario en igualdad y género. 3. Fundamentos de la enseñanza universitaria de género. 4. Efectos positivos en el alumnado universitario de un aprendizaje de género. 5. La actual brecha de igualdad y género en la Universidad. 6. La coeducación en la Universidad como modelo pragmático. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: El sistema universitario español se enfrenta al reto de la innovación del modelo educativo a través de su compromiso con los valores del Espacio Europeo de Educación Superior. El desarrollo constitucional de la igualdad por las Universidades constituye una asignatura pendiente de las Guías Docentes, de las Titulaciones regladas y de los planes de estudio. La enseñanza de igualdad presenta un carácter opcional o facultativo del docente a título individual, sin adquirir aún la dimensión de competencia transversal. La coeducación universitaria puede, en suma, blindar a la sociedad frente a conductas discriminatorias cada vez más frecuentes entre jóvenes (ciberacoso, bullying, violencia intrafamiliar).

(*) Recibido: 12/02/2020 | Aceptado: 02/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén.
crrico@ujaen.es

Palabras clave: Igualdad en sistema universitario, Espacio Europeo de Educación Superior, igualdad y género, aprendizaje de género, ciberacoso, bullying.

Abstract: The Spanish university system faces the challenge of innovating the educational model through its commitment to the values of the European Higher Education Area. The constitutional development of equality by Universities is a pending subject in the Teaching Guides, regulated Degrees and study plans. The teaching of equality is optional for individual teachers, without yet acquiring the dimension of transversal competence. In short, university coeducation can shield society from increasingly frequent discriminatory behaviour among young people (cyberbullying, bullying, domestic violence).

Key words: Equality in the university system, European Higher Education Area, equality and gender, gender learning, cyberbullying.

1. Panorama actual

La aplicación axiológica de la Constitución en el sistema educativo universitario encuentra acomodo en el desarrollo del Espacio Europeo de Educación Superior, articulado en torno a la conciencia de “los valores que compartimos”. A raíz de su implantación, los valores europeos y constitucionales informan las competencias y habilidades de las Guías Docentes en las Titulaciones universitarias. Desde esta perspectiva, se fundamenta la enseñanza y aprendizaje de la igualdad como valor y derivadamente su condición de objetivo o resultado educativo, así como de parámetro metodológico.

El compromiso dogmático de la Reforma de Bolonia con valores europeos como la igualdad, fundamenta desde entonces una función docente activa del profesorado dentro de las aulas universitarias, destinada al cumplimiento de la normativa y espíritu del EEES. Desde esta perspectiva, el Derecho Constitucional como disciplina “troncal” podría asumir la exportación a la docencia universitaria de estos valores comunes y transversales a todas las ramas y áreas como la igualdad.

En la práctica, la teórica formación universitaria en valores constitucionales no se corresponde con la realidad de los planes de estudio (grado, postgrado,

máster o doctorados), sin protagonismo de los valores constitucionales y convirtiendo la enseñanza de la igualdad en opcional o facultativa del docente a título individual.

En el sistema educativo reglado se verifica una selección de contenidos predeterminados con planes de estudios y programas de asignaturas, siendo las competencias una combinación de conocimientos, motivación, habilidades cognitivas o prácticas (intelectuales, sociales, etc.). La responsabilidad de la inclusión de materias como la igualdad corresponde a las propias Universidades encargadas de diseñar sus respectivos planes de estudio. Sin embargo, la desatención de las enseñanzas regladas a la igualdad reduce su ámbito pedagógico a los estudios de postgrado, máster y doctorado, así como al voluntarismo y didáctica individualizada.

En la docencia universitaria, cabe plantear si la igualdad debe formar parte de la educación reglada o no reglada, aunque como competencia transversal debería estar presente en ambas modalidades. La educación como teoría y práctica se inserta en contextos y realidades que afectan a las personas ante distintas situaciones, incluidas las desigualdades y la discriminación. Las competencias como habilidades y conocimientos que se adquieren por experiencia y conocimientos funcionales y dan respuesta a los problemas de la vida cotidiana, fundamentan la docencia en el valor y derecho de igualdad. Aunque paradójicamente, las guías docentes no trasladen la igualdad al programa ni menos aún a la bibliografía, mediante la visibilidad de autoras e investigadoras de las disciplinas. Por lo que la igualdad aparece relegada a la formación de postgrados, máster o doctorado, asignaturas optativas y títulos propios, ocupando aún un papel secundario.

La educación en igualdad constitucional constituye pues, una asignatura pendiente en la mayoría de Grados universitarios, con superior agravante en los de Ciencias Jurídicas, déficit formativo que, sin duda, se arrastra de otras etapas educativas previas a la Universidad. La necesidad de una política educativa universitaria en igualdad resulta legitimada por desarrollar un valor constitucional inherente al EEES. Sin que puede alegarse en contra de la enseñanza de la igualdad en sus múltiples ramificaciones, un adoctrinamiento “inconstitucional” en las aulas universitarias.

La formación del alumnado universitario en igualdad constitucional puede operar como dique de contención ante conductas discriminatorias cada vez más frecuentes entre jóvenes dentro y fuera de la Universidad, así como para su preparación a la salida al mercado profesional, donde se enfrenta a la brecha salarial o techo de cristal, entre otras variantes. En definitiva, la actual fenomenología de violencia sexual, ciberacoso o maltrato intrafamiliar en la juventud, justifica una pedagogía en igualdad dentro del espacio

universitario desde el compromiso institucional con los valores constitucionales.

2. Rémoras al proceso educativo universitario en igualdad y género

El cumplimiento de los objetivos de calidad exigidos por el EEES obliga a una renovación de la enseñanza universitaria y a avanzar en la implementación de nuevas metodologías (Pérez Villalobos, La utilización de la metodología de género en la enseñanza – aprendizaje del Derecho Constitucional. Una experiencia en los primeros cursos del Grado en Derecho.

Desde esta premisa, cabe reflexionar sobre el modelo de docencia universitaria y la función del género en la formación profesional y académica del alumnado.

En principio, la deficiente cultura de género en las Universidades españolas deriva de la intranscendencia práctica de los valores asumidos por el EEES. Sin embargo, la educación en igualdad posibilita cambios cognitivos y actitudinales del alumnado y puede influir en la transformación de la sociedad desde la plataforma universitaria. En concreto, este aprendizaje optimiza la sensibilización, capacitación y resolución de problemas reales durante y con posterioridad a la etapa universitaria, mediante la adaptación a nuevos fenómenos sociales que influyen en la vida privada y relaciones profesionales de los individuos. En términos similares, Woods considera que *la enseñanza y el aprendizaje deben asemejarse a la vida real, pues la ciencia y la docencia deben interpretar la realidad y enfocarse a una misma finalidad, utilitarista y de resultados prácticos, por lo que deben estar compenetradas, considerando que las investigaciones del profesorado influyen en su docencia.*

En esta línea, los aislados estudios sobre igualdad en el marco universitario (Bonal, Las actitudes del profesorado ante la coeducación Propuestas de intervención, 2008; Palomar Vereas, La política de género en la educación superior, 2005; Consuelo García, Género y ciencia a propósito de los estudios de la mujer en las Universidades, 1999), revelan la conveniencia y oportunidad de atender a la igualdad educativa en este espacio docente ante las discriminaciones de género cada vez más precoces en la sociedad, con protagonistas jóvenes y adolescentes. Estos estudios sobre igualdad en la Universidad coinciden en la necesidad de un cambio educativo y de la institución universitaria como instrumento de transformación social.

Desde el punto de vista del profesorado, la enseñanza de la igualdad se enfrenta a la débil formación del docente en general para evitar la transmisión de estereotipos y modelos discriminatorios existentes en la

sociedad y al arrastre de la deficiente enseñanza de valores constitucionales como la igualdad en fases preuniversitarias. Como primer compromiso del docente para favorecer prácticas educativas correctoras de estereotipos de dominación y dependencia, destaca la utilización de un lenguaje no sexista en los centros educativos y universitarios.

En el marco universitario, la labor formativa no puede recaer exclusivamente sobre el profesorado sino extenderse a todos los miembros de la comunidad universitaria mediante programas de sensibilización². La educación en igualdad como asignatura o disciplina universitaria, con carácter reglado o no, debe informar las normas de convivencia no sólo en las aulas, sino también a nivel de departamentos, áreas, unidades y órganos de la Universidad.

No obstante, el principal obstáculo del profesorado radica en que los planes de estudio, los programas de las asignaturas, las guías docentes, las titulaciones universitarias en general, silencian la formación en igualdad dentro de las aulas. En consecuencia, la igualdad como valor constitucional no se ejecuta como criterio transversal de las enseñanzas universitarias, con un impacto negativo de género. Una construcción social del conocimiento desde la Universidad plantea si las asignaturas deben mantener relación con la sociedad, o adolecer de funcionalidad con el riesgo de aislamiento. En este último supuesto, las asignaturas se convierten en un fin en sí mismo y no en un medio, ignorando que debieran ser instrumentales para la interpretación de la realidad y la resolución de conflictos.

Tampoco la doctrina constitucionalista avala la enseñanza de la igualdad constitucional, considerada como una cuestión secundaria dentro de los estudios sobre derechos fundamentales. El infradesarrollo constitucional del derecho antidiscriminatorio refleja un desinterés y minusvaloración científica que no contribuye positivamente a la consolidación práctica de la igualdad y género en la docencia universitaria.

El modelo educativo universitario prescinde de la igualdad pese al rol de la Universidad como institución transmisora de valores a la sociedad. A pesar de la función social del saber universitario, proclive a la inserción de la igualdad en la programación universitaria, para la aproximación del alumnado a los problemas reales de la sociedad y al mercado laboral donde

² Vid., Suberviola (2012). Coeducación, un derecho y un deber del profesorado, Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado, vol. 15. n. 3, 2012, señalando que las medidas y actuaciones pedagógicas deben dirigirse al conjunto de la comunidad educativa. La educación en igualdad requiere una intervención en ambos sexos con el fin de corregir las desigualdades producidas por los papeles tradicional estipulados por razón de género, orientada a conciliar intereses y crear relaciones de género más igualitarios.

el género juega un papel trascendente. Como señaló Bricall (2000) "la política de educación y formación ha de salvaguardar y potenciar, en primer lugar, las funciones sociales propias de los sistemas educativos. Estas funciones del sistema educativo son esencialmente tres: la preservación y transmisión crítica del conocimiento, la cultura y los valores sociales a nuevas generaciones, la revelación de capacidades individuales, y el aumento de la base de conocimiento de la sociedad" (Bas Peña/Ferre Jaén/Maurandi López, Educación Superior, competencias transversales y género: validación de un cuestionario).

Resulta incuestionable que en los últimos años se ha generado más conocimiento que en toda la historia de la humanidad. Por su correlatividad con la ciencia y la investigación, la docencia debe tener un fin social y la educación en igualdad permite que los alumnos sean más competitivos por adaptarse al entorno profesional y real, con su actualización en los fenómenos sociales. La adaptación de estudiantes al mundo cambiante donde van a vivir genera una docencia adaptativa y evita el desequilibrio entre ciencia y enseñanza. El modelo educativo no puede ser ajeno a los problemas sociales para no escindir la teoría de la práctica.

La Universidad debe ser, en suma, un referente de la fusión entre el saber académico y el vital en valores morales, éticos y deontológicos, aunque en la actualidad resulta ostensible la desatención a la enseñanza ética profesional. La insensibilización del profesorado por la falta de cursos o programas intrauniversitarios, el voluntarismo que ampara la libertad de cátedra en la enseñanza de la igualdad, la politización del género monopolizado ideológicamente en la actualidad, constituyen factores que contribuyen a un conformismo de la Universidad española, sin una estrategia en la enseñanza de valores constitucionales.

3. Fundamentos de la enseñanza universitaria de género

La asepsia de género en la Universidad resulta insostenible por razones legales, de responsabilidad social en los planes universitarios de igualdad, y por su intrínseca transversalidad. Con carácter general, *“se hace necesaria la introducción de una perspectiva, transformadora, de género, es decir, aquella que, partiendo de un diagnóstico de las relaciones de género existentes, pretende recrearlas de modo más equitativo e igualitario para mujeres y varones como resultado de un proceso sostenido de cambio social”* (López, 2007, en Donoso-Vázquez/Velasco Martínez, ¿por qué una propuesta de formación en perspectiva de género en el ámbito universitario?).

Desde una perspectiva legal, la docencia de género encuentra cobertura en numerosas disposiciones, aunque predominantemente como *soft law* sin una normatividad vinculante.

En esta línea, destaca el artículo 26.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante el reconocimiento a toda persona del derecho a la educación, que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, admitiendo que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW), señala que los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación, incluyendo entre sus compromisos expresamente la eliminación de cualquier concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles de enseñanza³ (artículo 10). La Declaración Mundial de Educación Superior de la Unesco 2000 reconoce una formación ética y responsabilidad y en 2016 este organismo establece la igualdad de género como un objetivo prioritario de la Educación.

³ La Plataforma de Acción de Beijing de 1995, con la que se institucionaliza la llamada «transversalidad de género» (gender mainstreaming), afirma que la igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz, proclamando los derechos humanos de las mujeres. Dedicó el segundo objetivo estratégico a la «Educación y capacitación de la Mujer», afirmando que la educación es un derecho humano y constituye un instrumento indispensable para lograr los objetivos de la igualdad, el desarrollo y la paz...la educación no discriminatoria conduce en última instancia a relaciones más igualitarias entre mujeres y hombres.

El Dictamen del Comité Económico y Social, de 5 de julio de 1996, relativo a Libro Blanco sobre la educación y la formación -Enseñar y aprender- Hacia la sociedad cognitiva (COM(95) 590 final), destaca la relevancia en el ámbito europeo del debate sobre el que deben ocupar, en los programas y en el contenido de los estudios, los valores humanos, la necesidad de desarrollar la conciencia democrática y social de los alumnos, procurando inculcarles valores como la tolerancia y la solidaridad hacia los demás y, en particular, hacia los más débiles, así como el reconocimiento y la aceptación de la diversidad humana ya sea en relación con la edad, la raza, el sexo la religión o la ideología.

La Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de diciembre de 2003, por la que se establece un «Programa para la mejora de la calidad de la enseñanza superior y la promoción del entendimiento intercultural mediante la cooperación con terceros países» (Erasmus Mundus) (2004-2008), admite que es preciso intensificar los esfuerzos de la Comunidad por fomentar en todo el mundo el diálogo y la comprensión entre culturas, teniendo en cuenta la dimensión social de la educación superior, así como los ideales de democracia y respeto de los derechos humanos, incluida la igualdad entre mujeres y hombres.

A nivel nacional, la Ley de Universidades modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, señala en su Preámbulo “el papel de la universidad como transmisor esencial de valores... [para] alcanzar una sociedad tolerante e igualitaria, en la que se respeten los derechos y libertades fundamentales y de igualdad entre hombres y mujeres” (Preámbulo párrafo 12). De modo explícito, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación se hace eco también de lo que considera unas medidas adecuadas para la ciencia del siglo XXI, entre ellas “*la incorporación del enfoque de género con carácter transversal*” (Preámbulo) ⁴.

Según el Real Decreto 1393/2003, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, “se debe tener en cuenta que *la formación en cualquier actividad profesional* debe contribuir al conocimiento y desarrollo de los Derechos Humanos, los principios democráticos, los principios de igualdad entre mujeres y hombres, de solidaridad, de protección medioambiental, de accesibilidad universal y diseño para todos, y de fomento de la cultura de la paz”.

Paralelamente, las directrices de ANECA sobre la elaboración de planes de estudio señalan la necesidad de tener en cuenta los derechos fundamentales y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. De acuerdo con su Informe (2005) *todas las personas graduadas en la Unión Europea habrán dedicado el mismo tiempo a su formación, tendrán competencias básicas íntimamente ligadas con cuestiones de género para su desarrollo con diversos grupos y contextos*. En el reciente Real Decreto 1112/2015, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto del Organismo Autónomo Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, se manifiesta la vacuidad del principio de igualdad de género prevaleciendo el contenido de otros principios

⁴ Entre los objetivos generales de esta Ley están “promover la inclusión de la perspectiva de género como categoría transversal en la ciencia, la tecnología y la innovación, así como una presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los ámbitos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación”, promoviendo “igualmente los estudios de género y de las mujeres” (Disposición adicional decimotercera).

de actuación y calidad (artículo 7), y pendiente el deber de instrumentar las oportunas medidas para dar cumplimiento a aquél.

En la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el artículo 25, al referirse a la igualdad en el ámbito de la educación superior asevera que “las administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres”. En el apartado 2.a, se agrega que “*las administraciones públicas promoverán la inclusión en los planes de estudio en que proceda, la enseñanza en materia de igualdad entre mujeres y hombres*”. El desarrollo del derecho constitucional de igualdad mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el Capítulo I del Título I, aborda los principios y valores que habrán de presidir el Sistema Educativo, afirmando que el Sistema Educativo Español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, incluyéndose entre los principios de calidad del Sistema Educativo la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre mujeres y hombres. En particular, el artículo 4.7 señala que “*las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación de forma transversal*”⁵.

No obstante, a través de las citadas disposiciones no se aprecia una vocación de normatividad de la igualdad ni de su configuración como derecho educativo, recurriendo a medidas generales e indeterminadas para su enseñanza.

En segundo lugar, desde el prisma de la responsabilidad social universitaria, la formación en igualdad del alumnado universitario se presenta como facultativa u opcional del profesorado a título individual y de cada Universidad. Para ello se requiere la capacitación del profesorado y la adquisición de conocimientos, así como la planificación de estrategias educativas de igualdad en las aulas, como buenas prácticas individuales y de calidad docente. La enseñanza universitaria en igualdad plantea un dilema al

⁵ la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, diferencia entre la igualdad en el ámbito universitario y educativo inferior. En particular, el artículo 4.13 dispone la incorporación del principio de igualdad de género y reduce la coeducación al sistema educativo sin mención en el espacio universitario. Universidades andaluzas reduce este derecho a simple principio de política pública. En esta línea, el artículo 20.1 y 2 del referido texto legal prevé el fomento de la igualdad de oportunidades y el desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar para la promoción del personal docente y para la inclusión de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres en los planes de estudios universitarios.

profesorado entre su carácter debido o facultativo y opcional. Para resolverlo, la docencia debe contextualizarse en el EEES proclive a la educación en valores, aunque la igualdad no se haya concretado en los planes de estudio. En la actualidad el profesorado adolece generalizadamente de formación para adopción y conciencia o sensibilización en género, revelando la necesidad de estrategias y capacitación profesional en género para la adquisición de destrezas docentes de igualdad. Al margen de que una educación inclusiva y antidiscriminatoria se enriquece con el intercambio de conocimientos y la difusión de experiencias exitosas.

La docencia universitaria en igualdad se enfrenta a la falta de referentes y de modelo aplicable, con el predominio de prácticas solitarias y dispersas con la consiguiente desorientación del profesorado. *En el ámbito universitario se complica la tarea dada la falta de referentes y modelos a seguir, la poca o nula conciencia de género, las dificultades organizativas y materiales, la dificultad de encontrar experiencias sobre la introducción del gender mainstreaming a enseñanzas de educación superior, a lo que debemos sumarle las dificultades que presenta la juventud para detectar las discriminaciones de género en sus propias vidas (Donoso, Figuera y Rodríguez Moreno, 2011).* Por lo que la inclusión de los estudios de género en la educación superior, suele terminar siendo una práctica aislada en constante cuestionamiento sobre su adecuación y eficacia.

Por último, la igualdad como valor constitucional puede integrarse en la Universidad como competencia didáctica transversal e interdisciplinaria y *enfoque pedagógico dirigido a la integración, en los procesos de diseño, desarrollo y evaluación curricular, de determinados aprendizajes para la vida, de carácter interdisciplinario, globalizador y contextualizado, que resultan relevantes con vistas a preparar a las personas para participar protagónicamente en los procesos de desarrollo sostenible y en la construcción de una cultura de paz y democracia, mejorando la calidad de vida social e individual.*” (Castellanos Shimons et. al: (2001)

Su conversión en una estrategia educativa pretende una formación integral del alumnado en la línea de los objetivos académicos de la educación superior entre los que destacan la formación humana y profesional y la construcción de nuevos conocimiento para el desarrollo crítico que posibilite el cambio social ⁶. La igualdad como competencia transversal además de su

⁶ *Se trata de una estrategia para hacer que los intereses, preocupaciones, y experiencias de las mujeres y de los hombres constituyan una dimensión integral en el proceso de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas de todas las esferas políticas, económicas y sociales de manera que la desigualdad entre hombres y mujeres no se vea reproducida ni perpetuada (Consejo Económico ONU, 1997) El proceso de*

capacidad transformadora del entorno, presenta una dimensión innovadora de las áreas de conocimiento que *se enriquecen, amplían, contextualizan y problematizan con este eje transversal*. En particular, contribuye a la contextualización del aprendizaje en la realidad social y su aplicación a problemáticas y conflictos. La identificación de situaciones socialmente conflictivas y la respuesta aplicable a un problema de género desde la ciencia, no es exclusiva del Derecho. El aprendizaje de la igualdad comporta una *capacidad de resolución de problemas en entornos nuevos o poco conocidos, dentro de contextos más amplios (o multidisciplinares) relacionados con las cuestiones de género*. La finalidad de una educación en valores se enfoca a que los estudiantes sean capaces de integrar conocimientos y enfrentarse a la complejidad de formular juicios de igualdad y reflexiones sobre las responsabilidades sociales y éticas vinculadas a las cuestiones de género.

La influencia multidireccional de la igualdad constitucional como conocimiento y metodología puede ampliar los contenidos científicos y las dimensiones cognitivas de las áreas disciplinares en general.

Ahora bien, las dificultades para su inserción en los planes de estudio afecta especialmente a las ramas de ciencias, salud o ingeniería, asumiendo la dedicación de créditos a esta competencia. A diferencia de los valores constitucionales, que cumplen una función básica en la formación del alumnado de las titulaciones pertenecientes al área socio-jurídica y, de forma especial, del Grado en Derecho y Ciencias Políticas. En estas disciplinas la transversalidad de dichos valores suele estar presente y las Universidades tienden a implementarlos en los planes de estudios porque su enseñanza es connatural a la formación en tales áreas ⁷.

No obstante, los participantes en el estudio de Titus (2000) declaraban que una formación en género debería ser requerida para todos los estudios universitarios del ámbito educativo, y se critica el estado actual de las asignaturas de este ámbito, ya que indica que si estos contenidos no

transversalización/integración de la perspectiva de género se refiere al diagnóstico del impacto diferenciado de cualquier iniciativa, incluyendo leyes, programas y políticas, en cualquier área o nivel tendrá sobre las vidas de los hombres y las mujeres.

⁷ *Un graduado en Derecho o en Ciencias Políticas tiene que saber cuáles son los valores fundamentales en los distintos niveles y espacios constitucionales (ámbito nacional, europeo e internacional), tiene que saber cómo su alcance y contenido han evolucionado y cómo se protegen. Esto, sin embargo, no significa que un alumno del Grado en Matemáticas o una Ingeniería no sea consciente de lo que son los valores fundamentales sobre los que se asienta la sociedad o que no sea capaz de reflexionar sobre conceptos como la discriminación, el género o la xenofobia o que el Estado no tenga interés en que se formen en valores constitucionales a fin de crear meros profesionales no pensantes.*

aparecen en los planes de estudios de los grados de formación del profesorado, este colectivo no percibirá los contenidos de género como algo importante (idea también defendida por Skelton y Hanson, 1989).

Desde esta perspectiva, resulta de interés una encuesta sobre titulaciones de la Universidad de Sevilla señalando que la transversalidad genera sólo una percepción del alumnado en formación de género de 33%, mientras que como competencia específica las cifras se elevan al 93%. En consecuencia, parece más efectiva la implantación de asignatura específica en la Universidad para la eficacia real entre el alumnado de la formación en igualdad.

4. Efectos positivos en el alumnado universitario de un aprendizaje de género

La enseñanza de la igualdad de género en el ámbito universitario influye en las relaciones de convivencia entre el alumnado, en la *adquisición de habilidades para la solución o gestión de los conflictos de género, la adquisición de competencias para el análisis crítico de las situaciones sociales en las que se producen desigualdades efectivas por razón de género, reforzar en el alumno las habilidades que le permitan percibir en casos concretos la existencia de una discriminación, incluso en aquellos supuestos aparentemente neutro, como sucede con las discriminaciones indirectas* (Educación en igualdad de género, 2008).

La educación universitaria presenta un déficit en las competencias vinculadas a valores y en la habilidad para resolver problemas, pese a que es la fase educativa de transición al mercado profesional y laboral. Las competencias como actitudes y valores capacitan al alumnado para la resolución de problemas o la intervención en asuntos en contexto académico, profesional o social y responden a las demandas.

Desde otro punto de vista, en los jóvenes universitarios suele prevalecer el llamando espejismo de la igualdad (Valcárcel, 2008) que tiende a la convicción de una sociedad sin desigualdades que no se ajusta a la realidad⁸. En consecuencia, *la falta de sensibilización en las cuestiones de género...el sexismo cada vez parece más diluido y pasa más desapercibido, hacen que la juventud ya no se preocupe por detectar presuntas prácticas discriminatorias y piense que la igualdad ya está conseguida* (Markowitz, 2005; Riera y Valenciano, 1991).

⁸ Estos ejemplos se ven claramente reflejados en la investigación de Bagard y Hyde (1991) de cómo el alumnado de su universidad de EEUU llega a estas edades sin conocimiento sobre las discriminaciones de género ni sus estrategias para evitarlas y superarlas y cómo tienen una percepción negativa del feminismo.

Por esta razón, la docencia universitaria crítica en materia de igualdad permite al alumnado una interpretación de *la realidad desde otra mirada desconocida, una vez finalizado el curso académico, se ha dotado de nuevos conocimientos*, en base a investigaciones como las de Bagard y Hyde (1991).

Además el aprendizaje de igualdad y género presenta un elevado nivel potencial de *feedback*, puesto que su aplicación empírica refleja una influencia en el pensamiento y hábitos del alumnado así como su dotación para la detección y rechazo de discriminaciones ⁹. Investigaciones como las de Bagard y Hyde (1991) también muestran como su alumnado una vez finalizado el curso académico se ha dotado de nuevos conocimientos que les permiten interpretar la realidad desde otra mirada desconocida hasta el momento.

Paralelamente, la prevención sobre el denominado “techo de cristal”, compromete a los educadores en el conocimiento de las barreras profesionales de las mujeres por las *desigualdades estructurales procedentes de una estructura social androcéntrica* (Federal Glass Ceiling Comisión, 1995).

Ahora bien, el problema no sólo deriva de la invisibilidad educativa de la igualdad y género, sino en la transmisión de pautas de comportamiento sexista desde la Universidad, sin neutralidad educativa. Al respecto, el modelo educativo *transmite por diversas vías y de forma invisible y a veces inconsciente, por el propio discurso y pautas de comportamiento del profesorado, papeles y roles sociales diferenciados para alumnos y alumnas, coadyuvando a reproducir las relaciones de poder desiguales y jerarquizadas entre hombres y mujeres* (Saldaña Díaz, 2006).

En particular, la orientación profesional y académica del alumnado aparece influida por su entorno, con la influencia de factores sexistas derivados de la propia sociedad. Siendo trascendente la intervención del profesorado para

⁹ Después de la realización de un curso introductorio de estudios de mujeres, éstas afirmaron que dicho curso había tenido un impacto profundo en su pensamiento y que habían modificado su consideración sobre este movimiento, trabajando y vislumbrando por primera vez temáticas cercanas al feminismo y casi un 80% de ellas afirmó saber detectar y rechazar las discriminaciones de género. El curso había empoderado a las estudiantes universitarias para promover un cambio en sus vidas. Los estudios demuestran también que si bien ni en el acceso, ni durante los estudios universitarios se patentizan desigualdades en razón del género, no ocurre lo mismo en la etapa postuniversitaria donde la desventaja es más patente (Touchon et al 1993, Chamberlain 1988, Sandler 1986).

una orientación académico-profesional no sexista ¹⁰. Paralelamente, la aplicación de la igualdad como método docente plantea la eficacia del *currículum* ciego y anónimo para garantizar que el sexo no influya en las calificaciones.

La transversalidad de género en las aulas universitarias puede verificarse mediante la introducción de conceptos básicos, lenguaje inclusivo para la modificación de prejuicios o conductas sexistas y detectar situaciones discriminatorias.

La metodología de la igualdad puede centrarse en el planteamiento de problemas sociales que promuevan la participación del alumnado. En particular, para el aprendizaje de igualdad y género resulta de utilidad el recurso al *case-law*, cuyo objetivo es la adquisición de conocimientos sobre prohibición de discriminación a través de casos prácticos y de decisiones concretas resueltas por los tribunales nacionales e internacionales. *Previa selección por el profesor de aquellos casos judiciales más relevantes, incluso casos reales de discriminación, se plantean cuestiones que promuevan el debate para afianzar conceptos y contenidos, y generar interrogantes*. La necesidad de encontrar un equilibrio entre una formación teórica y una formación práctica, fundamenta el recurso a casos prácticos que los estudiantes tienen que resolver o debatir, sobre temas relacionados con la igualdad.

Este método resulta óptimo para su aplicación en disciplinas del ámbito de las ciencias sociales y jurídicas, por su conexión con la realidad social, como medio de análisis y transformación de la misma. No así para las disciplinas de ciencias donde se detecta un grado insuficiente de conocimientos básicos sobre el género, puesto que los contenidos de este tipo “*sólo son abordados en el plan de estudios a voluntad libre del profesorado más sensibilizado*” (García-Pérez, 2011).

Por último, entre los recursos didácticos para potenciar la igualdad puede utilizarse una pedagogía visibilizadora de modelos positivos de mujeres científicas relacionadas con la titulación académica y la inclusión en la bibliografía de la guía docente de autoras e investigadoras.

5. La actual brecha de igualdad y género en la Universidad

¹⁰ *Qué dificultades y qué coste personal puede tener para una alumna elegir un ámbito profesional o laboral muy masculinizado y para un alumno elegir uno muy feminizado. ¿Suponen las mismas dificultades y el mismo coste personal si se trata de una alumna o un alumno? ¿Qué recursos personales, sociales, organizativos pueden necesitarse o ser convenientes para dar ese paso?, etc.*

La transformación de las relaciones entre géneros es un proceso con avances y retrocesos que exige una formación permanente en igualdad desde la Universidad. El número de estudiantes universitarias crece cada año en España y las mujeres son mayoría en las facultades, pero continúa habiendo una brecha de género en las titulaciones técnicas, que luego se proyecta al mercado de trabajo. La feminización del alumnado es de 54% y 62% como señala el Libro Blanco de situación de la mujer en la ciencia española, derivando en una sobrecualificación femenina que contrasta con el subempleo o la precariedad en la práctica ¹¹.

En el ámbito familiar también los estudiantes reconocen la existencia de estereotipos de género muy arraigados en los adultos mayores, los cuales mantienen comportamientos claramente discriminatorios hacia la mujer. En las generaciones intermedias, padres y madres parecen aceptar la igualdad en el plano teórico aunque la práctica evidencia numerosas contradicciones e incoherencias, especialmente a la hora de abordar la sexualidad de los hijos.

Sin salir al mercado profesional, en el ámbito universitario sigue habiendo discriminación y sexismo aunque no existen estudios ni estadísticas sobre estos comportamientos ¹². Excepcionalmente, destaca un estudio realizado en seis universidades españolas, coordinado desde la Universidad de Barcelona, sobre violencia de género en las Universidades españolas, concluyendo que el 62% universitarias españolas han vivido situaciones de violencia machista, y el 91% nunca se denunciaron; y entre los agresores destacan 84% hombres, 65% estudiantes y 25% profesores. Se señala el silenciamiento de estas conductas en la universidad que supera a la ocultación de la sociedad: el 27% de las denunciadas no se sintió apoyada y

¹¹ En la Universidad española las mujeres suponen un 54,3% del alumnado y un 57,6% de los titulados; a partir de ahí su presencia se va difuminando progresivamente según se asciende en el escalafón.

¹² En España el 67% de los jueces son mujeres, así como el 71% de los estudiantes de Ciencias de la Salud, el 61% de los estudiantes de Ciencias Sociales, el 54% de los estudiantes de Ciencias y el 26,95% de los estudiantes de Ingeniería, ámbito este último donde la irrupción de la mujer es pausada pero constante, y en el que existen estudios como los de Arquitectura, que son elegidos prácticamente por la misma proporción de varones que de mujeres - “[...] comentarios del estilo, es que las chicas son más trabajadoras. Que parece si un hombre saca una matrícula, es que es inteligente, pero si una mujer saca una matrícula es que son trabajadoras” Y, complementariamente, perciben que aún se mantiene el tópico tan difundido que atribuye a las mujeres una mejor inteligencia emocional y capacidad para las relaciones interpersonales y la expresión de sentimientos, mientras que los hombres superarían a aquellas en la capacidad de pensamiento lógico y abstracto, matemático y espacial

el 69% inseguras por si recibirían ayuda adecuada. Las estudiantes no identifican ni sabían reconocer situaciones violentas, solo agresión física o sexual pero no comportamientos humillantes de control o dominación. Al respecto, el 26% consideraba que los comentarios negativos sobre apariencia física de las mujeres no era violencia. En violencia física el 90% de los jóvenes se manifiesta en contra y en violencia de control un 67%. Se concluye finalmente en un nivel elevado de tolerancia al machismo y violencia en la universidad.

Por otra parte, un estudio de sexismo en la Universidad 1997 (Rev. Nature), confirma que las mujeres apenas se promocionan no por falta de productividad científica puesto que a iguales méritos, tienen un puesto de trabajo más bajo y requieren más tiempo en superar el nivel que los hombres¹³. Como posibles causas, las estructuras y mentalidades estereotipadas y las redes de poder discriminan a las docentes universitarias. *El análisis de las entrevistas permite constatar que las profesoras no reconocen la discriminación de género porque, al trabajar en un entorno masculinizado, no perciben las desigualdades como comportamientos discriminatorios. Los relatos muestran las microdiscriminaciones que en forma sutil y continuada sufren en su entorno laboral y que son atribuidas a características de la personalidad de quien la ejerce o de quien la padece. Las dificultades para compatibilizar la vida académica y familiar se entienden como problemas personales y no se advierte que es un problema social y de género, ya que el modelo de trabajador que concibe la universidad es un varón adulto libre de responsabilidades familiares que puedan reducir su dedicación profesional (Ribas Bonet, M.A., Desigualdades de género en el mercado laboral: un problema actual)¹⁴.*

Otras razones para la integración de la igualdad de género en las Universidades, se basan en la mejora del conocimiento de la Universidad y

¹³ El sesgo de género en evaluación científica resulta de que la probabilidad de que un profesor titular pase a catedrático es 2.5 veces superior a la de la mujer.

¹⁴ Los datos demuestran de manera contundente que hay más mujeres en la áreas menos prestigiosas, que enseñan más que investigan, que son menos reconocidas políticamente, que ocupan las categorías inferiores. *Es evidente que persisten las condiciones adversas para las mujeres en la vida académica, con el agravante de que éstas muchas veces se viven como si fueran situaciones naturales y no se analizan como factores de índole socio-económica que configuran las pautas culturales del trabajo cotidiano.*

En los testimonios de mujeres universitarias que transcriben y analizan se observa que éstas perciben una división sexual de tareas en el ámbito universitario que diferencia el ejercicio de la docencia, la investigación y la conducción, pero no recurren al género como variante explicativa, sino a cuestiones personales, de disponibilidad de tiempo y económicas, asociadas a la dedicación. En sus discursos no registran discriminación ni segregación, se considera que son fallas o méritos individuales los que han permitido ascender o no hacerlo.

su funcionamiento, por su compromiso con la responsabilidad social. En esta línea, las Universidades socialmente responsables deberían abordar una atención formativa en diversidad cultural.

La educación universitaria inclusiva obliga a un análisis de las cifras y discriminación de la comunidad gitana para incrementar el número de estudiantes de esta étnica en la Universidad. Respecto de la población inmigrante, la proyección de la multiculturalidad en la Universidad reclama una formación en igualdad para una convivencia sin prejuicios ni estereotipos discriminatorios. También el alumnado discapacitado presenta cifras bajas de incorporación a la Universidad lejos de la estrategia europea que fija un 40 % para el año 2020, según la Fundación Once. Las universidades enfocan su compromiso con la discapacidad mediante la accesibilidad a los espacios, la atención personalizada al alumnado discapacitado, apoyo al estudio, servicios especiales en bibliotecas, ayudas económicas, fomento de empleabilidad para los titulados. Sin embargo, no incorporan una educación en igualdad y una gestión de la diversidad entre el profesorado y el resto del alumnado ¹⁵.

Respecto del alumnado transgénero, el Consejo Interuniversitario de Cataluña (CIC) ha aprobado un protocolo pionero en España para la no discriminación, *que se aplicará en los procedimientos de acceso y de matrícula en las universidades catalanas. El protocolo se aplicará en los procesos administrativos relacionados con el acceso a las universidades y velará para que las personas que forman parte de estos colectivos puedan ser llamadas con el nombre correspondiente al género con el que se identifican. El derecho de las personas a ser tratadas y llamadas de acuerdo con un nombre correspondiente al género con el que se identifican está pensado para aquellos casos en los que el nombre utilizado no coincide con el nombre oficial, que es el que consta en el documento nacional de identidad o el inscrito en el Registro Civil. A efectos de procedimientos de acceso a la universidad, estas personas podrán realizar los trámites de matrícula en las Pruebas de Acceso a la Universidad, de preinscripción o de matriculación en las universidades con el nombre del género con el que se identifican y deberán aportar, como justificante, el documento original de la tarjeta.*

¹⁵ Deberían informar, orientar y asesorar sobre los derechos y recursos existentes para los y las estudiantes de la Universidad así como la puesta a disposición de los mismos; atender y gestionar las demandas que planteen los y las estudiantes que no puedan resolverse con los recursos existentes en ese momento; plantear ante la Comisión Técnica de Atención al Estudiante con Discapacidad la resolución de los problemas que no puedan resolverse con los recursos existentes en ese momento, así como los informes técnicos que procedan.

También merece especial interés en un grupo social específico, como la población universitaria de estudiantes con alto rendimiento.

Resulta, por tanto, imprescindible planificar acciones educativas concretas, para lo que conviene conocer previamente los planteamientos, actitudes y valores, la percepción con relación a la cuestión de género, y la diversidad del alumnado universitario como destinatario concreto de la intervención pedagógica.

6. La coeducación en la Universidad como modelo pragmático

La coeducación apenas presenta proyección en el ámbito universitario, como metodología para la enseñanza de igualdad y corrección de desigualdades mediante la revisión de pautas sexistas.

La metodología coeducativa en la Universidad debe centrarse en la revisión de las prácticas pedagógicas, a través del recurso a técnicas de innovación docente para su transversalidad generalizada en las titulaciones y disciplinas universitarias, en la actitud del profesorado y la implicación de los alumnos

Como vehículo de aprendizaje, el lenguaje constituye una técnica coeducativa que puede contribuir a eliminar el sexismo lingüístico según la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁶. *En este contexto, urge una educación lingüística que fomente los conocimientos, las habilidades y las actitudes que hacen posible el aprendizaje de una ética lingüística que evite el influjo de los prejuicios culturales, los estereotipos sociales y sexuales y las inercias expresivas en las maneras de hablar y de escribir de las personas (Vargas Muñoz, E., 2011).*

En particular, el docente debe actuar como transmisor de un aprendizaje neutro ajeno a estereotipos discriminatorios, adoptando un rol central en el modelo coeducativo. No obstante, según el Instituto de la Mujer/Red2 Consultores (2004,123), “una de las conclusiones más preocupantes del Informe sobre el Estado de la Coeducación, es que los docentes en ejercicio no han recibido formación específica en materia de Coeducación, y ello les lleva a pensar que no es necesario actuar en los centros educativos porque consideran que la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres es un hecho superado”.

¹⁶ En las Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje de la UNESCO (1991: 20) se afirma que «las personas hispanohablantes sienten la terminación –o, y sobre todo la terminación –a, como signos del género masculino y femenino, respectivamente», y añade: «Si... no hay nada en el idioma que se oponga a la feminización de los nombres de carreras, profesiones, cargos y oficios, habrá que convenir en que la resistencia no es de orden lingüístico, sino social. La educación debería contribuir a evitar cualquier forma de discriminación por razón de sexo, grupo social, origen étnico, raza o creencia.

Para Ballarín, una de las mejores formas para avanzar hacia un modelo coeducativo es la formación del profesorado en la Educación en Igualdad de Oportunidades. A través de la formación el personal docente adquiere conocimientos, habilidades y capacidades para desarrollar las tesis de la coeducación detectando los aspectos del proceso educativo en los que se produce discriminación, plantear las soluciones y desarrollarlas de forma efectiva incorporando la igualdad de oportunidades de forma transversal.

El profesorado puede colaborar en la detección por el alumno de rasgos sexistas en su comportamiento. En concreto, Subirat se muestra a favor de que el docente inculque valores y prácticas más allá de la escuela mixta y la necesidad de un plan de trabajo para modificar pautas sexistas para *desterrar las mentalidades sexistas y las actuaciones discriminatorias que son la base que sustenta conductas que provocan y/o justifican la violencia de género*. Sin embargo, en la actualidad, el profesorado universitario no se detiene al análisis de la actitud del alumnado por segregación de sexos (competitividad, trabajo en equipo, posición en las aulas...).

También la coeducación promueve la reflexión del alumnado universitario sobre aquellos aspectos en los que consideren que se produce una discriminación sexista, no sólo en la Universidad sino en su esfera privada, de ocio....La coeducación también sienta las bases para erradicar actitudes generadoras de violencia de género puesto que fomenta y transmite entre el alumnado valores como la tolerancia y el respeto a la diferencia por lo que previene la aparición de conflictos en los centros escolares.

En definitiva, la coeducación desarrolla *la comunicación entre las personas de ambos sexos, basándose en el respeto mutuo, en el conocimiento acertado, en la aceptación convivencial y el diálogo creativo, en la superación de sesgos sexistas, de lo masculino y lo femenino como categorías*¹⁷.

La Universidad no es un terreno neutro, sino un espacio donde se proyectan las desigualdades sociales y aquellas adquiridas por el alumnado durante su trayectoria personal y académica. Desde la coeducación se promueve la reformulación del modelo de transmisión del conocimiento y de las ideas en base a la perspectiva de género, el debate de la transversalidad y sobre si la práctica coeducativa debe implementarse a través de una asignatura específica o permear todas las materias y los espacios del currículum¹⁸.

¹⁷ Vid., Sánchez Sánchez/Rizo Martín, Coeducación, Temas transversales de currículum, 2.Ed. Vial, Coeducación, cit., pág. 52.

¹⁸ Según Ballarín definitiva, la Universidad mantiene su esencia, responde todavía a un orden creado a lo largo de los siglos, regido por un pensamiento y unas prácticas patriarcales, con

Por último, "la coeducación procura garantizar la igualdad con la socialización mediante la convivencia conjunta de ambos sexos. La educación diferenciada pretende lograr el más alto rendimiento académico, el desarrollo humano con el crecimiento de las virtudes y la optimización de la persona." (Ahedo Ruiz, 2015).

Conclusiones

Resulta transcendental que las Universidades adopten una posición proclive a que los estudiantes, en cuanto ciudadanos adquieran competencias, habilidades y destrezas basadas en el conocimiento de los valores constitucionales fundamentales desde los que se ha desarrollado el Estado Social y Democrático de Derecho. Este aprendizaje debe realizarse sin un adoctrinamiento en el género oficialista y politizado, sino mediante una enseñanza fundada en el razonamiento crítico y análisis ético de los problemas derivados de la igualdad.

Para impulsar la igualdad en el sistema universitario, resulta necesario clarificar *cuál es el modelo pedagógico que queremos construir frente a los nuevos retos que genera la sociedad del conocimiento, para responder desde una perspectiva crítica y constructiva a las nuevas realidades, como las desigualdades entre hombres y mujeres y la violencia contra éstas, la vez que se promociona la construcción del conocimiento y su transmisión crítica con objeto de lograr una sociedad más justa e igualitaria, que tenga en cuenta las características individuales. Por tanto, se precisa repensar la función docente y aclarar qué significa enseñar a principios del siglo XXI, reflexionar sobre el sentido de la misma, sobre la participación y el compromiso de quienes tienen que llevarla a cabo, porque decidirán y actuarán en un contexto atravesado por la incertidumbre y la urgencia, y necesitarán poner en práctica competencias docentes sumamente complejas* (Perrenoud, 2004).

Bibliografía

AAVV., (2004). La tutoría académica en el espacio europeo de educación superior. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 18 (1).

AAVV, (2011). La formación ético cívica y el compromiso social de los estudiantes universitarios. *Encounters on Education* Volume 12.

mecanismos y símbolos precisos para su reproducción. El dominio masculino sobre el conocimiento que en ella se produce es muy difícil de cambiar ya que se ejerce también sobre las prácticas y formas de relación y es justamente sobre ese entramado de relaciones masculinas donde se sostiene el poder que legitima la teoría.

- Ahedo Ruiz, J. (2015). El fundamento antropológico de la educación diferenciada. Recuperado de <https://reunir.unir.net/handle/123456789/6253>.
- Ballarín Domingo, P., (2017), ¿Se enseña coeducación en la Universidad?, *Revista Internacional de Estudios Feministas*, 2017, 2, 1, 7, doi: <http://dx.doi.org/10.17979/arief.2017.2.1.1865>
- Bas Peña/Ferre Jaén/Maurandi López. Educación Superior, competencias transversales y género: validación de un cuestionario. *Revista de Humanidades* [en línea], n. 31, artículo 4.
- Carbajo, M., (1997), Formación del profesorado para la innovación. *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 1 (0).
- Coll, C., (2004). Psicología de la educación y prácticas educativas mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación. Una mirada constructivista. *Revista Electrónica Sinéctica*, 25.
- Domínguez Pachón, (2009). Responsabilidad Social Universitaria, IX Jornadas de Humanismo y Universidad sobre “La responsabilidad social de las Universidades” organizadas por la EUTS Ntra. Sra. del Camino.
- Donoso/ Figuera/ Rodríguez Moreno (2011). Barreras de género en el desarrollo profesional de la mujer universitaria, DOI: 10-4438/1988-592X-RE-2011-355-021.
- Escalera, D. (2010). Recurso tecnológico para el aprendizaje móvil (m-learning). *Journal Boliviano de Ciencias*, 7 (21).
- Fernández Batanero (2004). La transversalidad curricular en el contexto universitario: un puente entre el aprendizaje académico y el natural. *Revista Fuentes* 5.
- Gaete Quezada, (2011). La responsabilidad social universitaria como desafío para la gestión estratégica de la Educación Superior: el caso de España. *Revista de Educación*, 355. Mayo-agosto 2011.
- García Pérez/Salas/Esther Rodríguez (2013). Formación inicial del profesorado sobre género y coeducación: impactos metacognitivos de la inclusión curricular transversal sobre sexismo y homofobia. *Revista de Curriculum y formación del profesorado*, OL. 17, N° 1 (enero-abril. 2013)

- Imbernón (1999). Responsabilidad social, profesionalidad y formación inicial en la docencia universitaria. *Revista Interuniversitaria de Formación del profesorado*, n.34.
- Marcote/alvarez Suarez, (2005). Planteamiento de un marco teórico de la Educación Ambiental para un desarrollo sostenible. *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias* Vol. 4, Nº 1.
- Martínez de Carrasquero/Cynthia; Mavárez/Ramón; Rojas/Ligibther/Carvallo, Belkis (2008). La responsabilidad social universitaria como estrategia de vinculación con su entorno social. *Frónesis*, vol.15, Nº3, pp.81-103.
- Martínez, M. (2010). Aprendizaje, servicio y responsabilidad social de las Universidades. *Educación universitaria*, Octaedro ICE.
- Martínez Domínguez (2014). La Responsabilidad Social Corporativa en las instituciones educativas. *Estudios sobre educación*, nº 27.
- Núñez, Montserrat y Alonso, Inmaculada (2009), La responsabilidad social en el mapa estratégico de las Universidades Públicas, *Pecunia*, Nº9, pp.157-180
- Pedro Ubertone (2009). La discriminación como objeto de estudios a nivel universitario. Una experiencia. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, nº 13.
- Pérez Villalobos, C. (2014). La utilización de la metodología de género en la enseñanza – aprendizaje del Derecho Constitucional. Una experiencia en los primeros cursos del Grado en Derecho. *Revista de Educación y Derecho*, número 9, octubre 2013 – marzo 2014.
- Perrenoud, Ph. (2004). *Diez nuevas competencias para enseñar: invitación al viaje* (Vol. 196). Barcelona: Graó.
- Rivas, M. (2000), *Innovación educativa. Teoría, procesos y estrategias*. Madrid: Editorial Síntesis.
- Rosales López, (2012). Innovación educativa. *Contextos de la innovación educativa*, n.º 22.
- Saldaña Díaz, N. (2006). La educación en igualdad y para la igualdad entre los géneros en el marco normativo de las naciones unidas, la unión europea y constitucional español. *Revista de Educación*, 8 (2006). ISSN: 1575 - 0345. Universidad de Huelva.
- Salmerón, H./Rodríguez Fernández/ Gutiérrez Braojos, C. (2010), Metodologías que optimizan la comunicación en entornos de aprendizaje virtual. *Revista Científica de Educomunicación*, 34 (17).

- Suberviola (2012). Coeducación, un derecho y un deber del profesorado, *Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado*, vol. 15. n. 3, 2012
- Subirats, Marina/Brullet, Cristina (1988). *Rosa y azul. La transmisión de los géneros en la escuela mixta*. Madrid, Instituto de la Mujer.
- Valcárcel, A. (2008). *Feminismo en el mundo global*. Madrid: Cátedra.
- Vallaey, (2014). La Responsabilidad Social Universitaria. *Universia*, N. 12, vol. 5.
- Vargas Muñoz, E., (2011). Coeducación: la unión perfecta de lenguaje y género. *Revista Semestral de Iniciación a la Investigación en Filología* Vol. 6 (Marzo 2011) 83–98
- Vila Merino, Eduardo S., (2012). Ciudadanía, equidad e innovación: reflexiones sobre la política de responsabilidad social de las universidades. *Innovación Educativa*, vol. 12, núm. 59, mayo-agosto.
- Viches/Gil Pérez (2012). La educación para la sostenibilidad en la Universidad: El reto de la formación del profesorado. *Revista de Curriculum y Formación del profesorado*, Vol. 16, N° 2 (mayo-agosto).
- Zañartu Correa, L., (2003). Aprendizaje colaborativo: una nueva forma de Diálogo Interpersonal y en red. *Revista digital de educación y nuevas tecnologías*. Contexto educativo. Nueva Alejandría Internet, <http://contexto-educativo.com.ar/2003/4/nota-02.htm>.

El conflicto iusconstitucional y protocolario en la representación de las Altas Autoridades del Estado^(*)

The conflict of representation on Protocol & Constitutional Law about the High State Authorities

Antonio Sánchez-Bayón¹

Gloria Campos²

Carlos Fuente³

(*) Recibido: 13/02/2020 | Aceptado: 02/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

- ¹ Antonio Sánchez-Bayón (Doctor en Derecho por UCM, en Humanidades-Teología por UMU, en Humanidades-RRII por UVA, en Filosofía por UCM), acreditado como Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF); ganador de diversos premios internacionales (v.g. *Limaclara-Argentina*), por su amplia producción (en 5 idiomas, medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Economía Aplicada en la Univ. Rey Juan Carlos. Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard, DePaul, Baylor*) y Latinoamérica (v.g. *IIDH, UCR, URL*). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y *Family Sapiens* en Venezuela), y colaborador en diversos medios de comunicación.
antonio.sbayon@urjc.es
- ² Gloria Campos García de Quevedo (Doctora en Comunicación por la Univ. Camilo José Cela) es Profesora universitaria y Directora Gral. de *International School of Event Management & Communication* (centro colaborador de la Univ. Rey Juan Carlos). Consultora experta en organización de eventos durante más de treinta años, trabajando para instituciones públicas, agencias de comunicación y multinacionales. Emprendedora y consejera delegada de varias compañías de relaciones institucionales y formación. Ha dirigido media decena de tesis doctorales, además de formar parte de dos grupos de investigación en activo (en UVA y URJC). Cuenta con más de medio centenar de publicaciones académicas y técnico-profesionales.
gcampos@isemco.eu
- ³ Carlos Fuente Lafuente (Doctor en Comunicación por la Univ. Camilo José Cela) es Profesor de la Univ. Rey Juan Carlos. Director del Instituto Superior de Comunicación y Eventos (entidad colaboradora de la Univ. Rey Juan Carlos). Director académico de *International School of Event Management & Communication* (ISEMCO). Vicepresidente de la Asociación

Sumario: Presentación: ¿son sustituibles las Altas Autoridades del Estado? **1.** El concepto de la representación. **2.** Antecedentes históricos. **3.** La normativa franquista de 1968. **4.** El Real Decreto de 1983. **5.** La representación por cargo accidental o en funciones. **6.** El informe de la abogacía del Estado. – A manera de conclusión. - Fuentes de consulta.

Resumen: El concepto de la representación de las Altas Autoridades en los actos públicos y el tratamiento que ha de darse a sus representantes, es objeto habitual de controversia en España, agravándose en los últimos años. En ello ha influido la insuficiente definición del Real Decreto 2099/1983 del Ordenamiento general de precedencias en el Estado, junto con la regulación complementaria de 1968 (de la dictadura del general Franco, que refería a la sustitución legal y no a la representación propiamente). Se suma a la polémica el hecho de que el representante ordinario del Estado en una Comunidad Autónoma, el Presidente, no pueda hacerse representar pública y protocolariamente en su territorio ni cuando su institución concorra en eventos de carácter estatal, ni tampoco cuando sea por razones de fuerza mayor (que obligan a la sustitución o suplencia). Resulta urgente y necesario un dictamen clarificador sobre la calificación protocolaria y iusconstitucional de la representación, para su correcto funcionamiento dentro del régimen democrático de 1978.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Protocolo, Altas Autoridades del Estado, conflicto de competencias, representación, precedencias.

Abstract: The concept of representation by the High State Authorities in the public events and the treatment to their chairs (statemen) is a recurrent object of controversy in Spain, in deep in the last years. This is thanks to the insufficient regulation by the executive order or Real Decreto 2099/1983 about the general order of precedence in the State, and the complementary

Española de Protocolo y miembro del *Meeting Professionals International* (MPI). Director de Protocolo de los Premios Princesa de Asturias entre 1981 y 2013. Consultor de protocolo, especializado en eventos oficiales. Posee la Medalla al Mérito Civil. Autor de más de un docena de libros sobre protocolo y organización de eventos. Ha dirigido media docena de tesis doctorales, un grupo de investigación (UCJC), y actualmente forma parte de dos en activo (UVA y URJC).

cfuente@isemco.eu

regulation of 1968 (from General Franco dictatorship, which referred to legal substitution and not to representation properly). Added to the controversy, it is the fact that the ordinary representative of the State in an Autonomous Community, the President cannot be represented publicly and officially in his own territory or when his institution attends State events, nor when it is for reasons of force majeure (which enforce the substitution or switch). It is an emergence to clarify the legal opinion on Protocol and Constitutional Law about the representation and its right implementation into democratic regime of 1978.

Keywords: Constitutional Law, Protocol, High State Authorities, conflict of competencies, representation, precedence.

Presentación: ¿son sustituibles las Altas Autoridades del Estado?

El tratamiento protocolario que debe dispensársele desde el punto de vista legal a quien representa a una autoridad oficial superior del Estado (que en España comprende la Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las Administraciones Locales)⁴, en un acto oficial ha sido motivo de numerosas polémicas y controversias en España en los últimos 30 años (incluso tras la aprobación de la regulación protocolaria en 1983, vid. supra). Ello quizá tenga su explicación en la insuficiente

⁴ Sirva como aclaración preliminar, que en realidad el Estado es la moderna organización política basada en la racionalidad administrativa para el tránsito al Nuevo Régimen (sociedades libres y abiertas), por lo que más que un poder (como se ha venido identificando por buena parte de la doctrina), se trata del tablero de juego (de las relaciones socio-jurídicas), donde interactúan (conforme al contrato social), de un lado, los poderes públicos (en representación del Estado y como jugadores cualificados, con ciertas prerrogativas y también mayores restricciones de discrecionalidad), y de otro lado, la ciudadanía (en representación de sí mismos y de la sociedad civil, como contrapoder, contando con unas garantías extras en dicha relación, como son los derechos humanos). Pues bien, en la evolución de los poderes estatales, desde el s. XIX, estos pasaron de la matriz mínima de poderes horizontales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), de concentrados a descentralizados (tanto territorial como competencialmente), ampliándose sus administraciones de apoyo, por lo que se pasó a hablar de Administraciones Públicas. A inicios del s. XX, de manera complementaria, surgieron novedosos poderes estatales transversales de vocación garantista (v.g. Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo). Y a mediados de siglo, se procuró el cambio de terminología, para restar violencia y procurar una legitimidad de conocimiento (de *potestas* a *auctoritas*), por lo que empezó a hablarse de Instituciones públicas y a sus representantes como Autoridades públicas –algo desconcertante, pues no se les obedece por su conocimiento, sino por su coercibilidad-. Finalmente, con el éxito del Estado de bienestar, se ha terminado instaurando el concepto difuso del Sector Público (Sánchez-Bayón, 2013, 2015, 2016, 2017 y 2019. Sánchez-Bayón, et al., 2017).

legislación al respecto o una falta de actualización de la ya existente conforme al mapa institucional de la España del siglo XXI. El recurso a que una alta autoridad envíe en su nombre a otra se extiende, en cambio, casi como algo normal en los actos más habituales de una comunidad por la alta proliferación de éstos en los distintos sectores de la sociedad.

Resulta casi cotidiano que un alcalde pida a un concejal que le represente en un evento promovido por una entidad vecinal, o que el Presidente de la Comunidad haga lo propio con un consejero o el mismo Presidente del Gobierno con un ministro. La normativa vigente en España es clara y tajante; sin embargo, su aplicación termina siendo problemática y discutible y se promueven soluciones al margen de la legalidad *literal* establecida (Sánchez-Bayón, 2015 y 2016). Un ejemplo de ello es el no reconocido acuerdo –por no constar documento alguno que lo recoja– existente en Cataluña por el cual los presidentes/alcaldes de las cuatro principales instituciones (Gobierno de la Generalidad, Parlamento de Cataluña, ayuntamientos y diputaciones) en caso de no acudir a un evento, si en su lugar lo hace un consejero, un vicepresidente, un concejal o un diputado regional, se les concede un tratamiento protocolario similar al que se le reservaría al titular de la institución, cuestión que refleja Fuente (2017) en su especializado blog de Protocolo y Eventos.

La cuestión parece agravarse aun cuando se trata de la representación que asume en los eventos la autoridad que accidentalmente está asumiendo la presidencia de una institución, bien por enfermedad o baja del titular, o porque éste se encuentre fuera de su territorio o país, o de vacaciones u otro tipo de razones. En este caso la interpretación de la norma resulta aún más delicada por cuanto que aun habiendo, por ejemplo, una resolución del alcalde titular de nombrar un alcalde en funciones durante el tiempo en el que por diferentes razones no ejercerá sus competencias y las delega en un teniente alcalde, éste conforme a la normativa y la interpretación que realiza la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia de España no puede exigir el tratamiento protocolario que le corresponde al mencionado alcalde. En contraposición, el presidente del Gobierno aunque esté en plena facultad de sus funciones en su despacho de La Moncloa en Madrid, puede delegar en un ministro su asistencia a un acto en cualquier lugar y exigir el tratamiento protocolario que le correspondiera al presidente. Lo mismo si estuviera de vacaciones o de baja por enfermedad. Cuestión similar para el jefe del Estado. Vamos a contextualizar la situación antes de entrar en el análisis del problema y sus posibles soluciones.

1. El concepto de la representación

Se entiende como representación a efectos protocolarios al hecho de que una autoridad o personalidad acuda a un evento en nombre de otra de superior rango y que haya sido comunicada de forma expresa al organizador de dicho acto. Según la doctrina cabe existen diversos tipos o modalidades de representación. Lifante (2009; 497-524) ha intentado buscar una definición más clara en la palabra “representar” –“sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o de una entidad, empresa, etc.”, termina por prescindir de ellas y recurrir a Pitkin (1985). La citada autora⁵ dice del trabajo de aquélla:

Esta autora pasa revista a las diferentes descripciones que históricamente se han hecho de la representación y llega a la conclusión de que, aunque todas han captado parte de su significado, o, por así decirlo, alguna de sus dimensiones, ninguna de ellas ha sido sin embargo lo suficientemente compleja como para reflejarlo en su totalidad. Estas cinco perspectivas o dimensiones serían las siguientes:

R1. Representación como autorización. El representante es alguien autorizado a actuar en nombre del representado, el cual asume las consecuencias de las acciones del representante como si las hubiera realizado él mismo.

R2. Representación como responsabilidad u obligación de rendición de cuentas (accountability). La representación es una relación de agencia en la que el representante debe rendir cuentas por su actuación ante su representado.

R3. Representación como correspondencia, descripción o reflejo (o «representación descriptiva»). El representante suple al representado por medio de una correspondencia de características.

R4. Representación como identificación simbólica. El representante suple al representado por una relación basada en las actitudes y creencias de la gente.

R5. Representación como actuación por otro (o «representación sustantiva»). El representante es el que actúa en nombre de otro, en su interés o como su agente.

En el contexto protocolario parece obvio que estamos en el supuesto cuarto, el de la representación simbólica, que según señala Lifante «subraya la idea de ‘suplir’ a través de algo que exprese la entidad que se representa». En este sentido, Lifante recurre, igualmente, a Sartori (19998; pp 2-6) para señalar

⁵ Afirma la autora que sigue para ello en gran medida la reconstrucción que realiza García Guitián (2001, pp. 215-226; y 2004, pp. 109-120) del trabajo de Pitkin. Argumenta que el objetivo fundamental del análisis de Pitkin es dar cuenta de la representación política, y no tanto un mapa conceptual general de la representación

que «en el ámbito de la política cuando se hace referencia a la representación se expresa una idea de similitud, de identificación, de características compartidas». Tras consultar con otros autores que han desarrollado la cuestión de la representación como Laporta, (1989), Garrorena (1991) y Criado de Diego (2007) puede establecerse que la representación protocolaria obedece al hecho de que alguien se haga representar sin asistir, pero de forma debidamente comunicada, en un acto o evento. En pura esencia jurídica el representado debiera formar parte del ámbito competencial de la autoridad a la que representa.

Una cuestión importante ésta, porque la mayoría de las investigaciones apuntan en esta dirección, lo cual nos llevaría a tener que matizar que la representación institucional de un cargo público no puede otorgarse para un acto oficial a cualquier otra autoridad que no está en su círculo competencial, a excepción del jefe del Estado dado que como tal es «símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones y asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales»⁶.

2. Antecedentes históricos

En cuestión iushistoricista de precedencias en España y, en consecuencia, una posible aplicación de la representación, no hay demasiada doctrina ni sistematizados sus antecedentes regulatorios (Sánchez-Bayón y Fuente, 2017. Sánchez-Bayón y Valero, 2019). Ya en el marco renovador del Estado, cabe destacar el Reglamento de ceremonial establecido por Felipe V en 1717, pudiendo ser considerado como el precursor más inmediato de los textos de precedencias del siglo XIX. Sin embargo, según Otero (2009; p. 96) «su ámbito de aplicación es la corte como lugar natural del soberano y gobierno del Reino y su único planteamiento, la descripción detallada de las normas de etiqueta que se deben aplicar en Palacio».

En dicha disposición no se recogen referencias sobre ordenaciones protocolarias, ni distribución de lugares de honor, «sino una mera descripción de los actos en sí, centrada en la familia real, la corte, la diplomacia y las visitas de Estado». Un hecho éste que también confirma Fernández Vázquez (2012; pág. 750), quien imputa al Primer Secretario de Estado y del Despacho, José de Grimaldo, el establecimiento de dichas normas escritas, que se circunscriben según el autor al «protocolo en la recepción de embajadores del extranjero que aún siguen vigentes (las

⁶ Constitución Española (1978). Título II De la Corona. Artículo 56. BOE 311 de 29 de diciembre de 1978. Páginas 29313 a 29424.

recepciones que se realizan hoy en el Palacio Real, ya se habían definido en el ceremonial de 1717)». Esta última afirmación es desmentida por numerosos autores que sitúan en la época de Carlos III el formato actual de la ceremonia hoy denominada de Presentación de Cartas Credenciales por los embajadores extranjeros acreditados en España ante el Jefe del Estado. De hecho, Rubio (2015), señala:

La ceremonia de presentación de Cartas Credenciales al Rey de España, como la que tendrá lugar mañana, se remonta a tiempos de Felipe III, aunque su formato actual tiene origen en la época de Carlos III y muchos de sus componentes, fundamentalmente las carrozas, son de los reinados de Isabel II y Alfonso XII.

Tampoco el Real Decreto de 17 de mayo de 1856, siendo reina Isabel II (1843-1868)⁷, considerada como la primera normativa específica de protocolo de España (las anteriores se referían al ceremonial y la etiqueta) aporta nada específico sobre las representaciones o el lugar que debiera ocupar la persona que acudía en lugar de otra superior. Sin embargo, desde la óptica de este estudio podemos encontrar antecedentes de interés en la Real Orden de 16 de febrero de 1836, siendo regente María Cristina. Sánchez *et al* (2015;p. 158), tras aclarar la confusión de la fecha, señalan⁸:

La orden venía motivada por el hecho de que cada jefe de administración realizaba, al ocupar su puesto en provincias, una recepción o ceremonia de “corte y besamanos”, con la consiguiente proliferación de las ceremonias y la desvirtualización de la finalidad de las mismas, además de los consiguientes conflictos entre las autoridades.

(...) La recepción de Corte quedaba reservada en su distrito, al Capitán General, o en su defecto Segundo Cabo, o Generales de la Real Armada, tanto si eran propietarios como interinos en el puesto, pero que contasen con nombramiento Real, al obtener la plaza. Esta ceremonia se celebraba en el pueblo del distrito al que habían sido destinados

Estamos aquí ante un pequeño antecedente de esa representación real para una ceremonia de Corte realizada fuera de la capital, que en definitiva es en lo que se centra esta Real Orden. Un antecedente que cobra mayor fuerza con la Ley de 2 de agosto de 1855, que establece que los diputados y

⁷ Real Orden de 17 de mayo de 1856, Aclarando y determinando el lugar que corresponde a las autoridades y corporaciones en los actos públicos y en el acto de recibir corte, trata de la presidencia de los actos y el sistema de precedencias.

⁸ Lllaman la atención las autoras sobre un error común que se ha transmitido de libro en libro sin cuestionar durante el último siglo. Se habla de una RO de 16 de febrero de 1856, que regularía el ordenamiento de autoridades en actos públicos, inexistente. Esta es una disposición importante, pues sería la primera de este tipo, pero la norma no es de 1856 sino de 1836, y fue expedida durante la Regencia de María Cristina.

senadores presidirán las corporaciones o juntas a las que hayan sido enviados en representación de la Cámara, según documentan las citadas autoras (p. 163). Otro antecedente es recogido igualmente por Sánchez *et al* (2015; p. 173-176), quienes afirman en el Libro de ceremonias de etiqueta del Real Palacio mandado hacer por S.M. la Reina Isabel II, que «respecto a las recepciones en Corte o actos públicos, debían ser presididas por el comandante militar de la plaza como representante del Gobierno». Es la primera referencia que encontramos sobre la representación del Gobierno, ya que hasta ese momento las escasas normativas existentes hacen referencia como mucho a quien ha de ocupar la presidencia en las recepciones de Corte en provincia representando al rey.

La Real Orden de 27 de noviembre de 1861 sobre los besamanos generales, orden de precedencia en las recepciones oficiales que se celebren en el Salón del Trono del Palacio de Madrid, cuya existencia Sánchez *et al* cuestionan asegurando no haberla encontrado en su investigación. No obstante, citan a Massa (1908; p. 74) que es quien da informaciones al respecto, lo mismo que Otero (2009; p. 97), tampoco aporta nada a la cuestión de la representación. Aunque ha habido otras muchas más disposiciones, hay que irse a la Real Orden de 15 de enero de 1908⁹, ya en reinado de Alfonso XIII, publicada en la Gaceta de Madrid de 15 de febrero, que para muchos especialistas en Historia del Protocolo y Ceremonial constituye realmente la primera disposición que ordena las autoridades de todas las instituciones del Estado, pero nada establece sobre las representaciones. Sí en cambio encontramos una referencia en la Real Orden de 15 de Noviembre de 1916 que establecía que todas las autoridades que hubieran de recibir Corte, bien en nombre del rey o por delegación de éste, observarán la ordenación fijada en 1908. Estamos ante una constatación clara de la práctica de la representación, aunque como se ha podido apreciar solo a nivel de rey o de Gobierno.

3. La normativa franquista de 1968

Quizá en los actuales conflictos protocolarios actuales haya influido la ruptura en 1983 de una tradición que venía –sin ser legalizada– siguiéndose bajo el reinado de Alfonso XIII, la II República y la dictadura de Franco, que elevó a norma el Reglamento de Precedencias y Ordenación de Autoridades y Corporaciones de 1968¹⁰. En su título preliminar, dedicado a los principios

⁹ Orden que para la entrada en el Salón del Trono y desfile ante Su Majestad debe regir en todas las recepciones generales.

¹⁰ Decreto 1483/1968, de 27 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Precedencias y Ordenación de Autoridades y Corporaciones. BOE 167, de 12 de julio de 1968, páginas 10153 a 10156.

generales, establece en su apartado tercero que «la persona que legalmente sustituya en su cargo a cualquier autoridad goza de la misma precedencia reconocida al titular». Y añade: «La representación sólo confiere precedencia en el ámbito de la competencia de la autoridad representada». Un matiz este importante que se irá viendo transversalmente a lo largo de este texto. El hecho de que venga recogido en los principios generales da a entender que se trata de una cuestión esencial en el Protocolo de Estado.

Por otra parte, el artículo 6, a la hora de hablar de la presidencia de los actos nacionales establece que ésta corresponderá en primer lugar al «Jefe del Estado, o su representante expresamente designado». Abunda aún más este documento legal –ya derogado–, en su artículo 7, en que la presidencia de los actos provinciales corresponderá al Gobernador Civil «en nombre del Gobierno», lo que sustenta claramente un matiz de representación. También recoge dicho artículo que cuando asista un representante expreso del Jefe del Estado será aquél quien los presida.

La expresión que utiliza el Reglamento de 1968, *legalmente*, resulta confusa, pues ¿qué se puede entender como legal? Evidentemente, algo que no contravenga la norma o que sea de mera aplicación de la misma. Pero la normativa existente durante la vigencia de aquél texto nada había regulado adicionalmente sobre el proceso legal de la representación. Ha de entenderse, en consecuencia, que quizá con el uso de ese término se pretendía dejar claro que debía obedecer a una decisión que requiriese de un soporte documental (por ejemplo un escrito oficial comunicando la delegación de representación) o una orden desde la institución competente al respecto. Una cuestión sobre la que no hemos encontrado estudios o informes al respecto. Pero sí, en cambio, son muchos los casos que hemos hallado de autoridades que representando a otra superior recibía el tratamiento protocolario que le correspondería a su representado. Así, si un ministro enviaba en su nombre a un director general, éste ocupaba la precedencia del titular de la Cartera y lo mismo un concejal con respecto al alcalde.

4. El Real Decreto de 1983

Quince años después el Real Decreto 2099/83 por el que se aprueba el Ordenamiento General de Precedencias en el Estado¹¹, deroga el Reglamento de 1968, y establece en su artículo 9 que «la persona que represente en su

¹¹ La persona que represente en su cargo a una autoridad superior a la de su propio rango no gozará de la precedencia reconocida a la autoridad que representa y ocupará el lugar que le corresponda por su propio rango, salvo que ostente expresamente la representación de Su Majestad el Rey o del Presidente del Gobierno.

cargo a una autoridad superior a la de su propio rango no gozará de la precedencia reconocida a la autoridad que representa y ocupará el lugar que le corresponda por su propio rango, salvo que ostente expresamente la representación de Su Majestad el Rey o del Presidente del Gobierno». Con ello se cierra el paso a cualquier otro tipo de representación que genere derecho al tratamiento protocolario que hubiera de corresponder a su representado. No hay más referencias a la cuestión, por lo que no se contemplan casos o situaciones especiales que en función de los actos o eventos oficiales pudieran prever excepcionalmente un tratamiento diferente o singular.

Ha de entenderse expresamente cuando se hace de «modo expreso»¹² y ahondando en ello la más alta institución competente, la Real Academia Española, define expreso como «claro, patente, especificado» o bien como «correo extraordinario despachado con una noticia o aviso determinado». Hemos consultado decenas de definiciones relacionadas con el término expresamente y todas ellas vienen a coincidir en que es algo que debe quedar claramente manifiesto, bien de palabra o mediante hechos que lo acrediten. Incluso hemos recurrido al diccionario jurídico¹³ que en su artículo 1803, al hablar del consentimiento señala que puede ser expreso o tácito, afirmando que es «expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos».

Trasladado al ámbito de lo institucional, ha de concluirse que la palabra *expresamente* que recoge el RD 2099/83 implica una comunicación oficial por parte del representado ya sea de forma oral, por escrito o cualquier otro medio que deje manifiestamente clara su voluntad de verse representado. Por ejemplo, es ya costumbre aceptada que la alta representación de España en los actos de toma de posesión de presidentes extranjeros a los que se invita, el Gobierno lo apruebe el Consejo de ministros y se publique en el Boletín Oficial del Estado, como ocurrió por ejemplo con la toma de posesión del presidente de la República de Guatemala, siendo ya rey de España, Felipe VI¹⁴.

De conformidad con lo establecido en el artículo 63.1 de la Constitución, a propuesta del Presidente del Gobierno, en la reunión del Consejo de Ministros del día 8 de enero de 2016,

¹² Definición recogida en el Diccionario de la Real Academia Española (23 edición).

¹³ Diccionario jurídico.mx (Art. 1803), URL:
<https://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=942>

¹⁴ Real Decreto 3/2016, de 8 de enero, por el que se confiere a Su Majestad el Rey Don Juan Carlos, la representación de España en los actos de toma de posesión del Presidente de la República de Guatemala. BOE, número 8, de 9 de enero de 2016. Página 1182.

Vengo en designar a Su Majestad el Rey Don Juan Carlos para que represente a España en los actos de toma de posesión del Presidente de la República de Guatemala, que tendrán lugar el día 14 de enero de 2016.

Dado en Madrid, el 8 de enero de 2016.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

MARIANO RAJOY BREY

5. La representación por cargo accidental o en funciones

Pese a que la normativa vigente en la actualidad deja muy claro que únicamente el rey y el presidente del Gobierno tienen la facultad de hacerse representar y que sus representantes conserven la precedencia de aquellos¹⁵, en los últimos años son numerosos los expertos que dan por hecho que una persona que sustituye legalmente a su superior (por ausencia, vacaciones, enfermedad, vacante, etc.) debe ocupar la precedencia que le correspondería al titular. Uno de los máximos especialistas en la materia y personalidad de alto reconocimiento en el estudio del Protocolo Oficial, Vilarrubias (2004; pp 138-139) considera que el artículo 9 del RD 2099/83 supuso una innovación en la materia, pero advierte de los importantes problemas protocolarios que causa por el alcance de su prohibición.

Técnicamente, el planteamiento del legislador es perfecto, pero la realidad de la dinámica administrativa hace conflictiva su aplicación. ¿Cómo debe ser reconocida protocolariamente la precedencia a la persona que, en el ejercicio del cargo, en un acto oficial representa, en virtud de la delegación razonada, a una autoridad superior? Veamos un ejemplo: en un Ayuntamiento de Madrid, el Alcalde está hospitalizado por prescripción médica (documentada en certificado oficial) y, en consecuencia, no puede asistir a los actos propios de su cargo. La Corporación Municipal, en virtud de su propia legislación jurídico-administrativa, acuerda designar al primer Teniente Alcalde como Alcalde accidental, con plenitud de funciones: concederá licencias de obras, suspenderá otras, impondrá multas, cerrará espectáculos por diversas infracciones, publicará un bando con motivo del alistamiento del reemplazo anual y, por supuesto, presidirá los plenos y los actos de la vida local y, en su caso, recibirá, en nombre de la Corporación y de la ciudad, al propio Jefe del Estado.

¿Tiene sentido que esta autoridad, con legitimidad de ejercicio para actuar y decidir en “lo más”, no sea reconocida para “lo menos”, es decir, para representar en un acto oficial a su superior jerárquico (imposibilitado), cuyas atribuciones totales legalmente representa?

¹⁵ No hay referencia alguna a la precedencia específica de los cargos accidentales o en funciones.

Señala el experto que en la práctica ya se viene aplicando la solución de reconocer la representación por delegación «cuando las autoridades que pudieran interponer oposición no lo hacen, conscientes de que un Ayuntamiento no puede estar oficialmente ausente en la presidencia de un acto oficial que tenga lugar en su territorio». Para Vilarrubias este artículo debiera modificarse «para convertir en norma jurídica lo que está en la calle». Aboga abiertamente por reconocer las representaciones cuando estén motivadas exclusivamente por enfermedad, vacante o ausencia oficial del titular y la representación haya sido legitimada por acuerdo plenario de la Corporación y publicada en documento público. De no ser así considera que debiera perder el puesto.

Fuente (2010) da por hecho que en los casos antes referenciados se respeta la precedencia del representado, pues estamos ante una sustitución y, en consecuencia, ante un cargo en funciones:

Quando una autoridad ejerce un cargo en funciones (sustituyendo al titular) y dicha circunstancia se hace mediante resolución escrita, la consideración que en el protocolo se le da es la misma que su titular. Así, si un teniente alcalde es alcalde en funciones porque el auténtico presidente de la corporación municipal se encuentra de vacaciones, ese alcalde en funciones se le ubicará en el puesto reservado al verdadero alcalde. Y lo mismo para los demás casos.

Otra cuestión para ambos autores es el acuerdo tácito de Barcelona al que se hacía referencia al principio de este texto, entre las cuatro principales instituciones de la provincia relativo a que el representante de la institución tenga la misma precedencia que su titular. Algo que consideramos no ajustado ni a norma ni al sentido común ni a la costumbre, tres criterios muy relevantes a la hora de tomar decisiones en materia de precedencias. Los representantes en este caso es obvio que no son los titulares de la institución ni ejercen sus funciones, salvo que realmente estén ejerciendo la suplencia de las competencias o tenga el cargo accidentalmente o en funciones.

Prueba evidente de ello, es la noticia recogida por Blanchar (2017) en el diario El País, que tras aludir al hecho de que la Alcaldesa de Barcelona haya dado a luz a su segundo hijo, escribe:

A partir de ahora, Colau comienza su permiso de maternidad de 16 semanas, un periodo durante el que seguirá ostentando su condición de alcaldesa. No será estrictamente una baja médica, pero el permiso le permitirá dedicar todo el tiempo que sea necesario a cuidar del bebé, especialmente durante las primeras semanas, informa el Ayuntamiento. En varias ocasiones, cuando ha sido preguntada, la alcaldesa ha manifestado que adaptará su actividad pública a las necesidades del cargo y a cómo se encuentre y las necesidades de su familia.

Resulta evidente que la alcaldesa está de baja o con permiso por maternidad, pero anuncia al mismo tiempo que seguirá ostentando la condición de primer edil. Incluso afirma que adaptará su actividad pública a las necesidades del cargo. La pregunta viene ahora: ¿Dónde está la titular de la Alcaldía de Barcelona cuando se le invita a un acto oficial? ¿En su casa o en la persona que le representa? Parece claro que por el comunicado oficial está de permiso pero manteniendo su condición de presidenta de la Corporación Municipal. Quien le sustituye no es un alcalde en funciones, porque tampoco hay una resolución al respecto. Por lo tanto, este caso no entraría entre los supuestos defendidos por Vilarrubias y Fuente. Otra cuestión es que la alcaldesa titular haga una resolución delegando durante su baja todas sus competencias, lo que incluiría entonces la propia representación del ayuntamiento ante la sociedad. Pero no puede darse por bueno el acuerdo tácito de Barcelona, ni tampoco cualquier otra opción que no pase por los supuestos señalados por aquellos expertos. Un ejemplo claro de la representación de la alcaldesa lo encontramos en el protocolo del palco de la final de la Copa del Rey de fútbol de mayo de 2017, donde el representante de la primera edil catalana ocupó el puesto que se le hubiera otorgado a aquella de haber asistido.

Estas reflexiones por cierta analogía podrían extenderse a personalidades de alto reconocimiento social que por no venir contemplados en el Real Decreto de Precedencias vigentes no tienen un protocolo especificado en norma. Aunque ciertamente no es la misma situación que se analiza, existen determinados paralelismos en la argumentación que podría refrendar el reconocimiento protocolario de los representantes legales. Así, Otero (2012;p. 268) defiende que habría que darle lugares destacados a personas que independientemente de su profesión, inteligencia, bienes o méritos individuales son elegidas o designadas para representar a colectivos por quienes están respaldados, como presidentes de organizaciones empresariales o sindicales, líderes espirituales o directivos de asociaciones ciudadanas. En su opinión son poderosos colectivos a tener en cuenta como líderes de opinión o poder. «En ambos casos la comunidad los reconoce como modelos, y no entendería que no recibieran honores ni ocuparan lugares destacados, y las mismas autoridades desean aparecer junto a ellos por legítimos intereses propios y por la notoriedad que representan».

Entiende la experta que el Estado no puede entrar a ordenar estos colectivos y sus representantes, porque en ese caso nos encontraríamos en un sistema totalitario, pero estima que el anfitrión tiene potestad para intercalarlas entre las autoridades reglamentadas, siempre que éstas conserven entre sí el orden establecido. Siguiendo pues esta línea de flexibilización, que es fruto de la mera lógica y el reconocimiento social, parece evidente que un alcalde en

funciones deba ocupar el puesto que le corresponde al primer edil (insistimos, siempre que haya resolución legal en ese sentido).

6. El informe de la abogacía del Estado

Frente a todos estos argumentos, relacionados con la necesidad de extender la representación admitida en protocolo en determinados casos, y no dejarla limitada al rey y al presidente del Gobierno, la Abogacía del Estado, mediante informe realizado por la abogada Ramos (2001), el 19 de diciembre de 2001, echa por tierra desde el punto de vista legal la posibilidad de aumentar los beneficiarios por la representación planteada en el artículo 9 del RD 2099/83. Este informe responde a la consulta formulada sobre el orden de precedencia en actos oficiales que haya de corresponder al vicepresidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cuando, en sustitución del presidente de la misma, asista a actos públicos en los que también concurren autoridades de la Administración General del Estado.

En dicho informe se recoge el dictamen emitido con fecha de 10 de julio de 2001 por el pleno del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha sobre la regulación que de la suplencia del presidente de la Junta de Comunidades, en el caso de ausencia temporal, establece el artículo 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y sus efectos en la aplicación del Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Ordenamiento General de Precedencias del Estado. Dicho Consejo Consultivo concluye en su dictamen:

El Presidente de la Junta cuya titularidad derive de la suplencia producida en virtud de la normativa autonómica ostenta y ejerce las mismas competencias y funciones que el Presidente cuya titularidad derive de su elección por las Cortes.

El Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, fija en sus artículos 10 y 12 respectivamente, el orden de precedencia en los actos oficiales celebrados en la villa de Madrid y en el territorio de las Comunidades Autónomas y señala el que corresponde al Presidente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y en su artículo 9 especifica el puesto que le corresponde al representante del Presidente en dichos actos.

La aplicación de la norma autonómica reguladora de la suplencia del Presidente conlleva que al titular que lo sea en aplicación del orden predeterminado legalmente le corresponda ocupar el orden de precedencia que el Real Decreto 2099/1983 fija para “el Presidente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en sus artículos 10 y 12, sin que resulte de aplicación el artículo 9, por cuanto que con la suplencia no se trata de “representar a una autoridad superior”, sino de que en dichos actos se hace presente el Presidente de la Junta, a través de su efectivo titular y no un mero representante del Presidente que haya sido legalmente sustituido por ausencia.

En cambio la Abogacía del Estado echa abajo esta argumentación al señalar en primer lugar que la ordenación de las precedencias en actos oficiales a los que concurren simultáneamente autoridades estatales y autonómicas es competencia del Estado¹⁶ y que la determinación de la precedencia que corresponde al vicepresidente que sustituye al presidente del Consejo de Gobierno en actos oficiales en los que asisten autoridades estatales junto a las autonómicas, será la establecida por el Real Decreto 2099/1983 y concretamente lo afirmado en su artículo 9, es decir, no puede exigir el puesto de la autoridad que representa.

Por su parte el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha considera que «determinar quién es el presidente y quién es eventualmente su representante son cuestiones ajenas a la normativa estatal reguladora de las precedencias», concluyendo que los términos *suplencia* y *representación* no son coincidentes, pues «el presidente puede hacerse representar aunque no está ausente, y puede atribuir su representación sin estar constreñido por las normas imperativas que regulan la suplencia y el orden de la misma». Por ello, el Consejo considera que al «Presidente suplente le corresponde el mismo lugar en el orden de precedencia que al Presidente cuya titularidad deriva de la elección, y que viene señalado en los artículos 10 y 12 del reglamento estatal».

Contra este argumento, Ramos (2001) recurre al artículo 3 del Código civil que a la hora de buscar interpretaciones estima «que toma prioridad la interpretación literal, sistemático, histórico, social y teológico y finalista». Por ello, defiende que la literalidad es lo expresado textualmente en el artículo 9, sin que haya posibilidad de otra versión. Sobre la interpretación histórica, la abogada del Estado, Ramos, cierra el paso a otros posicionamientos al recurrir al Real Decreto de 1968, que alude a sustitución, mientras que la norma vigente habla de representación. Matiza:

Se modifica el alcance de dicha sustitución o representación, pues la regla del derogado Reglamento, de que el sustituto ocupase la misma precedencia que correspondería al titular sustituido, se invierte en el vigente Real Decreto, de forma que el representante ocupe la precedencia que le corresponde por su propio rango, y no la que correspondería al representado, con las únicas excepciones de que éste sea Su Majestad el Rey o el Presidente del Gobierno.

Para la autora del informe todo se circunscribe a la interpretación que haya de hacerse de los términos representación, sustitución y suplencia. En este

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1985, de 30 de enero, por el que se resuelven dos conflictos de competencia positivos con relación a determinados preceptos del Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, reiterando el criterio anteriormente expresado en la Sentencia de 22 de junio de 1982.

sentido concluye que siendo admisible la distinción conceptual entre suplencia y representación, «dicha distinción no permite excluir la aplicación del artículo 9 del Real Decreto 2099/1983 a supuestos como el que nos ocupan, pues el alcance del término representación es más amplio que el de suplencia». Añade que la encomienda de gestión, la delegación de la firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque si de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén. No obstante, señala que no afecta a lo especificado en el artículo 9 del RD 2099/1983 por cuanto que la suplencia no se trata de representar a una autoridad superior, «sino que en dichos actos se hace presente el presidente de la Junta, a través de su efectivo titular y no un mero representante del presidente que haya sido legalmente sustituido por ausencia». En definitiva afirma que «no hay dos presidentes titulares, uno electo y otro suplente, sino un único Presidente titular, al que el suplente sustituye y representa». Es cierto, que el dictamen de la abogada se refiere siempre a actos de carácter general, y no a los de carácter especial en los que la precedencia, conforme al artículo 6 del Real Decreto 2099/1983, «se determinará por quien los organice, de acuerdo con su normativa específica y, en su caso, con los criterios establecidos en el presente ordenamiento». Es decir, deja la puerta abierta a otra interpretación cuando los actos son organizados por las comunidades autónomas y no participan autoridades del Estado, pero si éstas concurrieran afirma que debe aplicarse textualmente el artículo 9.

A manera de conclusión

Sobre el artículo 9 del RD 2099/83 en su contexto general estamos de acuerdo, porque admitir la representación generalizada desvirtuaría la verdadera condición de autoridad. Pero, con independencia de que posiblemente debiera ampliarse a los más altos representantes de los tres poderes y de la más alta autoridad autonómica, provincial y local, vamos a centrarnos solamente en la cuestión de los presidentes de las comunidades autónomas.

El artículo 152 de la Constitución Española, incluido en el Título VIII, dice textualmente lo siguiente:

En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección

del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.

Equivocadamente a veces se ha querido entender que el presidente de la Comunidad Autónoma es el representante del jefe del Estado en su territorio. Eso no es cierto. Como bien señala el artículo antes citado, el presidente es el representante ordinario de todo el Estado en su comunidad. Es decir, representa al Estado en su marco geográfico, no al rey. Y si es así, ¿cómo es posible que no tenga la facultad de hacerse representar en su tierra a efectos de protocolo como el rey y el presidente del Gobierno en todo el territorio nacional? Es evidente que una autoridad que representa al Estado no sea sólo el primero en la precedencia de entre las autoridades de su demarcación, sino que en su ausencia, quien le represente, debiera gozar de los honores y precedencias del propio presidente.

Hay otro poderoso argumento: no puede haber dos personas al mismo tiempo que representen al Estado en la Comunidad, aunque el titular se encuentre en Australia o de vacaciones. Aquél, mientras lo sea, es el único representante a efectos jurídicos. No obstante, en el contexto protocolario debiera darse otra lectura en casos muy evidentes (flexibilidad en la interpretación). Es cierto que los juristas no entran en la parte “moral”, se ciñen al cumplimiento de la norma, que a nuestro modesto entender debiera ser modificada. Es una cuestión que se reduce al ámbito estrictamente legal y eso a veces choca con la realidad más evidente.

Por pura lógica el rey y el presidente del Gobierno es para el país lo que el presidente de la Comunidad para su autonomía, salvando las lógicas distancias de una mayor valencia de quien actúa en nombre de todo el país frente al que sólo lo hace de un determinado territorio. Pero en la esencia jurídica, en el territorio de la Comunidad, el presidente debiera tener el mismo derecho que el presidente del Gobierno para hacerse representar con todos los honores que le corresponden. Es probable que muchos puedan pensar que la misma teoría debiera aplicarse, por ejemplo, al alcalde en los actos en su municipio. Aunque es probable que muchos municipalistas suscribieran esto, a efectos legales, el alcalde no representa al Estado en su municipio. Son, pues, a nuestro entender dos situaciones muy diferentes, y jurídicamente no se pueden poner en el mismo plano.

Llevémoslo al terreno de la práctica. Si se celebra un acto de carácter general (o especial, es similar) en una Comunidad Autónoma, y el presidente es invitado y no puede acudir por razones de fuerza mayor, la persona que lo represente debiera ocupar el puesto del presidente, porque en ese momento está asumiendo “comunicacionalmente” hablando la figura de quien

representa al Estado. ¿Y es posible que este representante vaya por detrás de otras autoridades de menor rango que el presidente? Por supuesto que jurídicamente hay argumentos a favor y en contra, pero la lógica protocolaria, aquella que trata de asignar a cada cual la precedencia que tiene en función del papel que juega en cada momento¹⁷, nos da una visión diferente. Quizá el empeño de la Abogacía del Estado por diferenciar *representación* y *suplencia* se aleja de la realidad que supone la presencia de la autoridad o quien le sustituye en un evento o acto promovido en su territorio. Y llevados por este argumento, en actos celebrados fuera de su comunidad y en los que estuvieran representadas las comunidades autónomas parece de sentido común que el representante (suplente legal) del presidente debiera ocupar el puesto asignado por el Real Decreto 2099/1983 para aquél, o al menos as continuación de todos los presidentes autonómicos, pero antes que otras autoridades de inferior rango a ellos.

En relación a la representación protocolaria, los profesionales que hemos consultado no ponen en duda, en cambio, que un presidente en funciones, aquél que legalmente suple al titular, le correspondan por derecho los honores y precedencias del presidente en los actos que en tal condición asista. Sin embargo, jurídicamente no es así, y los expertos jurídicos lo ratifican (aunque cada vez hay más voces disonantes al respecto), salvo que se modifique el citado artículo 9.

La abogacía del Estado, como puede verse en el informe elaborado al respecto en 2001 sobre el Alcance de las suplencias del Presidente de la Comunidad Autónoma en actos oficiales, a los efectos previstos en el Real Decreto 2099/83, de 4 de agosto, sobre la Ordenación General de Precedencias del Estado, en su conclusión segunda, tras una ardua argumentación jurídica, establece: «Por aplicación del artículo 9 del Real Decreto 2099/1983, el Vicepresidente que sustituya al Presidente de la Junta en actos oficiales a los que también asistan autoridades estatales ocupará la precedencia que le corresponda por su propio rango, y no la de la autoridad que representa, esto es, la del Presidente de la Junta». Y confirma su veredicto en la conclusión tercera: «La aplicación de los criterios de interpretación admisible en nuestro derecho no desvirtúa la conclusión anterior, ni permite excluir la aplicación del artículo 9 del Real Decreto

¹⁷ El artículo 1º, del Título Preliminar, del Real Decreto 2099/1983, deja claro que la reserva de precedencia se hace en razón de los cargos y entes públicos en los actos oficiales, quedando el alcance de sus normas limitado a dicho ámbito, «sin que su determinación confiera por sí honor o jerarquía, ni implique, fuera de él, modificación del propio rango, competencia o funciones reconocidas o atribuidas por la Ley».

2099/1983 a los casos de suplencia del titular, siendo el término ‘representación’ más amplio que el de ‘suplencia’».

Sin embargo, la Abogacía del Estado es más *laxa* cuando se trata de actos de carácter especial (que son la mayoría), al señalar en su conclusión cuarta que «el alcance de las conclusiones anteriores podrían verse modificado en caso de actos oficiales de carácter especial, en cuyo caso, conforme al artículo 6 del Real Decreto 2099/1983, para la ordenación de las precedencias serían de aplicación preferente respecto del Real Decreto 2099/1983 las normas específicas de la institución, organismo o autoridad organizadora del acto».

Deja claro en su primera conclusión que «el Estado tiene competencia para ordenar las precedencias en los actos oficiales en los que concurren autoridades estatales y autonómicas, en la actualidad conforme al Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, teniendo las Comunidades Autónomas competencia exclusiva para ordenar las precedencias en los actos oficiales a los que asistan autoridades autonómicas y no concurren autoridades estatales». Por tanto, aunque haya normativas autonómicas de precedencias, si concurren a un acto oficial autoridades contempladas en el RD 2099/83, prevalecerá el criterio de éste frente a aquellas.

Sin embargo, aunque no lo señala claramente, parece deducirse de esta primera conclusión que se trata solo de los actos de carácter general y con asistencia de autoridades del Estado, pues en la cuarta y última conclusión “rompe la baraja” al referirse a los actos de carácter especial: «El alcance de las conclusiones anteriores podrían verse modificado en caso de actos oficiales de carácter especial, en cuyo caso, conforme al artículo 6 del Real Decreto 2099/1983, para la ordenación de las precedencias serían de aplicación preferente respecto del Real Decreto 2099/1983 las normas específicas de la institución, organismo o autoridad organizadora del acto».

En la cuestión de la representación protocolaria la mayoría de los juristas –y podríamos citar muchos más casos- no consideran que un presidente en funciones (no nos referimos al presidente que entra en funciones por convocatoria de elecciones, sino al que lo sustituye o suple legalmente durante un determinado espacio de tiempo) pueda asumir la precedencia de presidente porque solo le sustituye en la función, pero no en la representación. Qué representación no es lo mismo que suplencia, es obvio, pero a efectos de protocolo debiera de interpretarse de otra manera. Conviene señalar que si la representación y la suplencia no es lo mismo, ¿por qué se admite la representación protocolaria para el Presidente del Gobierno cuando está de vacaciones o en viaje oficial al extranjero o cuando designa a alguien aun cuando permanezca en su despacho de La Moncloa? Decisiones

claramente políticas, pero que quizá debieran extenderse a alguna otra autoridad por el mismo criterio.

Desde el punto de vista protocolario, la realidad en España demuestra que cuando un cargo ejerce de presidente autonómico en funciones (es decir, legalmente le suple por vacante, enfermedad, etc.) casi nadie discute que tendrá los honores y precedencia que le corresponde al representante ordinario del Estado en la Comunidad. Ni tan siquiera lo discute la dirección general de protocolo de la Casa de Su Majestad el Rey, ni la dirección general de protocolo de la Presidencia del Gobierno¹⁸ ni los responsables de protocolo del resto de las altas instituciones del Estado, como puede deducirse de las muchas casuísticas analizadas por el autor, y cuyo ítem de referencia es el caso catalán.

En cualquier caso, puede concluirse que el presidente de la comunidad autónoma, debiera incluirse en la excepcionalidad del artículo 9 del RD 2099/83 en los actos que se celebren en su propia comunidad (y en los actos de carácter general que se celebren en la Villa de Madrid). De hecho, varias normativas autonómicas de protocolo ya contemplan esta circunstancia, pero solo se puede aplicar –conforme a la legislación actual– en actos que organice el propio gobierno regional o instituciones de ella dependiente, tal y como señala el artículo 6 del Real Decreto. ¿Alguien podría entender que el rey de España convocara a los presidentes autonómicos a una reunión del máximo nivel y por enfermedad (por ejemplo) de uno de ellos, no se admitiera protocolariamente a quien oficialmente le suple? Los textos legales deben interpretarse también, en los tiempos de la globalización, con un sentido comunicacional cuando se habla de actos o eventos, en los que lo único que se pretende es que cada institución esté en el lugar que le corresponde si acudiera su titular o, por razones de fuerza mayor, la persona que le representa.

Por todo ello, entendemos que debe revisarse el artículo 9 del Real Decreto 2099/1983 al objeto de actualizar una norma que requiere hacer extensible la excepcionalidad protocolaria a quien asume la más alta representación del Estado en la comunidad autónoma y a la propia comunidad en el contexto general del país.

Fuentes de consulta

Blanchar, C. (2017). Ada Colau da a luz a su segundo hijo, Gael. La

¹⁸ El Director General de Protocolo de la Presidencia del Gobierno tiene conferidas las competencias de Protocolo del Estado y a él incumbe interpretar aquellos aspectos que pudieran surgir de la aplicación del Real Decreto 2099/83.

alcaldesa de Barcelona comienza su permiso de maternidad de 16 semanas, periodo durante el que seguirá ostentando su condición de primer edil. *Elpais.com* (26 abril 2017), URL: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2017/04/26/catalunya/1493199420_948231.html

- Criado de Diego, M. (2007). *Representación, Estado y Democracia*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Fernández Vázquez, J.J. (2012). Antecedentes históricos del protocolo y su influencia a través de la historia en los Estados, en la sociedad política en España y en Europa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLV. pp. 737-754.
- Fuente, C. (2010). *Protocolo Oficial. Las instituciones españolas del Estado y su ceremonial*. Oviedo: Eds. Protocolo (5ª ed.). p. 115. – (2017). La representación protocolaria de los presidentes autonómicos. *carlosfuente.es* (19 mayo 2017), URL: <http://carlosfuente.es/2017/05/la-representacion-protocolaria-los-presidentes-autonomicos/>
- García Guitián, E. (2004). “El significado de la representación política”, en R. Del Águila Tejerina (coord.). *La representación en el Derecho* (pp. 109-120). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 8. - (2001). Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, enero-marzo, pp. 215-226.
- Garrorena, Á. (1991). *Representación política y Constitución democrática*. Madrid, Cívitas
- Laporta, F. (1989). Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate. *Doxa*, núm. 6, pp. 121-141.
- Lifante, I. (2009). Sobre el concepto de la representación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, 32, 497-524.
- Massa, P.M. (1908). *Monitorio áulico de etiquetas, tratamientos y dignidades*. Madrid: s.n. p. 74.
- Otero, M.T. (2009). *Protocolo y Organización de Eventos*. Barcelona: Ed. UOC. p. 96-97. – (2012). Modelo de variables en la organización de eventos: una aportación a la aplicación de las normativas de protocolo y precedencias en las relaciones públicas organizacionales. *Libro de Actas VII Congreso Internacional de Investigación en Relaciones*

- Públicas*. Facultad de Comunicación de la Universidad de Sevilla.
- Pitkin, H. F. (1985). *El concepto de la representación*, trad. R. Montoro Romero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (original en inglés de 1967).
- Ramos, R. (2001). Régimen de suplencia de autoridades en actos oficiales. Ordenación general de precedencias del Estado. *Anales de la Abogacía del Estado*. Número 2001, Enero 2003. pp. 258-269.
- Rubio, A. (2015). Presentación de Cartas Credenciales: detrás del escenario. *TheDiplomatInSpain.com*. 7 de enero de 2015. URL: <http://thediplomatinspain.com/presentacion-de-cartas-credenciales-lo-que-hay-detras-de-la-escena/>
- Sánchez, D.M.; Gómez, M; Pérez, R. (2015). *Historia del Ceremonial y del Protocolo*. Madrid: Síntesis. pp. 157-170.
- Sánchez-Bayón, A. (2013). *Concordia Constitucional*, Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2015). *Derecho Constitucional*, Madrid: Ed. Roble.
- Sánchez-Bayón, A. (2016). *Derecho Público General: Instituciones Públicas y Actores Sociales*, Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2017). *Lecturas fundamentales de Derecho Político y Constitucional*, Porto: Ed. Síndéresis.
- Sánchez-Bayón, A. (2019). *Sociología del poder. Relaciones institucionales en el Sector Público y con actores sociales*, Porto: Ed. Síndéresis.
- Sánchez-Bayón, A., et al. (2017). *¿Ocaso estatal y de sus relaciones institucionales y protocolarias?* Porto: Ed. Síndéresis.
- Sánchez-Bayón, A., Fuente, C. (2017). “Del Poder y lo Sagrado en Occidente: Velos y Falsificaciones (arte crítico y comparado aplicado a sus principales textos político-jurídicos y protocolarios)” (p. 265-312), en Díaz, J., Escanero, P.: *El texto de arte. Instrucciones de uso*, Porto: Ed. Síndéresis.
- Sánchez-Bayón, A., Valero, J. (2019). “Bilancio della didattica giuridica attraverso i suoi circa duemila anni: di Gayo allo studio de caso di Langdell” (p. 161-192), en Mulè, P.: *Didattica generale e didattica disciplinare tra epistemologie e linee programmatiche di intervento. Il dibattito in Italia e in Spagna*, Lecce/Rovato: Pensa Multimedia.
- Sartori, G. (1999). En defensa de la representación política. *Claves*. Num.

91. pp. 2-6.

Vilarrubias, F (2004). *Tratado de Protocolo (Reino de España, organismos internacionales, corporaciones e instituciones públicas y privadas)*. Oviedo: Ediciones Nobel. pp. 138-139.

**Nacionalidade:
resposta constitucional para os refugiados e apátridas^(*)**

**Nationality:
constitutional response for refugees and stateless persons**

**Nacionalidad:
respuesta constitucional para los refugiados y los apátridas**

**Larissa Alves Criste¹
Marcelo Fernando Quiroga Obregón²**

Sumário: Introdução. 1. Refúgio. 2. Apatridia. 3. As propostas de soluções duradouras. 4. O direito à nacionalidade no Brasil. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo busca verificar a possibilidade de concessão de nacionalidade brasileira, por meio da naturalização, para refugiados e apátridas. Isto porque, essas situações, quando se perduram ao longo do tempo, o indivíduo pode continuar a sofrer graves violações de direitos. Com isso, este artigo tem

(*) Recibido: 27/03/2019 | Aceptado: 12/10/2019 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
larissacriste@gmail.com

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

como objetivo contribuir com o estudo de soluções duradouras para os refugiados e apátridas. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e análise de dados, tendo como método o dedutivo, a fim de averiguar a viabilidade de atribuir nacionalidade brasileira, por meio da naturalização, como forma de solução durável para esses grupos de indivíduos. Na construção da temática, serviram como referenciais teóricos autores como Maria Glória Dittrich e Antonio Moreira Maués.

Palavras-chave: refúgio, apatridia, nacionalidade.

Abstract: This article seeks to verify the possibility of granting Brazilian nationality, through naturalization, for refugees and stateless persons. This is because these situations, when they endure over time, the individual may continue to suffer serious violations of rights. With this, this article aims to contribute to the study of durable solutions for refugees and stateless persons. To that end, bibliographic research and data analysis were used, using the deductive method, in order to investigate the feasibility of assigning Brazilian nationality, through naturalization, as a durable solution for these groups of individuals. In the construction of the theme, authors such as Maria Glória Dittrich and Antonio Moreira Maués served as teroric references.

Key words: refuge, statelessness, nationality.

Resumen: Este artículo busca verificar la posibilidad de otorgar la nacionalidad brasileña, a través de la naturalización, a los refugiados y apátridas. Esto se debe a que estas situaciones, cuando perduran a lo largo del tiempo, el individuo puede seguir sufriendo graves violaciones de sus derechos. Con ello, este artículo pretende contribuir al estudio de soluciones duraderas para los refugiados y los apátridas. Con ese fin, se utilizaron la investigación bibliográfica y el análisis de datos, empleando el método deductivo para investigar la viabilidad de asignar la nacionalidad brasileña, mediante la naturalización, como solución duradera para esos grupos de personas. En la construcción del tema, autores como Maria Glória Dittrich y Antonio Moreira Maués sirvieron como referencias teóricas.

Palabras clave: refugio, apátrida, nacionalidad.

Introdução

As mais diversas formas de conflitos que se espalham pelo mundo muitas vezes forçam as pessoas a saírem de seus Estados de origem para procurar refúgio. Esse deslocamento se dá pelas violações de direitos fundamentais, impossibilitando que as pessoas vivam dignamente.

Além dos refugiados, situações diversas geram a apatridia. Isso ocorre quando uma pessoa não possui nacionalidade, ou seja, fica desvinculada de um Estado. Tal situação, também, pode gerar prejuízos ao ser humano, já que o apátrida não contará com o aparato estatal como apoio para seu desenvolvimento.

Essas duas situações tem se mostrado cada vez mais recorrentes. Tanto o número de refugiados quanto o número de apátridas tem alarmado os organismos internacionais. Dessa forma, o debate sobre soluções para essas problemáticas tem ganhado espaço no cenário mundial.

Com isso, o presente artigo busca analisar possibilidades de soluções para os casos de apatridia, bem como para os refugiados, tendo como foco a possibilidade de atribuição de nacionalidade brasileira, por meio da naturalização, para ambos os grupos. Com a finalidade de contribuir na busca por soluções para apátridas e refugiados, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, seguida de uma análise de acontecimentos e dados que são usados para fundamentar este estudo.

Desse modo, a fim de consolidar o estudo ao qual se propõe o presente artigo, no primeiro tópico será feita uma abordagem explicativa no que concerne à temática do refúgio e, no mesmo sentido, no segundo tópico, será aprofundado o tema da apatridia. Conforme já explanado, o estudo se dá com base em pesquisas bibliográficas e, no momento inicial será realizada uma consulta diagnóstica com base no que consistem ambos institutos para o Direito.

Posteriormente, será demonstrada a importância e necessidade de se buscar soluções duradouras para solucionar a problemática envolvendo as situações de apatridia e refúgio, proporcionando a estes indivíduos uma possibilidade de vida digna. Uma das medidas a serem apresentadas trata da possibilidade de concessão de nacionalidade brasileira aos refugiados e apátridas, é o que se pretende analisar, bem como questionar a viabilidade da proposta no presente estudo.

1. Refúgio

Almeida (2001, p. 98) descreve a situação do refugiado, ao declarar que essa situação acontece quando “[...] uma pessoa deixa seu próprio país por estar tendo, ou na iminência de ter, seus direitos humanos violados, e passa a integrar, como cidadão, a ordem jurídica de outro país, que lhe garante proteção”.

Assim, entende-se que o refugiado se insere em uma situação de constante perseguição, seja em razão de sua própria nacionalidade, sua identidade enquanto indivíduo, sua crença, sua raça, cor, opinião política, situação essa que o faz abandonar seu país de origem, para buscar uma vida que possa ser considerada como digna.

É possível afirmar, portanto, que o refugiado se veja diante de uma situação na qual tem seus direitos fundamentais negados, em razão das circunstâncias nas quais se encontra. E neste mesmo sentido corrobora Flávia Piovesan:

[...] os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos. Todos os refugiados têm sua própria história – uma história de repressão e abusos, de temor e medo. Há que se ver em cada um dos homens, mulheres e crianças que buscam refúgio o fracasso da proteção dos direitos humanos em algum lugar. (PIOVESAN, 2012, p. 230)

Em síntese, refugiado é aquele que tem seus direitos fundamentais violados ou ameaçados no Estado onde reside. Por isso, busca proteção em outro Estado que possa oferecer-lhe refúgio. É importante salientar que o refúgio tem caráter temporário, ou seja, é prejudicial para o indivíduo passar toda a vida na situação de refugiado.

O direito do refugiado é o instrumento que possibilita a realização do refúgio. Ao perceber a necessidade de se mudar para outro país em busca de proteção, a pessoa pode recorrer ao direito do refugiado para se respaldar durante todo esse processo.

Portanto, há tratamento legal para o refugiado, tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito internacional. No Brasil, além da Constituição da República Federativa Brasileira, o refúgio é regido pela Lei 9.474, de 1997. Internacionalmente, há a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, que foi complementada pelo Protocolo de 1967.

A legislação brasileira que versa sobre os refugiados “estabelece o procedimento para a determinação, a cessação e a perda da condição de refugiado, os direitos e os deveres do solicitante de refúgio e refugiados e as soluções duradouras para aquela população” (ACNUR, 2014, p. 8). O Brasil, além de possuir lei interna dispendo acerca do direito dos refugiados, aderiu às legislações internacionais no tocante a esse tema.

A adesão do Brasil às legislações internacionais, que versam sobre Direitos Humanos, se funda no artigo 4º da Constituição brasileira:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL, 1998, p. 9, grifo nosso)

Com fundamento na Carta Magna, tendo em vista a prevalência dos direitos humanos e a cooperação para com os povos da terra, o Brasil recebe as convenções internacionais que versam sobre Direitos Humanos, como o Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967.

Importante destacar que ACNUR é o denominado Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. É um órgão das Nações Unidas, instituído em meados de 1950 e possui como principal função a busca incessante por fornecer apoio e proteção aqueles que se encontram em situação de refúgio.

Ademais, merece destaque também o órgão brasileiro, do Ministério da Justiça, o CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados. Este órgão está encarregado de definir a política brasileira atinente ao refúgio e, em especial, analisar os pedidos de refúgio recebidos pelo Brasil.

Nesse tocante, a Convenção das Nações Unidas sobre Estatuto dos Refugiados de 1951, gerida pela Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu normas básicas de abrangência internacional sobre os refugiados. Essa Convenção não tem caráter limitador, cada Estado tem a liberdade de disciplinar sobre tal matéria, o objetivo é apenas de determinar normas essenciais sobre os direitos do refugiado, em que cada Estado deve se pautar sem objeção.

Entre essas normas, encontra-se a definição do termo “refugiado” e o estabelecimento do princípio de *non-refoulement* (não devolução). O princípio citado, é basilar do direito dos refugiados, nele se funda a não expulsão ou a não devolução de um refugiado, sem seu consentimento, para um território onde ele possa ter seus direitos fundamentais violados novamente.

No decorrer do tempo, a Convenção de 1951 passa a não comportar situações novas que aparecem referentes ao refúgio, já que as previsões da Convenção de 1951 eram restritas ao tempo. Assim, um Protocolo foi assinado em 1967, dando extensão ilimitada de tempo e de espaço geográfico para as previsões da Convenção de 1951 que estavam defasadas. Os Estados que aderem a Convenção de 1951 e/ou o Protocolo aceitam cooperar com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

O ACNUR³ é a frente da ONU que lida especificamente com a proteção internacional dos refugiados. Os objetivos do ACNUR é garantir os direitos e o bem-estar dos refugiados e buscar soluções duradoras para seus problemas. O ACNUR desenvolve seu trabalho juntamente com governos, organizações regionais e internacionais e organizações não-governamentais (ONG's). Além dos refugiados, é de competência do ACNUR as questões relativas aos apátridas.

Atualmente, os conflitos no Oriente Médio são responsáveis pela maior parte do cenário de refugiados no mundo. Inúmeras pessoas na Síria são obrigadas a deixarem seus domicílios em busca de um local seguro, onde possam viver uma vida em condições dignas.

O número de refugiados Sírios chega a quase cinco milhões (UNHCR, 2016), sendo uma das maiores emergências humanitárias dessa era (BBC, 2014). No Brasil, o número de sírios refugiados chega a 2.298, sendo o maior grupo que se refugia no Brasil (ACNUR, 2016).

O Brasil possui 8.863 refugiados reconhecidos (ACNUR, 2016). O número aumenta de forma considerável quando se analisa o número de solicitações de refúgio, em 2015 foram mais de 28 mil solicitações de refúgio, um aumento de mais de 2.868% entre 2010 e 2015 (ACNUR, 2016).

O refúgio é extremamente necessário para a fuga dessas pessoas das violações de direitos básicos em seu país de origem, entretanto, esse fluxo migratório não se dá de maneira simples, ocasionando certas adversidades para os países que recebem esse grande contingente de pessoas.

³ Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

Os países europeus tem registrado aumento descontrolado no número de refugiados no continente. Isso gera uma série de consequências (AGÊNCIA BRASIL, 2015), a exemplo de países que passam a recusar o recebimento de refugiados por falta de estrutura, pessoas que morrem buscando refúgio, entre outras situações.

Assim, fica evidenciado que o refúgio se demonstra de suma importância para aqueles que têm seus direitos fundamentais violados em seu Estado de origem. E, ainda, além dos refugiados, existem os apátridas, que também sofrem graves violações de direitos semelhantes aos refugiados, e que passarão a ser objeto de análise no tópico que segue.

2. Apatridia

A apatridia ocorre quando uma pessoa, por uma série de razões diversas, não possui, ou deixa de possuir nacionalidade. Conforme elucida José Afonso da Silva:

Hematos (expressão alemã que significa *sem pátria, apátrida*) é também um feito possível da diversidade de critérios adotados pelo Estados na atribuição da nacionalidade. Consiste na situação da pessoa que, dada a circunstância de nascimento, não se vincula a nenhum daqueles critérios, que lhe determinariam uma nacionalidade. Trata-se, pois, de situação inversa daquela outra, porquanto aqui o fato nascimento ocorreu em circunstância tal que a pessoa não adquire nacionalidade alguma. (SILVA, 2005, p. 322)

E, ainda, a fim de consolidar a significação do termo, em sua cartilha informativa sobre a apatridia, o ACNUR esclarece que os apátridas são:

[...] todos os homens e mulheres (incluindo idosos, jovens e crianças) que não possuem vínculo de nacionalidade com qualquer Estado, seja porque a legislação interna não os reconhece como nacional, seja porque não há um consenso sobre qual Estado deve reconhecer a cidadania dessas pessoas. (ACNUR, 2012)

Por tais análises é possível observar que a apatridia está estritamente ligada a ideia de nacionalidade, vez que essa deixa de ser adquirida pelo indivíduo em razão das circunstâncias do nascimento, conforme explanado acima. Ou seja, há alguma legislação do próprio Estado que determina que a pessoa nascida naquelas circunstâncias não poderá gozar da nacionalidade.

O artigo 15º da Carta Universal dos Direitos Humanos estabelece que todo indivíduo tem direito a uma nacionalidade e, além disso, havendo o direito a nacionalidade, há também o direito de mudar de nacionalidade, e ambos devem ser respeitados, de modo a se evitar arbitrariedades, proibindo de modo expresso que os indivíduos sejam privados desses direitos (ONU, 1942).

No mesmo sentido, o artigo 20º do Pacto de San José da Costa Rica também trata da temática de nacionalidade.

Artigo 20º - Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la. (OEA, 1969)

Nesse diapasão, o ACNUR [s. d.] esclarece que a nacionalidade nada mais é do que o elo legal entre determinado Estado e o próprio indivíduo, razão pela qual a apatridia, por consequência, significaria que o indivíduo não é considerado como nacional de Estado algum.

Isto posto, a nacionalidade de um indivíduo é reconhecida como um direito fundamental, todo indivíduo tem o direito essencial de estar vinculado com algum Estado. É por intermédio da nacionalidade que os Estados estarão sujeitos a proporcionarem uma gama de outros direitos fundamentais aos seus nacionais. Isto é, não estar vinculado a um país pode gerar consequências graves para a vida do ser humano (RODRIGUES e FERNANDES, 2012, p. 03-07).

Considerando a importância desse dois temas, a apatridia e a nacionalidade, foi aprovada em 1954 a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, dispendo em âmbito internacional sobre questões atinentes a esse assunto.

O Brasil é um dos países signatários dessa Convenção e sua promulgação se deu por intermédio do Decreto Federal nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Isto ocorreu com os mesmos fundamentos da adesão do Brasil às legislações internacionais sobre o refúgio, ou seja, se funda na prevalência dos direitos humanos e na cooperação do Brasil para com os povos da terra, previsto nos incisos II e IX do artigo 4º da Constituição Federal.

O artigo 1º do Estatuto dos apátridas traz a seguinte definição: “Para efeitos da presente Convenção, o termo apátrida designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional” (ONU, 1954).

A doutrina diferencia duas hipóteses distintas que podem ocasionar a apatridia. A primeira é apatridia *de jure*, que acontece quando o indivíduo não é, e nunca foi considerado um nacional por nenhum Estado (FLORES, 2012, p. 3). Neste tipo de apatridia a pessoa nunca em sua vida recebeu a nacionalidade de algum país, de modo que, desde o seu nascimento ela se encontra na situação de apátrida.

A segunda é a apatridia *de facto*, que ocorre nos casos em que o indivíduo possui uma nacionalidade, mas esta acaba sendo-lhe retirada pelo próprio Estado. Também é considerado apatridia o caso em que a pessoa é considerada nacional, mas o país acaba privando-a de direitos inerentes à sua nacionalidade, a exemplo dos direitos políticos (FLORES, 2012, p.4)

A estimativa é de que existem aproximadamente 12 milhões de apátridas no mundo (ACNUR, 2012). Ainda assim, esse número pode ser muito maior, considerado que a contagem desse grupo de pessoas é extremamente dificultoso, dada as circunstâncias em que se encontram.

Tendo noção da seriedade da apatridia e do refúgio, é imprescindível que se trabalhe incansavelmente a fim de encontrar soluções viáveis e duradouras para essas conjunturas. Com isso, o ACNUR, conjuntamente com a Comunidade Internacional, tem buscado meios para resolver essas situações.

3. As propostas de soluções duradouras

Tendo em vista a problemática do cenário envolvendo refugiados e apátridas apresentada, os organismos internacionais apontam para políticas e possíveis soluções duradouras para acabar com essas situações. Razão pela qual, em 1961 foi criada a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia que:

[...] estabelece regras para a concessão ou não-privação da nacionalidade apenas quando a pessoa em questão for deixada na condição de apátrida. Em outras palavras, as disposições da Convenção de 1961 oferecem salvaguardas cuidadosamente detalhadas contra a apatridia, que devem ser implementadas por meio da legislação sobre nacionalidade do Estado, sem especificar quaisquer outros parâmetros dessa lei. Além dessas poucas e simples salvaguardas, os Estados são livres para elaborar o conteúdo das suas legislações sobre nacionalidade. No entanto, essas regras devem ser coerentes com outros padrões internacionais relativos à nacionalidade. (ACNUR, 2010)

O Brasil é signatário dessa Convenção, e sua promulgação se deu pelo Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2011, razão pela qual fica vinculado a seguir os parâmetros elencados por esta Convenção, que tem como objetivo a diminuição do número de apátridas.

Esses parâmetros não impõem quais os mecanismos que serviriam como meio de atribuição de nacionalidade que devem ser adotados pelo país, mas dispõem acerca das medidas a serem implementadas a fim de que a apatridia não ocorra, tudo isso independente da forma de doutrina adotada pelo país, sendo ela *jus solis* ou *jus jus sanguinis*. Ou seja, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia passa a reconhecer não só a legitimidade do local de nascimento, como também a legitimidade do local de descendência para aquisição da nacionalidade.

Conforme mencionado, a Convenção de 1961 estipula medidas para reduzir os casos de apatridia. As primeiras medidas são direcionadas a reduzir os casos de apatridia entre as crianças. Já as demais medidas são voltadas a evitar a apatridia devido à perda ou à renúncia da nacionalidade; há também a previsão de medidas que evitem a apatridia em razão da privação da nacionalidade; e, por fim, as medidas que visam impedir a apatridia no contexto da sucessão de Estados (ACNUR, 2010, p. 4-5).

No que tange aos refugiados, o ACNUR, com a finalidade de assegurar os direitos a eles atinentes, tem por alvo final buscar soluções duradoras neste cenário, a fim de que esses indivíduos possam reconstituir suas vidas com dignidade.

Essas soluções duradoras são composta por três possibilidades: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento. Contudo, apesar de não existir, oficialmente, hierarquia entre essas três possibilidades, a repatriação voluntária tem posição preferencial, já que se tem como pressuposto primário um cenário em que todo refugiado desejaria voltar para sua terra natal (CANDIDO, 2014, p. 22).

Há que se destacar que as pessoas que se encontram em situação de refúgio ou apatridia não são, nem devem ser consideradas um estorvo, um peso, ou um transtorno para o país. Trata-se de uma situação extremamente delicada, na qual o indivíduo se vê diante de um cenário problemático, vendo serem cerceados diversos direitos os quais lhe são inerentes.

Antes de ser uma questão de Direito, é também uma relação pessoal, do próprio indivíduo com a situação pela qual está sendo acometido. Por tais razões, é provável que caso o refugiado não estivesse inserido em um cenário de violações de direitos, seu maior desejo seria retornar a sua própria terra, às suas origens, então é necessário que se encare a recepção dos refugiados de forma responsável e solidária.

Dessarte, conforme elencado anteriormente, a primeira possibilidade de solução duradoura seria a repatriação voluntária, que consiste na volta do refugiado para seu país de origem, depois da declaração de que os motivos que fizeram o indivíduo sair do país cessaram, para que assim possa ocorrer uma volta segura para o seu país originário (ACNUR, 2016, p. 15). Esse movimento é extremamente importante e complexo, pois é composto por elementos como a reconciliação do refugiado com o seu país, e também a reconstrução das instituições garantidoras de direitos.

Já o reassentamento, ocorre quando o refugiado não pode voltar para o seu país natal, mas também não pode continuar no país em quem buscou refúgio, sendo então “transferido” para um terceiro país. Para que isso ocorra, é

necessário que o outro país esteja de acordo com o reassentamento, por isso essa solução se funda na divisão de responsabilidades e na solidariedade internacional (CANDIDO, 2014, p. 23).

Trata-se, portanto, de uma proposta de solução globalizada, que deve ser enxergada de forma consciente. Reconhecer a situação de refúgio é fundamental e é o primeiro passo. Garantir o direito à própria hospitalidade traduz-se em um gesto humanitário, frente a seres humanos que necessitam ter qualidade de vida.

Por fim, a integração local compreende a plena integração do refugiado no país em que ele buscou refúgio, essa plena integração ocorre não só em âmbito legal, mas também social e econômico. Ou seja, trata-se de realmente inserir aquela pessoa em um novo Estado, em uma nova sociedade, em uma nova vida.

Pela integração econômica o refugiado deve ser capaz de obter meios de subsistência e autossuficiência participando ativamente na economia local (CANDIDO, 2014, p. 22). Isso se demonstra de extrema importância, vez que a integração gera, por consequência, a independência em relação aos programas de assistência humanitária. Trata-se de um processo rigoroso, porém, de uma relevância tremenda até mesmo para a satisfação pessoal da pessoa que passa a ser inserida em um local completamente novo.

Então, há que se destacar que o medo e as instabilidades que permeiam esses grupos devem ser refreados pelo Direito, por meio de uma resposta humanitária, que, por vezes, está ausente na política contemporânea.

Ainda no que tange às formas de integração, o refugiado deve passar a viver em harmonia com a sociedade que lhe ofereceu refúgio (CANDIDO, 2014, p. 23). Essa harmonia significa o desenvolvimento do refugiado sem qualquer temor pela discriminação, intimidação ou abusos por autoridades ou pessoas no país de refúgio.

É relevante mencionar que a integração social não significa a assimilação cultural. Ou seja, não se trata de abandonar a essência de sua origem, abandonar suas crenças, suas percepções políticas, suas convicções religiosas, afinal, se assim fosse, surgiria não uma solução duradoura, mas uma nova perseguição, uma nova prática de supressão e ataque aos seus próprios direitos.

Por fim, a integração legal, que significa que, de forma gradativa, aquelas pessoas possam adquirir seus direitos e garantias no país que os acolheu. Com essa integração o refugiado passa gozar novamente de seus direitos e assumir deveres de um cidadão daquele Estado. Esse é um processo que poderia resultar na aquisição da residência permanente ou, em última

instância, na aquisição da cidadania no país que lhe concedera a hospitalidade (CANDIDO, 2014, p. 22).

Com isso, é possível observar que as soluções que se demonstram, de fato, duradouras, sempre estarão relacionadas a algo que vai além da hospitalidade, é necessário analisar que se está diante de outra forma de vida, alguém que, por ter visto seus direitos sendo negados, por vezes violados, precisará de hospitalidade, faz-se necessário reconhecer a situação e reconhecer que se trata de outro ser humano.

Pelas propostas de soluções apresentadas, tanto para a apatridia, quanto para o refúgio, é possível vislumbrar pontos em comum entre as respostas para ambas problemáticas. Um deles é a nacionalização como forma de solução duradoura, razão pela qual se demonstra imprescindível a verificação do modo como o Ordenamento Jurídico Brasileiro dispõe acerca da nacionalidade.

4. O direito à nacionalidade no Brasil

Conforme se extrai do que fora discutido até o presente momento, a nacionalidade é posta como um dos Direitos Fundamentais dos seres humanos, já que é por meio dela que um país estará obrigado a garantir os outros Direitos Fundamentais.

Para Gilmar Mendes (2009, p. 765), a nacionalidade se traduz em um vínculo político e pessoal, que é estabelecido entre o Estado e o próprio indivíduo, fazendo com que ele passe a integrar uma comunidade política, razão pela qual este Estado fará distinção entre aqueles que são nacionais e os que são estrangeiros para diversas finalidades.

Tendo firmada a nacionalidade, o indivíduo passa a fazer parte do povo daquele Estado, consagrando não só os seus direitos, mas também deveres (BULOS, 2014, p. 839). Ou seja, não se trata de um favor prestado, mas sim de uma relação humanitária a ser cumprida, onde os sujeitos passam a adquirir não só seus direitos, mas também se colocam como sujeitos responsáveis para cumprir os deveres impostos pelo ordenamento.

No Brasil, a nacionalidade recebe um capítulo específico na Constituição, o terceiro, em especial o artigo 12º. A constitucionalização da nacionalidade como um direito fundamental gera diversos efeitos jurídicos e implicações legais.

Para Antonio Moreira Maués (2013, p. 1385) a primeira implicação é a atribuição de caráter de cláusulas pétreas às hipóteses de aquisição de nacionalidade, assim, uma emenda à Constituição não poderia suspender quaisquer das hipóteses. O segundo efeito diz respeito a interpretação. Por se tratar de um direito fundamental e gozar do status de cláusula pétrea, a

interpretação das normas referentes a nacionalidade necessariamente deve ser extensiva, já que a restrição da nacionalidade implica na limitação da titularidade de outros direitos fundamentais.

Por fim, o terceiro efeito, ainda segundo o autor, é de que no momento em que se declara o direito à nacionalidade como sendo fundamental, torna-se imperioso reconhecer o status constitucional também das normas referentes a esse tema, que constam nos tratados internacionais que tenham sido ratificados pelo Brasil.

Além disso, a Constituição traz duas hipóteses de nacionalidade: os brasileiros natos e os naturalizados. A nacionalidade dos brasileiros natos está prevista no inciso I do artigo 14º da Constituição Federal. Brasileiro nato é aquele que nasce na República Federativa do Brasil, afinal, está-se diante de uma nacionalidade originária, adquirida no momento do nascimento.

Com isso o Brasil adota a doutrina *jus solis*, nela a nacionalidade é dada para aqueles que nasceram no território do Estado. A doutrina oposta é a *jus sanguinis*, “[...] segundo o qual a nacionalidade é atribuída ao filho de nacionais” (MAUÉS, 2013, p. 1384).

Em situações específicas, o Brasil adota a doutrina *jus sanguinis*, como acontece na hipótese da alínea “b”, inciso I, do artigo 12 da Constituição.

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

[...]

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

[...] (BRASIL, 1988, p. 13)

A outra hipótese de nacionalidade é naturalização, prevista no inciso II do artigo 12 da Carta Magna. De acordo com essa possibilidade, o indivíduo adquire sua nacionalidade brasileira na forma prevista em lei. A primeira possibilidade que a Constituição Brasileira prevê de naturalização, é para aqueles que são de países de língua portuguesa, residam no Brasil por um ano ininterrupto e que possuam idoneidade moral. Cumpridos tais requisitos, poderão requerer a naturalização.

Os estrangeiros, de qualquer nacionalidade, que residem no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e que não possuam condenação criminal, também poderão solicitar a naturalização. E é justamente por meio dessa última hipótese que os apátridas e refugiados poderão solicitar a naturalização.

Importante frisar que o Brasil possui legislações infraconstitucionais que ampliam esse direito. Isso acontece, por exemplo, na Lei 13.445, de 2017, que, em seu artigo 65, prevê a concessão de naturalização ordinária quando forem preenchidas as seguintes condições: gozar de capacidade civil, possuir residência em território nacional por, no mínimo, quatro anos; comunicar-se em língua portuguesa; e não possuir condenação penal ou estar reabilitado.

Ainda nesses casos, a referida lei, traz em seu artigo 66 a possibilidade de redução do prazo de quatro anos de residência, conforme explanado acima, para no mínimo um ano, em alguns casos, quais sejam: quando o naturalizado tiver filho brasileiro, ou cônjuge ou companheiro brasileiro, do qual não esteja separado legalmente, nem de fato; quando haver prestado ou puder prestar ainda um serviço relevante ao Brasil; ou quando assim for recomendado por sua capacidade profissional, científica ou artística.

Acerca da inserção da sociedade civil neste processo, a obra “Refúgio e Hospitalidade” (2016), organizada por José Antônio Peres Gediél e Gabriel Gualano de Godoy, há um destaque para a multiculturalidade e pesquisas que mostram formas de acolhimento por meio da atuação social, como no caso das pessoas que atuam no ensino da língua portuguesa para alunos refugiados, por exemplo, o que contribui diretamente para a obtenção da naturalização.

Entretanto, é relevante expor a consideração de Uadi Bulos quanto a concessão de nacionalidade por meio da naturalização:

A naturalização, por sua vez, não é um direito público subjetivo, mas um ato discricionário, praticado, exclusivamente, pelo Chefe do Poder Executivo. Sua outorga é uma *longa manus* da soberania nacional. Um apátrida ou um estrangeiro, por exemplo, podem até satisfazer os requisitos legais e constitucionais para a sua obtenção. Isso, contudo, não basta. É imprescindível que o Executivo delibere sobre a matéria, dentro da esfera discricionária que lhe é afeta por excelência. (BULOS, 2014, p. 847)

Assim, cabe ao Poder Executivo a última palavra sobre a concessão da nacionalidade por meio da naturalização, mesmo que o indivíduo tenha preenchido todos os requisitos postos.

Contudo, cumpridos os requisitos necessários, destaca-se a importância da concessão deste direito. Válido destacar neste momento, as sensíveis considerações feitas por Maria Glória Dittrich e Micheline Ramos de Oliveira acerca da coragem do refugiado para ser uma existência autêntica:

Descobrir o sentido de estar no mundo, diante de tantos desafios diários, torna-se urgente, na experiência de viver num mundo desconhecido e hostil, onde língua, normas e leis beiram a exotismo [...] (2017, p. 196)

Viver numa existência autêntica é promover a saúde, o bem estar nas relações consigo mesmo, com os outros, com a cultura social e com a natureza (DITTRICH; OLIVEIRIA; 2017, p. 197). É necessário que as soluções sejam pensadas levando em consideração a própria existência do indivíduo, que deve se dar de forma digna. O ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos direitos fundamentais e os direitos humanos devem ser lidos à luz da aplicação da universalidade, de modo que os direitos sejam garantidos de modo homogêneo e mundial.

Inegável que no cenário factual há dificuldades em efetivar os valores e direitos consagrados, principalmente em relação a indivíduos que por vezes não possuem a mesma cultura daquele país onde se refugiam, seja por aspectos culturais ou mesmo pela limitação de recursos do Estado, mas isso não deve negar ou criar empecilhos para a garantia e efetivação de uma vida digna.

Considerações finais

Vislumbrou-se a grande importância do direito ao refúgio para aqueles que sofrem com violações de direitos fundamentais em seus países. Isso porque, muitas das vezes é a única saída para uma possível vida digna.

Por isso, torna-se significativo que os países sejam signatários das Convenções Internacionais sobre refúgio criem legislações específicas regulamentar tais situações, a fim de que com isso, os refugiados possam vir a ter um aparato eficaz para a garantia de seus direitos.

A apatridia, por sua vez, também é uma situação que deve ser cada vez mais combatida, tendo em vista os efeitos que pode causar na vida do indivíduo. Não estar vinculado a um Estado pode ocasionar ainda mais violações de direitos fundamentais, além da própria falta de garantia da nacionalidade. Assim, também é importante que os países façam a adesão as legislações internacionais sobre a apatridia, como a Convenção sobre o Estatuto dos apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961.

Dessa forma, verifica-se a importância da nacionalidade, já que é por meio dela que outros direitos são garantidos, de modo que se torna imprescindível o tratamento constitucional desse direito fundamental, vedando que ele seja suprimido e garantindo que sua interpretação seja ampliativa.

Ademais, tendo em vista que não é benéfico para o indivíduo continuar na situação de refugiado ou apátrida de forma permanente, é fundamental que sejam pensadas soluções de caráter perene. Isso significa o aprofundamento dos mecanismos apresentados pela Convenção de 1961, quais sejam, o

reassentamento, a repatriação e a integração local, além de implicar na importância de se conjecturar novos artifícios de soluções duráveis.

Um recurso que pode ser utilizado como resposta permanente para as situações dos refugiados e dos apátridas no Brasil, é a naturalização. Por meio das hipóteses do artigo 12º, inciso II, da Constituição Federal, esses indivíduos, preenchendo os requisitos, poderiam solicitar a naturalização, conseguindo assim a nacionalidade brasileira e se integrando de forma plena ao sistema de Direitos e Garantias do Brasil.

Entretanto, é considerável que se pense em políticas públicas específicas para esses grupos. Essas políticas voltadas para os apátridas e refugiados, poderiam ampliar o direito a nacionalidade por meio da naturalização, como por exemplo diminuindo o tempo de residência que é pedido para que se solicite a naturalização, sem impor outros requisitos como a de ter cônjuge ou filho brasileiro.

Por fim, é indispensável que as recusas dos pedidos de naturalização por parte do Executivo sejam fundamentadas na Constituição. Isso porque se trata de um direito fundamental, que deve ser ver livre de toda e qualquer violação.

Referências

ACNUR. **Apátridas**: em busca de uma nacionalidade. [S.I. : s.n. : s.d.]. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>>. Acesso em: 29 maio 2016.

ACNUR. **Cartilha informativa**: apatridia. [S.I.: s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Apatridia_-_ACNUR_2012>. Acesso em: 29 maio 2016.

ACNUR. **Cartilha para solicitante de refúgio no Brasil**: procedimentos, decisão dos casos, direitos e deveres, informações e contatos úteis. [S.I.: s.n.], 2014. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha_para_solicitantes_de_refugio_no_Brasil>. Acesso em: 05 abr. 2015.

ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**: balanço até abril de 2016. [S.I.: s.n.], 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 29 maio de 2016.

ACNUR. **Prevenção e redução da apatridia**: Convenção da ONU de 1961 para reduzir os casos de apatridia. Genebra: Set. 2010.

Disponível em: < <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737242> >. Acesso em: 29 maio 2016.

- ACNUR. **Protegendo refugiados no Brasil e no mundo**. [S.I.: s.n.] 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/Protegendo_Refugiados_no_Brasil_e_no_Mundo_2016.pdf?view=1>. Acesso em 29 maio 2016.
- AGÊNCIA BRASIL. 8,5 mil refugiados chegaram à Croácia nas últimas 24 horas. **Exame**, São Paulo, 27 set. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/8-mil-refugiados-chegaram-a-croacia-nas-ultimas-24-horas>>. Acesso em: 29 maio 2016.
- AGÊNCIA REUTERS. Organização teme que indecisão da UE gere mais mortes de refugiados. **G1**, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/organizacao-teme-que-indecisao-da-ue-gere-mais-mortes-de-refugiados.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de san José de costa rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.
- BBC. Síria é ‘maior crise humanitária da nossa era’ diz ONU. **G1**, 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/siria/noticia/2014/08/siria-e-maior-crise-humanitaria-da-nossa-era-diz-onu.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2014.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANDIDO, Mônica Tse. **A repatriação de refugiados afegãos: do Paquistão ao leste do Afeganistão (2002-2013)**. 2014. 91 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2014.
- DITTRICH, Maria Glória; OLIVEIRA, Micheline Ramos de. O refugiado e a coragem para ser uma existência autêntica. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; OLIVEIRA, Micheline Ramos de.

Migração e Refugiados: Um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017.

FLORES, Mariane Costa da Silva; Cardoso, Tatiana de A. F. R. Crianças Núbias v. Quênia: a Proteção Internacional dos Apátridas em Juízo na África. **XII Mostra de iniciação científica, pós-graduação, pesquisa e extensão:** programa de pós-graduação – UCS. Caxias do Sul, n. 12, 30 nov. 2012. Disponível em:

<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/mostraucspgga/mostra_ppga/paper/viewFile/3450/1035>. Acesso em: 29 maio 2016.

GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. (Org.) **Refúgio e Hospitalidade.** Curitiba: Kairós Edições, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. Comentário ao artigo 12º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

ONU. **Convenção sobre o estatuto dos apátridas.** Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 1954.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Palais de Chaillot: Organização das Nações Unidas, 1948.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Gilberto M. A.; FERNANDES, Mariana. O regime jurídico internacional da apatridia: a América do Sul e o Caribe. **Inter relações.** São Paulo, n. 36, p. 03-07, 2º semestre 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNHCR THE UN REFUGEE AGENCY. **Syria regional refugee response:** inter-agency information sharing portal. 19 maio 2016. Disponível em: <<http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>>. Acesso em: 26 maio 2016.

(Des)globalização e direitos fundamentais^(*)**(Un)globalisation and fundamental rights****(Des)globalización y derechos fundamentales****Gabriela Pelles Schneider¹**

Sumário: Introdução. **1.** A globalização: suas facetas e seu acirramento. **2.** Os impactos da nova fase da globalização para os direitos fundamentais. – Considerações finais. Referências.

Resumo: A crise de 2008, causada pelo *subprime* dos bancos estadunidenses, a tentativa de saída da Grã Bretanha da União Europeia e a adoção de políticas protecionistas por alguns governos neoliberais têm suscitado grande debate sobre uma possível “desglobalização”. O presente artigo, tomando por base estes eventos, questiona: é possível afirmar que o mundo está, de fato, experimentando um processo de “desglobalização”? O trabalho parte da hipótese segundo a qual tais fatos não evidenciam um processo desglobalizante, mas sim a globalização em uma nova etapa, muito mais drástica para os direitos fundamentais. Para responder ao problema de pesquisa proposto, bem como confirmar ou não a hipótese veiculada, o estudo utilizará como método a dialética e se dividirá em dois momentos: inicialmente, analisaremos a globalização e suas facetas (especialmente econômica, política, jurídica e social), trabalhando também o seu recente acirramento para, finalmente,

(*) Recibido: 28/11/2019 | Aceptado: 10/01/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”. Graduada em Direito pela FDV. Advogada.
schneider-gabriela@hotmail.com

verificar alguns impactos da globalização para os direitos fundamentais.

Palavras-chave: globalização, democracia, direitos fundamentais.

Abstract: The 2008 crisis, caused by the *subprime* of US banks, the attempt to leave Britain from the European Union and the adoption of protectionist policies by some neo-liberal governments have given rise to much debate about a possible "de-globalization". This article, based on these events, questions: is it possible to say that the world is, in fact, experiencing a process of "de-globalization"? The work starts from the hypothesis that such facts do not evidence a de-globalizing process, but rather globalization in a new stage, much more drastic for fundamental rights. In order to respond to the proposed research problem, as well as to confirm or not the hypothesis conveyed, the study will use dialectics as its method and will be divided in two moments: initially, we will analyze globalization and its facets (especially economic, political, juridical and social), also working on its recent intensification to finally verify some impacts of globalization on fundamental rights.

Key words: globalization, democracy, fundamental rights.

Resumen: La crisis de 2008, provocada por las *subprime* de los bancos estadounidenses, el intento de salir de Gran Bretaña de la Unión Europea y la adopción de políticas proteccionistas por parte de algunos gobiernos neoliberales han dado lugar a un gran debate sobre una posible "desglobalización". Este artículo, basado en estos acontecimientos, se pregunta: ¿es posible decir que el mundo está, de hecho, experimentando un proceso de "desglobalización"? La obra parte de la hipótesis de que esos hechos no ponen de manifiesto un proceso de desglobalización, sino una globalización en una nueva etapa, mucho más drástica para los derechos fundamentales. Para responder al problema de investigación propuesto, así como para confirmar o no la hipótesis transmitida, el estudio utilizará la dialéctica como método y se dividirá en dos momentos: inicialmente, analizaremos la globalización y sus facetas (especialmente la económica, política, jurídica y social), trabajando también en su reciente intensificación para verificar finalmente algunos impactos de la globalización en los derechos fundamentales.

Palabras clave: globalización, democracia, derechos fundamentales.

Introdução

A globalização abrange um conjunto de alterações na comunidade humana, tanto a nível interno dos Estados, quanto no que concerne as relações internacionais, caracterizando-se como um fenômeno multifacetário, com consequências nos diversos campos da vida, entre eles, na economia, na política, na jurisdição interna dos Estados e na própria sociedade.

O fenômeno tem sido, ao menos no senso comum, caracterizado como integrador, aproximando, em tese, mercados e pessoas em todo o globo. A consequência da integração seria também a suposta homogeneização de culturas, padronizando todo o Ocidente. Além disso, por alguns anos, experimentou-se a formação de blocos econômicos, com a livre circulação de mercadorias e pessoas, além do alto fluxo migratório atrelado ao grande avanço da tecnologia da informação e da comunicação que facilitou ainda mais a interação.

Não obstante, alguns fatos mundiais, como a crise de 2008 (*subprime* dos bancos americanos²), a tentativa de saída da Grã-Bretanha da União Europeia (*Brexit*) e as políticas protecionistas adotadas por alguns governos neoliberais, suscitaram o debate sobre uma possível *desglobalização*, caracterizada pela busca dos países em retomar a sua soberania e capacidade de autorregulação.

Em virtude disto, o presente artigo tem como objetivo responder a seguinte indagação: a análise de fatos mundiais recentes permite concluir que o mundo está, de fato, passando por um processo de “desglobalização”? Parte-se da hipótese de que tais situações apenas colocam em evidência o caráter paradoxal que sempre foi inerente à globalização, qual seja: a união e a desunião ao mesmo tempo e pelos mesmos motivos, numa fase agora ainda mais preocupante para os direitos fundamentais. Portanto, parte-se da hipótese de que não há desglobalização, mas sim a globalização em uma nova roupagem.

Tendo em vista que o presente trabalho, enquanto artigo científico, possui uma limitação espacial, não se adentrará com detalhado aprofundamento em questões como soberania e crise do Estado-nação, limitando-se a entender se estamos ou não passando por um processo de *desglobalização* e, em que

²O *subprime* dos bancos americanos é como se denomina a crise financeira desencadeada em 2007 com a queda do índice Dow Jones, decorrente da concessão de empréstimos hipotecários de alto risco, que levou várias instituições financeiras americanas à insolvência e repercutiu sobre a bolsa de valores do mundo todo.

medida esta nova etapa impacta alguns direitos fundamentais. Assim, faz-se necessária a análise mais restrita à globalização como fenômeno multifacetário que esbarra nos modelos democráticos e em reconhecimentos de direitos. Passemos, então, à análise.

1. A globalização: suas facetas e seu acirramento

A globalização é comumente definida como um fenômeno econômico, a partir do aprofundamento internacional da integração financeira e de mercado de capitais. Exemplificando esta posição, citamos Lewandowski, que reconhece a globalização como um fenômeno eminentemente econômico que consubstancia uma etapa posterior na evolução do Capitalismo³.

Deveras, a globalização, inegavelmente, guarda íntima relação com o capital, marcando a economia internacional desde meados da década de 1970. Não por outro motivo, o fenômeno foi definido como “mundialização do capital”⁴, sendo sinônimo também de monetarização⁵.

Não obstante a globalização tenha como ponto central o econômico, que impacta todas as suas outras facetas, não pode ser vista como um processo exclusivamente econômico, pois enquadrá-la desta maneira representaria uma simplificação equivocada, na medida em que se constitui como um fenômeno multidimensional⁶.

Neste sentido se posiciona Grün que, ao conferir um caráter multifacetário ao fenômeno, define globalização como “el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política (...)”⁷.

Nesta mesma perspectiva, chama atenção a consideração de Carbonell que propugna pela inexistência de “globalização” no singular, a medida em que

³LEWANDOWSKI, Ricardo. **Estado mínimo, pós modernidade e desglobalização.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-04/lewandowski-estado-minimo-pos-modernidade-desglobalizacao>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁴Definição trazida por François Chesnais em *La mondialisation financière*. Paris, Syros, 1996.

⁵MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização.** Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005. P. 05

⁶DINIZ, Eli. **Globalização, reforma do Estado e teoria democrática contemporânea.**

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400003&script=sci_arttext>.

⁷GRÜN, Ernesto. **Las globalizaciones jurídicas.** Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 36, No. 105 – Medellín – Colombia. P. 327.

o que se apresenta são várias globalizações, cada uma obedecendo a sua própria lógica⁸.

Assim, resta sólido que a globalização não está marcada exclusivamente por relações e processos de natureza econômica (embora seja esta a sua principal marca). Atinge uma gama extensa de modificações na sociedade, sendo possível falar em diversas globalizações, entre elas, além da econômica, também globalização política, jurídica e social.

A globalização econômica, também referida como internacionalização do capital, caracteriza-se pela forte aceleração da mudança tecnológica e pelo surgimento de um novo padrão de organização da produção e gestão na indústria dos serviços, que tornam mais rápidos e eficientes os processos⁹.

A internacionalização do capital pode ser compreendida a partir da mudança do padrão ouro pelo padrão dólar no sistema econômico internacional na década de 1970. A Segunda Grande Guerra redesenhou o cenário econômico mundial, com a substituição da Inglaterra pelos Estados Unidos da América (EUA) como avalista internacional. Houve a criação de organismos internacionais para regular a retomada do comércio e do desenvolvimento, sucedendo-se a partir de então o que ficou conhecido como os trinta anos gloriosos de suposta calma capitalista.

Contudo, a desestruturação de Bretton Woods¹⁰ em 1970 e a crise do petróleo em 1973 levaram ao aumento do nível geral de preços e à estagnação da taxa de lucros e dificultaram o lastreamento do dólar como moeda internacional, provocando grande desequilíbrio monetário nos EUA, o que teve consequências drásticas: ineficiência da relação (fordista) de trabalho, estagnação da lucratividade das empresas, aceleração da inflação e aumento do déficit público.

O monetarismo e o liberalismo foram as respostas naquele momento, tornando-se os principais instrumentos de política econômica. Neste cenário ganhou destaque o agente econômico credor, tendo como devedor uma série de países assombrados pela inflação. Por consequência, houve exponencial

⁸CARBONELL, Miguel. **Globalización y derecho:** algunas coordenadas para el debate. P. 20. Serie Justicia y derechos humanos Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, Ecuador, 2009.

⁹COUTINHO, Luciano. **Nota sobre a natureza da globalização.** Economia e Sociedade, Campinas, n. 4, p. 21, jun. 1995. 8 Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008

¹⁰Encontro entre os 45 (quarenta e cinco) países aliados onde foram firmados os acordos que guiariam a economia mundial após o fim da Segunda Grande Guerra em 1944, com o estabelecimento do sistema Bretton Woods, primeiro exemplo na história mundial de uma ordem monetária negociada, com o objetivo de governar as relações monetárias entre Nações-Estado independentes.

redução da capacidade de autorregulamentação nacional de políticas públicas, que passaram a ser geridas pela lógica de mercado.

A similaridade entre globalização (econômica) e neoliberalismo impõe aos Estados restrições drásticas para a sua regulação na economia, bem como a sua subordinação às agências multilaterais supostamente responsáveis pela calmaria capitalista do “período de Bem-Estar Social”, como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Organização Mundial do Comércio¹¹.

Atualmente, a globalização econômica tem sido marcada, principalmente, pelo protagonismo das empresas transnacionais que, pelo impacto financeiro nos Estados, acabam por exercer um poder paralelo ao estatal. As transnacionais exportam postos de trabalho com menores custos e impostos para utilização de mão de obra e criam conflitos voluntários entre Estados nacionais ou locais de produção para realizar “pactos globais” visando redução de impostos e melhores condições de infraestrutura. Em virtude do poder que detêm, punem os Estados quando se tornam caros ou pouco propícios para investimentos, escolhendo de modo autônomo seus locais de investimento, produção e recolhimento de impostos¹². Desse modo, o poder estatal fica completamente submetido ao poder econômico.

Como consequência, a acepção social da globalização tem como marca a ascensão de uma nova classe dominante formada por este capitalismo transnacional, cujo protagonismo pertence às empresas multinacionais que contribuem para o surgimento de novas desigualdades sociais¹³.

Além disso, a globalização quer unificar tendências e gostos, desconsiderando tradições e histórias particulares do passado de cada país ao corroborar a dominação dos países do Norte sobre os países do Sul, na medida em que aqueles cada vez mais comprimem a autonomia destes¹⁴.

A globalização, assim, acirra a divisão existente entre Sul e Norte, países periféricos e centrais, “subdesenvolvidos” e desenvolvidos, marginalizado cada vez mais os Estados que não há muito tempo se libertaram do completo domínio colonial.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002. P. 31.

¹² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 17.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002. P. 32-33.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002. P. 35.

O que se pretende afirmar com isso é que a globalização não só é um fenômeno multifacetário, como também opera de forma diversa no Sul e no Norte, ou seja, é mais ou menos sentida a depender do país que se analisa, acirrando as desigualdades entre esses países, mas também reforçando a exclusão interna, principalmente nos países do Sul.

Enquanto vítima dos processos de globalização, os países do Norte (Estados historicamente hegemônicos) ficam submetidos a um poder supraestatal, qual seja: o mercado, no momento, protagonizado pelo capitalismo transnacional. Os países do Sul, porém, ficam submetidos a dois poderes: além do capitalismo transnacional, se veem também subordinados aos Estados hegemônicos.

Pelo viés político, a globalização é marcada principalmente pela tentativa de integrar políticas públicas em áreas comuns, sob o comando de um organismo supranacional¹⁵, traduzindo-se na criação de blocos que se configuram por alianças estratégicas. Isto envolve blocos continentais e organizações financeiras internacionais, de modo que todas as ações dos atores internos – chefes do Executivo – são dirigidas pelos grandes atores externos.

No que se refere à juridicidade estatal, o policentrismo que caracteriza a economia globalizada – com a presença polarizada de organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, etc.), conglomerados internacionais, instituições financeiras e entidades não-governamentais – impacta o direito positivo e suas instituições, ao retirar parte significativa de sua jurisdição. Isto porque foram concebidos para atuar dentro de limites territoriais precisos e à medida em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da microeletrônica, informática, telecomunicações e transportes, seu alcance diminui¹⁶.

Deveras, o Estado nacional que é essencialmente um estado territorial – o que significa que o poder emanado por ele está vinculado a um determinado espaço – tem sentido relativizações e interferências em sua atuação, na medida em que uma infinidade de lugares conectados entre si cruza as fronteiras territoriais do Estado, estabelecendo novos círculos sociais, redes

¹⁵ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008. P. 9

¹⁶FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos e globalização econômica**: notas para uma discussão. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004>.

de comunicação, relações de mercado e formas de convivência que estão fora de seu controle¹⁷.

A sociedade paulatinamente se desconecta da produção normativa centrada no Estado ao mesmo tempo em que este perde sua capacidade decisória, o que altera profundamente o sistema legal, com risco, inclusive, de enfraquecimento da autoridade sócio-política das constituições nacionais¹⁸.

Contudo, a deslegalização e a desconstitucionalização internas não conduzem a um vazio jurídico. Muito pelo contrário, a “produção do Direito” continua, porém, coordenada pelos agentes externos que, ressalte-se, não se limitam aos Estados hegemônicos e organismos internacionais. A influência advém, principalmente, das grandes empresas transnacionais, que fazem valer seus interesses econômicos no plano interno e externo dos Estados.

A análise feita até o momento, da globalização em suas perspectivas econômica, política, social e jurídica evidencia suas peculiaridades. Contudo, uma convergência pode ser notada em todas as facetas abordadas, a saber: a globalização econômica foi referida como “*aprofundamento internacional da integração financeira e de mercado de capitais*”, a globalização política foi caracterizada pela tentativa de “*integrar políticas públicas em áreas comuns*”, e quanto à sociedade foi dito que a globalização “*quer unificar tendências e gostos*”.

Portanto, uma convergência notada nas conceituações feitas no presente trabalho, bem como em outros, é que a globalização costuma estar sempre acompanhada de termos que indicam integração – econômica, política, jurídica e social –. Não por outro motivo, os dicionários trazem como sinônimo de globalização as palavras união, integração e aproximação.

Entretanto, “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”, conforme adverte Bauman¹⁹. O autor define com maestria o paradoxo da globalização: trata-se de um fenômeno que, ao mesmo tempo em que quebra fronteiras, internacionaliza mercados e aproxima pessoas, pelos mesmos motivos, fortifica barreiras, desintegra mercados e distancia pessoas.

¹⁷BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 18.

¹⁸ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008. P. 15.

¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

Santos²⁰ também reconhece a contradição que marca a globalização quando afirma que muito do que se considera global era, na verdade, originalmente local ou nacional, bem como quando sustenta que o fenômeno fortalece as desigualdades sociais e as hierarquias entre diferentes países ou regiões do mundo, produzindo vítimas. O autor denomina estes processos de “contraditórios globalismos localizados e localismos globalizados”.

Assim, ao reconhecer o caráter paradoxal – integrador e desintegrador –, contraditório e multidimensional da globalização, conclui-se que fatos recentes, como o *Brexit* e as políticas protecionistas do atual presidente dos EUA e sua defesa da soberania, aos quais se atribui um caráter “desglobalizante”, revelam nada mais que a própria natureza da globalização.

Nesse sentido, Veloso e Madeira²¹, ao apontarem como último desdobramento da modernidade a globalização, indicam não se tratar o fenômeno de uma fatalidade, algo natural, mas sim produzido a partir de um conjunto de processos econômicos, políticos e culturais, heterogêneos e mutáveis, que produzem tanto convergências quanto divergências em todas as esferas da vida social.

Desse modo, fatos que atualmente tem sido compreendidos como tendentes à desglobalização, como a adoção de políticas protecionistas e a ascensão de políticos neoliberais com discursos nacionalistas não se revelam antagônicos à inclinação integradora da globalização, mas sim uma parcela de sua própria definição. A globalização é um fenômeno paradoxal e contraditório, na medida em que se executa de formas diversas em cada região do mundo, externalizando características ora de aproximação ora de exclusão, com fatos integradores e excludentes concomitantemente.

Assim, o paradoxo ora demonstrado permite afirmar que a globalização é um fenômeno irreversível, de modo que o caminhar histórico pode alterar suas consequências, mas nunca levar ao seu retrocesso.

A contraditoriedade do fenômeno tem revelado a precarização dos sistemas públicos de saúde e educação, o esfacelamento das relações laborais, a crise dos refugiados, a falência dos Estados, o descontrole do aquecimento global e nacionalismos conservadores como traços contraditórios de um mesmo fenômeno. Desse modo, a globalização, nesta nova fase, apresenta-se muito mais dramática e excludente, mais perigosa para a preservação e evolução dos direitos fundamentais.

²⁰SANTOS, Boaventura de Sousa. **A ilusória “Desglobalização”**. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/posts/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/>>.

²¹ VELOSO, Mariza. MADEIRA, Angélica. **Leituras brasileiras: itinerários no pensamento social e na literatura**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 32

2. Os impactos da nova fase da globalização para os direitos fundamentais

A globalização embaralha a distinção entre o interno e o externo, trazendo incertezas e imprecisões e reorganizando a territorialidade segundo uma lógica estranha ao Estado²², transpondo barreiras geopolíticas.

Diante da globalização em suas acepções econômica, política, social e jurídica, os institutos democráticos transmitidos pelo Estado Liberal se mostram ineficientes para regular a realidade pós moderna, impactando diretamente a democracia e os direitos fundamentais.

A ampliação do número de atores no debate político e social possibilita a participação coletiva do globo em questões locais, especialmente através de organismos internacionais, que acabam por definir, se não todas, ao menos boa parte de importantes dispositivos das legislações nacionais.

Por vezes, em virtude de pressões internacionais, os países promulgam legislações ou inserem em suas constituições regulamentações definidas pelos agentes externos, o que acarreta grande redução de sua soberania do ponto de vista jurídico.

A influência dos agentes externos em legislações internas não é necessariamente ruim, já que os direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos positivados e, como tais, tendem à internacionalidade, quando não, à universalidade.

Contudo, o espaço em branco deixado pela perda da capacidade decisória dos Estados vem sendo preenchido, em regra, por agentes externos econômicos, o que acaba gerando fontes normativas influenciadas pelo sistema financeiro global, não sendo exagero afirmar que grande parte do direito positivo do Estado-nação é definido a partir da expansão da *lex mercatoria*²³.

Neste sentido, a globalização jurídica prejudica os direitos fundamentais na medida em que a preocupação se deslocou da universalização dos direitos humanos para a internalização de normas privadas internacionais que visam atender as conveniências de corporações empresariais dominantes.

Soma-se a isto que o sistema financeiro globalizado possibilita o aprofundamento da desigualdade ao permitir a apropriação de recursos e consequente exercício de poder não por quem produz, mas por quem maneja

²²ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008. P. 14.

²³FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos e globalização econômica**: notas para uma discussão. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004>.

papéis²⁴. Isto é, aquele que detém riqueza para assentar sua produção em países “periféricos” concentra poder e impõe, ele mesmo, os ditames democráticos internos e externos.

Sobre o assunto, Müller²⁵ esclarece que a globalização elimina, dentre outros, tarifas alfandegárias destinadas a proteção de produtores e mercados locais e regionais, fazendo com que produtores de países pequenos submetam-se a uma concorrência internacional que, por vezes, não conseguem enfrentar. De igual modo, os governos nacionais, nesse ambiente, não conseguem proteger sua economia e supervisionar com autonomia seus sistemas financeiros.

Além dos custos econômicos, os custos políticos da globalização são dramáticos: nos países considerados “desenvolvidos”, ocorre cada vez mais a difusão de ideologias antidemocráticas com forte apelo xenofóbico, como contraposição ao aumento do desemprego, da criminalidade, da imigração e das inúmeras crises internacionais. Já nas novas democracias, os custos políticos se traduzem em deturpações democráticas: ora por formas de governar autocráticas ora por meio de delegação²⁶.

A nova fase da globalização é também marcada pela falta de legitimidade e pela incapacidade dos instrumentos tradicionais herdados pelo Estado Liberal de regular a sociedade global, acarretando desprestígio da política e dos valores republicanos, o que dá espaço à sobrevalorização da esfera privada²⁷.

A integração de mercados não produz uma ordem econômica mundial integrada e inclusiva. Pelo contrário, o sistema financeiro internacional é marcado por grandes contrastes e polaridades, reproduzindo-se as desigualdades entre as grandes potências e os países periféricos, acentuando-se a exclusão social²⁸.

No aprofundamento da desigualdade e da exclusão social estão inseridos degradação salarial, informatização da produção e fechamento de postos de

²⁴DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017. P. 172.

²⁵Müller, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Rev. Jur., Brasília, v.7, n.72, mai. 2005. P. 04.

²⁶I Müller, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Rev. Jur., Brasília, v.7, n.72, mai. 2005. P. 04.

²⁷ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008. P. 15.

²⁸DINIZ, Eli. **Globalização, reforma do Estado e teoria democrática contemporânea**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400003&script=sci_arttext>.

trabalho convencional. Isto gera uma gama mundial de excluídos dos mercados de trabalho e consumo que perdem cada vez mais as condições materiais para exercer e exigir o cumprimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como dos direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano.

Ainda, diante da ampliação das desigualdades sociais e regionais, as instituições judiciais não conseguem mais proteger os direitos civis e políticos e conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos de seus administrados, passando a assumir funções punitivo-repressivas.

O direito positivo é cada vez mais elaborado por agentes externos (tanto por Estados hegemônicos quanto por grandes empresas transnacionais), tornando-se cada vez mais difícil o cuidado autônomo com particularidades internas. Deveras, na atual conjuntura de exacerbada transformação (se não redução) da soberania, tudo parece demandar ajuda de conjuntos de regras internacionais, já que o Estado-nação perdeu, em alguns aspectos, o poder de redigir e aplicar suas normas sozinho²⁹.

Com o acirramento do processo de globalização, os Estados-nação parecem ter perdido por completo suas funções de controle das forças econômicas, sociais, jurídicas e políticas que moveram sua criação no apogeu da modernidade.

Soma-se a isso o exercício de poder cada vez mais exercido por grandes empresas transnacionais, que comprimem a autonomia dos Estados na medida em que os submetem às suas necessidades econômicas visando o lucro.

Considerações finais

A globalização é um processo multifacetário, embora tenha como ponto central o seu aspecto econômico, que impacta todas as demais facetas. A chamada globalização econômica pode ser também denominada integração de mercados, mundialização do capital ou monetarização. Tem como drástica consequência a redução da capacidade de autorregulamentação nacional de políticas públicas pelos Estados-nação, que passaram a gerir suas ações de governo pela lógica de mercado, atendendo a determinações de organismos financeiros e entidades transnacionais.

A globalização política é marcada pela suposta integração entre países e continentes, que faz com que as ações dos atores internos, especialmente dos chefes do Executivo, sejam dirigidas pelos grandes atores externos,

²⁹MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005. P. 06.

especialmente agentes supranacionais e, novamente, representantes do capitalismo transnacional.

A globalização social, por sua vez, almeja a unificação de tendências e gostos, criando padrões de comportamento, vestimenta e preferências, com total desprezo às tradições e histórias particulares de cada país. É marcada, ainda, pela ascensão de uma nova classe dominante – dos capitalistas transnacionais – e consequente acirramento da desigualdade social.

A globalização jurídica, por fim, pode ser compreendida a partir do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, já que a presença polarizada de influências internacionais impacta o direito positivo e suas instituições, retirando parte significativa de sua jurisdição. A consequência é a redução da autonomia dos Estados para disporem sobre suas próprias leis, precisando, por vezes, aceitar na legislação interna imposições de agentes externos.

A análise das globalizações adjetivadas (globalização econômica, política, social e jurídica) revelou a presença de peculiaridades entre elas. Não obstante, um traço comum foi identificado: a utilização do termo “integração” ou “união” para conceituar a globalização.

Não obstante o fenômeno seja por vezes relacionado à integração, união e aproximação, demonstrou-se que, na verdade, a globalização apresenta um caráter paradoxal/contraditório, revelado por Bauman e Santos: ao mesmo tempo que une, divide, e divide enquanto une, tudo isso pelas mesmas causas.

O reconhecimento das várias globalizações, bem como de seu caráter paradoxal revelou que, embora alguns fatos mundiais recentes como o Brexit e as políticas protecionistas de governos neoliberais estejam sendo vistas como uma tendência “desglobalizante”, tais fatos evidenciam nada mais que a própria natureza da globalização, que é paradoxal em si mesma.

Assim, firmando-se a premissa de que não se vislumbra uma desglobalização, mas sim uma nova etapa da globalização, muito mais dramática, passou-se à análise dos impactos deste novo momento para os direitos fundamentais e para a democracia.

Concluiu-se que marcam esta nova fase a disseminação de ideais antidemocráticas e xenofóbicas, a precarização das relações de trabalho, o esfacelamento da saúde e educação, o desprestígio da política e a supervalorização da esfera privada sendo imputada mundialmente a partir do sistema financeiro global.

Nesse cenário, em que o poder estatal está submetido ao poder desempenhado pelo capitalismo transnacional que atinge todas as esferas da

soberania e jurisdição dos Estados, verificou-se ser difícil vislumbrar ambiente propício para preservação e efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que não é de interesse das empresas transnacionais a promulgação de legislações que efetivem direitos, mas sim de leis que as beneficiem economicamente.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 282 p.
- CARBONELL, Miguel. **Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate**. P. 20. Serie Justicia y derechos humanos Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, Ecuador, 2009.
- COUTINHO, Luciano. **Nota sobre a natureza da globalização**. Economia e Sociedade, Campinas, n. 4, p. 21, jun. 1995. 8 Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008.
- DINIZ, Eli. **Globalização, reforma do Estado e teoria democrática contemporânea**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400003&script=sci_arttext>.
- DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2017.
- FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004>.
- GRÜN, Ernesto. **Las globalizaciones jurídicas**. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 36, No. 105 – Medellín – Colombia.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. **Estado mínimo, pós modernidade e desglobalização**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-04/lewandowski-estado-minimo-pos-modernidade-desglobalizacao>>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Rev. Jur., Brasília, v.7, n.72, mai. 2005.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A ilusória “Desglobalização”**. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/posts/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/>>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002. 572 p.

VELOSO, Mariza. MADEIRA, Angélica. **Leituras brasileiras: itinerários no pensamento social e na literatura**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DERECHO CIVIL

Responsabilidad civil en el leasing vehicular: su estado actual y una posible reforma legal en el Perú^(*)

Civil liability in vehicle leasing: its current status and a possible legal reform in Peru

Gabriel Peralta Tripul¹

Sumario: Introducción. **I.** Contexto teórico-jurídico. **II.** Una “posible” reforma legal. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El autor realiza un análisis dogmático-propositivo de la responsabilidad civil en el leasing vehicular, llegando a la plena convicción de que en este supuesto de responsabilidad civil, la empresa de leasing propietaria del vehículo (bien que utiliza la arrendataria financiera) con el cual se provoca daños a terceros, es la que asume el resarcimiento de los daños en virtud de la aplicación: *a)* del principio de especialidad y cronología normativa; *b)* del principio de obligatoriedad y relatividad contractual; *c)* de la función satisfactoria y del principio de la reparación integral del daño; y, *d)* de la imputación de responsabilidad civil solidaria por garantía. Advierte también una posible reforma legal, a fin de consensuar los intereses en conflicto, esto es, logrando un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas de accidentes de tránsito y, además, generando un camino viable para el desarrollo del contrato de leasing financiero en nuestro país.

(*) Recibido: 23/02/2020 | Aceptado: 02/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Tumbes. Especialista en Derecho de la Responsabilidad Civil. Socio del Estudio Jurídico Rojas Jiménez y Asociados. gaboderecho12@gmail.com

Palabras clave: leasing, empresa de leasing, responsabilidad civil, accidentes de tránsito.

Abstract: The author makes a dogmatic-propositive analysis of civil liability in vehicle leasing, arriving at the full conviction that in this case of civil liability, the leasing company that owns the vehicle (which is used by the financial lessor) with which damages are caused to third parties, is the one that assumes the compensation of the damages by virtue of the application: a) of the principle of speciality and chronology of regulations; b) of the principle of obligatory nature and contractual relativity; c) of the satisfactory function and of the principle of full compensation of the damage; and, d) of the imputation of joint and several liability by guarantee. It also warns of a possible legal reform, in order to reach a consensus on the conflicting interests, that is, achieving adequate compensation in favor of the victims of traffic accidents and, furthermore, generating a viable path for the development of the financial leasing contract in our country.

Key words: leasing, leasing company, civil liability, traffic accidents.

Introducción

La responsabilidad civil, en esencia, tiene una función resarcitoria de los daños, esto es, que ha dejado de preocuparse solo en sancionar al sujeto culpable que los ocasionó, para enfocarse en la tutela de la víctima; en tal sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, atentos a este cambio de enfoque, se diseñaron una serie de supuestos especiales, uno de ellos, fue la responsabilidad civil por daños ocasionados en accidentes de tránsito, preceptuada en el artículo 29 de la Ley N.º 27181- “Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre” (LGTTT) donde se indica que será un supuesto de responsabilidad civil causado por un vehículo automotor bajo un *factor de atribución objetivo* y existirá una *responsabilidad solidaria* entre el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre².

² Para Espinoza (2019) se deben delimitar tres aspectos en el supuesto de responsabilidad por daños ocasionados por accidentes de tránsito; primero, se trata de una *responsabilidad objetiva*;

Por otro lado, el leasing financiero ha sido regulado en nuestro país, a través del Decreto Legislativo N° 299, también conocido como “Ley de Arredramiento Financiero” (LAF), empero, dentro del conjunto de normas diseñadas por el legislador en este cuerpo legal, se preceptuó una en específico, en el tercer párrafo de su artículo 6, esto es, la exclusión de la empresa de leasing de responsabilidad por daños que pueda causar el bien, desde el momento en que es entregado a la arrendataria³.

Sin embargo, no ha sido fácil para los órganos jurisdiccionales determinar la responsabilidad civil por accidentes de tránsito cuando el vehículo que ha producido los daños pertenece a una empresa de leasing financiero (entidad bancaria, intermediaria financiera, etc.)⁴.

En efecto, encontramos que el problema más grave, debido a la falta de uniformidad y predictibilidad, sea en decisiones judiciales a nivel de la Corte Suprema⁵, sea a nivel de plenos jurisdiccionales en algunas Cortes Superiores⁶, aparece cuando se exonera “*erróneamente*” de responsabilidad

segundo, a pesar de que se trate de un aplicar factor de atribución objetivo, *no soslaya la existencia de la culpa*, la cual será de utilidad al momento de la cuantificación de los daños; tercero, *se utiliza la normativa especial, esto es la LGTTT* y su Reglamento (Decreto Supremo N.° 049-2000-MTC) y, además, la interpretación sistemática con normas de responsabilidad civil en el Código Civil.

³ El mes pasado, el mal redactado Dec. de urgencia 013-2020, con la Disposición complementaria modificatoria octava, **ha retocado esta norma de exoneración, al indicar**: “Modifícanse los artículos 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 13 del Decreto Legislativo N° 299, Decreto Legislativo que considera Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a comprar dichos bienes, los mismos que quedan redactados en los términos siguientes: (...)” *Artículo 6. Los bienes materia de arrendamiento financiero deben ser cubiertos mediante pólizas de seguro contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro. La arrendataria es responsable, frente a cualquier persona por daños personales o materiales producidos mientras que el bien se encuentre en su posesión, uso, disfrute u operación, incluyendo, pero sin limitarse, a responsabilidades civiles, penales y administrativas.*”

⁴ En efecto, se tiene que por un lado, está la norma contenida en el tercer párrafo del artículo 6 de la LAF y, por otro lado, la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT; la primera, excluye de responsabilidad a la intermediaria financiera propietaria de los bienes dados en leasing que ocasionan daños a terceros; la segunda, prescribe la responsabilidad objetiva y solidaria del propietario del vehículo.

⁵ Entre estos fallos tenemos la Casación N° 251-2011 Lambayeque (Sala Penal Permanente); Casación N° 3141-2006 Callao, Casación N° 3256-2015 Apurímac, Casación N° 639-2013 Cajamarca, Casación N° 2112-2017 Huánuco (Sala Civil Permanente); Casación N° 3622-2000 Lima; Casación N° 2388- 2003 Lima; Casación N° 2025-2013 Lima.

⁶ Entre estos Plenos tenemos al Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil-2016 de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil -2018 de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla.

civil a la entidad bancaria titular del vehículo dado en leasing que ocasiona daños a terceros, porque se terminan reduciendo severamente las posibilidades de la víctima de ver indemnizado su daño.

I. Contexto teórico-jurídico

1. Apuntes sobre el contrato de leasing financiera

Para Leyva (2003) el contrato de leasing es aquel que posee un carácter de financiamiento, por medio del cual la empresa de leasing tiene la obligación de adquirir un bien de capital, para luego cederlo en uso a la empresa usuaria que lo escogió; además, la contraprestación que recibe la empresa concedente de la empresa usuaria es el pago de un canon durante todo el plazo del contrato que se haya establecido para la utilización del bien, que coincide, generalmente, con la utilidad que le brinda a la empresa usuaria; así pues, finalizado el contrato, se devolverá el bien, se realizará un nuevo contrato o se puede hacer utilización de la opción de compra en base al precio de un valor residual previamente pactado.

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico el contrato de leasing es una operación bilateral⁷, esto es, que participan solamente la empresa de leasing (empresa locadora) y la arrendataria financiera⁸.

Por otro lado, la empresa de leasing mantiene la propiedad⁹ de los bienes hasta que el arrendatario ejercite la opción de compra por el valor acordado

⁷ Paralelamente, a la definición dada por la doctrina, en la LAF también se da una definición de leasing o arrendamiento financiero: “Considérese arrendamiento financiero el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado”. (Decreto Legislativo N° 299, 1984, art. 1°)

⁸ Respecto a quién puede ser arrendatario financiero, la LAF ha dispuesto que puede ser cualquier persona natural o jurídica por ello no se necesitará que cumpla ninguna característica especial para participar en una operación de leasing.

⁹ La propiedad que mantiene la empresa de leasing sobre el bien objeto del contrato de leasing, es una garantía de vital importancia para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con su arrendataria si esta, en un caso hipotético, pisara el terreno del incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato; por otra parte, si el arrendatario no llegara a ejercer la cláusula de opción de compra por un valor residual, la empresa de leasing sigue manteniendo la propiedad, incluso, si el arrendatario posee deudas frente a terceros, el bien objeto del contrato de leasing jamás podrá ser materia de un embargo, porque dicho bien le pertenece a la empresa de leasing, y así está reconocido por la LAF (Polar, 2000).

previamente al celebrarse el contrato, tal como se indica en el artículo 4 de la LAF¹⁰.

Ahora bien ¿Cuál es la función del contrato de leasing financiero? tengamos en cuenta que, según Lorenzetti (citado por Soria, 2016) “la función describe la finalidad práctico-económica que se le requiere al contrato, es decir, la denominada causa objetiva o económico- social” (p. 76).

Para Boneo (1994) el leasing financiero es una típica operación de financiamiento, entre una empresa de leasing y una empresa usuaria (sea comercial, industrial o de servicios) que desea incorporar, renovar o evitar la obsolescencia de sus bienes de producción a fin de conseguir mantenerse en el mercado y aumentar sus niveles de eficiencia.

2. Apuntes sobre la responsabilidad civil

La clásica noción de responsabilidad civil establecida a partir de la culpa del agente dañante¹¹ ha ido ampliando sus alcances en la actualidad, así nos lo advierte Campos (2019), para quien la responsabilidad civil, ya no encuentra su fundamento en la culpa, esto es, en el solo aspecto subjetivo del agresor para sustentar el castigo de su conducta, sino, más bien, que se ha ido extendiendo, resultando válido dirigir la tutela resarcitoria a sujetos que no tuvieron relación alguna con el evento dañoso.

Para León (2017), ella “puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto” (p. 144-145).

Por su parte, Espinoza (2002) la define como “como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado” (p. 29).

En esa misma línea, citando a la doctrina brasileña, Diniz (2007), otorga una definición muy ilustrativa:

La responsabilidad civil es la aplicación de medidas que obligan a una persona a reparar los daños morales o patrimoniales causados a terceros, en virtud de un acto cometido por ella misma, por una persona de la que es

¹⁰ Se indica en el artículo 4 de la LAF que: “(...) La locadora mantendrá la propiedad de dichos bienes hasta la fecha en que surta efecto la opción de compra ejercida por la arrendataria por el valor pactado”.

¹¹ Una definición clásica de responsabilidad civil puede encontrarse en la doctrina italiana, donde según Scognamiglio (citado por Espinoza, 2002) es “la idea de sujeción a las consecuencias desfavorables de su propia conducta” (p. 29).

responsable, por algo que le pertenece o por una simple imposición legal (p. 35).

En las definiciones actuales de responsabilidad civil, está la que no hace referencia a un elemento causal para determinar al agente del daño, como es el caso de *Leyseer León*, basándose en la prescripción legal como elemento configurativo de responsabilidad civil; la que se refiere a la existencia de un responsable directo del daño, como es el caso de *Juan Espinoza* pero, que si bien, también indica que puede no ser este; y, por último, tenemos también la dada por *Diniz*, al indicar que la responsabilidad civil no solo comprende al causante del daño, sino, también, a quien por imposición legal está llamado a responder¹²¹³.

Ahora bien ¿Cuál es la función que cumple la responsabilidad civil? tengamos en cuenta que, según Kemelmajer (2009), el estudio de las funciones de la responsabilidad civil “sirve como eje imprescindible para interpretar las reglas que se ocupan de la responsabilidad, acomodando su sentido al cumplimiento de los propósitos perseguidos por la institución, y como guía para integrar la disciplina cuando encuentra lagunas” (p. 1310)¹⁴.

Según Espinoza (2002), afirma que el análisis de las funciones de la responsabilidad civil, deben ser analizadas desde la óptica de sus protagonistas, así: para el dañado es satisfactoria¹⁵, para el agresor es

¹² Asimismo, la esencia de estas definiciones actuales de responsabilidad civil, la encontramos en lo sostenido por Fernández (1996), al afirmar que al haber abandonado el Derecho su visión patrimonialista, donde el centro del sistema era ocupado por la propiedad, se dio una transición donde se colocó como eje del sistema jurídico a la persona humana, maximizando su protección ante cualquier daño que se le ocasione. A partir de ello, la esencia de la responsabilidad civil, no radica en castigar al agresor, sino, más bien, en sostener fundamentos jurídicos que nos permitan otorgar un resarcimiento integral a la víctima; para lograrlo, se tuvieron que extender los alcances de las definiciones clásicas de responsabilidad civil.

¹³ Es conveniente que, desarrolladas las definiciones actuales de responsabilidad civil, se aborde la concerniente a su naturaleza jurídica, no obstante, doctrinariamente se ha coincidido en que su naturaleza jurídica es, en esencia, resarcitoria, tanto así, que aquel que causa un daño a un tercero, no se le castiga con la responsabilidad civil, sino, esencialmente, se busca reparar los daños en la víctima, esto es, devolver a la víctima a su estado previo a la producción del daño.

¹⁴ En la doctrina existen innumerables clasificaciones sobre las funciones de la responsabilidad civil, empero, en nuestro país, la doctrina mayoritaria ha desarrollado dos criterios de clasificación; el primero, que clasifica a las funciones de la responsabilidad civil desde una perspectiva sistémica y diádica (clasificación postulada por el jurista Gastón Fernández); el segundo, que clasifica las funciones de la responsabilidad civil desde una perspectiva de sus protagonistas, esto es, una función integral (clasificación postulada por el jurista Juan Espinoza).

¹⁵ Porque debe quedar plenamente satisfecha (en la medida de lo posible) con el monto resarcitorio que recibe por los daños padecidos injustamente.

sancionadora¹⁶, para la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades¹⁷ y, por último, en comunidad a los tres sujetos anteriores se cumple una función de distribución de los costos de los daños ocasionados¹⁸¹⁹.

Finalmente, uno de los principios más importantes de la responsabilidad civil es el principio de la reparación integral del daño²⁰. Este se fundamenta en devolver a la víctima a su estado anterior antes de sufrir el daño injusto (Espinoza, 2015)²¹. Asimismo, concordante con esta tendencia a fijar la importancia del resarcimiento del daño, no en el responsable, sino en la víctima, el art. 1740 del Código Civil y Comercial de la República de Argentina, ha asimilado este principio bajo la denominación de la reparación plena²².

¹⁶ Porque el monto resarcitorio que estará obligado a pagar buscará sancionar su comportamiento dañoso.

¹⁷ Porque con el monto resarcitorio impuesto al agresor, se da una advertencia a la colectividad, que si imitan esa conducta, esa misma sanción podría recaer en ellos.

¹⁸ Porque se buscará distribuir el monto resarcitorio entre todos los involucrados, a fin de que este monto resarcitorio sea lo más equivalente (en la medida de lo posible) al daño causado en la víctima.

¹⁹ Contraria a esta postura, en la doctrina peruana, tenemos a la de Fernández M.G. (2009) quien indica que las funciones de la responsabilidad civil se orientan desde una doble perspectiva; la primera, esto es, la perspectiva sistémica, teniendo en cuenta si nos encontramos en un modelo económico individualista o solidarístico, se cumplirá función preventiva y una función incentivadora o desincentivadora, de aquellas actividades que ocasionen daños; la segunda, esto es la perspectiva diádica, teniendo en cuenta un análisis intersubjetivo, es decir, entre la víctima y el responsable del daño, se cumplirán, sea una función satisfactoria, una función de o una función distributiva.

²⁰ En suma, el principio de la reparación integral del daño actúa de forma distinta si se está frente a un daño al ente objetivo (patrimonial) o subjetivo (no patrimonial) de la persona; en el primer caso, el principio de la reparación integral actúa a través del principio de equivalencia, donde se busca restablecer el equilibrio económico afectado en la víctima, al integrar nuevamente en su patrimonio, sea mediante partidas monetarias, sea en especie, los bienes o valores perdidos; en el segundo caso, los daños que afecten la integridad corporal, proyecto de vida o los sentimientos espirituales o afectivos de la persona, el principio de la reparación integral actúa mediante la función satisfactoria o consolatoria, donde se otorgará una suma de dinero a título de resarcimiento, que podrá utilizar para dejar atrás el evento dañoso y, con ello, ir superando las consecuencias del accidente que le tocó padecer (Solarte, 2015).

²¹ A este principio se le ha denominado como principio de la reparación integral, completa o plena (Solarte, 2015).

²² Se indica en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2014 que: “(...) La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (...)”.

3. Una solución práctica desde el ámbito de los principios de la Teoría General del Derecho y de los principios del Derecho de Contratos.

La Teoría General del Derecho nos brinda dos principios que solucionan el tema en controversia, estos son: el principio de especialidad²³ y el principio de cronología normativa.

Mediante el primero, se admite la responsabilidad de las entidades bancarias, como responsables solidarios cuando son titulares del vehículo dado en leasing que ocasiona daños a terceros, bajo el fundamento de que el artículo 29 de la LGTTT prescribe su responsabilidad solidaria de forma **clara, precisa y textual**²⁴.

Para nosotros esta postura es correcta, por dos razones:

- a) Porque existe un marco genérico de aplicación para los casos de responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas y objetos riesgosos o peligrosos preceptuado en el artículo 1970 del Código Civil peruano, **el cual resulta ser un precepto de carácter general frente a lo estipulado en una normativa de carácter especial contenida en el artículo 6 de la LAF**, la cual regula la exclusión de responsabilidad civil de las empresas de leasing propietarias del bien que utilizado por la arrendataria cause daños a terceros (entiéndase “bien” en un sentido amplio del término).
- b) Porque el artículo 29 de la LGTTT posee una regulación específica en casos de responsabilidad civil por accidentes de tránsito, sobre lo preceptuado en el artículo 6 de la LAF y el artículo 1970 del Código Civil, por los siguientes motivos:
 - i) **Por la conservación de la calidad de propietario del vehículo que recae en la empresa de leasing financiero**: tal como lo reconoce de forma expresa el artículo 4 de la LAF y, además, por los propios documentos de transferencia y su inscripción a nivel de registros públicos; mientras que la arrendataria financiera tendrá solo la utilización de los bienes hasta que no ejerza su derecho a la opción de compra por un valor residual plasmado en el contrato de leasing²⁵.

²³ Mediante el principio de especialidad normativa, una norma de carácter especial desplaza a una norma de carácter general.

²⁴ La Casación N° 1088-2011 Lima y la Casación N° 2025-2013 Lima, emitidas por la Sala Civil Transitoria, se inclinan por esta postura.

²⁵ En las coordenadas legislativas del artículo 29 de LGTTT debe tener la calidad de propietario del vehículo para ser responsable civilmente.

ii) Por el bien objeto del contrato de arrendamiento financiero, tal como lo es un vehículo automotor: es el artículo 29 de la LGTTT que lo prescribe, mientras que, la LAF indica que se puede tratar de cualquier tipo de bienes: barcos, aviones, etc.

iii) Por el supuesto de hecho específico o el “escenario” que regula el artículo 29 de la LGTTT y no un supuesto de hecho genérico, tal como lo regula el artículo 6 de la LAF: porque se basa en un caso concreto, esto es, regular la responsabilidad civil por daños producto de un accidente de tránsito, y no, a regular un tipo contractual, tal como lo es el contrato de leasing.

iv) Por tratarse de una obligación de fuente legal con prestación solidaria de tipo pasiva, la cual restringe su ámbito interpretación jurídica al procedimiento o método de interpretación literal: Al mantener una norma que prescribe una responsabilidad solidaria, entre el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, de la empresa de transportes, norma que no se presume, sino que, debe tener un carácter expreso por mandato del Código Civil peruano (art. 1183) al tener una aplicación excepcional, esto es, que no puede tener una interpretación contraria a la ley, al dirigir la aplicación de la norma contra un fin distinto por el cual se estableció²⁶.

Mediante el segundo, al tener, el artículo 29 de la LGTTT (*que entró en vigencia en 1999*) y el artículo 6 de la LAF (*que entró en vigencia en 1984*) el mismo nivel de jerarquía normativa, y además por tener aparentes mandatos contradictorios, prima la de ulterior vigencia en el tiempo; por ende, primaria, por una cuestión de posteridad, la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT en virtud de la aplicación del principio de cronología normativa, haciendo responsable a las entidades bancarias en el supuesto estudiado.

²⁶ Asimismo, expresa Castillo (2013) una obligación con prestación solidaria, es una condición muy severa para cualquier deudor solidario, por ello, se ha restringido su interpretación, sea en una norma legal, sea en un contrato, al método o procedimiento de interpretación jurídica literal. En consecuencia, realizar una interpretación contraria, al establecer que el artículo 6 de la LAF prima por especialidad sobre el artículo 29 de la LGTTT, es realizar una interpretación contraria a la ley, al estar circunscrita la responsabilidad civil de la empresa de leasing financiero propietaria del vehículo que causa daños en accidentes de tránsito dentro de la órbita de una obligación de fuente legal con una prestación solidaria de tipo pasiva en el artículo 29 de la LGTTT.

Por otro lado, el Derecho de Contratos nos brinda dos principios que solucionan el tema en controversia, estos son: el principio de obligatoriedad y el principio de relatividad contractual.

Es sabido que en la práctica comercial, es común, que en los contratos de leasing financiero se incluya una *cláusula contractual de exclusión de responsabilidad por daños de las entidades bancarias*, esto es lógico, porque este contrato persigue una operación de financiamiento económico.

Empero, la jurisprudencia casatoria viene afirmando que los pactos de exclusión de responsabilidad civil no resultan oponibles a las víctimas accidentales de tránsito provocados por un vehículo dado en leasing²⁷.

Así pues, sostener la exclusión de responsabilidad de las entidades bancarias propietarias del vehículo que participa en accidentes de tránsito vulnera el principio de obligatoriedad contractual, debido a que la norma contenida en el artículo 6 de la LAF solamente se refiere a una consecuencia jurídica a nivel *inter-partes* del contrato.

La inoponibilidad de los pactos de exclusión de responsabilidad a favor de las víctimas (terceros ajenos al contrato de leasing), se fundamenta en que si nos encontramos dentro de un escenario de accidentes de tránsito producido por un vehículo dado en leasing, las víctimas del daño pueden hacer valer su derecho al resarcimiento (de forma indistinta) contra los sujetos indicados en la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT, **al ser una norma de carácter especial aplicable al tema objeto de estudio**; por consiguiente, al no aplicarse esta, por considerar “erróneamente” norma especial a la contenida en el artículo 6 de la LAF, **se termina vulnerando al principio de obligatoriedad contractual, por no tener esta última, un alcance extra-partes**²⁸.

Asimismo, también se vulneraría el principio de relatividad contractual si el juez aplica el tercer párrafo del artículo 6 de la LAF. Este principio se basa en que: “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (...)” (Código Civil, 1984, art. 1363).

²⁷ Tal como ha sido señalado en las sentencias de Casación N° 3141-2006 Callao; N° 3622-2000 Lima y la N° 2388- 2003.

²⁸ La inoponibilidad como categoría jurídica aplicable al tema objeto de estudio, se basa en que el tercero ajeno a la relación contractual (víctima de un accidente de tránsito causado por un vehículo dado en leasing) se comportará como si el derecho, a excluirse de responsabilidad civil de las entidades bancarias, no existiera, esto es, por una razón digna de tutela jurídica en aplicación del artículo 29 de la LGTTT.

Ciertamente, los acuerdos que adoptan las partes en el contrato de leasing no le restan ningún derecho a terceros ajenos a tal contrato, siempre que estemos presentes en un escenario completamente distinto al de los accidentes de tránsito, porque ahí si existe aplicación especial del artículo 6 de la LAF; empero, cuando se trate de un supuesto de accidentes de tránsito producidos por un vehículo dado en leasing, los acuerdos adoptados en virtud de un contrato de arrendamiento financiero no tendrán *efectos directos*²⁹ sobre las víctimas del accidente; en consecuencia, la víctima del accidente podrá dirigir su pretensión resarcitoria contra el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso de la empresa de transportes³⁰.

4. La responsabilidad civil como un mecanismo de protección de dignidad humana

Más allá de un tema de “*aplicación normativa*”, también se ha examinado la responsabilidad civil en el leasing vehicular desde una óptica constitucional, debido a que la exclusión de responsabilidad de las entidades bancarias en este supuesto, reduce severamente las posibilidades de la víctima de ver indemnizado su daño, por ende se debe buscar su protección

²⁹ Se explica tal opinión, desde los efectos del contrato, los cuales pueden ser *directos e indirectos*; los primeros, desarrollan los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo contractual; los segundos, desarrollan simplemente un reconocimiento de los terceros por la nueva situación jurídica generada por el contrato. *El principio de relatividad contractual se manifiesta solo en el primer caso.*

³⁰ Se debe resaltar, que la víctima del accidente de tránsito con un vehículo dado en leasing, posee una esfera jurídica distinta a la desarrollada por las partes que suscriben el contrato de leasing financiero, por tanto, reiteramos que al restar el derecho de las víctimas en virtud de la aplicación del artículo 6 de la LAF, se vulneraría el principio de relatividad contractual, al suprimirse – mediante un contrato- la situación de ventaja activa que posee la víctima del daño extracontractual.

desde una interpretación del principio de dignidad humana³¹³²³³, tal como se explica en la Casación N° 2112- 2017 Huánuco:

Tal protección surge de una interpretación de la responsabilidad desde sede constitucional. Así, si la llave interpretativa de todos los derechos es el principio de la dignidad humana, que se manifiesta palpablemente en los derechos tutelados en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, es obvio que el referido principio quedaría claramente mellado ante la imposibilidad de obtener una indemnización que repare los daños ocasionados, más aun si las normas de exoneración desamparan a quien sufre el daño y protegen a la parte que posee la mejor posición para asumir los costos del daño (Corte Suprema de Justicia de la Republica, Sala Civil Permanente, Casación N° 2112-2017 Huánuco, 2017).

Ahora bien, si las normas de exoneración, esto es, el artículo 6 de la LAF, desampara a quien sufre el daño (víctima de un accidente de tránsito con un vehículo dado en leasing) y protegen a la parte que posee la mejor posición para asumir los costos del daño (Empresa de Leasing Financiero), nos estamos dirigiendo en contra de lo que nuestro Estado Social y Constitucional busca, esto es, lograr que mediante la protección de la dignidad humana se **logre potenciar la calidad de vida de las personas** y, en específico, de las víctimas de accidente de un tránsito.

La severa disminución de las posibilidades indemnizatorias que tiene la víctima del daño ocasionado con un vehículo dado en leasing se traduce, desde un análisis dogmático, de la siguiente manera:

³¹ Según Beltrán (2018), desde el reconocimiento a nivel constitucional de la tutela de la dignidad de la persona humana como el fin supremo que persigue nuestra Sociedad y el Estado, esta se convirtió en el principio orientador de todo nuestro sistema jurídico, y dentro de los mecanismos que existen para su protección, se encuentra a la responsabilidad civil.

³² Una doctrina atenta al fenómeno de constitucionalización del derecho privado ha estudiado a la dignidad humana y la su defensa mediante la responsabilidad civil: “En la disciplina de las obligaciones, «la responsabilidad civil no ha escapado al influjo de esa renovada atención que gira alrededor de los derechos constitucionales fundamentales, la dignidad en particular, lo que la ha llevado a ampliar sus horizontes y a intentar buscar mecanismos que le permitan una mayor aproximación al principio de reparación integral del daño» (...). En particular, la dignidad humana «constituye un elemento fundamental para la construcción de un modelo de reparación de los daños a la persona (...)» (Félix, 2018, p.199).

³³ Así pues, desde el siglo pasado el Derecho ubicó como eje, centro y fin a la persona humana, dejando de lado la perspectiva patrimonialista y cosificadora mantenida en los antiguos códigos civiles peruanos (de 1852 y 1936), preceptuándose en la Constitución Política del Perú en su artículo 1 que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, es sobre este principio que se cimienta todo nuestro sistema jurídico, garantizando que todos los seres humanos seamos tratados como fines y no como medios.

Si los órganos jurisdiccionales consideran la aplicación normativa, *en primer orden*, del artículo 6 de la Ley de Arrendamiento Financiero en un supuesto de accidentes de tránsito, se tendría que (F) es la *empresa de leasing financiera propietaria del vehículo*, (X) la *arrendataria financiera* y (Y) el *conductor del vehículo* que causa el daño, donde: (F) se vería excluido de responsabilidad solidaria, dejando solamente para asumir el costo de los daños generados en el accidente de tránsito a (X) y (Y).

Empero, su consecuencia sería la aplicación normativa, *en segundo orden*, del artículo 29 de la Ley General de Transporte, que regula el supuesto de accidentes de tránsito, donde (F) que ha sido excluida de asumir los costos del daño (por aplicar en primer orden la Ley de Arrendamiento Financiero), solo dejaría, de *forma irrazonable*, la responsabilidad de (Y) y, de ser el caso, la **“empresa de transporte”**; empero (y aquí se justifica la reducción del monto indemnizatorio), en el caso de (X) que es la arrendataria financiera, **se considera que, puede ser o no, una empresa de transporte, y si el arrendatario financiero no lo fuera, no será considerado para asumir los costos del daño**³⁴, dejando únicamente a (Y), esto es, el conductor del vehículo, quien se presume, que generalmente no tiene la capacidad económica para asumir los costos del daño.

Por tanto, para nosotros no siempre debe indemnizar los daños el sujeto que los causo, sino, más bien, que puede ser uno distinto al que los produjo, que en virtud de una imposición legal está llamado a responder civil y solidariamente, esto último tiene justificación en una máxima de protección que otorga el principio de dignidad humana a los individuos, al buscar evitar que sujetos con una mayor capacidad técnica, organizacional, profesional y económica, tales como las empresas de leasing financiero, se vean beneficiados a costa de la vida de personas (entiéndase víctimas de accidentes de tránsito), que se presume, no ostentan una posición económica similar a la de estas empresas.

³⁴ Esto último, sucede porque nos encontramos **frente a una obligación solidaria de tipo pasiva** que, es por esencia expresa y, por ende, no admite que se haga una interpretación extensiva de “prestador del servicio de transporte terrestre”, tal como lo viene interpretando la Corte Suprema en la sentencia de Casación N° 1158-2010-Lima, señalando que no se puede sostener una imputación de responsabilidad realizada a una empresa ganadera avícola que contrato los servicios de transporte de un tercero propietario del vehículo: “No resulta posible atribuir responsabilidad a Avinka Sociedad Anónima, pues no es uno de los sujetos comprendidos por la responsabilidad objetiva prevista en el artículo veintinueve de la Ley número veintisiete mil ciento ochenta y uno, y no se ha demostrado que incurra en alguno de los supuestos de responsabilidad subjetiva previstos en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil” (Campos, 2019, p. 274).

5. La aplicación de las funciones de la responsabilidad civil y el principio de la reparación integral del daño

Como se dijo anteriormente, el análisis de las funciones de la responsabilidad civil nos permite interpretar sus reglas y orientar el cumplimiento de sus propósitos que busca la institución, por ende, es indispensable que toda decisión judicial apunte al cumplimiento de las funciones de la responsabilidad civil (satisfactoria, de equivalencia, de sanción, preventiva y disuasiva) para evitar propiciar incentivos perversos (incentivando la ocurrencia de daños).

Sin embargo, se ha encontrado que en el “**estado actual**” del tema objeto de estudio, existe una **priorización de la función satisfactoria de la responsabilidad civil** y se debe al marco legal actual, nos referimos, a la norma especial contenida en el artículo 29 de la LGTTT; asimismo, esta postura puede gozar de cierta tonalidad paternalista, pero se entiende que surge de la propia esencia de la norma citada.

Esto se debe a que la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT **no posee un monto límite para el resarcimiento de los daños**, el cual deberá asumir el propietario del vehículo al tener la condición de codeudor solidario con otros actores (ejemplo, las entidades bancarias que ceden en leasing sus vehículos a otras personas naturales o jurídicas), lo que denota un protagonismo a favor de la víctima del daño, pero la cual, ciertamente, no resulta ser el único actor en la escena.

Si en aplicación del tercer párrafo del artículo 6 de la LAF se reducen notablemente las posibilidades indemnizatorias de la víctima, sucede todo lo contrario en aplicación del artículo 29 de la LGTTT, porque potencia la función satisfactiva de la víctima, es decir, que luego del evento dañoso el agraviado tiene más posibilidades de recibir un resarcimiento integral, porque hace cargar el resarcimiento de los daños, si bien contra un sujeto que no los causó (entidad bancaria propietaria del vehículo dado en leasing), pero que está llamado a responder en virtud de una imposición legal.

Por otro lado, la aplicación del principio de la reparación integral del daño, también puede sustentar la responsabilidad civil en el leasing vehicular. Porque este principio se basa en devolver a la víctima al estado anterior a la producción de la conducta dañosa, por ende, a pesar de que exista la contratación de un seguro pero que posea un monto límite que no cubra integralmente los daños, la víctima podrá solicitar la parte de los daños que no han sido indemnizados (en aplicación de este principio), sea a la empresa de leasing financiero propietaria del vehículo dado en leasing, sea al conductor, o, sea a la arrendataria financiera (si fuese una empresa de

transportes), en aplicación de la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT.

Empero, desde una óptica del “**deber ser**” se han aplicado las funciones de la responsabilidad civil (desde una perspectiva sistémica y diádica) en el supuesto estudiado mediante la **Casación N° 2112-2017** Huánuco emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia (postura distinta a la actual, en donde solo se prioriza la función satisfactiva de la responsabilidad civil), la que desarrollado esta nueva interpretación desde el marco legal de la Ley de Arrendamiento Financiero y su reglamento.

Respecto a la perspectiva sistémica, en la casación citada, se desarrolla una función preventiva y una función de distribución social de los daños; la primera, se desarrolla obligando a la empresa de leasing a verificar y compeler a que su arrendataria financiera suscriba la póliza de seguros (las obliga a ser diligentes); la segunda, se desarrolla mediante el mecanismo del seguro, diluyéndose en la sociedad en general el pago del monto indemnizatorio.

Respecto a la perspectiva diádica, en la casación citada, se desarrolla una función satisfactiva, porque se busca que la víctima reciba un resarcimiento lo más “adecuado posible” mediante el pago del seguro.

Teniendo en cuenta que la base legal, de la casación citada, para sostener la obligación de asegurar los bienes materia de leasing financiero se desprende del artículo 23 del Decreto Supremo N° 559-84-EFC (reglamento de la LAF), donde se indica “corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros”, para Espinoza (2019) se debe entender que “de dos, una: o llama a la compañía de seguros en el proceso o responde, como cualquier propietario, tal cual lo establece el art. 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre” (p. 1013).

Sin embargo, precisamos que lo que se discute en el tema objeto de estudio no es la suscripción de una póliza de seguro, sino, más bien, si las entidades bancarias pueden ser responsables civil y solidariamente (en el supuesto estudiado), lo cual sostenemos de forma afirmativa en virtud de la aplicación especial del artículo 29 de la LGTTT; empero, en la casación analizada este desarrollo argumentativo se ha efectuado “**erróneamente**” a partir de las coordenadas legislativas previstas en el artículo 6 de la LAF.

6. La responsabilidad civil solidaria por garantía de la empresa de leasing propietaria del vehículo que causa daños en accidentes de tránsito

Para nosotros, en el supuesto estudiado, existe una responsabilidad civil solidaria por garantía de la entidad bancaria en el supuesto analizado. Debido a las peculiaridades de esta imputación sostenemos que confluyen en ella ciertos pilares o figuras jurídicas tales como: *las obligaciones solidarias, el criterio de imputación objetivo por garantía, la socialización de los riesgos y la obligación de gestión de riesgos de la actividad empresarial*, estos horizontes interpretativos poseen su base normativa en el artículo 29 de la LGTTT.

a. Las obligaciones con prestaciones solidarias

Para Campos (2019) “la solidaridad como garantía de la víctima³⁵ ha cumplido un importante rol, y **ha actuado como una suerte de vehículo que ha llevado más lejos las fronteras de la responsabilidad civil**” (p. 248).

Una doctrina atenta, sostiene que en el plano de la responsabilidad civil, mediante la solidaridad de tipo pasiva se consigue potenciar la situación del acreedor, al parecer, a través de una situación de garantía (Diez-Picazo, 1996). Por otro lado, Espinoza (2002) menciona que, la solidaridad de tipo pasiva en el plano de la responsabilidad civil, se orienta hacia la protección jurídica de la víctima del daño al garantizarle obtener un resarcimiento integral, evitando hacer frente al riesgo del daño anónimo, insolvencia de los responsables del daño (deudores) y los costos de demandarlos a todos.

Al examinar la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 29 de la LGTTT, observamos que se agencia de una obligación de fuente legal con una prestación solidaria de tipo pasiva *¿Qué quiere decir esto en el campo de la responsabilidad civil por accidentes de tránsito?* quiere decir que es una garantía para la víctima del daño, porque puede ejercer su derecho al resarcimiento contra cualquiera de los responsables, o contra todos juntos si así lo decide, disminuyendo de esa forma los riesgos de que su interés no sea satisfecho, sea por hacer frente al riesgo del daño anónimo, sea por insolvencia de los responsables del daño (deudores), o, sea por los costos de demandarlos a todos.

En consecuencia, cuando el agente directo causante de un accidente de tránsito no sea el propietario del vehículo, se le considera un *garante del pago* en virtud de la aplicación del artículo 29 de la LGTTT.

³⁵ De la misma opinión son Osterling y Castillo (2006) quienes indican que la solidaridad, en el rubro de responsabilidad civil extracontractual, cumple una relevante función en el ámbito social y jurídico, esto es: “una (...) *garantía para la víctima*, que podrá ejercer su derecho a ser indemnizada contra cualquiera de los responsables solidarios, o contra todos juntos si lo prefiere, disminuyendo de esa forma los riesgos de que su interés no sea satisfecho” (p. 921).

b. El criterio de imputación objetivo de garantía de la reparación del daño

Gálvez (2016) añade que, en un supuesto de responsabilidad civil, no solo puede asumir las consecuencias del daño el responsable directo, sino también, el responsable indirecto debido a que mantiene, con el primero, una conexión especial, sea por una relación de dependencia, de cuidado, o, incluso, por tener la titularidad de un bien que el agente directo utiliza, tal es el ejemplo de los sujetos que tienen la calidad de propietarios del vehículo que en su utilización por el agente directo causa daños a terceros.

Indica Gálvez (2016) que el criterio de imputación objetivo conocido como garantía de reparación del daño descansa sobre el principio de la solidaridad, el cual es una figura que sirve para sustentar la responsabilidad conjunta entre el causante directo y el propietario del bien que ocasiona daños a terceros.

La garantía de la reparación como criterio de imputación, se ha desarrollado a partir del fenómeno de potenciar la función satisfactoria de la responsabilidad civil, sin importar la atribución causal del daño al agente directo, el cual fue advertido por la doctrina peruana y la doctrina italiana; primero, tenemos en la doctrina peruana a Fernández (2015) al indicar que:

El haberse reconocido la centralidad de la persona humana en tanto “sujeto de derecho” permite percibir, en nuestros días, que lo que interesa existencial y jurídicamente no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño, o de otros factores o criterios de atribución sino, más bien, atender a la magnitud de las consecuencias del daño ocasionadas a la persona (p. 252).

Por su parte, en la doctrina italiana Corsaro (2000) indica que:

(...) la creciente atención hacia la reparación, con menoscabo hacia el hecho ilícito (favorecida por una legislación especial más copiosa) explica porque la doctrina ya no tiene necesidad –ni ganas- de preguntarse si quien está obligado al resarcimiento es el verdadero autor del ilícito, ni si aquel responde por el hecho ajeno o por el hecho propio (...) todo lo cual constituye un distanciamiento de la moralidad del Derecho (p. 68).

En esa línea de pensamiento, la responsabilidad civil se ha ido extendiendo tanto, llegando a sustentar la reparación de los daños ocasionados por hechos ilícitos ajenos. Para Corsaro (2000) cuando por imposición de la ley se indique que un sujeto debe responder por el hecho ilícito de otro, independientemente de la culpa propia, estaremos en el terreno de la responsabilidad por garantía el hecho ilícito de otro. Según la doctrina este supuesto de responsabilidad explica mejor la responsabilidad civil solidaria

del propietario del vehículo según las coordenadas legislativas del artículo 29 de la LGTTT (Campos, 2019)³⁶.

Es por esto que la empresa de leasing financiero (propietaria del vehículo que utilizado por la arrendataria ocasiona daños a terceros) puede asumir una responsabilidad civil solidaria por garantía al tener el dominio jurídico del vehículo y, mediante la obligación solidaria prevista en el artículo 29 de la LGTTT, se le atribuye responsabilidad civil por este factor de atribución objetivo.

c. La socialización de los riesgos

Para Campos (2019) en la actualidad quien crea un riesgo debe contar con un seguro que cubra los daños, esto es posible para aquellas empresas (en general) que pueden asumirlo como un costo de producción y distribuirlo en la sociedad; entonces, este proceso será conocido como la socialización de los riesgos, esto es, juntando a la responsabilidad civil con el seguro obligatorio o, *de una forma indirecta*, utilizando criterios de imputación que permitan colocar el costo del daño *en aquel sujeto que está en una mejor posición para redistribuirlo en la colectividad, sea bajo el sistema de precios (en los bienes o servicios), sea bajo el sistema del seguro*³⁷.

³⁶ En la experiencia jurídica nacional se ha reconocido (a nivel jurisprudencial) que la responsabilidad civil del propietario del vehículo en casos de accidentes de tránsito se fundamenta en el criterio de imputación de garantía, tal como se ha sostenido en el emblemático caso de accidente de tránsito de Joao Ivo Dutra Camargo (Exp. N° 18707-2011, 2012), donde se fijó a favor de sus deudos por el 28° Juzgado Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima la suma de ciento cincuenta mil nuevos soles como reparación civil que abonaría el conductor con el tercero civilmente responsable, esto es, la Empresa de Transportes Orión Urbanus S.A. Empero, en apelación la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel elevó el monto indemnizatorio a un millón de nuevos soles que deberían pagar los solidariamente responsables. En este caso histórico, se estableció que la responsabilidad civil del propietario del vehículo se fundamentaba en: “(...) *se comprenden como responsables a terceros no causantes, a efectos de garantizar el pago de la reparación, y en razón a que estos mantienen una especial vinculación con el causante o con el bien con el que se ha causado el daño*”. En ese sentido, como quiera que en ciertos casos el obligado directo o causante del daño, no se encuentra en la posibilidad material de correr con el costo del mismo, y dado que la responsabilidad civil se ha creado precisamente para buscar y lograr la reparación de daños, el propio ordenamiento jurídico es el que impone a ciertas personas la calidad de garantes de la reparación de los daños ocasionados por las personas con quienes se encuentran especialmente vinculadas, a los que como en todos los casos de garantía les impone la obligación solidaria de responder conjuntamente con el causante directo (Corte Superior de Justicia de Lima, 28° Juzgado Especializado en lo Penal, Exp. N° 18707-2011, 2012)”.

³⁷ Asimismo, sumado a una función de distribución social de los daños en la responsabilidad civil, agrega De Trazegnies (2015) que si “nuestras sociedades viven dentro de una organización de mercado (...) se debe cargar el pago de la reparación a la parte que esté en mejores condiciones

En efecto, desde una perspectiva social, con el posicionamiento del ser humano como centro de todas las instituciones jurídicas, los caminos de la responsabilidad civil se fueron orientando hacia la responsabilidad civil objetiva y el seguro, instaurándose una política de distribución social de los daños en todo el tejido social; así pues, las entidades bancarias tienen la posibilidad de asegurar el vehículo dado en leasing, a fin prevenir la producción de daños extracontractuales, al diluir su costo económico, tal vez no hacia toda la sociedad, pero por los menos a un grupo significativo de ella, es decir, los propietarios de los vehículos.

Además, según Campos (2019) estas entidades financieras operan bajo una forma empresarial, por ende, según el autor “está en mejores condiciones para diluir el riesgo entre sus clientes y gestionarlo de una manera profesional (...)” (P. 276-277). Esto se refiere a que la empresa de leasing puede diluir el costo de sus daños en sus prácticas económicas, es decir, mediante el sistema de precios, lo cual también se entiende como un mecanismo, aparte del seguro, dentro de la socialización de los riesgos.

Así pues, se sostiene que existe una presunción de que las entidades bancarias propietarias del vehículo dado en leasing poseen una mayor capacidad económica para asumir el costo de los daños, esto se desprende del propio texto del artículo 29 de la LGTTT, que no indica ninguna discriminación al enumerar al propietario del vehículo como sujeto responsable de los daños que podría ocasionar un conductor distinto a él, incluyéndose, indudablemente, a las entidades bancarias, más aun si se observa que la LGTTT *es posterior* a la LAF.

Para nosotros la imposición legal de fijar como responsable a las entidades bancarias en el supuesto analizado, es un tema de *política legislativa*, debido a que manejan un gran activo y las víctimas de accidentes de tránsito, generalmente, presentan graves daños (patrimoniales y no patrimoniales); en consecuencia, no debe sorprendernos que el legislador, al examinar la realidad nacional, haya preferido brindar un mayor margen de tutela a estas a través de la *imputación de responsabilidad* de las entidades bancarias cuando el objeto que ocasionó el daño es un vehículo dado en leasing.

d. La obligación de gestión de riesgos de la actividad empresarial

Esta figura jurídica, según Campos (2019) solo sería de plena utilidad si es que el propietario del vehículo tuviera una forma empresarial.

Esta obligación de gestión de riesgos de la actividad empresarial, no se desarrolla en una vinculación entre el sujeto y el riesgo, es decir que la

económicas de asumir el costo e ingresarlo a esa red universal de distribución (...) el mercado” (p. 81).

primera desarrolle un tipo de conducta que ocasione la creación del riesgo, sino, más bien, que esa gestión es debido a su forma empresarial, organizacional, y de control económico que tiene el sujeto (empresa) al desarrollar una actividad que genera riesgos en la sociedad; asimismo, su posición le permite gestionar y minimizar el riesgo, al asignarle cierto valor, y tener acuerdos que logren la compensación de la víctima, a través de mecanismos como el sistema de seguros o el de precios (Campos, 2019).

A partir de ello, la doctrina sostiene que esta obligación de gestionar los riesgos de su actividad es una hipótesis válida para imputarle al propietario del vehículo (si tiene forma empresarial) un comportamiento culposo; empero, en nuestro país en materia de responsabilidad civil por accidentes de tránsito se maneja un criterio objetivo de responsabilidad, lo que soslaya la aplicación de la culpa; de cualquier modo, esto si resulta valido para fundamentar el castigo (en la cuantificación del daño) mediante la función sancionadora de la responsabilidad civil por la conducta negligente de la indebida gestión de riesgos de la actividad empresarial, de ser el caso, del propietario del vehículo (Campos, 2019).

Así pues, si los deseamos ver desde el ámbito subjetivo a fin de “*cuantificar los daños*”, se podría sustentar su responsabilidad de las entidades bancarias propietarias del vehículo dado en leasing no solo por **no haber cumplido previamente** con tener acuerdos que logren la compensación de la víctima (bajo el sistema de seguros o el de precios), sino, también, si al “transferir” uno de sus vehículos a otro sujeto, no ha tenido la debida diligencia **de evaluar con quién contrata**, pues se los facilita sabiendo que es un sujeto con antecedentes de accidentes de tránsito, se sume en una suerte de “culpa” por negligencia, al no prever **un posible resultado**. Esto se podría graficar cuando la entidad bancaria conoce que determinada empresa de transportes tiene un alto grado de accidentes, en consecuencia, mal hago en celebrar un contrato de leasing con ella, pues incremento la posibilidad de que se produzca un nuevo accidente. Es por ello que sostenemos que el resultado dañoso la debería vincular, al seguir manteniendo la titularidad del bien.

Si bien es cierto, el banco no genera ningún riesgo con la cesión del vehículo a través del leasing, sin embargo lo *promueve en orden a sus satisfacciones económicas*³⁸, ya que si el banco tuviera la plena seguridad de que el

³⁸ “(...) aquí podría señalarse que quien crea el riesgo es el arrendatario, y por ello es el quien debe indemnizar, pero no es menos cierto que quien lo promueve en orden a sus satisfacciones económicas que en nada tienen en cuenta los posibles perjuicios a terceros, son las intermediarias financieras, los que por esa razón son los que deben soportar el riesgo respectivo cuando no pueden acreditar el aseguramiento del bien por parte del arrendatario” (Corte Suprema de Justicia de la Republica, Sala Civil Permanente, Casación N° 2112-2017 Huánuco, 2017).

automotor no llegará a circular por las calles no se exigiría que cumpla con cierta diligencia al contratar sobre tal bien (fijación de seguros, evaluación de la capacidad de riesgo o incidentes de la empresa usuaria). El banco sabe que el vehículo se desplazará y, asimismo, que ello trae implícito un riesgo en la producción de daños a terceros (sean peatones, sean unidades móviles).

En resumen, debe entenderse que la entidad bancaria promueve dicho riesgo desde que contempla la posibilidad de ser arrendador financiero sobre vehículos, si no fuese así, abandonaría dicha opción como operación económica, buscando arrendar bienes menos riesgosos que un automóvil.

II. Una “posible” reforma legal

Una postura denominada intermedia ha sido sostenida por Messinas³⁹ (citado por Espinoza, 2016) al indicar que:

Lo ideal es que la empresa de leasing tenga responsabilidad frente al tercero, pero que pueda evitar enfrentarse a la obligación de indemnizar, cargando dicha responsabilidad a la aseguradora. (...) A nosotros nos parece conveniente que sea la empresa de leasing la que soporte el pago de las primas, pues precisamente el seguro es el escudo de ésta ante la posibilidad de tener que responder objetivamente ante terceros dañados. Además la empresa de leasing estará en mejor posición para asumir el riesgo por los daños que puedan producirse y para diluir los costos en sus operaciones económicas. En todo caso, es claro que finalmente tal empresa trasladará los montos de las primas al arrendatario, vía la renta a pagar (p. 654).

Para nosotros, esta posición intermedia sería la correcta, debido a que generaría un equilibrio entre el derecho al resarcimiento integral de la víctima y la viabilidad del contrato de arrendamiento financiero en nuestro país; esto se podría alcanzar mediante una futura modificación legislativa del artículo 29 de la LGTTT.

Entonces si, por un lado, deben cautelarse los ahorros públicos y los beneficios de las empresas financieras⁴⁰ y, por otro lado, se debe buscar una protección

³⁹ Lorenzetti (2007) comentando la responsabilidad de la empresa de leasing propietaria de los bienes dados leasing por los daños ocasionados a terceros, explica que en la doctrina civil de argentina se desarrollaron dos posiciones; la primera, que sustenta la responsabilidad civil solo de la arrendataria, por ende, excluye de responsabilidad a la empresa de leasing; la segunda, que sustenta una arbitraria limitación de responsabilidad civil de la empresa de leasing, argumentando una posición en protección del tercero dañado. En efecto, este autor añade que, en este supuesto de responsabilidad civil, se debe adoptar *una posición intermedia*, esto es, un equilibrio entre el derecho al resarcimiento de la víctima del daño y la viabilidad del contrato de leasing financiero, esto último, a fin de evitar que se disuada su utilización en el mercado como instrumento de financiamiento económico.

⁴⁰ Esto se debe a que los ahorristas son los que financian los contratos de leasing, indirectamente, al ser utilizado su dinero por las entidades bancarias al momento de celebrar este contrato y, de

adecuada para los ciudadanos que sufren un accidente de tránsito con un vehículo dado en leasing financiero, es el sistema de seguros el que aparece como un punto de consenso para solucionar el conflicto de intereses de las partes involucradas; por consiguiente, la cuestión sería si: *¿se le debe excluir de responsabilidad a la entidad bancaria propietaria del vehículo dado en leasing si acredita la contratación de un seguro, sea de su parte, sea de su arrendataria?* o *¿debe seguir respondiendo civil y solidariamente conforme a las coordenadas legislativas actuales?*

Para nosotros, las entidades bancarias no deberían seguir respondiendo civil y solidariamente conforme a su regulación actual, sino, más bien, debe buscarse ese punto de consenso a partir de la contratación de un seguro contra todo riesgo. Empero, el alcance de la cobertura del seguro deberá ser amplio, pero no como el SOAT, el cual posee un monto ínfimo de cobertura.

Ciertamente la obligación de contratar un seguro es una obligación que se desprende de la propia Ley de Arrendamiento Financiero y de su Reglamento⁴¹, no obstante, en la práctica su empleo viene fracasando, sea porque no cubre totalmente los daños, sea porque nunca se suscribió la póliza de seguro, etc.

Así pues, si existieran los incentivos adecuados para las entidades bancarias, a fin de que utilicen mejor la opción del seguro, quizás las víctimas ya no tendrían la necesidad de acudir a un proceso (tedioso y prolongado) en contra de estas empresas; por tanto, a estas últimas, se les debe generar los incentivos adecuados para que aumenten **“los estándares de exigibilidad”** en lo que concierne a la contratación del seguro que cubra los riesgos comunes de los siniestros vehiculares.

Para nosotros, la póliza sería contratada por la arrendataria financiera, pero el que tiene un dominio *profesional, técnico y de organización*, es la entidad bancaria, la cual estará en una mejor posición de velar por la contratación de dicho seguro y de obtener el pago de las primas vía el canon de leasing;

esa manera, las entidades bancarias obtienen grandes beneficios económicos de la celebración de estos contratos; por ende, al sostener la responsabilidad civil de las entidades bancarias (propietarias del vehículo dado en leasing) se lesiona los intereses de los ahorristas y se desincentiva la obtención de beneficios económicos a favor de las empresas de leasing, lo cual impide la viabilidad este contrato en el mercado peruano, como un instrumento de financiamiento en el desarrollo económico del país.

⁴¹ Este mandato se desprende de la textualidad del artículo 23 del Decreto Supremo N° 559-84-EFCE-Establecen Normas Aplicables a Operaciones de Arrendamiento Financiero, donde se indica que para la aplicación del artículo 6 de la LAF “corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros”.

asimismo, si el seguro no cubriera todos los daños generados en la víctima, no se les deja a su suerte, sino, más bien, que se aplicaría el *principio de la reparación integral del daño*, dirigiendo la responsabilidad a la entidad bancaria propietaria del vehículo dado en leasing, y, por último, si no existiera la contratación de un seguro, la entidad bancaria sería responsable mediante la imputación de responsabilidad civil por garantía (*aquí se acentúa, el haber contemplado la posibilidad de prevenir la producción de daños extracontractuales frente a terceros al contratar un seguro contrato todo riesgo y, pese a ello, no tuvo un comportamiento diligente*).

Por ende, la regulación idónea en este supuesto de responsabilidad en nuestra opinión sería:

En primer lugar, modificar el segundo párrafo del artículo 29 de la Ley N° 27184, a fin de precisar que no se aplica la obligación con prestación solidaria en caso el propietario del vehículo sea una entidad bancaria en el marco de ejecución de un contrato de arrendamiento financiero. Esto se propone, en vista de que nos encontramos en el escenario de las obligaciones solidarias, las cuales restringen su interpretación al método literal, por tanto, se debe efectuar una precisión adecuada de la norma, suprimiendo la obligación con prestación solidaria de tipo pasiva en la que se encuentra la empresa de leasing y, por la cual, responde de forma ilimitada respecto al resarcimiento de los daños.

En segundo lugar, agregar un párrafo adicional en el artículo 29 de la Ley N° 27184, estableciendo la obligatoriedad de la empresa de leasing de compeler a su arrendataria financiero realice la contratación de un seguro contra todo riesgo, en caso de que el daño sea superior al monto contratado por el seguro, recién existirá responsabilidad civil del propietario del vehículo dado en leasing financiero, y en caso de que no se haya contratado un seguro por parte de la arrendataria financiera, la empresa de leasing financiero será responsable civil por los daños que pueda causar el vehículo dado en leasing.

Conclusiones

Desde un análisis dogmático: las entidades bancarias propietarias del vehículo dado en leasing (que utiliza la arrendataria) con el cual se ocasionan daños a terceros **es responsable civil y solidariamente de acuerdo a las coordinadas legislativas del artículo 29 de la LGTTT**, en virtud de la aplicación de los principios de especialidad y de cronología normativa (desde el ámbito de la Teoría General del Derecho) y de los principios de obligatoriedad y relatividad contractual (desde el ámbito del Derecho de Contratos).

Por otro lado, se sustenta su responsabilidad “*en el estado actual*” desde una priorización de la función satisfactoria de la responsabilidad civil y de la aplicación del principio de la reparación integral del daño (argumentos desde el ámbito de la responsabilidad civil); primero, se potencia la función satisfactoria porque la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT, no posee un monto límite para el resarcimiento de los daños que deba asumir el propietario del vehículo; segundo, porque al aplicarse el principio de la reparación integral del daño, a pesar de que se haya contratado un seguro contra todo riesgo, pero **que posea un monto límite**, se podrá solicitar la parte de los daños que aún no han sido resarcidos: a la entidad bancaria propietaria del vehículo dado en leasing, al conductor o a la arrendataria financiera (si fuese una empresa de transportes), en virtud de la norma solidaria prevista en el artículo 29 de la LGTTT.

Asimismo, sostenemos que existe una imputación solidaria por garantía (nuevamente, argumentos desde el ámbito de la responsabilidad civil) de la entidad bancaria propietaria del vehículo dado en leasing en supuestos de accidentes de tránsito, la cual se basa en los siguientes pilares: *las obligaciones solidarias, el criterio de imputación objetivo por garantía, la socialización de los riesgos y la obligación de gestión de riesgos de la actividad empresarial*, los cuales se han diseñado como horizontes interpretativos de la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT.

Finalmente, desde una perspectiva propositiva: sostenemos que debe efectuarse una reforma legal sobre la norma contenida en el artículo 29 de la LGTTT, la cual pueda consensuar los intereses en conflicto, esto es, por un lado, cautelar los ahorros públicos y los beneficios de las entidades bancarias obtenidos a partir de la celebración de los contratos de leasing financiero en nuestro país (*es decir, viabilizar su desarrollo*) y, por otro lado, garantizar un “resarcimiento integral” de las víctimas de accidentes de tránsito producidos por un vehículo dado en leasing financiero, la cual fue propuesta por parte del autor en la sección anterior.

Referencias bibliográficas

- Beltrán, J. (2018). “Recuérdame (...): El banco que lo puede todo otra vez. Resarcimiento vs. Contrato de arrendamiento financiero”. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (235), 23-34.
- Boneo, E. (1994). **Contratos Bancarios modernos**. Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot.

- Campos, J. (2016). “La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad”. *Actualidad Civil*, (25), 200-228.
- Campos, J. (2019). “La responsabilidad civil solidaria por garantía del propietario del vehículo y la empresa de transportes en los daños por accidentes de tránsito. Comentario a la jurisprudencia recaída en la Sentencia Casatoria N.º 2775-2012 Lambayeque”. En *Responsabilidad civil por accidentes de tránsito* (pp. 141-179). Lima: Instituto Pacifico.
- Corsaro, L. (2000). “La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en el derecho civil italiano”. *Ius Et Veritas*, 10 (21), 61-72. Recuperado de <https://bit.ly/2kJcQY5>
- Castillo Freyre, M. (2013). “Las obligaciones con pluralidad de sujetos y la solidaridad”. En Calderón Puertas, C., Agurto Gonzales, C. y Quequejana Mamani, S. (Coord.), *Las Obligaciones* (pp. 121-132). Lima: Motivensa Editora Jurídica.
- Castillo Freyre, M. & Osterling Parodi, F. (2004). “Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito”. Artículo publicado en *Revista de Derecho*, 907 a 961. Recuperado de <https://bit.ly/2kWbCZt>
- De Trazegnies, F. (2015). “Responsabilidad por riesgo”. En Soto Coaguila, C. (Dir.), **Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil**. Volumen II (pp. 246-294). Breña: Instituto Pacifico
- Diez-Picazo, L. (1996). **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Madrid: Civitas.
- Diniz, M. (2007). “Curso de Direito Civil Brasileiro. 7. Responsabilidade Civil”. São Paulo: Saraiva
- Espinoza, J. (2002). **Derecho de la Responsabilidad Civil**. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2015). “Perspectiva de modernización del Derecho de las Obligaciones. El estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana”. En *Derecho Civil Patrimonial* (pp. 155-184). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2016). **Derecho de la responsabilidad civil** (Octava ed.). Lima: Instituto Pacifico
- Espinoza, J. (2019). **Derecho de la responsabilidad civil** (Novena ed.). Lima: Instituto Pacifico.

- Félix, J. (2018). “Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana”. *Derecho PUCP*, (80), 187-237. Recuperado de: <https://bit.ly/2m4GdUE>
- Fernández, C. (2015). “Artículo 1984°: Daño Moral”. En Soto Coaguila, C. (Dir.), **Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual**. Comentarios a las normas del Código Civil. Volumen II (pp. 246-294). Breña: Instituto Pacifico.
- Fernández, C. (1996). “El derecho en un periodo de transición entre dos épocas”. *Revista Jurídica del Perú*, 06, 01-14. Recuperado de <https://bit.ly/2kSKOJq>
- Fernández, M.G. (2009). “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law”. En **Responsabilidad civil contemporánea** (pp. 59- 104). Lima: Ara Editores y Asociación Civil Ius et Veritas.
- Gálvez, T. (2016). **La reparación civil en el proceso penal: análisis doctrinario y jurisprudencial** (3a. ed.). Lima: Instituto Pacífico Actualidad Penal.
- Kemelmajer, Aída. (2009). “Funciones y fines de la responsabilidad civil”. En Moisset de Espanés, L. (ed. Lit.), **Homenaje a los congresos de Derecho Civil** (pp.1287-1330). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de <https://bit.ly/2m4rJ7f>
- Leyva, J. (2003). “El leasing y su configuración jurídica”. *Vniversitas*, 52(106), 743-789. Recuperado de <https://bit.ly/2m0uhn1>
- León, L. (2017). **La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas** (Tercera ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Lorenzetti, R. (2007). **Tratado de los Contratos**. Tomo II. Recuperado de: <https://bit.ly/2m049ZD>
- Polar, N. (2000). “Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero”. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 0(41), 345-358. Recuperado de <https://bit.ly/2mrDnJX>
- Solarte, A. (2015). “Responsabilidad civil y equidad en el Código Civil peruano de 1984. Análisis desde la perspectiva del Derecho

Comparado”. En **Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad civil** (pp. 271-306). Lima: Gaceta Jurídica.

Soria, A. (2016). “El contrato de leasing: análisis de la legislación peruana y del régimen especial de leasing inmobiliario para viviendas”. En J. Chipana. (Coord.), **Todo sobre el contrato de arrendamiento, un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones.** (pp. 67-104). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

**DERECHO COMERCIAL -
EMPRESARIAL - FINANCIERO**

**A importância do planejamento sucessório na empresa familiar:
o papel das *holding companies*^(*)**

**The importance of succession planning in family business:
the role of holding companies**

La importancia de la planificación de la sucesión en la empresa familiar: el papel de las *holding companies*

Ronaldo Alves da Silva¹

Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque²

Sumário: Introdução. **1.** Sociedade (empresa) familiar. **2.** Planejamento sucessório no direito empresarial. **3.** *Holding company* como ferramenta do planejamento sucessório na empresa familiar. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O universo empresarial é repleto de empresas originadas do esforço de pessoas da mesma família. De pequenos negócios a grandes conglomerados, há uma vasta gama de

(*) Recibido: 15/12/2019 | Aceptado: 22/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Analista Judiciário – Bibliotecário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/2866594129211017>
ronaldoalves1975@yahoo.com.br

² Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Professora de Direito Empresarial na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Advogada atuante na área empresarial. Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/7725518758665491>
alessandralmsa@gmail.com

empresas que nasceram familiares e continuam sendo tocadas pelos descendentes dos fundadores. Por conta disso, o ambiente empresarial e o doméstico estão interligados de forma que os conflitos de um têm reflexo no outro. A passionalidade e a cordialidade da relação familiar contrastam com a racionalidade do meio empresarial. Este artigo tem o objetivo de analisar as possibilidades de evitar que os negócios da família sejam atingidos pelos conflitos domésticos ao ponto de inviabilizar a continuidade da empresa familiar. As disputas ganham corpo na sucessão empresarial e a briga para ocupar os postos de comando dos negócios podem levar a família à ruína. O planejamento sucessório tem o objetivo de evitar que o patrimônio familiar seja dilapidado por causa das brigas familiares. Uma de suas principais ferramentas é a constituição de uma *holding company*, empresa utilizada para deter patrimônio e para exercer controle sobre outras empresas. A *holding* evita as disputas por postos na administração das sociedades familiares e equipara todos os membros da família na condição de sócios, titulares de suas cotas ou ações. A constituição da *holding* previne e soluciona conflitos, além de evitar que o patrimônio familiar seja pulverizado e dilapidado, mantendo o controle das empresas familiares nas mãos da família.

Palavras-chave: Empresa familiar, planejamento sucessório, sociedade holding.

Abstract: The business universe is full of companies originated from the efforts of people from the same family. From small businesses to large conglomerates, there is a wide range of family-owned businesses and that are still run by the founders' descendants. Because of this, the business and home environments are interconnected so that the conflicts of one are reflected in the other. The passionate and cordiality of the family relationship contrast with the rationality of the business environment. This article aims to analyze the possibilities of preventing family business from being affected by domestic conflicts to the point of making the continuity of family business unfeasible. Disputes increase with business succession, and the fight to occupy the business command posts can lead the family to ruin. Succession planning aims to prevent family assets from being dilapidated because of family quarrels. One of its main tools is the formation of a holding company, a company used to hold property and to exercise control over other companies. The holding company avoids disputes over positions in the management of family companies and equates all family members as partners, holders of their shares. The constitution of the holding company prevents and resolves conflicts, as well as

preventing family assets from being pulverized and dilapidated, keeping businesses control in the hands of the family.

Keywords: Family business, succession planning, holding companies.

Resumen: El universo empresarial está lleno de empresas originadas por los esfuerzos de personas de la misma familia. Desde pequeñas empresas hasta grandes conglomerados, existe una amplia gama de compañías que nacieron familiares y continúan siendo administradas por los descendientes de los fundadores. Debido a esto, los ambientes empresariales y domésticos están interconectados de manera que los conflictos de uno se reflejen en el otro. La pasión y la cordialidad de la relación familiar contrastan con la racionalidad del entorno empresarial. Este artículo tiene como objetivo analizar los modos de evitar que las empresas familiares se vean afectadas por conflictos internos hasta el punto de hacer inviable su continuación. Las disputas se materializan en la sucesión empresarial, y la lucha por ocupar los puestos de comando del negocio puede llevar a la familia a la destrucción. La planificación de la sucesión tiene como objetivo evitar que los activos familiares se deterioren debido a la disputa entre sus miembros. Una de sus principales herramientas es la formación de una sociedad de cartera, una empresa utilizada para mantener el patrimonio y ejercer el control sobre otras empresas. La sociedad de cartera evita disputas sobre puestos en la administración de empresas familiares y equipara a todos los miembros de la familia como socios, titulares de sus acciones. La constitución de la sociedad de cartera previene y resuelve conflictos, además de evitar que los activos familiares se pulvericen y se deterioren, manteniendo el control de las empresas en manos de la familia.

Palabras clave: Empresa familiar, planificación de la sucesión, sociedad de holding.

Introdução

Uma cena é frequente no cotidiano das grandes e pequenas cidades. De uma hora para outra, empreendimentos empresariais que pareciam sólidos fecham as portas. Aquela grande loja sempre cheia de clientes, o restaurante concorrido na hora do almoço, o bar descolado frequentado por um público

moderno, a indústria que é o orgulho da comunidade e de quem trabalha lá, as lojinhas de bugigangas, as lanchonetes espalhadas pelas cidades, grandes e pequenos empreendimentos morrem, muitas vezes, de maneira inesperada.

As causas são diversas, mas há uma em especial que parece ser recorrente. Há cerca de dez anos, em 2009, havia um posto de combustíveis na Rua Conselheiro Lafaiete, no bairro Sagrada Família, em Belo Horizonte (MG). O atendimento era ótimo e os serviços eram prestados com qualidade: abastecimento, troca de óleo, borracharia, lava-jato. Um dia o lugar foi fechado sem qualquer aviso e o terreno foi cercado com tapumes. Um comerciante da vizinhança contou que o “dono” do estabelecimento falecera e que os herdeiros estavam em pé de guerra. Muitos anos depois o posto voltou a funcionar, agora com outro nome empresarial e outra marca.

A morte de um sócio pode significar a morte da empresa. Fortunas são dilapidadas nas disputas intermináveis entre os herdeiros pelo controle dos empreendimentos familiares. O planejamento sucessório é de suma importância para a continuidade da empresa e para a proteção do patrimônio familiar. A organização prévia do processo de sucessão tem o condão de evitar a dilapidação dos ativos e a morte da empresa ou negócio familiar.

Neste trabalho, buscamos analisar a importância da constituição de uma *holding company* para a efetivação do planejamento sucessório e proteção dos bens familiares. A medida tem o condão de debelar os conflitos, evitando que disputas de sucessores insatisfeitos com seu quinhão no montante da herança ou sua participação nos negócios familiares destruam o patrimônio amealhado com tanto sacrifício.

Em primeiro lugar caracterizamos a empresa familiar, apresentando sua definição e características. Este tipo de empresa, comum no universo empresarial, tem a existência lastreada por uma família ou grupos de famílias. O tipo societário adotado pode ser diverso: sociedade em nome coletivo, em comandita simples ou por ações, limitada, anônima. O traço objetivo característico dessas empresas é a junção de esforços de irmãos, pais e filhos, tios e sobrinhos, primos para exercer a atividade empresarial.

Em seguida passamos à análise do planejamento sucessório empresarial como meio de proteção do patrimônio familiar, além de consubstanciar-se também como uma forma de dirimir conflitos entre membros da família pelos bens amealhados pelo sucedido. O planejamento pode ser dividido em várias etapas e concretizar-se por meio de instrumentos diversos como a doação de cotas e ações, o acordo de sócios, a criação de *offshore companies*, fundações, dentre outros. Destacamos o equívoco conceitual de se confundir o planejamento sucessório com a blindagem patrimonial, prática ilícita que visa a ocultação dos bens de determinada pessoa para fugir das

responsabilidades pelas obrigações assumidas por ela ou que lhe foram impostas.

Por fim, passamos à apresentação da principal ferramenta do planejamento sucessório empresarial: a constituição de uma *holding company*. Definidas como sociedades, simples ou empresárias, que podem assumir diversos tipos societários e até mesmo a configuração de empresa individual, a *holding* pode ser constituída para deter a participação em outras empresas, titularizando cotas ou ações, exercendo ou não o controle societário, além de poder deter o patrimônio de bens moveis e imóveis (*holding* imobiliária). Esse tipo sociedade (empresa) revela-se de suma importância para a proteção do patrimônio da família, para a manutenção do controle de seus negócios e para a perpetuação da atividade empresarial familiar.

Nossos propósitos não nos permitem aprofundar na matéria. A intenção é fazer uma breve incursão na temática buscando compreender a importância do planejamento sucessório para evitar a morte das empresas e a dilapidação do patrimônio da família. Passamos então ao tema analisando a empresa familiar, a importância do planejamento sucessório e o papel das *holdings* na concretização dos objetivos de tal planejamento. Utilizamos como suporte os textos de Gladston e Eduarda Mamede, Michael Lanz, Daille Toigo, Moisés Oliveira, dentre outros.

1. Sociedade (empresa) familiar

No universo empresarial incontáveis são os empreendimentos cuja existência está lastreada por uma família ou grupo de famílias. As atividades de empresa estão entrelaçadas com o ambiente doméstico e os vínculos afetivos que regem uma relação familiar. A caracterização de uma empresa como familiar não representa uma virtude, muito menos um defeito: “a condição de empresa familiar não é, em si, uma causa eficaz de sucesso ou fracasso da atividade negocial” (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 200).

O Código Civil Brasileiro define empresa como a atividade exercida profissionalmente e de forma organizada para a produção ou circulação de bens e serviços; e empresário como o sujeito de direitos e obrigações que exerce a atividade de empresa (BRASIL, 2002). O empresário pode ser pessoa física – empresário individual – ou pessoa jurídica, que pode ser constituída individualmente (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) ou em forma de sociedade. Então, empresária é a sociedade e não seus sócios. Os dois não se confundem, assim como seu patrimônio. Os bens da sociedade (ativos) e suas dívidas e obrigações (passivos) não pertencem aos sócios, embora seja permitida a responsabilização, de maneira subsidiária, em hipóteses específicas.

E o que é uma empresa familiar? Gladston e Eduarda Mamede afirmam que, nos estudos teóricos, o tratamento mais comum é aquele que “reconhece como familiar as empresas cujas cotas ou ações estejam sob controle de uma família. Podendo ser administradas por seus membros, ainda que com auxílio de gestores profissionais” (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 202).

O critério que define a natureza da empresa como familiar é objetivo. Gladston e Eduarda Mamede consideram esse critério útil, por permitir o estabelecimento de diretrizes que orientam os estudos sobre essa modalidade de empresa. Eles, no entanto, optam por uma definição fundada num critério subjetivo. Pode ser compreendida como familiar “toda empresa em que o titular ou titulares do controle societário entendem como tal” (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 202).

Um adendo. Na dicção do art. 966 do Código Civil Brasileiro, o termo empresa familiar é impreciso.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (BRASIL, 2002).

A legislação não prevê a entidade “empresa familiar”, mas nos termos do Código Civil, empresa familiar é, “na verdade a sociedade empresária (e não a empresa) que, por ser composta e controlada por sócios ligados por laços familiares destaca-se e especifica-se” (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 53). Aliás, a atividade negocial familiar pode nem ser empresária, configurando-se como sociedade simples, e ainda assim ser altamente rentável. Para efeitos desse trabalho, continuaremos utilizando o termo empresa familiar para designar a sociedade empresária cujos sócios sejam ligados por laços familiares.

Nas empresas familiares a *affectio societatis*, caracterizada por Gladston e Eduarda Mamede como a “disposição para a vida societária a implicar atos e omissões que revelem, objetivamente, um ânimo de manter-se em sociedade” (MAMEDE; MAMEDE, 2014, p. 83), é mais intensa. A *affectio* é um elemento essencial à existência das sociedades em geral, sem o qual o vínculo entre os sócios deixa de existir, culminando na saída de um deles ou na dissolução da sociedade.

Além da disposição para a vida societária, a *affectio societatis* implica um dever de fidúcia. Essa é sua face objetiva. O sócio tem o dever geral de atuar para o bem da sociedade, de modo que nas relações com outros sócios todos devem adotar comportamentos mútuos capazes de promover o sucesso lícito

da sociedade. A atuação em desconformidade com esse dever pode levar à exclusão do sócio e sua responsabilização pelos danos causados à sociedade e aos demais sócios.

Os conflitos são naturais nas interrelações dos indivíduos em comunidade. No ambiente empresarial, conflitos entre sócios são corriqueiros. Respeitados os limites da racionalidade e da licitude é salutar a existência de conflitos entre os indivíduos, seja nas suas relações familiares, trabalhistas ou negociais. Se o conflito ultrapassa esses limites ganha potencial para provocar o rompimento das relações. Por isso, a busca contínua por meios de prevenção e solução de conflitos.

De acordo com Gladston e Eduarda Mamede, os desafios enfrentados pela empresa familiar são significantes. Num universo de relações afetivas os conflitos são recorrentes. Os desentendimentos e disputas domésticas podem contaminar o ambiente empresarial. Sentimentos estranhos ao mercado, como amor, ódio, ciúmes, paixão, dentre outros, podem influenciar negativamente o negócio. Uma coisa deve estar bem esclarecida para a família: se em casa o indivíduo é pai, irmão ou primo, na empresa ele é sócio (MAMEDE; MAMEDE, 2019).

A invasão do espaço negocial pelo doméstico, muitas vezes, ofusca uma característica importante da empresa familiar: sua força como ferramenta de valorização da família. Gladston e Eduarda Mamede acreditam que “a empresa pode ser um instrumento para a unidade familiar, para a harmonia e boa convivência entre parentes” (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 206). A empresa familiar bem organizada pode servir como ponto de estruturação das famílias, quando integra os mais diversos membros, permitindo inclusive a convivência entre núcleos geracionais naturalmente distantes.

O planejamento sucessório, uma ferramenta que será abordada adiante neste trabalho, é uma forma de estruturar a empresa familiar de modo a evitar ou pelo menos amortecer o impacto dos conflitos familiares domésticos no âmbito da empresa. A tradição brasileira de enxergar o administrador como “dono da empresa” provoca a supervalorização de sua figura em detrimento da dos sócios. Assim, a posição de administrador passa a ser cobiçada como um lugar de poder, enquanto a posição de sócio é desvalorizada, ignorando que a titularidade da empresa é da sociedade. Ela é quem é o empresário, ela é quem é o “dono” do negócio.

É um equívoco confundir a empresa com o administrador societário ou achar que a administração é a única posição vantajosa na sociedade. É fundamental valorizar a condição de sócio e seus benefícios: ser titular de um capital rentável, remuneração de acordo com os resultados da sociedade, podendo participar das deliberações sociais e fiscalizar a administração empresarial (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 77).

Nas empresas familiares, não é incomum que a supervalorização da figura do administrador conduza os membros da família a disputar a posição ferrenhamente, buscando tornar-se o sucessor no comando da sociedade ou ocupar postos na administração societária. Os indivíduos não avaliam sua aptidão e capacidade técnica para conduzir o negócio ou mesmo o ônus de ocupar a posição (tempo de dedicação, desgaste físico e emocional etc.). Parece existir um fetiche pelo poder que o comando da empresa proporciona, como se o ocupar fosse a conquista de um título, e o posto de administrador fosse o único lugar de mérito na sociedade.

As empresas familiares estão sujeitas aos riscos de toda natureza. Assuntos estranhos ao meio empresarial estarão presentes no cotidiano da empresa de forma mais acentuada, na medida em que o elo entre os sócios ultrapassa a mera relação comercial. Os assuntos familiares influenciarão o funcionamento da empresa. Em razão disso, os riscos são potencializados. O planejamento sucessório, posto em prática por meio de um rol considerável de ferramentas, é uma forma de minimizar os impactos das desavenças domésticas nos negócios familiares.

2. Planejamento sucessório no direito empresarial

A sucessão no âmbito empresarial é uma questão delicada, em especial nos empreendimentos familiares, podendo ser um fator de extinção da empresa. Patrimônios são diluídos, negócios rentáveis e sólidos fracassam, e vidas são arruinadas por conta dos desentendimentos entre os herdeiros. O administrador do negócio deve ter capacidade de planejar o evento sucessório, considerando inclusive as situações imprevisíveis e indesejadas, como a própria morte, para não deixar ao acaso a sucessão na empresa. O planejamento sucessório evita as situações de risco ao patrimônio e ao negócio.

O planejamento sucessório vai além da sucessão empresarial. A sucessão empresarial opera no âmbito da substituição do controle acionário e gerencial das empresas, “tendo como objetivo específico a manutenção e a perpetuação do negócio e da própria empresa no mercado”, enquanto o planejamento sucessório consubstancia-se num “mecanismo de organização e estruturação antecipada do processo de sucessão”, com o objetivo de garantir que a “transmissão patrimonial *causa mortis* seja menos traumática e mais eficiente e célere, com menor custo de operacionalização jurídica e fiscal para os envolvidos e permitindo-se a estruturação e perpetuidade do patrimônio familiar” (OLIVEIRA, 2018).

O planejamento sucessório pode ser utilizado para garantir a continuidade de uma empresa ou negócio familiar (sucessão empresarial); como mecanismo de elisão fiscal (por meio de um planejamento tributário estratégico); ou para

organizar de forma mais satisfatória a transferência dos bens de acordo com os interesses da família (por meio da modificação do regime de bens, elaboração de testamentos) (OLIVEIRA, 2018).

No universo empresarial o planejamento sucessório tem a finalidade de proteger a empresa e garantir sua continuidade por meio da organização patrimonial e administrativa.

No âmbito empresarial (mais propriamente societário) o planejamento sucessório visa à organização patrimonial e compreende a possibilidade de alocação de bens e recursos nas mais variadas estruturas societárias (sociedades, fundos de investimentos, produtos de previdência, seguros, companhias *offshore*, *trust*, fundações), as quais dependerão da espécie de ativos, época, forma de aquisição, destinação e tributação a incidir na operação (TOIGO, 2016, p. 93).

O empresário, os sócios, os administradores e quem mais assuma posto de gestor dentro da empresa devem lançar mão de ferramentas capazes de garantir a continuidade do negócio ante as vicissitudes de uma realidade dotada de forte carga de imprevisibilidade. A sucessão deve ser uma preocupação constante de quem está à frente da atividade empresarial. O planejamento visa nortear os passos futuros da empresa e deve incluir as questões sucessórias. Este plano de continuidade desdobra-se em dois: plano de sucessão e plano de transição.

O plano de sucessão deveria definir o sucessor, o número de anos para ele assumir suas novas responsabilidades, o novo papel do sucedido no contexto da gestão empresarial, as eventuais mudanças na estrutura organizacional da empresa e as novas contribuições para os demais membros da família (LANZ, 2018, p. 217).

O plano de sucessão é um plano simples, mas ainda assim deve ser gestado com bastante antecedência, considerando sempre que a sucessão também pode decorrer de imprevistos. O plano deve ser elaborado alguns anos antes da data prevista para o evento sucessório, qual seja, o afastamento do voluntário do sucedido. As incertezas que cercam a ocorrência do evento recomendam que o plano de sucessão deve ser parte de todo o planejamento estratégico da empresa.

O plano de transição é mais complexo e consiste no planejamento da preparação dos diversos agentes afetados pelo procedimento sucessório: sucedido, sucessores, família, herdeiros controladores e a própria empresa (LANZ, 2018, p. 218). Abordaremos a preparação de cada um desses atores de forma sintética com base na obra de Michael Lanz.

O sucedido deixará o comando dos seus negócios para os sucessores. Essa fase da passagem do bastão é repleta de incertezas, angústias, inseguranças e medos, sentimentos compreensíveis em quem afasta-se da obra de uma

vida, por mais que esse afastamento seja necessário. Alguns fatores marcam a relação do sucedido com o processo de sucessão: *a rivalidade com o sucessor*, que passará a receber os holofotes, no que diz respeito à condução dos negócios; *a forma diferente de conduzir os negócios*, pois, possivelmente, o sucessor terá um estilo diferente de administrar, fruto mesmo da diferença entre gerações e da própria experiência da vida; *o sucesso do outro*, pois o sucedido deixará a posição de protagonista enquanto o sucessor passa a assumir este papel de destaque; *a pressão familiar*, especialmente quando o sucedido apresenta resistência quanto à passagem do comando dos negócios para sucessor, e quanto à modernização da gestão do empreendimento familiar.

A preparação do sucedido deve envolver também o estágio posterior ao processo sucessório. Quem está deixando o comando dos negócios deve planejar não somente a assunção do seu posto pelo sucessor, mas também a sua aposentadoria. Em resumo, ele deve planejar quais serão seus meios de renda e a que atividades dedicará quando não estiver mais dirigindo a empresa familiar.

A empresa enfrentará mudanças que afetarão todos os seus processos e rotinas. A sua preparação envolve atos (contábeis, administrativos, jurídicos) para colocar a casa em ordem, de modo que o novo administrador a encontre em pleno funcionamento. A equipe de profissionais, em especial os que desempenham funções de administração, deverá ser instruída de modo a adequar-se a qualquer novo dirigente ou estilo de gestão. Nesta parte do plano serão previstas as regras para a saída do sucessor em caso de insucesso, especialmente quando se trata de administrador profissional. Vale a máxima: é vedado contratar quem não possa ser demitido. Aplica-se inclusive ao presidente da empresa.

A preparação do sucessor talvez seja a pedra de toque do sucesso do processo sucessório. Afinal, nem todos os herdeiros estarão aptos para assumir a dura tarefa de administrar os negócios da família. Desde cedo, o herdeiro deve ser inserido na empresa familiar, de modo a conhecer os negócios familiares e os valores primordiais que os norteiam. Sua presença no ambiente da empresa familiar lhe dará a vivência e proporcionará o aprendizado que o capacitará para assumir os negócios futuramente. Há quem defenda a necessidade de adquirir experiência em outras empresas, fora da órbita da proteção familiar, o que colocará o herdeiro em contato com novas formas de gestão. Mesmo dentro da empresa, os futuros sucessores devem ser desafiados, assumindo funções que permitam seu aprendizado.

Os herdeiros controladores são aqueles que não participarão da gestão da empresa, mas serão titulares de cotas ou ações. Sua preparação pode evitar

sérios transtornos aos negócios. Os sócios da empresa familiar, inclusive os futuros sócios, devem entender que sua condição não lhes permite intrometerem-se na gestão do negócio de modo a comprometer seu bom andamento. O fato de ser sócio ou herdeiro não garante ao indivíduo a prerrogativa de transformar a empresa em um cabide de emprego, por exemplo. A preparação do herdeiro controlador evitará que a empresa sofra reveses por conta de ingerências e ao mesmo tempo permitirá que estejam sempre informados do andamento dos negócios familiares.

No universo dos negócios familiares, empresa e família estão imbricadas, sendo comum que as atividades comecem a se desenvolver no próprio lar. Familiares trabalham juntos e estão automaticamente envolvidos no cotidiano da empresa. Com o passar do tempo e a expansão dos negócios esses laços podem enfraquecer, mas dificilmente se rompem. O rompimento representaria o fim da caracterização da empresa como familiar. A preparação da família permite que os vínculos sejam mantidos, pelo menos no que diz respeito ao conhecimento e à informação. Em resumo, todos os membros da família serão envolvidos nos assuntos da empresa, uns mais que outros, ainda assim, todos terão conhecimento do que se passa nos negócios familiares.

Gladston e Eduarda Mamede defendem que a sucessão, no âmbito das famílias empresárias, deve ser concentrada em dois pontos distintos: na titularidade das cotas ou ações da empresa (o herdeiro controlador) e no exercício da administração empresarial (o sucessor). Para isso é importante reforçar as vantagens de ser sócio junto aos membros da família.

O sucesso da assessoria e do planejamento jurídico para uma empresa familiar, passa, comumente, pela capacidade de ensinar aos familiares as vantagens da condição de sócio, acompanhada da implementação de medidas que protegem e valorizam esta condição (MAMEDE; MAMEDE, p. 91).

Cabe a cada organização elaborar programas internos voltados para a preparação dos familiares para assumir o papel de sócio, independente de ocupar posição na administração da empresa. Aos sócios são outorgados direitos e deveres patrimoniais e sociais. Os primeiros decorrem da qualidade de bem jurídico com valor econômico das cotas e das ações. Com isso, o sócio tem dever de integralizar o capital social, por exemplo, e o direito de participação nos lucros e no saldo patrimonial em caso de dissolução. Os segundos derivam da relação de convivência e atuação dos sócios junto à coletividade social. Assim, o sócio tem o direito de participar das votações que deliberam sobre os assuntos da empresa, por exemplo.

O planejamento sucessório pode ser posto em prática por um conjunto diverso de ferramentas: testamento, fideicomisso, codicilo, seguro de vida,

usufruto, doação, partilha em vida, plano de previdência, *trust*, *holding*, fundação, fundos de rendimento (TEIXEIRA, 2019). No âmbito empresarial, temos como ferramentas a *holding*, o acordo de sócios, a doação de cotas e ações, os fundos de investimento, os planos de previdência, o *trust*, as fundações de interesse privado e as *offshore* (TOIGO, 2016).

2.1 Blindagem patrimonial: um equívoco conceitual

A ideia de planejamento sucessório e proteção do patrimônio são muitas vezes associadas ao conceito de blindagem patrimonial. As pessoas tendem a pensar na proteção patrimonial como um conjunto de medidas que deixaria seu patrimônio inalcançável. Moisés Oliveira sustenta que “a associação do planejamento sucessório à blindagem patrimonial revela-se falaciosa, pois transmite erroneamente a ideia de proteção patrimonial absoluta”. O autor vai além e afirma que a “a ideia de uma estrutura em que o patrimônio esteja imune a incidências tributárias, a débitos trabalhistas ou às normas de Direito de Família é, obviamente, falaciosa” (OLIVEIRA, 2018).

O patrimônio de uma pessoa é formado pelos bens e direitos que ela detém, e pelas obrigações que ela assume ou que lhe são impostas. Portanto, “patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico (artigo 91 do Código Civil). Inclui, portanto, o que se tem (patrimônio ativo) e o que se deve (patrimônio passivo)” (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 22).

A blindagem patrimonial, vendida no mercado jurídico como a solução para evitar a dilapidação, consiste num conjunto de medidas visando deixar o patrimônio a salvo do cumprimento de obrigações pelas quais o devedor acredita não ser responsável. Envolve, portanto, a utilização de meios diversos, revestidos de ilicitude: ocultação de titularidade dos bens, criação de pessoas jurídicas em paraísos fiscais, remessa ilegal de valores para o exterior, escrituração contábil fraudulenta, maquiagem de balanços patrimoniais, fraude nos negócios etc.

A blindagem patrimonial é um ato ilícito complexo, ou seja, envolve a prática de diversos atos que são considerados ilegais por disciplinas jurídicas diversas: ilícitos civis, ilícitos tributários e ilícitos penais, entre outros. Assim, tanto os profissionais, quanto os clientes, podem ser responsabilizados, inclusive por meio de processo criminal (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 43).

O discurso que apresenta as maravilhas da blindagem patrimonial aos empresários, omite os riscos dessas operações, que podem ser ineficazes para o que propõem, e numa situação extrema podem resultar em processo criminal para o contratante do serviço. A condição muitos empresários, acudados com situações financeiras adversas, facilita que sejam vítimas do

engodo. A impossibilidade de se manter um patrimônio a salvo de responder pelas obrigações de seu titular decorre do princípio da garantia geral, segundo o qual as dívidas de uma pessoa são garantidas por seu conjunto de bens e créditos (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 26).

A busca pela blindagem patrimonial é um dos reflexos do aumento de decisões judiciais que permitem a desconsideração da personalidade jurídica avançando sobre o patrimônio dos sócios para adimplir as obrigações da sociedade. A proteção do patrimônio dos sócios é uma medida de estímulo ao desenvolvimento de atividades negociais. Sabedores de que apenas o capital investido responde pelos riscos do negócio, as pessoas sentem-se estimuladas a investir em atividades que promovem o desenvolvimento global da sociedade.

Ocorre que a regra de proteção foi vista por alguns como oportunidade de obter vantagens indevidas, valendo-se dela para fugir ao cumprimento das obrigações. Deste comportamento surgiu a desconsideração da personalidade jurídica, como uma forma de combater o mau uso da personalidade. Há, no entanto, requisitos para que afaste a personalidade jurídica da sociedade e avance sobre o patrimônio dos sócios: abuso de direito, fraude, dissolução irregular, confusão patrimonial, desvio de finalidade.

Acreditar que o patrimônio possa ser totalmente blindado deixa os indivíduos vulneráveis a soluções que os levarão a cometer atos ilícitos, tal como a fraude contra credores e a fraude à execução, a evasão fiscal, dentre outros. Gladston e Eduarda Mamede afirmam que muitas pessoas buscam os serviços de blindagem patrimonial impulsionadas por uma visão negativa a respeito do peso dos custos da atividade empresarial: “a pesada carga tributária vigente no país e os altos custos da folha de pagamento, em muitos casos, criam em certos empresários uma revolta contra dívidas fiscais, previdenciárias e trabalhistas” (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 21).

Estes são os clientes preferenciais dos serviços de blindagem patrimonial, mas há também aqueles que a veem como meio de potencializar ganhos, constituindo obrigações civis e deixando de cumpri-las. Em todos os casos, a promessa de colocar os bens do devedor fora do alcance do credor é atraente, embora revestida de ilicitude.

Muitos são os meios ilícitos utilizados para a proteção do patrimônio. Alguns simples, como a doação de bens a parentes, a alienação a preço vil para terceiros, o uso indevido do nome de terceiros (laranjas), ainda que essas operações não configurem a blindagem patrimonial em sentido estrito. As verdadeiras operações de blindagem são mais sofisticadas: a constituição de *offshores companies* em paraísos fiscais com o objetivo de remeter dinheiro

ilegalmente ao exterior; a constituição de empresas no país em nome de laranjas; a constituição de empresas-espelho que recebem os bens ativos e a atividade negocial de outra sociedade, enfraquecendo seu patrimônio; e o divórcio simulado com o objetivo de transferir os bens comuns ao casal para o cônjuge não devedor.

Esses são alguns exemplos da utilização de ardis para ocultar bens de um indivíduo a fim de evitar que eles respondam pelas obrigações contraídas. Muitas dessas ferramentas são lícitas em seu uso ordinário, mas servem ao ato ilícito da blindagem patrimonial.

3. *Holding* como ferramenta do planejamento sucessório na empresa familiar

Dentre as diversas ferramentas aptas a concretizar o planejamento sucessório de forma a preservar o patrimônio da família, garantir a continuidade da empresa familiar e evitar ou resolver os conflitos entre os herdeiros, a constituição de uma *holding* é aquela que parece ser mais efetiva.

A expressão *holding company*, ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc. (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 14).

Daiille Toigo afirma que *holding* é uma

sociedade que participa de outras sociedades como cotista ou acionista, formalmente constituída, com personalidade jurídica, cujo capital social, ou ao menos parte dele, é subscrito e integralizado com participações societárias de outra(s) pessoa(s) jurídica(s) (TOIGO, 2016, p. 95).

Este tipo de sociedade de participação é uma ferramenta eficaz para garantir o êxito do processo sucessório. As disputas entre os herdeiros podem gerar reflexos nas atividades da empresa, tanto em seu funcionamento regular de produção e circulação de bens e serviços, quanto no cumprimento de suas obrigações com os funcionários, fornecedores, clientes e fisco. A constituição da *holding* é uma forma de amortecer os impactos desses desentendimentos, preservando os diversos interesses em jogo. Além disso, o fundador “poderá assegurar que a empresa continue em poder dos descendentes, que a sucessão seja familiar, bem como as vantagens sobre a tributação da herança” (TOIGO, 2016, p. 94).

O planejamento patrimonial e familiar pode representar uma forma de organizar as atividades da empresa e inserir os membros da família no cotidiano dos negócios. A *holding* é uma forma de estruturar as atividades empresariais, garantir a uniformidade administrativa, a contenção dos conflitos familiares, dentre outras possibilidades.

A *holding* pode centralizar a administração de diversas sociedades e unidades produtivas, dando-lhes unidade, estabelecendo metas e cobrando resultados. Dessa maneira, torna-se um núcleo de irradiação de uma cultura empresarial (*benchmarking*) que pode, até, influenciar sociedades nas quais tem simples participação societária e não o controle (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 70).

A constituição de uma *holding* possibilita a condução otimizada do negócio familiar, servindo como ferramenta de planejamento estratégico empresarial. A *holding* familiar, especialmente nos casos de existência de mais de uma sociedade operacional controlada, possibilita o alinhamento das estratégias de cada uma das empresas do grupo, e absorve os conflitos societários, amortecendo seus impactos nos negócios. Ela estabelecerá as diretrizes para todos os negócios familiares.

Com a constituição da *holding* familiar, cria-se um núcleo patrimonial e organizacional, um centro de poder personalizado (uma pessoa jurídica) que, mantendo uma coerência própria, poderá buscar vantagens econômicas lícitas em âmbitos diversos, conforme se apresentem as oportunidades, no mesmo setor ou em outro, na mesma região ou em outra, mantendo a condição de controlador ou aceitando a mera participação (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 98).

Para os propósitos deste trabalho, nos ateremos na utilização da *holding* como meio de evitar o impacto dos conflitos familiares nas atividades produtivas da empresa. Especialmente no momento da sucessão, os conflitos entre herdeiros têm potencial para influir no funcionamento do empreendimento e gerando riscos ao patrimônio da empresa e da família. Anos de trabalho árduo podem ser postos fora por conta da falta de entendimento entre os herdeiros e sucessores.

A concentração das cotas ou ações de uma empresa produtiva em uma sociedade de participação tem a capacidade de afastar os riscos da disputa sucessória. Os herdeiros serão titulares de cotas ou ações da *holding*, ficando sujeitos ao regramento do direito societário e ao contrato ou estatuto social, que regulam as relações entre sócios.

A constituição de uma *holding* erige uma instância societária para acomodar, segundo as regras do direito empresarial, eventuais conflitos familiares, fazendo com que, ao final, a família vote unida nas deliberações que sejam tomadas nas sociedades de que participa ou controla (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 73).

Uma das preocupações do planejamento sucessório empresarial é com o papel que cada herdeiro exercerá na empresa familiar. Muitos não estarão aptos a ocupar postos na administração do negócio, mesmo aqueles que almejam a posição de administrador ou outro cargo de gestão. A constituição da *holding* permite que todos sejam acomodados na posição de sócio, enquanto a administração da unidade produtiva pode ser exercida pelo

herdeiro mais capacitado ou mesmo por um administrador profissional. A empresa, ou grupo de empresas, permanece sob o controle da família (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 80).

Para além de debelar conflitos, a constituição da *holding* mantém a unidade da participação societária, mesmo diante da morte do sócio detentor do controle societário. A *holding* titulariza as cotas ou ações da empresa, ou grupo de empresas da família, enquanto os membros titularizam as cotas ou ações da sociedade de participação. Assim, a participação da família nas atividades negociais continua intacta, sem a fragmentação que ocorreria se não existisse a *holding*. O controle societário permanece com a família.

A constituição da *holding* permite ainda a concentração de todo o patrimônio familiar, ou pelo menos parte dele, na composição de seu capital inicial. Os membros da família serão titulares de cotas ou ações da empresa constituída, em vez de serem proprietários dos bens individualmente. O ato constitutivo da sociedade de participação estabelecerá as regras para a administração do patrimônio, evitando assim conflitos entre os membros da família pela gestão dos bens.

O ato constitutivo também poderá prever muitas questões relevantes de acordo com o caso, como: normas próprias para a deliberação dos sócios, direito de preferência, possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio, cláusulas de apuração de haveres em caso de sucessão ou separação, regras sobre administração, procedimentos para prestação de contas, existência de ações preferenciais ou condições especiais para determinado sócio ou classes de acionistas etc. (TOIGO, 2016, p. 103-104).

Uma *holding* familiar é caracterizada por sua função. Ela pode ser classificada como pura, operacional ou mista. A primeira, também denominada *holding* de participação ou patrimonial, tem o objetivo de deter o controle de outras sociedades; a segunda tem como objetivo a participação em outra sociedade, mas sem deter o controle; enquanto a terceira também exerce atividade produtiva ou de circulação de bens e mercadorias. A *holding* pura ainda pode ter como objeto a propriedade e administração de bens imóveis, sendo denominada *holding* imobiliária (TOIGO, 2016).

Para o planejamento sucessório, a *holding* patrimonial é fundamental.

A *holding* pura, também denominada *holding* de participação ou patrimonial, é uma sociedade cujo patrimônio é constituído por investimentos em outras sociedades. Geralmente, trata-se de uma empresa controlada por outra. Portanto, seu capital social é formado pela aquisição de outras empresas (através da conferência e integralização de cotas/ações), assim passando a ser sócia delas (TOIGO, 2016, p. 98).

A *holding* pode ser constituída por qualquer espécie e tipo societário e ainda como Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Pode

ainda ser simples ou empresária. Na modalidade simples pode adotar os tipos: simples em sentido estrito, nome coletivo, comandita simples e limitada. Na modalidade empresária poderá adotar os tipos: nome coletivo, comandita simples e por ações, limitada e anônima. A escolha do tipo dependerá do objetivo da *holding*. Se ela for constituída para titularizar bens, sem assumir obrigações, nada impede que adote a modalidade nome coletivo ou comandita simples, que têm como característica a responsabilidade ilimitada dos sócios. Do contrário, a adoção de um tipo que preveja a responsabilidade limitada é recomendável.

As sociedades podem ser constituídas com *status intuitu personae*, em função da pessoa, ou com *status intuitu pecuniae*, em função do capital investido. Essa classificação reflete especialmente na cessão de cotas e na exclusão dos sócios. Nas sociedades constituídas em função da pessoa os atributos dos sócios são determinantes para o sucesso ou fracasso da empresa. A *holding* familiar será sempre constituída com o *status intuitu personae*, mesmo que adote o tipo societário de comandita por ações ou sociedade anônima, que são naturalmente constituídas em função do capital.

Os tipos societários mais utilizados no Brasil são a sociedade limitada e a sociedade anônima. Ambas adotam ideia da independência patrimonial, ou seja, a responsabilidade pelas obrigações da empresa é restrita ao seu patrimônio. O patrimônio pessoal do sócio será atingido apenas em hipóteses específicas. Daiille Toigo elenca algumas questões a serem observadas na escolha do tipo societário: a responsabilização dos sócios (mais restritivas nas sociedades anônimas que nas limitadas); a estrutura exigida para constituição e funcionamento (mais complexa na sociedade anônima); a saída do sócio (quebra de vínculo mais simples na sociedade limitada); limites para a circulação de cotas e ações (previsão mais ampla nas limitadas) (TOIGO, 2016).

A entrada de terceiros nos negócios familiares pode desvirtuar a empresa familiar. A sociedade limitada prevê amplas possibilidades de limites na circulação de cotas: vedação da entrada do herdeiro na sociedade quando da transmissão causa mortis; vedação a entrada do cônjuge na sociedade quando da partilha causada pela separação ou divórcio; vedação da entrada do adquirente das cotas por ato intervivos (compra e venda, doação); vedação da entrada do credor em caso de penhora das cotas.

Junto com a *holding*, o acordo de sócios é um elemento importante do planejamento sucessório. O acordo é um negócio jurídico sujeito às regras ordinárias de validade e eficácia. Os acordos podem versar sobre temas diversos: controle societário, circulação de cotas e ações, direito de preferência, cláusulas de saída, direitos sucessórios e patrimoniais, critérios

de decisão no âmbito da administração societária, normas de governança corporativa, financiamento de empresa, meios de solução de conflitos etc.

Essas são algumas características da constituição de *holding* como ferramenta de planejamento empresarial e sucessório. Este bosquejo tem o intuito de mostrar que essa ferramenta tem amplo potencial para proteger os negócios familiares das intempéries que os conflitos domésticos podem trazer ao universo empresarial.

Considerações finais

As empresas familiares ocupam amplos espaços no universo empresarial. De pequenos negócios a grandes conglomerados, há uma vasta gama de empresas que nasceram no seio de uma família e continuam sendo tocadas pelos descendentes dos fundadores. O ambiente doméstico é perpassado por uma série de conflitos e sentimentos estranhos ao mundo dos negócios. A passionalidade e a cordialidade da relação familiar contrastam com a racionalidade do meio empresarial. Ainda assim, casa e empresa estão imbricadas no contexto dos negócios familiares.

Os conflitos de familiares interferem na relação dos sócios. Os problemas de família tornam-se problemas da empresa. Essa perturbação pode ter consequências devastadoras para o futuro do negócio familiar. Anos e anos de trabalho podem se perder por causa de uma disputa entre irmãos, pais e filhos, tios e sobrinhos, pelo controle administrativo da empresa familiar. Brigas que podem levar a empresa à falência e a família à miséria.

Boa parte desses conflitos ganham corpo na sucessão. Enquanto o administrador, que muitas vezes é o fundador da empresa ou é sucessor da segunda geração, está presente no cotidiano do negócio os problemas são contidos. Mas quando ele se afasta, voluntariamente ou não, a disputa pelo poder vem à tona de forma avassaladora. O planejamento sucessório tem o objetivo de evitar que o patrimônio familiar seja dilapidado por causa das brigas familiares.

O planejamento sucessório no âmbito empresarial concretiza-se por meio de diversos instrumentos: doações de cotas e ações, fundos de investimento, criação de *offshores companies* (de maneira e com propósitos lícitos), fundações etc. Uma ferramenta ganha destaque especial: a *holding company*, que pode ser constituída em forma de sociedade (simples ou empresária) ou EIRELI. Como sociedade de participação, a *holding* pode ser utilizada para deter patrimônio e/ou exercer controle sobre outras empresas, afastando os conflitos familiares das unidades produtivas.

No que diz respeito aos conflitos familiares propriamente ditos, a *holding* tem o condão de evitar as disputas por postos na administração das

sociedades familiares e de equiparar todos os membros da família reunindo-os numa mesma classe: a de sócios da sociedade de participação, titulares de suas cotas ou ações, enquanto ela titulariza os bens móveis e imóveis, o capital, os investimentos e as cotas e ações das empresas familiares que exercem a atividade de produção e circulação de bens.

Além de prevenir e solucionar conflitos, a constituição da *holding* permite que o patrimônio familiar não seja pulverizado, mantendo o controle das empresas familiares nas mãos da família. Como a sociedade de participação titulariza cotas ou ações das unidades produtivas, o controle societário, nos casos aplicáveis, será sempre dela. Quando as cotas ou ações do sócio majoritário são transferidas para seus herdeiros, ocorre uma pulverização e a depender do número de novos titulares, a família pode perder o controle societário da empresa. A *holding* permite que o controle permaneça com a família, pois as cotas ou ações daquele sócio majoritário serão titularizadas por ela, e os herdeiros dele serão titulares de cotas ou ações da sociedade de participação.

O patrimônio familiar, geralmente construído com o esforço de uma vida de dedicação e trabalho, pode esfacelar-se diante das desavenças instauradas no seio do lar e que contaminam as relações pessoais e os negócios. O planejamento sucessório prepara a família para o futuro, quando a primeira ou segunda geração já não estará mais à frente dos negócios, visando sempre eternizar as riquezas produzidas pelas empresas familiares. A constituição de uma *holding* parece ser um meio efetivo de alcançar essa proteção aos bens e negócios da família, permitindo essa perpetuação.

Referências

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. Acesso em: 25 maio 2019.

LANZ, Michael Thomas. Sucessão nas empresas familiares. In.: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). **Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária: governança e planejamento patrimonial sucessório**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 2, p. 215-245.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Empresas familiares: o papel do advogado na administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- OLIVEIRA, Moisés M. Planejamento sucessório e a estruturação do patrimônio em *holding* familiar. **Consultor Jurídico**, 15 de maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/mois-es-oliveira-planejamento-sucessorio-holding-familiar>. Acesso em: 16 abr. 2019.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhôa; FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa familiar**: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- TOIGO, Daiille Costa. **Planejamento sucessório empresarial**: proteção patrimonial nacional e internacional. São Paulo: AGWM, 2016.

DERECHO PENAL

**El sistema de los delitos contra la eficiencia de la
administración pública.
Consideraciones político criminales.^(*)**

**The system of crimes against the efficiency of public
administration.
Political criminal considerations.**

José Sebastián Cornejo Aguiar¹

Sumario: Introito. **I.** El sistema de los delitos contra la administración pública. Criterios rectores y modelos de tratamiento legislativo. **II.** Naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública. **III.** Los delitos contra la

^(*) Recibido: 03/02/2020 | Aceptado: 03/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Abogado por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Master en Derecho Procesal y Litigación Oral (c) en la Universidad Internacional SEK, Autor de los libros Mundo, Alma y Vida; Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial; Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal; Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP, La Antijuridicidad y las Causas Excluyentes del Injusto Penal en el COIP; coautor del libro Legitimación de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano y sus Teorías; y, El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamérica; 40 años de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Código Orgánico Administrativo Comentado; Evolución Normativa en Materia Penal en diversas Legislaciones; y, Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Constitucional en el Derecho Peruano y Ecuatoriano. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Docente de la California Silicon Valley School of the Law, Sfo USA; Evaluador de la Revista Jurídica de Fundamentación Jurídica DIKAION, de la Universidad de la Sabana. Conferencista Nacional e Internacional en Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.
scor1719@hotmail.com

eficiencia de la administración pública en el COIP. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El objetivo del presente artículo es determinar, como la tipificación de los delitos contra la Administración pública respaldan el correcto funcionamiento de la infraestructura organizativa, que permite el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración pública, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y, en definitiva, el correcto ejercicio de la potestad administrativa, sancionando las conductas de autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficacia, o el cumplimiento de los fines que tiene constitucionalmente asignados, a tal punto que estos delitos son considerados como un eje de la corrupción que genera en los políticos una pugna por las ambiciones e intereses particulares, acrecienta la burocracia estatal y genera servicios públicos deficientes, a la vez que crea una cultura inmoral, de aprovechamiento de los recursos públicos en beneficio propio, siendo necesario en tal sentido se analice lo referente al sistema de los delitos contra la administración pública desde la óptica de criterios y modelos de tratamiento legislativo, así como también desde la naturaleza jurídica de dichos delitos, ya que solo así podremos llegar a entender incluso las tendencias hacia la punición o impunidad de los mismos.

Palabras clave: Administración Pública, corrupción, burocracia, recursos públicos, funcionarios.

Summary: The objective of this article is to determine how the classification of crimes against public administration supports the correct functioning of the organizational infrastructure, which allows the straight and normal functioning of the public administration activity, subject to the system of values established in the Constitution and, ultimately, the proper exercise of administrative authority, sanctioning the conduct of authorities, officials and individuals who vitiate its effectiveness, or compliance with the purposes it has constitutionally assigned, to the extent that these crimes are considered as an axis of corruption that generates in politicians a struggle for particular ambitions and interests, increases the state bureaucracy and generates deficient public services, while at the same time creating an immoral culture, making use of public resources for their own benefit, being necessary in that sense, analyze what refers to the system of crimes against public administration from the perspective of criteria and models of legislative treatment, as well as from the legal nature of such crimes, since only then can we come to

understand even the tendencies towards punishment or impunity of them.

Keywords: Public Administration, corruption, bureaucracy, public resources, officials.

Introito

Las ideas y discusiones teóricas aquí planteadas, son producto del ejercicio investigativo de tipo académico, que pretende vislumbrar la aplicabilidad de ciertas posturas, en virtud de que la ciencia siempre ha entendido que en el mundo fenomenológico, es decir en el plano fáctico, real, a toda causa le sigue o tiene un resultado.

Sin embargo, desde un punto de vista del Derecho penal, indiscutiblemente, es necesario analizar cómo debido al artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que consagra al Estado como constitucional de derechos y justicia, se realizaron cambios normativos que respondan a su espíritu, y más aun teniendo en cuenta que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios proclamados expresamente en el artículo 227 de la norma antes enunciada.²

No obstante es entonces que dicho ejercicio de la función administrativa exige coordinar acciones para el cumplimiento de los fines de las instituciones del Estado sus organismos y dependencias para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, buscando un mejor desarrollo de actividades productivas a cada uno de los ciudadanos, mediante el reconocimiento de los principios de eficiencia, calidad con criterios de objetividad y eficiencia, en el uso de los recursos públicos entre otros.³

Sin embargo, es necesario conocer la evolución de los delitos contra la Administración pública, desde el concepto de empleado público a lo largo de la historia, debido a que en lo referente a los delitos de prevaricación y cohecho, aparte de estudiar los elementos que presenta cada uno de ellos, es

² José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública, (Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

³ *Ibíd.*, pág. 1

necesario destacar el incremento de la corrupción que venimos sufriendo, y que ha aumentado la penalidad de esta modalidad de delitos.⁴

Consecuentemente también se podrá observar como este tipo de delitos en nuestros días, se han suscitado con mayor frecuencia debido a los numerosos casos de corrupción que se están descubriendo en la actualidad, y que nos permiten entender como los sistemas actuales de responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios públicos respecto a las actuaciones que los mismos desarrollan en el ejercicio de sus cargos, encuentran su origen histórico en las instituciones de control formal de los oficios públicos aparecidas en la Baja Edad Media.⁵

Tomando como punto de partida los siglos XV y XVI, en donde el monarca era quien dirigía a los funcionarios y el que disponía lo necesario en los asuntos más importantes, contando siempre con la ayuda de su Consejo. El Rey era el que nombraba y destituía libremente a los agentes y oficiales reales, rigiéndose la relación funcional por principios propios del Derecho Privado.⁶

A partir de aquí, se empiezan a establecer, instituciones de control procedimental, con el fin de supervisar si los oficiales, en el cumplimiento de las funciones que le eran asignadas, respetaban las directrices reales o si, por el contrario, incurrían en un abuso de autoridad en perjuicio de terceros. De este modo se forman el Juicio de Residencia castellano, llamado “*Purga de Taula*” en el Reino de Cataluña, y la Visita, instituciones que se encargarán de asegurar una administración honesta, recta y eficiente por parte de los funcionarios.⁷

Consecuentemente ya en el siglo XVIII, los Borbones introducen diversas reformas en la organización administrativa, como la declaración de inamovilidad de los funcionarios⁸, lo cual generó un proceso de tipificación, de “justas causas” de cese de los funcionarios, particularmente las referidas al abuso del cargo y a las actuaciones delictivas de los mismos.⁹

⁴ *Ibíd.*, pág. 1

⁵ *Ibíd.*, pág. 1

⁶ Lalinde Abadía, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, (Madrid- España: Liberlibro, 1970), págs. 98 y ss.

⁷ *Ibíd.*, p. 100.

⁸ Vazquez-Portomeñe, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003), pág. 83.

⁹ Barrachina Juan, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, (Barcelona – España: Edit. PPU, 1991), pág. 80.

Más tarde, en la Novísima Recopilación, se recoge la responsabilidad penal de los funcionarios por extralimitaciones o abusos cometidos en el ejercicio de sus funciones, con énfasis a los delitos de prevaricación, exacciones ilegales, cohecho, negociaciones prohibidas a los funcionarios, respeto al secreto, desobediencia y prevaricación de abogados.¹⁰

Consecuentemente, y con el avance y tipificación de estas conductas consideradas como delitos, es necesario distinguir cuando interviene el Derecho Penal en este ámbito, ya que sobre la ordenación y control de las distintas funciones públicas inciden también otras ramas del Derecho, fundamentalmente el Derecho Administrativo, por ello se hace indispensable delimitar cuales son las conductas que serán sancionadas por el Derecho Penal y cuáles no, ya que en virtud del principio “non bis in ídem”, una misma conducta no podrá ser sancionada dos veces.¹¹

Tal es así que respecto a los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, podríamos decir que tienen como objetivo adaptarse a la normativa internacional contra la corrupción, ya que en su mayoría buscan por un lado, se eleven las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública, incluso con la inhabilitación especial para empleo o cargo público en varios delitos, por otro lado, se establece las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración, ya que recordemos que estos delitos reflejan los ejemplos claros de la corrupción, la misma que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la misma de la siguiente manera: *“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole de sus gestores”*. Desde el punto de vista gramatical, el término corrupción se refiere a un fenómeno de desnaturalización, en el sentido de que, la corrupción pública implica una degradación de lo público en lo privado.”¹²

¹⁰ Octavio De Toledo Y Ubieto, E., La prevaricación del funcionario público, (Madrid – España: Edit. Civitas, 1980), págs. 158 y 159.

¹¹ Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J, “Delitos contra la Administración Pública”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Pamplona: Edit. Aranzadi, 2011) pág. 1682.

¹² Cfr. Cortina Orts, A., en Laporta San Miguel, F.J. (Coord.)/Álvarez Medina, S. (Coord.), La corrupción política, (España: Alianza Editorial, 1997), pág.266./ José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública,(Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

Dándonos a entender que la corrupción se debe a un abuso o desviación de poder y a una falta de probidad y honestidad en la adopción de decisiones públicas, quedando estos actos impunes en la mayoría de las ocasiones, por lo tanto surge necesario estudiar los siguientes delitos contra la eficiencia de la administración pública, como son: el peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión.¹³

Tomando en consideración, que el sujeto activo es una autoridad o funcionario público, aunque se dan excepciones en las que el sujeto activo del delito es un particular, Por ello, se hace necesario abordar qué es lo que se entiende por funcionario público y por autoridad, ya que de ello dependerá que una persona pueda o no ser sujeto activo de dichos delitos.¹⁴

Pues bien, a priori, lo que podría parecer más lógico para conocer el concepto de funcionario público, es acudir al Derecho Administrativo, el cual en definitiva, delimitará que funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el concepto administrativo, ya que el primero no solo incluye a los funcionarios profesionales y permanentes, sino que también hace referencia a los funcionarios políticos o electivos.¹⁵

Con la particularidad que el funcionario público, en la esfera penal, está formado por un lado, por el elemento de la participación en el ejercicio de funciones públicas, y, por otro, en un título de habilitación para dicha participación; mientras que en cuanto al concepto penal de autoridad aparece el término “mando”, el cual se encuentra estrechamente ligado a la idea de coerción, ya que implica coerción jurídica pero no física. Así, debemos entender por “mando” la potestad de reclamar obediencia¹⁶, de tal forma que la desatención de un mandato emitido por la autoridad, dictado con todas las formalidades legales requeridas, supondrá, por parte de los funcionarios, la comisión del delito de desobediencia.¹⁷

Una vez que se ha contextualizado brevemente la incidencia de los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, es pertinente que la

¹³ José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública,(Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 1

¹⁵ Mir Puig, C., Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal, (Barcelona- España: Edit. Bosch, 2000), pág. 22.

¹⁶ *Ibíd.*, pág.108

¹⁷ José Sebastián Cornejo Aguiar, Delitos contra la Administración Pública,(Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

analicemos desde la perspectiva político-criminal, y el porqué de la intervención del Derecho Penal se ve legitimada, por la protección de la función pública, como un interés más restringido que un funcionamiento perfecto de la Administración.¹⁸

Resaltando que unánimemente se ponen de manifiesto las dificultades que presenta la determinación de un bien jurídico común a todos los delitos en el cargo, que habría de buscarse, como sintetiza Lenckner, en la funcionalidad de los aparatos estatales, la pureza del ejercicio del cargo o la confianza de la comunidad en la intachable gestión de los servidores públicos.¹⁹ Debido a que un representativo sector expresa muy gráficamente como la confianza del público en la pureza del ejercicio del cargo serviría para captar el sentido de todos y cada uno de los delitos, ni aquéllos a los que sí resultaría accesible podrían satisfacer con idéntico grado de efectividad las hipotéticas necesidades objetivas de garantizarla con medios penales, para lo cual es pertinente se analice cómo influye el sistema legislativo para combatir los delitos contra la Administración Pública.²⁰

I. El sistema de los delitos contra la administración pública. Criterios rectores y modelos de tratamiento legislativo.

Podría decirse que producto típico del Despotismo Ilustrado prusiano, puede considerarse como el punto de partida del actual Derecho de funcionarios, en tanto en cuanto juridificó públicamente unas relaciones hasta ese momento impregnada de rasgos ius privatistas y sujetas al arbitrio del príncipe.²¹

Lo cual nos conlleva a pensar que el asunto del que nos vamos a ocupar es una cuestión que tiene su precedente más antiguo además en las proclamaciones de las Declaraciones de derechos, es decir, en el nacimiento del constitucionalismo europeo de los derechos y libertades, en donde sin lugar a dudas el origen de los derechos constitucionales individuales marcan ciertas diferencias entre el constitucionalismo norteamericano y el francés,

¹⁸ Ibid, pág. 1

¹⁹ Lenckner, "Privatisierung der Verwaltung und ~Wahl des Strafrechts" *ZstW*, 106. Band, 1994, p. 531.

²⁰ José Sebastián Cornejo Aguiar, *Delitos contra la Administración Pública*, (Quito- Ecuador, Revista Judicial Derecho Ecuador, 2019), en: <https://www.derechoecuador.com/delitos-contra-la-eficiencia-de-la-administracion-publica>.

²¹ E. Brandt, *Die politische Treuepflicht*, Karlsruhe, 1976, p. 37, citado por A. Embid Irujo, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Madrid, 1987, p. 27.

ya que en la constitucionalización norteamericana de los derechos individuales predomina la idea anglosajona del Common Law y del protagonismo judicial como judge-made law y, por ende, en la gestación de derechos y, por eso, sus Declaraciones de derechos se conciben como un binomio entre Constitución y jueces.²²

Lo que nos implica llegar a pensar que los derechos sociales, son ya otro tipo de derechos, pues por lo general no se satisfacen mediante la abstención del Estado, sino que son derechos de prestación, que exigen aportaciones por parte de él, y la fijación de los principios de la constitución económica, lo que lo convertirá necesariamente en un Estado de gestión, intervencionista, o dirigista.

Ahora bien ya entrando en materia es pertinente destacar que la técnica legislativa es una herramienta que permite facilitar y optimizar el trabajo de los Parlamentos, que en el caso de Ecuador es la Asamblea Nacional, para que puedan realizar los procesos de expedición, codificación, reforma, derogatoria e interpretación de la ley de una manera clara y eficaz. Buscando que las leyes estén correctamente redactadas y, a la vez, que guarden unidad y coherencia con todo el ordenamiento jurídico.

Ya que como todos conocemos en todo este proceso tiene un rol preponderante la técnica legislativa que es parte del Derecho Parlamentario y que consiste en el arte de legislar clara y eficazmente; debido al objeto la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico; la calidad, la publicidad y la viabilidad de la norma, a tal punto que en sus inicios, esta tarea se encargó a un órgano específico, sus orígenes los encontramos en el *legal drafting* anglosajón. A finales del siglo XX, desde Alemania se destacan como elementos esenciales de la técnica legislativa las directrices, cuestionarios o checklisten, elementos que son adoptados en otros países y a organizaciones internacionales y supranacionales, entre otras, la Unión Europea.²³

Para entender lo importante y complejo de uno de los temas más relevantes de la calidad de la normativa que aprueban los parlamentos, debemos ubicar a la técnica legislativa en el espacio propicio dentro del proceso de la formación de la ley. Y ubicarla en el sitio que le corresponde, es reconocerla como uno de los pilares fundamentales de una buena práctica legislativa.

Sin dejar de lado que la técnica legislativa por sí sola, no constituye la herramienta que precisan los parlamentos para garantizar la eficiente gestión

²² Amuchástegui G, «Introducción» a G. Jellinek et al.: Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, (Madrid- España, 1984), págs. 49-50

²³ Sáinz Moreno, La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho (Madrid-España: Civitas, Madrid, 2004)., p. 15

que de ella demanda la ciudadanía. “*El objetivo de la técnica legislativa no es sólo la buena redacción de las leyes, sino que incide directamente en la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico; así como en la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas*”²⁴ como señala el español Sáinz Moreno, debiendo recalcarse que así se contribuye al derecho a la seguridad jurídica cuyo fundamento es el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, tal como lo señala el artículo 82 de nuestra Carta Magna.

Ergo, implica analizar, si la tipificación de los delitos contra la Administración Pública conlleva el análisis de todos los preceptos antes detallados, tomando en consideración que una de las funciones principales de los parlamentos es legislar, concepto que suele asociarse de manera simplista con “*crear derecho*”. Sin embargo, los sistemas jurídicos permiten advertir su complejidad, y la necesidad de contar con teorías más elaboradas para dar cuenta de su funcionamiento.

Lo que sin lugar a dudas implica el análisis que desde hace décadas se habla en lo referente a la crisis del Parlamento y crisis de la ley. Entonces, importa saber qué se quiere decir con ellos, cuáles son las causas y, eventualmente las respuestas para dicha crisis, ya que con el avance de la teoría jurídica y la colaboración con otras disciplinas, desde la década del setenta se ha ido desarrollando una disciplina que suele llamarse técnica legislativa o -más ampliamente- ciencia de la legislación, y que está muy extendida en los países desarrollados, en donde allí la técnica legislativa ya está consolidada no solo como disciplina teórica y académica, sino que también tiene una amplia consagración legislativa y hasta constitucional.

No obstante este esquema nos pone a pensar como: “[...] *los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo: están en proceso continuo [...] si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas. [...] El orden jurídico no es, pues, más que el conjunto de procedimientos jurídicos de creación. [...] Ahora bien, si los actos jurídicos constituyen un proceso continuo de creación y si toda creación [...] es una modificación, a consecuencia de la modificación que implica, entonces, los actos jurídicos constituyen un flujo constante de variaciones jurídicas [...]*”²⁵

²⁴ *Ibíd.*, pág. 16

²⁵ Rolando Tamayo y Salmorán: *Elementos para una teoría general del derecho*, (México: Themis, 1996), págs. 232-233.

Concepto que para la moderna teoría del derecho implica que este, no puede ya ser el producto de ninguna voluntad por sí misma, porque la voluntad jurídicamente relevante no es la psicológica, sino aquella autorizada por las normas del sistema jurídico. Por otra parte, para no caer en circularidad, la misma voluntad no puede afirmar que está autorizada. Por consiguiente, una de las condiciones de la validez del derecho creado radica en que sea producido conforme lo autorizan normas previamente creadas, pues entonces ya no es fruto de una expresión de voluntad, sino de una instancia posterior que corrobore la creación de derecho.²⁶

Debiendo destacar que dentro de los criterios rectores que influyen en la transformación de la teoría del derecho, se han marcado esquemas que delimitan posiciones claras como son:

- a) La racionalidad del derecho de la esencia a la aplicación: Esta implica la posibilidad de imponerse a la razón humana, que provenía del hecho de que, o bien coincidiera con un derecho ideal, pensado como perfecto, o bien proviniera de un legislador que se suponía racional, porque interpretaba sabiamente los principios del derecho natural o la voluntad popular.²⁷
- b) Giro sistémico-estructuralista: Veía la creación del derecho como una manifestación de la voluntad soberana, lo cual significaba una trascendentalización de las relaciones personales que se daban en una sociedad fuertemente jerarquizada, por ejemplo, podemos decir que la voluntad expresada por una votación en la Asamblea será una ley sí y solo sí se han cumplido los requisitos establecidos previamente por la Constitución.²⁸

Esquemas que nos han permitido entender de mejor manera la reconstrucción teórica de los modernos sistemas jurídicos, que presentan rasgos propios para llevar el ejercicio del poder y su legitimación social conciliando diversos intereses que están detrás de una reconstrucción teórica del derecho como son:

²⁶ Josep Aguiló Regla: Teoría general de las fuentes del derecho, Barcelona: Ariel, 2000, p.193; Juan A. García Amado: «La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “Teoría del Derecho” como sucedáneo», en Persona y Derecho N° 31, 1994, pp. 109-155, disponible en: <http://www.geocitis.com/jagamado/>; ídem: Ensayos de filosofía jurídica, Bogotá: Temis, 2003, p. 220.

²⁷ Nicolás Betancur, et al, Técnica legislativa Teoría, métodos y aspectos político-institucionales, (Uruguay, Parlamento de Uruguay PNUD, 2009); pág. 39

²⁸ *Ibíd.*, pág. 38

- a) Realidad: Entendida como la teoría actual del derecho que aspira a dar cuenta del derecho tal como es en la realidad.
- b) Normativismo: Como teoría del derecho, que no debe ignorar el carácter normativo del derecho.
- c) Conexión del derecho con la moral: Procura una respuesta adecuada al papel de la moral en las prácticas jurídicas.²⁹

Conceptos que nos permitirán entender de mejor manera como la teoría, debe comprender la realidad, ofreciéndonos estructuras de afirmación de hechos como por ejemplo los derechos humanos, y por consiguiente también los derechos legales, deberes y poderes,³⁰ con dos características importantes como son la ontológicamente subjetiva que depende de las actitudes de los agentes y sus capacidades para la configuración del hecho institucional, es decir por ejemplo si una disposición del Código Orgánico Integral Penal castigara el aborto provocado por la madre, pero nadie creyera ilícita esa conducta, y además los jueces no encontraran justificado castigar a la mujer que así procediera, pues entonces deberíamos interpretar -desde esta perspectiva- que tal disposición no sirve para interpretar estos comportamientos como un ilícito.³¹

Mientras que desde la perspectiva epistemológicamente objetiva, significaría que la existencia de hechos institucionales puede ser objetivamente conocida o, en otras palabras, que podemos determinar los valores de verdad o falsedad³², por ejemplo: si alguien afirma que «en el Ecuador está permitido matar en casos de legítima defensa», se puede verificar tal aserto a partir de la comprobación de ciertos hechos: la aprobación del Código Orgánico Integral Penal del año 2014, y de la lectura del artículo 30 y 33 del referido cuerpo normativo.

Elementos que sin lugar a dudas deben ser entendidos por parte del legislador el momento de la implementación, como de interpretación de las normas, tal es así que este debe analizar la viabilidad social y jurídica para la implementación de normas en este caso de tipos penales que busquen salvaguardar bienes jurídicos protegidos y que sean coherentes, tanto en el

²⁹ *Ibíd.*, pág. 45-46.

³⁰ Cristina Redondo: «Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis» en *Analisi e diritto*, (Turin: Giappichelli, 1999), p. 147.

³¹ Nicolás Betancur, et al, *Técnica legislativa Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, (Uruguay, Parlamento de Uruguay PNUD, 2009); pág. 47

³² *Ibíd.*, pág. 47.

empleo de una redacción clara de los mismos como con la consecución de sus fines.³³

Ya que recordemos que la actuación del legislativo implica velar por las disposiciones internacionales de derechos humanos, así como porque los proyectos de ley sean compatibles con dichas disposiciones, asegurando que la sociedad se vea beneficiada de la implementación de normas que reconozcan y tutelen derechos.

En ese orden de ideas es importante destacar como durante la historia de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el Derecho se halla íntimamente ligada a la de los sistemas de protección organizados en torno a las actuaciones, incluso delictivas, que podían desarrollar en el ejercicio de sus funciones, siendo necesario de esa manera una reestructuración de los tipos penales conforme se evidencia en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo continua la paradoja que consiste en el sancionar al funcionario, ya sea a manera de ejemplo el que solicitaba la dádiva a cambio de dictar un acto ilegal para dejar en la impunidad, puesto que no siempre era posible probar la anterioridad del pacto de corrupción, lo cual deja el acto delictivo fuera de la esfera de sanción.

Teniendo en consideración que en dichos casos de corrupción, el pensamiento del bien jurídico ha sido determinante a la hora de proceder a la ordenación de la materia, toda vez que el cometido en beneficio o perjuicio de un individuo constituye un delito grave, que se encuentra catalogado como en contra de la eficiencia de la administración pública, demarcando una nueva concepción de estos delitos como aquellos de la gama de incriminaciones susceptibles de afectaciones a bienes jurídicos ideales y que serán estudiados de manera pormenorizada durante el desarrollo del presente trabajo.

II. Naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública.

Es necesario indicar que en lo referente al *nomen iuris*³⁴ de delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, genera ciertos inconvenientes, ya que son tratados como delitos especiales en donde el inconveniente gira en

³³ Vazquez-Portomeñe, F., Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general, (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003), pág. 55

³⁴ Es la expresión que hace referencia a un principio jurídico conocido como "primacía de la realidad". El significado viene a decir que las cosas son tal y como son y no tal y como las partes aseguran que son.

lo referente a la clasificación de delitos como de dominio e injustos de infracción de deber.³⁵

Debido a que en los primeros, es autor quien tiene el dominio del hecho, es decir el sujeto que tiene el dominio de todo el acontecer delictuoso³⁶, proveniente de los actos de competencia que ostenta; mientras que en el segundo caso es autor no solo quien lesiona un bien jurídico, sino que además infringe un deber asegurado institucionalmente.

En dicho orden de ideas, en lo que respecta a la determinación de la imputación en los delitos especiales como es el caso de los referentes a la administración pública, el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo, tal es así que en el estudio de los delitos especiales resulta habitual definir los delitos especiales como aquellos delitos por los que solo pueden responder como autores los sujetos en quienes concurren los elementos, características, propiedades, cualidades o relaciones que exige el tipo.³⁷ Sin embargo, desde la aparición de la corrupción puede decirse que la necesidad de tipificación de estos delitos fue inminente ya que la creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos, prevaricación, abusos, malversación, omisiones de los deberes de oficio, entre otras problemáticas que han sido enfocadas desde una perspectiva de política criminal reflejan la necesidad de tutela de la Administración pública, mediante una adecuada correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados y, por tanto, el debate sobre el bien jurídico, se torna totalmente necesario.

Debido a que se abordan posturas que conllevan desde el buen funcionamiento e imparcialidad de las instituciones sobre el actuar de los aparatos estatales, en las cuales estaríamos frente a la existencia de un bien jurídico genérico; por otra parte podría decirse sin embargo que el bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, se encuentra enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela, constituyendo un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.

³⁵ Roxin, Claus. Autoría y dominio en Derecho Penal. Trad. de la 7ed. De Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, (Barcelona - España: Marcial Pons, 2000), p. 432.

³⁶ Jeschek, Hans Tratado de Derecho Penal Parte General. Trad. de la 5ta ed. alemana de Miguel Olmedo Cardenote, (Granada- España: Comares, 2002), pág. 702.

³⁷ Roxin, Claus. Autoría y dominio en Derecho Penal. Trad. de la 7ed. De Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, (Barcelona - España: Marcial Pons, 2000), pág. 211.

Siendo indudable que como ya se ha indicado el tema de corrupción, desde la lectura de los tipos penales del Código Orgánico Integral Penal, se lo entienda en su mayoría como la recepción de dinero separada de un preciso acto de oficio, y que incluso podría poner en peligro el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración, debido a que dentro de la tipicidad de los delitos de los funcionarios públicos aparecen ciertos elementos conceptuales aportados por el Derecho administrativo que define en primera instancia los criterios de legitimidad de la acción estatal y consecuentemente la voluntad del administrado.

Tal es así que desde la construcción dogmática, el consentimiento a los delitos contra la Administración Pública refiere a la vigencia de ciertos principios constitucionales del Estado de Derecho, y que en esa medida ofrece una lectura sustancialmente más compleja, debido a que en un sistema jurídico en el que las conductas permitidas o autorizadas vienen hacer exclusivamente las determinadas por el Derecho público.³⁸ A tal punto que la naturaleza jurídica de los delitos contra la Administración Pública está llamada a introducir ciertas razones técnicas y político-criminales que avalan la consideración de la naturaleza jurídica como cuestión prioritaria en cualquier estudio sobre los delitos contra la Administración Pública.

Como en punto a cualquier otra clase de infracciones, destacando que el bien jurídico se configura, desde luego, como el núcleo central de su injusto típico, constituyendo, en su función hermenéutico-teleológica, el referente básico para la delimitación del alcance y sentido de los tipos y de los elementos objetivos y subjetivos que los integran. Hay que reconocer, sin embargo, que el hallazgo de un concepto que permita articular un discurso racional en este ámbito, dotado de suficientes elementos de generalidad y contrastabilidad, parece hurtar con las propiedades "especiales" de una materia penetrada, como apuntaba Von Liszt,³⁹ debido a las transformaciones sufridas por la organización y composición de las instituciones políticas y administrativas del Estado.

Generando la concepción que hace converger estos delitos bajo el reclamo a los principios que, de acuerdo con el orden material del poder público administrativo establecido por la Constitución, pueden aislarse como "propios" o "específicos" de la acción de la Administración Pública, con independencia de las diferentes formas que adopte, lo que resulta

³⁸ M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón, Derecho penal. Parte General, 50 ed. corregida, aumentada y actualizada, (Valencia- España, Bosh, 1999), pág. 492.

³⁹ F. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 230 Aufl., Besorgt von E. Schimdt, Berlín, Leipzig, 1921, pág. 607.

excesivamente genérica como para poder concretar el ámbito de los tipos penales, que dan entrada a conductas muy diferentes entre sí, aptas para poner en peligro -con toda seguridad- diversas facetas o vertientes de aquélla. Situado, entonces, frente a una simple directiva interpretativa cuya única utilidad y finalidad parece ser la de dejar sentadas las coordenadas en que ha de desarrollarse la investigación sobre el bien jurídico protegido por cada delito o grupo de delitos, que forman la clasificación de los grupos de infracciones de la Parte Especial del Código Orgánico Integral Penal.

Cuyo fundamento de la intervención penal se sigue ya, entonces, de la definición típica de los delitos del cargo como delitos cometidos en el ejercicio de la competencia, involucrando que las diversas tipologías de conductas descritas verifican injerencias ilícitas en los esquemas o modelos abstractos de actuación administrativa a los que se abre la competencia del funcionario, e incluso se demarque perfiles de abuso enmarcando así de esta manera la actividad delictiva del funcionario.

De allí que autores como Donna, Maurach, Antolisei, Goscilo, Molinario y Aguirre, sostengan que el bien jurídico tutelado por los delitos contra la administración pública es, dicho de forma general, la fidelidad a la pureza de la administración pública o, dicho de forma más detallada, el regular desenvolvimiento de las funciones pública estatales, entendidas estas como la administración de los recursos y de la justicia, así como la legislación, sin que se vean perturbadas por los mismos servidores públicos o por personas que no lo sean.⁴⁰

Por lo que se puede determinar que en términos generales un delito contra la administración pública es aquel que comete una persona investida o no de un cargo dentro de la administración pública, en contra de un sujeto abstracto conformado por el conjunto de instituciones centralizadas, descentralizadas o autónomas que tienen funciones de interés general, regidas por la ley y limitadas por esta, cuyo funcionamiento se financia con fondos provenientes de los recursos que se captan a través de tributos de las personas que se encuentran dentro de su territorio y que tiene por objeto principal la consecución del bien común, que es la administración pública.⁴¹

De igual manera es necesario precisar que en lo referente al elemento interno se puede citar a Edgardo Donna, quien concluye que “para que el autor sea

⁴⁰ Creus, Carlos Derecho Penal Parte Especial, , 6ª edición (Argentina, Editorial Astrea, 1999), pág. 14

⁴¹ De León Velasco, Héctor A. y De Mata Vela, José Francisco, Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial, (Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2006), pág. 631.

castigado es necesario que sepa que el sujeto pasivo actúa como persona que dependen del Estado y que presta un servicio”,⁴² dando a entender que se refiere a que quien comete este delito busca imponer su voluntad, para evitar el cumplimiento de una función pública u obligar una distorsión en el mismo.

Debido a que los actos de corrupción que se producen en la función que desempeñan los servidores y funcionarios de los Estados, ciertamente, producen entre la población indignación, más aún cuando se trata de corrupción al más alto nivel de la función pública. Frente a esta realidad, el Derecho penal suele ser la herramienta que más se aclama a fin de sancionar y expulsar de la función pública a aquellos “malos” funcionarios que traicionan la confianza depositada en ellos.

Puntualizándose claro está que el Derecho penal, más que el ámbito punitivo debe tener como finalidad prevenir estos actos de corrupción, respetando garantías fundamentales que ponen en grave riesgo el correcto desempeño de la función pública y, por ende, en última instancia, afecten el disfrute de los derechos fundamentales de las personas, ya que como todos sabemos el Derecho penal merece intervenir en este ámbito, dado que los actos de corrupción pública constituyen actividades que reducen las posibilidades de que los ciudadanos reciban en condiciones de igualdad los servicios públicos por parte del Estado, ya que como bien sostiene Gómez Díaz de León la administración pública puede ser entendida: como “estructura” y como “función”.⁴³

Respecto a la primera definición, esto es la administración pública como “*estructura*”, esta es entendida en sentido formal u subjetivo, es decir, como el aparato administrativo gubernamental o como el conjunto de organismos y funcionarios que realizan los fines del Estado.⁴⁴ Por otro lado, la administración pública como “*función*”, es entendida en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público.⁴⁵

Lo cual nos permite entender de mejor manera como la “administración pública” en la sociedad y su buen funcionamiento, hace referencia a que el Derecho está llamado a crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de los fines de la administración pública, siendo uno de estos mecanismos

⁴² Donna, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial Tomo III, (Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005), pág.45

⁴³ Carlos Gómez Díaz De Leon. Administración pública contemporánea. (México: McGraw-Hill interamericana, 1998), pág.. 22

⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 23

⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 23

jurídicos el Derecho penal, entendido como instrumento de control social para la protección limitada de bienes jurídicos, que determina que la intervención penal es la propensión a la satisfacción de necesidades de la persona humana en un contexto social.⁴⁶ Siendo pertinente destacar que en ese orden de ideas en palabras del Prof. Bustos Ramírez los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”. La administración pública se protege penalmente en tanto “función administrativa” que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social. Como se adelantó, aquí no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses.⁴⁷

Generándose de esta manera que la identificación del bien jurídico general es una tarea útil, pues, además de ayudar al mejor entendimiento y sistematización político-criminal de estos delitos, puede tener consecuencias prácticas a la hora de determinar concretamente la pena cuando se comete algún específico delito contra la administración pública.⁴⁸

III. Los delitos contra la eficiencia de la administración pública en el COIP.

La administración pública, entendida como función pública es un interés o valor constitucionalmente protegido que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad, ya que en un Estado Constitucional de Derecho y Justicia, a través de la administración pública se ponen a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos, que reflejan el cumplimiento efectivo del interés general.

En ese orden de ideas resulta pertinente analizar cada uno de los tipos penales que se encuentran catalogados dentro del Código Orgánico Integral Penal, como delitos contra la eficiencia de la administración pública.

3.1. Peculado.

⁴⁶ Santiago Mir Puig. “Límites del normativismo en el derecho penal”, en Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. (Bogotá- Colombia: Legis, 2008), pág. 380.

⁴⁷ Juan Bustos Ramírez. “Los bienes jurídicos colectivos”. En: Obras completas. Tomo II. (Lima-Perú: Ara Editores, 2004.), pág. 366.

⁴⁸ Carlos Martínez-Bujan Pérez. Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General. (Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2007), pág. 163.

La voz peculado, “se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa caudal, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua. No hay duda alguna de que su origen está en el derecho romano, que cualquier autor se remite a su fuente que es la *vos pecus*, que significa ganado. De ella dijo Carmignani, ha delimitado que la palabra ganado se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos e igualmente la riqueza del Estado Romano. De acuerdo con ello, Mommsen sitúa su origen en la Lex Julia, que lleva por título: *Peculatus et de Sacrilegis et de residuos*, ley está que según Garmignani, se produjo bajo Julio César y no durante el imperio de Augusto como lo da entender Mommsen.⁴⁹

Sin embargo, en lo que respecta a la configuración de una definición de peculado podríamos decir que este constituye la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicio, lo cual implica sin lugar a dudas que esta actuación debe ser realizada de manera consiente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos para fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones.

Podríamos decir entonces que este tipo de delito tiene como objeto la protección de la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado, así como la de controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos.

Destacando que el bien jurídico del delito de peculado no se encuentra dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados.⁵⁰

Siendo por tanto que el sujeto pasivo del presente delito es la propia Administración Pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho o deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa, por parte de los titulares a los que la

⁴⁹ Flores Uzcátegui Gustavo y García Falconí José: Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, segunda edición aumentada y actualizada (Quito, Ecuador, S.E., 1.982), pág. 60.

⁵⁰ Benavente Chorres /Calderón Valverde, Delitos de corrupción de funcionarios, 1ra ed., (Lima: Gaceta Penal, 2012.) págs.. 171-172.

misma corresponde. De modo adicional y secundario puede ser también eventualmente afectado con la conducta típica el propio administrado, en la esfera de los legítimos intereses administrativos que conforme a derecho le asistan, y sobre los que incida, perjudicándolos, la arbitraria resolución recaída.⁵¹

A tal punto que se entiende a los delitos de funcionarios, como delitos de infracción de deber, en donde la calificación como delitos de infracción de deber une a todos los delitos de funcionarios, ya que, como se infiere sin más de la teoría de la infracción de deber, si bien no todos los delitos de infracción de deber son delitos de funcionarios, todos los delitos de funcionarios lo son de infracción de deber.⁵²

En consecuencia, lo decisivo para determinar la conducta típica en los delitos de infracción de deber es la posición jurídica que ocupa el interviniente en relación al titular del bien afectado, de la que dimanen deberes especiales que vinculan esferas organizativas autónomas y exigen prestaciones positivas al obligado institucional, y cuyo incumplimiento fundamenta su responsabilidad penal.⁵³

Lo cual en palabras de Enrique Bacigalupo constituiría como que, “los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo» o judicial de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, clasificando, por tanto, a estos delitos como de infracción de deber.⁵⁴

En este orden de ideas, la realización del delito de peculado no requiere la constatación de un resultado material o de la modificación del mundo exterior, ya que la mera constatación que un sujeto ha causado mecánicamente un resultado lesivo para un objeto jurídicamente protegido aún no posee significado penal alguno, sino que es preciso valorar dicha

⁵¹ Sánchez Vera Gómez Trelles, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), (Universidad Externado de Colombia, 2003.), págs. 471-472.

⁵² *Ibíd.*, pág. 471.

⁵³ Reaño Peschiera, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, (Lima- Perú: Jurista, 2009), pág. 33.

⁵⁴ Sánchez Vera Gómez Trelles, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), (Universidad Externado de Colombia, 2003.), pág. 471.

conducta en el plano normativo, esto es, vincularla con un deber de evitar dicho output lesivo, que dependiendo de la configuración concreta del status quo de la organización podrá presentarse como una obligación de omitir o de actuar.⁵⁵

Implicando de este modo que el funcionario público a efectos penales es indispensable, que se lo entienda como un agente vinculado positivamente a la actividad del Estado, que asumido una serie de deberes institucionales. Si bien dichos deberes institucionales son de naturaleza altamente personal, en ocasiones su delegación puede tener efectos liberalizadores para el obligado originario y fundamentar una nueva posición de garantía respecto al delegado, siempre que se respeten los procedimientos de delegación previstos por la institución que se trate. De este modo, sólo quienes hayan asumido efectivamente una posición institucional dentro del marco fijado por ella pueden ser penalmente responsables de la infracción de los deberes que de ella dimanar.⁵⁶

Una vez que hemos contextualizado ciertos aspectos generales del delito de peculado es necesario que nos concentremos en la imputación objetiva del mismo, para lo cual sin lugar a dudas es innegable tomar en consideración el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero, por otra, se acepta también como componente codefinidor del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tienen a su cargo por razón de sus funciones. Por lo que a esta última dimensión se refiere, cabe indicar que el sustrato homogéneo a todos los delitos de funcionarios se centra en el correcto ejercicio de la actividad administrativa, en la función pública como razón de ser de su incriminación en última instancia. Ahora bien, resulta difícil hacer referencia al correcto ejercicio de la actividad administrativa o a la función administrativa al servicio de la sociedad, sin tener en cuenta los concretos deberes que obligan al funcionario,⁵⁷ así como la consideración de un tipo penal como delito especial que atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la

⁵⁵ Reaño Peschiera, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, (Lima- Perú: Jurista, 2009), pág.32.

⁵⁶ *Ibíd.*, págs. 33-34.

⁵⁷ Roca De Agapito, Luis, «El delito de peculado en España y en Perú», en Heydegger, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, (Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013), p. 411.

clasificación de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación.⁵⁸

Siendo oportuno entonces hacer alusión a la Imputación objetiva, desde los elementos típicos del Peculado Doloso, en donde la norma al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal, entre los cuales se destacan:

- a) **Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.** Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.⁵⁹
- b) **La percepción:** Entendida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.⁶⁰
- c) **La administración:** Que implica las funciones activas de manejo y conducción.⁶¹
- d) **La custodia:** Que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.⁶²
- e) **Apropiación o utilización.** En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.⁶³

⁵⁸ Reaño Peschiera, José Leandro, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, (Lima- Perú: Jurista, 2009), págs. 22-23.

⁵⁹ Feijoo Sánchez, en Delitos contra la Administración Pública, (Lima- Perú: Idemsa/Centro de Estudios Penales), p. 30.

⁶⁰ Alexander Díaz-Fustamante, La Imputación En El Delito Peculado, (Tesis de Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura. Perú.), pág. 30.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 30

⁶² *Ibíd.*, pág. 30

⁶³ *Ibíd.*, pág. 30

- f) **El destinatario:** para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.⁶⁴
- g) **Caudales y efectos:** Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.⁶⁵

De la enunciación de estos elementos, se evidencia que el peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo.

Pues bien, a pesar de lo que habitualmente se cree, la prueba del dolo se resuelve en los delitos de funcionarios de igual manera, o incluso más: de forma precisamente más sencilla, que en los delitos comunes de dominio. En efecto, la imputación subjetiva que se ha de realizar tiene como referente, como principio de identificación, un determinado rol, el rol de funcionario de una determinada administración, por lo que la imputación podrá basarse simplemente en ese rol,⁶⁶ ya que al ser el Peculado un delito de resultado, es perfectamente posible que en el caso del Peculado Doloso éste se quede en grado de tentativa. A modo de ejemplo, estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.⁶⁷

Asimismo, y por esta razón, la punibilidad del extraneus como partícipe de un delito de peculado sólo puede apreciarse cuando en alguna medida haya proporcionado la entrega de los caudales, pues de otro modo su aporte no sería decisivo para el quebrantamiento del deber por parte del funcionario. Dicho con otro ejemplo, el particular que sólo se limita a recibir una suma de dinero, sin haberla solicitado directa o indirectamente al funcionario o sin

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 30

⁶⁵ Reátegui Sánchez, James, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2014., pág. 252.

⁶⁶ Sánchez Vera Gómez Trelles, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), (Universidad Externado de Colombia, 2003.), pág. 478

⁶⁷ Salinas Siccha, en *Delitos contra la Administración Pública*, (Perú: Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013), p. 371.

haber participado en alguna negociación previa a su entrega, interviene luego de la infracción del deber institucional, y consiguientemente su aceptación sólo tiene relevancia en el marco de los delitos patrimoniales o de encubrimiento.⁶⁸

Finalmente es necesario destacar que la conducta del peculado consiste en los actos en los cuales, las personas encargadas, de los bienes y servicios del Estado, sus Entidades descentralizadas, Empresas del Estado, Instituciones Financieras, entre otras, quienes abusan de la autoridad conferida sobre los mismos, en el ejercicio de su cargo, siendo estos actos, según expresa la norma, la sustracción o distracción de cualquier cosa perteneciente al Estado, de la citadas Instituciones o inclusive de un particular. En ambos casos, la forma de culpabilidad es eminentemente dolosa.

3.2. Enriquecimiento Ilícito.

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la administración pública.⁶⁹

Es por tanto que el delito de enriquecimiento ilícito ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear su figura.

Que en palabras de Abanto Vásquez, sería entendido como aquel tipo penal que tiene carácter subsidiario, y que es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratara de incrementos patrimoniales provenientes de un “cohecho” o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del “enriquecimiento ilícito” sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in idem*, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito

⁶⁸ Reaño Peschiera, José Leandro, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, (Lima- Perú: Jurista, 2009), pág. 30

⁶⁹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima- Perú: Jurista, 2002), págs. 125-126.

cometido, “una vez por delito de ‘enriquecimiento ilícito’, y otra por el delito principal contra la administración pública.⁷⁰

Lo cual implicaría que el tipo penal de enriquecimiento ilícito, como categoría genérica al tener a la administración pública como bien jurídico tutelado, denota que lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que lo integran.⁷¹ Por lo que sin lugar a dudas resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores, pues el concepto “moral” es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el Derecho penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control.

De igual forma cabe destacar que si bien la corrupción es un fenómeno criminal que ha existido a lo largo de la historia, independientemente del régimen o sistema político del que se trate, lo cierto es que los casos que han aflorado en los últimos años han provocado que los ciudadanos la consideren como uno de los principales problemas que existe en la sociedad actual.

En dicho orden de ideas es pertinente indicar que las Naciones Unidas para hacer frente al enriquecimiento ilícito estuvieron relacionados con las deliberaciones ocurridas en la década de los noventa para hacer frente a la cuestión de las prácticas corruptas y los pagos ilícitos en las transacciones comerciales internacionales. Estas deliberaciones se enmarcaron en el programa de los Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en el cual en su Resolución 7, titulada «Corrupción en la administración pública», se incluyen, entre otras, dos recomendaciones muy importantes: la adopción de medidas en los órganos de la Administración pública para dar efectividad a la responsabilidad de los funcionarios públicos, y que permitan la imposición de medidas disciplinarias eficaces y la adopción de medidas correctoras.⁷²

Paralelamente al Octavo Congreso, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la Resolución 1992/50 titulada «Enriquecimiento fraudulento de los

⁷⁰ Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. (Lima-Perú: Palestra, 2001), págs. 484-486

⁷¹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima-Perú: Jurista, 2002), págs.142-143

⁷² ONU, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe de trabajo preparado por la Secretaría, La Habana 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, A/CONF.144/28/Rev.1. Recomendación 1.d).

responsables del Estado en detrimento del interés público, factores que lo provocan y agentes implicados en todos los países en ese enriquecimiento fraudulento». En esta Resolución se reconoce que el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y la transferencia de los activos expoliados al extranjero es un problema de derechos humanos.⁷³

El 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 51/191, aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, destacando que los costos económicos de la corrupción y que las medidas efectivas que se adopten a todos los niveles para luchar contra la corrupción y el soborno y evitarlos en todos los países son fundamentales para mejorar el entorno comercial internacional.⁷⁴

En su Resolución 52/87 titulada «Cooperación internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales», la Asamblea General acordó que todos los Estados adopten las medidas posibles para promover la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales y del Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos.⁷⁵

En diciembre de 2000, la Asamblea General reconoció la necesidad de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional,⁷⁶ es por ello que en el primer periodo de sesiones celebrado en Viena del 21 de enero al 1 de febrero de 2002, se inició el examen del texto del art. 25 del Proyecto de la Convención sobre el enriquecimiento ilícito, con ciertas características como son: a) este enriquecimiento debía realizarse de forma intencional; (b) los destinatarios de la norma serían los funcionarios públicos; (c) el periodo durante el cual se debía producir el incremento era el tiempo que el funcionario estuviera en el ejercicio de sus funciones; y, (d) que el incremento patrimonial no pueda o no sea razonablemente justificado.

⁷³ UN, Commission on Human Rights, Fraudulent enrichment of top State officials prejudicial to the public interest, the factors responsible for it, and the agents involved in all countries in such fraudulent enrichment, 3 March 1992, E/CN.4/RES/1992/50.

⁷⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, 21 de febrero de 1997, A/RES/51/191.

⁷⁵ NU, Cooperación internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, 2 de febrero de 1998, A/RES/52/87.

⁷⁶ NU, Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, A/RES/55/61.

Elementos que en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobado por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, constituyendo así el primer acuerdo que vincula a todos los Estados miembros para hacer frente a la corrupción, a tal punto que la incorporación, en virtud de la Convención, del delito de enriquecimiento ilícito en las legislaciones nacionales es bastante desigual. De todos los países firmantes, unos han presentado reservas.

No obstante es necesario indicar que una de las principales ventajas de definir un determinado fenómeno criminal es que nos permite determinar sus elementos básicos, es decir, los elementos esenciales que deben concurrir en la realización de una determinada conducta para que ésta sea calificada como delito, de igual forma es necesario destacar que el delito de enriquecimiento ilícito se enmarca dentro de la política criminal de lucha contra la corrupción relacionada especialmente con el sector público.

En donde sin lugar a dudas la principal característica de esta regulación es que el incremento patrimonial puede proceder de los beneficios que genere cualquier actividad delictiva. De esta forma, el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la legislación penal ha ido ampliando considerablemente su ámbito de aplicación, en parangón con lo que ha sucedido con la regulación del blanqueo de capitales en la legislación española. Inicialmente se le configuró como un instrumento más en la lucha contra el narcotráfico y la criminalidad organizada que giraba a su alrededor, con posterioridad se extendió su ámbito de aplicación al delito de testaferrato y al secuestro, para finalmente enmarcarse en la lucha contra los beneficios que puede generar cualquier forma de criminalidad.⁷⁷

De igual forma es preciso indicar que el elemento principal del enriquecimiento ilícito es el incremento patrimonial que puede producirse tanto con el aumento del activo como con la disminución del pasivo del funcionario público. Por un lado, el aumento del activo puede producirse con la incorporación de bienes, muebles o inmuebles, corporales e incorpóreas y los derechos o valores, que sean susceptibles de ser valorados económicamente. Por otro lado, la cancelación de deudas o extinción de obligaciones produce la disminución del pasivo.

A tal punto que en palabras Rodríguez Puertas, la lesión del bien jurídico “no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad de facto de llevar a cabo el acto”, por ello concluye que deben considerarse actos realizados en el ejercicio del

⁷⁷ Del Carpio Delgado, «Principales aspectos del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», Revista Penal, n° 28, 2011, pp. 8 y ss.

cargo: 1) aquéllos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, y 2) los que estando al margen de su competencia para efectuarlos, no son completamente ajenos a la órbita de sus competencias, por lo que de facto pueden llevarlos a cabo, bien porque: 2.1) resultan facilitados por su posición en la administración, o 2.2) su ejecución corresponde al órgano o entidad de la administración donde él presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por él desempeñadas.⁷⁸

Lo cual implica que el enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de Derecho penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario o servidor público por el simple hecho de ostentar esa cualidad, sino por su posición de custodia frente a los bienes de la administración pública, por el especial deber derivado de la función,⁷⁹ que se materializa con el incremento patrimonial del sujeto: incremento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también en la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto. En ambos casos, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial.

Siendo pertinente de igual manera destacar que el dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de incrementar el patrimonio ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del preavalecimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica Gálvez Villegas, pues además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimientos referenciales en la simple conducta dolosa.⁸⁰

Finalmente respecto al enriquecimiento ilícito es necesario indicar que un problema particular radica en el tratamiento del error sobre el elemento de valoración global “ilicitud” del enriquecimiento y sobre el elemento normativo condición de funcionario público. En el primer caso, por ejemplo,

⁷⁸ Rodríguez Puertas, María José. El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios. (España- Pamplona: Arazandi, 1999), p. 206.

⁷⁹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima- Perú: Jurista, 2002), págs. 194.

⁸⁰ Galvez Villegas, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. (Lima-Perú: Idemsa, 2001), págs.155-157.

el funcionario cree que es lícito recibir una dádiva de los empresarios que anteriormente favoreció mediante una resolución legal, incrementando así su patrimonio. También puede ocurrir que el sujeto yerre sobre su condición de funcionario, por ejemplo, el ganador de una licitación pública para construir una carretera se enriquece indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular. Siendo el enriquecimiento ilícito una infracción dolosa, la resolución de estos casos como error de tipo determinará siempre la atipicidad, si es invencible porque se excluye la responsabilidad objetiva, y si es vencible porque no está tipificado el enriquecimiento imprudente. La consecuencia es distinta bajo el régimen del error de prohibición, si éste es vencible, como ocurrirá en la mayoría de los casos, partiendo por ejemplo, de un criterio como la evitabilidad en base a una culpabilidad previa, solo cabrá una atenuación de la pena.⁸¹

3.3. Cohecho.

En la doctrina Argentina en que la figura de cohecho reconoce su origen histórico en el “crimen repetundae” del antiguo Derecho Romano, que tenía lugar cuando los funcionarios encargados de dirimir conflictos entre particulares, percibían indebidamente sumas de dinero por la tarea que debían prestar ad honorem. El Derecho, entonces, reconoció a los damnificados una acción que permitía a los particulares repetir del funcionario las sumas cobradas por sus oficios sin derecho.⁸²

En lo cual la doctrina en general sostiene que el cohecho es, genéricamente, un delito que atenta contra la administración pública, donde específicamente, se protege el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados y funcionarios.⁸³

En efecto, no sólo se protege la regularidad funcional de los órganos del Estado, sino que también se busca castigar los actos corruptos de los funcionarios, en lo que se relaciona con el ejercicio de la función pública, ya que el bien jurídico que se tutela es el funcionamiento normal, ordenado y legal de la administración pública, la que puede verse afectada por la conducta corrupta del funcionario en lo que respecta a su normal desenvolvimiento.

⁸¹ San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. (Lima- Perú: Jurista, 2002), págs. 224-225

⁸² Buompadre Jorge Eduardo. “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo 3, 1º edición, (Corrientes-Argentina: Editorial Mario A. Viera Ediciones, 2003), pág. 192.

⁸³ *Ibíd.*, pág. 193

Es entonces que el cohecho se enmarca dentro del repertorio que constituyen los delitos contra la Administración Pública, ya que es un delito peculiar puesto que acoge numerosos subtipos en función del sujeto que ejecuta la acción. La doctrina lo clasifica en cohecho activo y cohecho pasivo según sea el particular el que corrompe al funcionario con dádivas y promesas, o el funcionario quien las solicita o acepta del particular, respectivamente. El cohecho pasivo se puede dividir a su vez en cohecho propio e impropio; sin embargo, la doctrina difiere de lo que debe considerarse cohecho impropio, pues algunos autores estiman "impropio" el cohecho derivado de la realización de un acto del funcionario público propio de su cargo, mientras que otros consideran que lo verdaderamente impropio del acto es la solicitud o recepción de un regalo por razón del cargo que ostenta el funcionario público.

Sin embargo en palabras de Muñoz Conde, el cohecho no se origina en el acuerdo de voluntades del funcionario y el particular, sino que son "dos delitos distintos y autónomamente castigados."⁸⁴ Lo que deja a relucir que en la tipificación del delito de cohecho se distingue entre la conducta de quien pretende corromper y la del funcionario que la recibe. En esta distinción se parte de la existencia de un pacto, escrito o no, por el que una persona soborna o acepta el ofrecimiento del funcionario corrupto y otra, el funcionario, quien acepta el presente, o realiza el ofrecimiento determinante de la corrupción, lo cual implica que este es un delito que consiste en la entrega de un soborno para corromper a alguien y obtener un favor de su parte. Lo habitual es que esta dádiva, que puede concretarse con dinero, regalos, etc., sea entregada a un funcionario público para que éste concrete u omita una acción.

En dicho orden de ideas es preciso realizar un análisis respecto del cohecho propio y del impropio, en el cual su diferenciación parte en el primer caso en una definición dada por autores como Ortiz De Urbina, quienes opinan que el que recoge los supuestos del cohecho pasivo impropio o "no corruptor", consiste en cuando el legislador castiga la exigencia o aceptación de dádiva para llevar a cabo un acto propio del cargo⁸⁵; mientras que otros autores como Muñoz Conde consideran que es la aceptación de dádiva por el

⁸⁴ Muñoz Conde, F. Derecho Penal. Parte Especial, 19ª ed., (Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2013), pág.931

⁸⁵ Ortiz De Urbina, I. "Delitos contra la Administración Pública" en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, dirigido por Silva Sánchez, J.M. y coordinado por Ragués I Vallès, 3ª ed., (Barcelona- España: Atelier , 2011), pág. 338

funcionario en consideración a su cargo lo que le proporciona el carácter de impropio al delito de cohecho.⁸⁶

Considerando de esta manera que el cohecho impropio, desde la perspectiva de autores como Suárez Mira y Piñol Rodríguez, debe ser todo aquel alejado del nexo causal entre la dádiva y el acto corrupto que impida un correcto funcionamiento de la Administración y sea realizado en el ejercicio del cargo y contrario a los deberes inherentes al cargo público.

Tomando en dicho sentido para el entendimiento del cohecho las circunstancias económicas de los últimos años, y la delimitación de que nos encontramos frente a un delito bilateral, pues requiere, por un lado, alguien que de u ofrezca el objeto del delito, y por otro lado, otra persona, que tiene que ser el funcionario público que recibe o acepta el dinero o la dádiva para el fin expresado en el tipo legal.

A tal punto que cuando el funcionario recibe “dinero” o “acepta una promesa directa o indirecta” de pago en la misma especie, en concepto de retribución en el marco de un acuerdo o contrato venal, en el que se compromete un acto u omisión del funcionario relativo a sus funciones, la interpretación no ofrece dificultades; debe tratarse de moneda nacional o extranjera de curso legal. En caso de que esa moneda haya dejado de circular puede constituir una dádiva si conserva algún valor metálico o numismático.

Debiendo destacar que en palabras D’Alessio, sostiene respecto de la dádiva, que... “si bien para algunos debe consistir en algo dotado de valor económico, también se debería incluir todo aquello que represente un beneficio, aunque no se le pueda señalar un valor de índole económica. Pero de lo que no hay duda es que la dadiva requiere la existencia de algo que se puede dar y recibir en sentido material (no por nada se la define como “cosa”), razón por la cual, y en función de lo que establece el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, no quedando abarcados por el tipo legal los favores y ventajas que no constituyan objetos materiales como por ejemplo obtener un ascenso, un nombramiento o los favores sexuales del otro”.⁸⁷

Mientras que algunas corrientes doctrinales establecen como condición necesaria que tanto la dádiva como el favor o retribución deben ser de contenido exclusivamente económico. Otros se postulan por la irrelevancia

⁸⁶ Muñoz Conde, F, Derecho Penal. Parte Especial, 19ª ed., (Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2013), pág.935

⁸⁷ D’Alessio, Andrés José – “Código Penal Comentado Y Anotado” Parte Especial, 1º Edición, (Buenos Aires – Argentina: Editorial La Ley, 2004), pág. 823.

del carácter económico de la dádiva admitiendo otro tipo de contraprestaciones de tipo sexual, tal y como lo ha puntualizado D'Alessio.

Sin embargo este tipo delictivo, al igual que el resto de cohechos, es un delito de mera actividad consumado con la solicitud o recepción de la dádiva, por sí o por persona interpuesta; o con la aceptación del ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto, sin que sea necesario que la contrapartida acepte la solicitud o la oferta. En otras palabras, a efectos de responsabilidad criminal del funcionario público es indiferente que el particular acepte su solicitud de la dádiva. Por tanto, debido al carácter unilateral del cohecho pasivo propio y a la consumación del mismo por la mera solicitud, resulta especialmente difícil encontrar un supuesto en el que dar cabida a su ejecución en grado de tentativa.

Por otra parte también nos conlleva a pensar respecto al cohecho pasivo en el supuesto de falta de acuerdo entre el funcionario y la persona interpuesta, sin perjuicio de la posible configuración de otro delito. Siempre para que se configure este delito, entre el personero y el funcionario debe haber un acuerdo, y el personero debe recibir el donativo en base a ese acuerdo. De lo contrario, estaremos en presencia de la venta de humo, lo cual nos denota que el tipo subjetivo del cohecho pasivo, es un delito doloso, de dolo directo. El aspecto subjetivo del delito se conforma con el conocimiento por parte del funcionario y la voluntad de actuar en función del acuerdo venal: al recibir el dinero del soborno o aceptar la promesa directa o indirecta del tercero corruptor, en el marco de un verdadero pacto ilícito que compromete la actividad de aquel según lo acordado.

En donde sin lugar a dudas se puede decir que el cohecho constituye el paradigma de un delito de corrupción. Esto nada dice, sin embargo, acerca del bien jurídico específicamente menoscabado por un comportamiento típicamente relevante a ese título. Pues el concepto de corrupción no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino más bien un determinado modo de ataque a algún bien jurídico, siendo la identificación de éste conceptualmente independiente de la mención de ese mismo modo de ataque.

Tal es así que la determinación de sus respectivas condiciones de consumación, que todavía se encuentran recíprocamente configuradas. En referencia al beneficio constitutivo de la ventaja indebida, la “solicitud de recibir” por parte del funcionario se corresponde con el “consentimiento en dar” por parte del potencial sobornador, mientras la “aceptación de recibir” por parte del funcionario se corresponde con el “ofrecimiento en dar” por parte del potencial sobornador. Notablemente, en tal correlación de las dos

modalidades que pueden asumir, respectivamente, el cohecho, como un delito en cuanto a la clasificación bipartita, porque será perseguido por la autoridad judicial, a diferencia de las faltas, las cuales serán perseguidas por la autoridad administrativa.

Ya sea en función de su gravedad, en razón de que el cohecho es un ilícito de acción, debido a que para su ejecución se requiere movimientos corporales o materiales por parte del sujeto activo del delito, en este caso el servidor público por sí, o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

Lo cual genera un orden a la conducta del agente, debido a que al ser un acto ilícito de resultado material, porque se requiere de la materialización del mismo, es decir, de un cambio material externo, originado por la conducta del agente y que medie un resultado palpable en la lesión, porque el agente causa una disminución al bien jurídicamente tutelado por la norma penal en estudio.

Denotando así que el cohecho es doloso debido a que el agente que tiene la plena intención de ejecutarlo, consciente y voluntariamente solicita o recibe indebidamente para sí o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

3.4. Conclusión.

Los primeros antecedentes sobre el origen etimológico de la concusión, se remontan al Derecho Romano, que ha servido de punto de partida en la evolución de una infinidad de institutos en diversos sistemas legales internacionales. Tal influencia, tuvo lugar gracias a cuatro grandes vertientes:

- A) El Derecho Español: el cual fue aplicado con las “Siete Partidas”
- B) La Escuela Francesa; a través del Derecho Napoleónico así como por conducto de diversos códigos europeos, los cuales a su vez, recogieron en gran medida los principios jurídicos legados por la escuela romanista.
- C) El corpus iuris o estudio del Derecho.
- D) La Doctrina extranjera legada por connotados romanistas, en particular de la escuela alemana y que en su época aportaron grandes conocimientos

sobre la materia, entre los cuales destacan: Von Ihering, Von Savigny, Windscheid Dernburg.⁸⁸

Tal es así que es pertinente enunciar como en la antigua Roma se cometían delitos de carácter público crimina y de carácter privado delicta. Los primeros, por su propia naturaleza ponían en peligro a la comunidad romana y eran perseguidos de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, siendo sancionados con penas de muerte, y ahorcamiento en el “*árbol infelix*”, decapitación, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc. En el segundo de los supuestos, se trataba de delitos que lesionaban la esfera jurídica de particulares básicamente y de manera excepcional, causaban daño a la sociedad. Estos eran perseguidos a petición de la parte afectada y cuya sanción, consistió en sus inicios en la imposición de multas privadas en favor del ofendido, pasando por la venganza privada, el sistema de la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente), hasta llegar a la “composición voluntaria”. Por lo que respecta a la figura jurídica de la concusión, tiene sus orígenes etimológicos en el propio Derecho Romano, los cuales derivan del vocablo latino *concutere*, que significa “sacudir”⁸⁹

A efecto de esclarecer la aplicación figurada sobre el origen etimológico de la concusión, Constancio Bernaldo De Quiros aportó el siguiente criterio: “La palabra latina (*concussio, onis*) equivalente en Español a conmoción o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba.”⁹⁰

De tal criterio, se desprende que de manera metafórica o figurada, la conmoción o sacudida, (de carácter subjetivo) era sufrida por el particular que debía de entregar algo no debido al sujeto activo del delito. A tal punto que de la simple lectura que se efectúe sobre el concepto histórico citado con anterioridad, es claro que no se desprende elemento alguno que permita esclarecer el significado sobre el antecedente etimológico del delito de la concusión, menos aún, si se pretendiese cotejar dicho concepto, con el tipo legal vigente, pero sin lugar a dudas se puede indicar que en los sistemas complejos de corrupción, creados por las élites políticas y económicas para protegerse y enriquecerse, no es fácil identificar qué pagos o entregas,

⁸⁸ Floris Margadant, Guillermo S. “Derecho Romano”. (México, D.F: Editorial Esfinge, 14ª ed., 1986), págs. 432 y 433.

⁸⁹ Soler Sebastián. “Derecho Penal Argentino T. IV.”, (Buenos Aires- Argentina: Tipográfica Editora,. 1973) pág. 85.

⁹⁰ Bernaldo De Quirós, Constancio. “Derecho Penal” Vol. II. (Puebla, Puebla: Edit. J. Ma. Cajica Jr., 1957),. pág. 344.

procedentes de los particulares o de las empresas, son resultado de una transacción y cuáles se enmarcan, por el contrario, en la dinámica propia de la concusión.

En tal sentido el delito de la concusión, debe ser entendido como la acción del servidor público a través de la cual obliga, compele, fuerza, instiga, persuade, pretende, pide o procura que alguien le dé o le prometa dinero o cualquier otra utilidad indebida, con ciertas particularidades como son que efectivamente el sujeto activo (funcionario público) y pasivo (Estado o particulares) sino que se especifica la razón pluriofensiva (donde se lesionan varios bienes jurídicos) y se admite la tentativa como delito de resultado, puesto que ello implica que no sólo se trata de la definición, reglamentación y castigo de unas conductas, sino que presupone una alteración anómala de la ideación moral y la ética como condicionantes del hecho delictivo.

A tal punto que dentro de la concusión permite analizarse como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, la cual afecta la sociedad y es reiterada en los planes de gobierno ya que introduce conceptos traídos desde la dogmática jurídico-penal, el derecho penal y la política criminal que en relaciones directas e indirectas deben tratar fenómenos sociales tales como la seguridad pública y la seguridad nacional para hacer frente a la criminalidad y la internacionalización del delito desde la concepción de “Estado de derecho” en un mundo con fronteras plenamente definidas para la aplicación de la justicia, pero difusas y muchas veces inexistentes para el ejercicio criminal.

Lo que nos permite entender que en palabras de Ossorio, el delito de concusión es: “la figura delictiva más corrientemente llamada exacción ilegal, referida al caso del funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar, o entregar indebidamente por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva, o cobrar mayores derechos que los que corresponden. El delito se agrava si el agente emplea intimidación o invoca orden superior, comisión o mandamiento judicial, así como también si convierte en provecho propio o de tercero esa exacción.”⁹¹

Denotando de esta manera que este tipo penal consiste entonces, en el constreñimiento a través de amenazas, que realiza un funcionario público que abusando de sus funciones exige un beneficio económico a la víctima, para sí o para un tercero, beneficio económico que puede expresarse tanto a través del dinero como de cualquier otro bien.

⁹¹ Ossorio, M., Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. (27ª edición) (Buenos Aires- Argentina: Editorial Heliasta, 2000), pág. 19.

En lo referente al bien jurídico protegido de este delito en palabras de Grisanti: “señala que el bien social protegido es el interés por el normal funcionamiento de la administración pública y por el prestigio de la misma, en lo concerniente al cabal cumplimiento del deber de probidad que corresponde a todo funcionario público.”⁹²

Dando a entender que el bien jurídico que el estado protege es el buen nombre de las instituciones públicas, las cuales como consecuencia de este delito pierden credibilidad ante la sociedad, motivado a una acción individual cometida por un funcionario público en el ejercicio de su función.

Consecuentemente, se desprende entonces que el sujeto activo del delito de concusión es el funcionario público que constriñe, que realiza la exigencia ilícita del dinero u otra dádiva, para sí o para otro, mediante amenazas. Funcionario público que deja a un lado su moral, su ética, honestidad y transparencia con la que se supone debería ejercer su cargo; y, mientras que el sujeto pasivo posee dos sujetos, el primero de ellos el estado, el cual se ve ofendido al momento de que un funcionario público viola su deber de probidad, moral y ética, al realizar una solicitud de dinero aprovechando su condición de funcionario público y el segundo sujeto pasivo es el particular, el que finalmente ve afectado su patrimonio al realizar la entrega de dinero, solicitado ilícitamente mediante amenaza.

Referencias

- Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el CP peruano*. Lima- Perú: Palestra, 2001.
- Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Amuchástegui, G. «Introducción» a G. Jellinek et al.: *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid- España, 1984.
- Barrachina Juan, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. Parte General, Tomo I, Barcelona – España: Edit. PPU, 1991.
- Benavente Chorres / Calderón Valverde. *Delitos de corrupción de funcionarios*, 1ra ed., Lima: Gaceta Penal, 2012.
- Bernaldo De Quirós, Constancio. *Derecho Penal Vol. II*. Puebla, Puebla: Edit. J. Ma. Cajicá Jr., 1957.

⁹² Grisanti, H y Grisanti A., Manual de Derecho Penal. (Reimpresión de la Séptima edición) (Valencia-Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores, 1998), pág. 110.

- Betancur, Nicolás, et al, *Técnica legislativa Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, Uruguay, Parlamento de Uruguay PNUD, 2009.
- Buompadre, Jorge Eduardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo 3, 1° edición, Corrientes- Argentina: Editorial Mario A. Viera Ediciones, 2003.
- Bustos Ramírez Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”. En: *Obras completas*. Tomo II. Lima- Perú: Ara Editores, 2004.
- Cortina Orts, A., en Laporta San Miguel, F.J. (Coord.)/Álvarez Medina, S. (Coord.). *La corrupción política*. España: Alianza Editorial, 1997.
- Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición Argentina, Editorial Astrea, 1999.
- D’Alessio, Andrés José. *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*. 1° Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial La Ley, 2004.
- De León Velasco, Héctor A. y De Mata Vela, José Francisco. *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2006.
- Del Carpio, Delgado. “Principales aspectos del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”. *Revista Penal*, n° 28, 2011.
- Donna, Edgardo A. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo III, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- E. Brandt. *Die politische Treuepflicht*. Karlsruhe, 1976, citado por A. Embid Irujo. *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución Un estudio de los Derechos alemán y español*, Madrid, 1987.
- Flores Uzcátegui Gustavo y García Falconí José. *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*. Segunda edición aumentada y actualizada. Quito, Ecuador, S.E., 1982.
- Floris Margadant, Guillermo S. *Derecho Romano*. México, D.F: Editorial Esfinge, 14ª ed., 1986.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima-Perú: Idemsa, 2001.
- García Amado, Juan A. “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la ‘Teoría del Derecho’ como sucedáneo”, en *Persona y*

Derecho N° 31, 1994, pp. 109-155, disponible en:
<http://www.geocitis.cam/jagamado/>

Gómez Díaz De Leon, Carlos. *Administración pública contemporánea*. México: McGraw-Hill interamericana, 1998.

Grisanti, H y Grisanti A. *Manual de Derecho Penal*. Reimpresión de la Séptima edición) (Valencia-Caracas, Venezuela: Vadell Hermanos Editores, 1998.

Jeschek, Hans. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Trad. de la 5ta ed. alemana de Miguel Olmedo Cardenote, Granada- España: Comares, 2002.

Lalinde Abadía, J. *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*. Madrid- España: Liberlibro, 1970.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*. Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2007.

Mir Puig, C. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona- España: Edit. Bosch, 2000.

Mir Puig, S. “Límites del normativismo en el derecho penal”, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá- Colombia: Legis, 2008.

Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J, “Delitos contra la Administración Pública”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Edit. Aranzadi, 2011.

Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed., Valencia- España: Tirant lo Blanch, 2013.

ONU. “Cooperación internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales”. 2 de febrero de 1998, A/RES/52/87.

ONU. “Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales”, 21 de febrero de 1997, A/RES/51/191.

ONU. “Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”. Informe de trabajo preparado por la Secretaría, La Habana 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, A/CONF.144/28/Rev.1. Recomendación 1.d).

ONU. Commission on Human Rights. “Fraudulent enrichment of top State officials prejudicial to the public interest, the factors responsible for it,

and the agents involved in all countries in such fraudulent enrichment”, 3 March 1992, E/CN.4/RES/1992/50.

ONU. Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, A/RES/55/61.

Ortiz De Urbina, I. “Delitos contra la Administración Pública” en *Lecciones de Derecho Penal*. Parte Especial, dirigido por Silva Sánchez, J.M. y coordinado por Ragués I Vallès, 3ª ed., Barcelona- España: Atelier , 2011.

Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (27ª edición) Buenos Aires- Argentina: Editorial Heliasta, 2000.

Reaño Peschiera, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima- Perú: Jurista, 2009.

Reátegui Sánchez, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2014.

Redondo, Cristina. “Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis” en *Analisi e diritto*, Turin: Giappichelli, 1999.

Roca de Agapito, Luis, “El delito de peculado en España y en Perú”, en Heydegger, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013.

Rodríguez Puertas, María José. *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. España- Pamplona: Arazandi, 1999.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio en Derecho Penal*. Trad. de la 7ed. De Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Barcelona - España: Marcial Pons, 2000.

San Martín Castro, César Eugenio, Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima- Perú: Jurista, 2002.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV.”, Buenos Aires- Argentina: Tipográfica Editora, 1973.

Vazquez-Portomeñe, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003.

**A teoria da cegueira deliberada:
conceito, críticas doutrinárias e relação com crimes de
corrupção^(*)**

**The theory of deliberate blindness:
concept, doctrinal criticism and relationship with corruption
crimes**

**La teoría de la ceguera deliberada:
concepto, crítica doctrinal y relación con los delitos de
corrupción**

Esther Campos Cavalcanti Ramalho Procópio¹

Pedro de Menezes Carvalho²

Sumário: Introdução. **1.** Breves considerações: conceito de crime, dolo e culpa. **2.** Teoria da cegueira deliberada. **3.** A teoria e os crimes de corrupção. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho tem como objetivo o estudo da chamada Teoria da Cegueira Deliberada, trazendo conceitos sobre a teoria, de onde ela surgiu e como ela foi aplicada no cenário brasileiro relacionando principalmente com casos de corrupção. Durante o

^(*) Recibido: 03/12/2019 | Aceptado: 20/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
estherprocopio@hotmail.com

² Advogado e Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
Pedro.menezess@p.ficr.edu.br

trabalho será abordado também críticas doutrinárias sobre essa teoria e a discussão que ela promoveu entre os doutrinadores devido à sua aplicação. Como fontes para embasamento do artigo, foram utilizados livros de penalistas, artigos publicados que tratam da teoria da cegueira deliberada no âmbito dos crimes econômicos e dados eletrônicos extraídos do Google Acadêmico.

Palavras-chaves: cegueira deliberada, dolo eventual, lavagem de capitais, corrupção, penal econômico.

Abstract: The work aims to study the so-called Deliberate Blindness Theory, bringing concepts about the theory, where it came from and how it was applied in the Brazilian scenario relating mainly to corruption cases. During the work, doctrinal criticisms about this theory and the discussion it promoted among doctrinators due to its application will also be addressed. As sources for the article, books of criminalists, published articles dealing with the theory of deliberate blindness in the scope of economic crimes and electronic data extracted from Google Academic were used.

Key words: deliberate blindness, eventual deceit, capital laundering, corruption, economic criminality.

Resumen: El trabajo tiene como objetivo estudiar la llamada Teoría de la Ceguera Deliberada, trayendo conceptos sobre la teoría, de dónde vino y cómo se aplicó en el escenario brasileño relacionado principalmente con los casos de corrupción. Durante la obra se abordarán también las críticas doctrinales sobre esta teoría y la discusión que promovió entre los doctrinarios debido a su aplicación. Como fuentes del artículo se utilizaron libros de criminalistas, artículos publicados que tratan de la teoría de la ceguera deliberada en el ámbito de los delitos económicos y datos electrónicos extraídos de Google Academic.

Palabras clave: ceguera deliberada, engaño eventual, lavado de capital, corrupción, criminalidad económica.

Introdução

O presente artigo tem como finalidade o levantamento de um estudo acerca da chamada Teoria da Cegueira Deliberada, conceituando-a e mostrando como ela foi inserida no cenário jurídico brasileiro, assim como as críticas

que recebeu por parte da doutrina nacional. Além disso, analisar também sua coerência quando comparada com nosso Código Penal e o que ele tem como previsão.

No primeiro capítulo, serão feitas breves considerações em relação ao que assiste o Código Penal Brasileiro em relação ao conceito de crime, dolo e culpa, para que, assim, possa ser facilmente identificada a relação que a teoria tenta levantar, como também se essa relação é válida com a realidade em âmbito nacional de nossa legislação.

Em seguida o enfoque será em relação ao conceito do objeto de estudo em questão, a chamada Teoria da Cegueira Deliberada, mostrando como os agentes se comportam nos casos em que ela foi citada na decisão e como também o que motiva esses indivíduos a agirem da forma que agem, acreditando que terão um benefício no julgamento e, assim, se escusarão da punição cabível.

Após esses levantamentos, serão consideradas críticas doutrinárias acerca da cegueira deliberada e se é coerente e responsável, segundo nosso Código Penal, sua aplicação nos casos brasileiros, apontando os elementos normativos que caracterizam o tipo e comparando também com a tradição anglo-americana, de onde teve origem a teoria, observando se é compatível com a tradição utilizada no Brasil.

No terceiro capítulo serão abordados julgados de crimes brasileiros conhecidos que introduziram e tornaram mais conhecida a teoria da cegueira, a grande maioria tem como matéria os crimes na ordem econômica, como corrupção e os critérios de condenação utilizados pelo juiz.

Por fim, será concluído de acordo com tudo que será trabalhado se a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada é válida deve ser investida no Brasil como forma de resolução de conflitos e se ela é benéfica quando se fala dessas resoluções e do que o código penal brasileiro assiste.

1. Breves considerações: conceito de crime, dolo e culpa

O crime antes de tudo é um grande problema de uma sociedade, algo já enraizado e forte, presente na vida de vários indivíduos. Segundo o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”³ O conceito não encontra-se de forma clara, tornando um critério interpretativo de

³ Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940), artigo 1º

doutrinadores que conceituam seu significado de acordo com sua própria opinião. Damásio de Jesus (1980, p. 191), ensina que o conceito formal de crime vai de acordo com ponto de vista da lei, resultando do aspecto da técnica jurídica e o material vai observar a conduta humana em uma ação criminosa, a natureza do dano e as suas consequências⁴. Segundo Fragoso (1995, p. 144) pode-se caracterizar como crime uma conduta que viola uma lei penal ou uma conduta que vai contrariar o Direito e tendo uma pena atribuída, a pena como uma consequência jurídica. Carrara, tinha um entendimento substancial e dogmático, definindo o delito como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” fica a compreensão que deve haver uma sanção penal como forma de proteger a ordem que está sendo prejudicada e reprimir as atitudes delituosas.⁵

O conceito pode até parecer claro e óbvio para muitos, partindo de um bom senso comum. Contudo é necessário salientar que existe uma necessidade de certeza e que inexista qualquer tipo de insegurança que atinja os juristas, pois trata-se de uma ação que terá uma punição como forma de responsabilidade pelo ato, então para apontar os indivíduos que irão se responsabilizar, antes, deve haver uma segurança do conceito do ato em si.

As próprias normas do Código Penal podem se chocar diante de um crime, como é o caso do artigo 121 que prevê o crime de “matar alguém”⁶, caracterizando uma conduta contrária ao direito, que viola uma lei penal incriminadora, no entanto se a situação for um homicídio por legítima defesa, existe uma previsão diferente, com uma sanção diferente, pois descreve uma ação necessária por parte do indivíduo em que a única forma de se salvar e proteger sua vida, seria agindo contra o outro. Nesse caso, existe uma tipificação na legislação, que protegerá este autor que, diante das circunstâncias, diferente de um criminoso que age sem um motivo, existiu um estado de necessidade que fez com que ele não tivesse outra escolha a não ser tirar a vida daquele que ameaçava a sua.⁷

⁴ JESUS, Damásio. Direito Penal, Parte Geral. Editora Saraiva, 2011.

⁵ CARRARA, “Programa”, §§ 40 e 42.

⁶ Art. 121 do Código Penal - Decreto Lei 2848/40. “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

⁷ Art. 25 do Código Penal – Decreto Lei 2848/40. “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

É pertinente abordar quanto à Teoria do Dolo e suas mudanças na esfera penal durante os séculos. Antes inserida em uma teoria causalista, migrou, com a mudança do Código Penal em 1984, para o modelo finalista.⁸ A Teoria Finalista, segundo o entendimento de Hans Welzel⁹, versa sobre a importância da análise dos elementos subjetivos do dolo e culpa serem analisados junto à conduta do agente e não mais à culpa, como anteriormente. Torna-se imprescindível analisar a conduta, pelo fato de que um indivíduo que agiu com vontade e consciência deve sofrer com penalidade diferente daquele cujo não desejou em nenhum momento o resultado final, agindo apenas com negligência quanto ao seu dever de cuidado.

Nesse cenário, Biterncourt, confirma que existe uma diferença na aplicação da pena a depender da conduta do agente que realiza a ação e os elementos que apontam se houve a vontade de produzir ou não determinado resultado, sendo importante analisar todas as circunstâncias judiciais, como a culpa no ato.¹⁰ O art. 18, I, do nosso Código Penal passou por alterações com a Lei n. 7.209/84, e nele abriga-se os conceitos de dolo e culpa, elementos necessários em uma investigação como forma de observância para com o objetivo do autor da ação.¹¹ O crime doloso será caracterizado por uma conduta em que o agente deseja concretizar o resultado, sendo este chamado de dolo direto, pois existem os elementos da vontade e da ciência do resultado previsto pelo próprio indivíduo. Existe a possibilidade do agente também assumir o risco de produzir o dano, o chamado dolo eventual, e se existe dolo, existe vontade.

Quando fala-se de culpa, primeiramente, para melhor compreensão, traz-se novamente o conceito de delito e o chamado quase-delito segundo a doutrina: “Delito: fato danoso e ilícito, ainda que não previsto na lei penal, e cometido com a intenção de prejudicar”; e “quase-delito como todo fato ilícito de omissão não previsto pela lei penal, que causa a outrem um prejuízo, mas que aconteceu sem a intenção de causar dano” (Sourdat apud Pereira, 1997, pg. 65). Nessa linha de pensamento, nota-se a necessidade de

⁸ BRASIL. Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso 30 de nov. 2019

⁹ ABREU, Iduna Weinert. A Teoria Finalista de Hans Welzel. Revista de informação legislativa, 1976

¹⁰ BITERN COURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p.399.

¹¹ Art. 18 do Código Penal – Decreto Lei 2848/40: “Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

distinguir o dolo e a culpa, sendo o dolo a conduta com a presença da vontade de promover determinado resultado, segundo Demoque, a definição de culpa passa pela distinção de condição objetiva e subjetiva, sendo esta "uma ofensa ao direito e o fato de ter percebido ou podido perceber que se lesava um direito alheio" e quanto ao elemento objetivo "é precioso observar que o limite dos direitos não é coisa simples".¹²

Acompanhando o pensamento de Demoque, Savatier conceitua culpa como "a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar; a qual pressupõe um dever violado (elemento objetivo); e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). Esta abrange a possibilidade daquele de conhecer e de observar o dever".¹³ A culpa se torna um pressuposto de responsabilidade civil, visto que houve um dano deve haver uma reparação para com a vítima que o sofreu. Ainda segundo o entendimento de Savatier, é então obrigação do indivíduo reparar o prejuízo que foi causado à outrem. A doutrina clássica busca relacionar a culpa com responsabilidade, visto que é impossível não citar uma sem falar da outra, como forma de ressarcimento de um dano causado e da responsabilização cabível diante da situação.

O conceito de culpa tem sua interpretação expressa pelos doutrinadores, para Nucci (2010, p. 210), culpa é "o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado". Já o entendimento de Bittencourt (2004, p. 270), é que culpa é a "inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível". Podemos compreender que haverá um ato negligente por parte do agente, que faltará com o seu dever de cuidado ao realizar uma determinada ação e além de negligente, tal ato pode faltar com imperícia ou ser imprudente. Um exemplo seria o fato de um indivíduo que gosta de dirigir em alta velocidade na cidade, acima do permitido, inclusive nas curvas, sem diminuir a velocidade, podendo atingir outro veículo ou até mesmo uma pessoa que pode vir a falecer. Esse indivíduo não dirigiu dessa forma com o objetivo de matar alguém, porém ele assume o risco ao deixar de observar seu dever de cuidado, que seria dirigir conforme a velocidade permitida e com cuidado. O Código Penal Militar, em seu art. 33, II assiste: Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das

¹² Demoque apud Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 1997, pg.66

¹³ Savatier apud Maria Helena Diniz, Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, volume III, 1999, pg. 40

circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.¹⁴

2. Teoria da cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada consiste em uma doutrina de origem nos Estados Unidos que equipara a ação de um agente que provoca um desconhecimento do ato ilícito que pretende realizar, colocando obstáculos para ter reais noções, como forma de alegar, caso seja repreendido, que não sabia da ilicitude do ato que cometia, com a ação de um agente que tem conhecimento do resultado ilícito e ainda assim o realiza. Caracteriza-se como uma ignorância provocada para se escusar a lei e das possíveis punições que caberiam à determinado fato, então, segundo a teoria, os agentes evitam ao máximo o conhecimento da ilicitude do objeto material do crime que pretendem cometer, para que, dessa forma, possam alegar um estado de ignorância quanto à ilegitimidade dos atos cometidos.

Foi inserida na realidade jurídica americana com o caso *Jewell v. United States*¹⁵, em 1976 na Califórnia, e houve um debate por parte dos julgadores se a conduta realizada pelo agente que deliberadamente agiu de uma forma que provou o desconhecimento do fato poderia ser equiparada com a conduta de um agente que age de forma consciente. De acordo com Robbins, o réu estava em um bar no México quando um terceiro lhe ofereceu maconha e depois US\$ 100 para que ele dirigisse um carro pela fronteira e o deixasse em um determinado endereço. No carro havia um compartimento secreto, de conhecimento do réu, contudo o mesmo não verificou o que havia dentro. Quando parado na fronteira, foi encontrado 110 quilos de maconha no compartimento o que resultou na condenação dele. O juiz determinou que ele não teve conhecimento do que havia no compartimento simplesmente por falta de vontade, visto que ele sabia da existência e mesmo assim não quis saber o que tinha dentro.¹⁶

A teoria ficou bastante conhecida com uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o caso *In re Aimster Copyright Litigation*¹⁷ em que o

¹⁴ Código Penal Militar – Decreto-Lei Nº 1.001 de 21 de Outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm Acesso em: 30 nov de 2019

¹⁵ *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976) Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/> Acesso em 30 nov de 2019

¹⁶ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberated Ignorance as a Criminal Mens Rea*. Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, 1990.

¹⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *In re Aimster Copyright Litigation* (2003). Disponível em: <[http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster\(9c6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster(9c6-30-03).htm)>. Acesso em: 30 nov. 2019.

acusado foi condenado por violação dos direitos autorais e sua defesa alegou o não conhecimento da antijuridicidade nos atos cometidos. A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou em sua decisão:

Nós também rejeitamos o argumento... Dessa forma, não pode prosperar a alegação de que ele não tinha o conhecimento da atividade ilícita, o que é uma exigência para a responsabilização pela conduta de contribuir para a infração de direitos autorais. Cegueira voluntária é o conhecimento (...) é a situação em que o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso...

Nascimento defende que:

Para a teoria da cegueira deliberada o dolo aceito é o eventual. Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado. Não existe a possibilidade de se aplicar a teoria da cegueira deliberada nos delitos ditos culposos, pois a teoria tem como escopo o dolo eventual, onde o agente finge não enxergar a origem ilícita dos bens, direitos e valores com a intenção de levar vantagem. Tanto o é que, para ser supostamente aplicada a referida teoria aos delitos de lavagem de dinheiro “exige-se a prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente.”¹⁸

Nesse contexto, segundo Nascimento, podemos equiparar, de acordo com a teoria, a ação do agente com aquele que age com dolo eventual, como já trabalhado no capítulo anterior, o indivíduo prevê o possível resultado da ação, porém o ignora e atua da mesma forma. Relacionando com a teoria, o agente tem noção de um possível resultado, porém ele se coloca em uma situação que evite ter conhecimentos de todas as informações necessárias que podem levar ao o resultado final. Essa ignorância que ele se coloca seria um elemento que afastaria a culpa em certos casos, porém nesta teoria é comprovado que o agente já possui uma ciência quanto a possibilidade do objeto do crime ser ilegal, porém eles “fecham os olhos” para essas informações sabendo de sua relevância no âmbito penal. Devido à isso o nome teoria da cegueira deliberada, também chamada de teoria das instruções do avestruz; ignorância deliberada; cegueira intencional ou provocada, deixando claro o escopo do agente ao se utilizar deste artifício.

¹⁸ NASCIMENTO, André Ricardo Neto. Teoria Da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98). Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/800/1/20570516.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

De acordo com Bitencourt “Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art.18, I, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo.” A realidade da situação, na ocasião do dolo eventual, é que o agente não possui diretamente a vontade de realizar o tipo penal, contudo ele assume e aceita o risco. Ele percebe o risco o possível resultado com suspeitas, mas omite qualquer ato que o faça ter certeza.¹⁹

Segundo entendimento de Ferraz, a intenção específica em obter um resultado final é desnecessária, pois para a cegueira deliberada ser configurada é apenas necessário o conhecimento mínimo que possa direcionar sua ação, ativa ou passivamente, e desconhecendo elemento típico para que o delito seja recebido com ignorância relevante para a esfera penal²⁰. Nessa linha de pensamento, pode-se perceber que para a teoria, basta o indivíduo ter uma pequena noção para realizar um ato, afinal, o seu desejo é justamente saber o mínimo e desviar de informações que o façam ter conhecimento específico do que terá como finalidade no fim de suas ações.

2.1 Críticas doutrinárias para a teoria

Primeiramente, faz-se pertinente apontar que a tradição brasileira é a chamada *Civil Law*, um sistema em que a norma é superior nas decisões e que aceita, de forma excepcional, o uso da jurisprudência quando na existência de lacunas, como seria o caso da aplicação da teoria. A teoria é originada no ordenamento jurídico inglês, em que a tradição é a da *Common Law*, sistema que se utiliza de jurisprudência em suas decisões, como a Teoria da Cegueira. Diante dessas realidades já percebe-se a diferença em relação ao cabimento da teoria nas decisões judiciais, visto que é incoerente comparar países com tradições diferentes na esfera jurídica, justificando a pouca adesão ainda dessa teoria no âmbito nacional.

A equiparação da teoria da cegueira com o dolo eventual gerou bastantes discussão na doutrina, dividindo opiniões, ministros como Rosa Weber²¹,

¹⁹ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

²⁰ FERRAZ, Sérgio Valladão O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo / Sérgio Valladão Ferraz; orientador: Paulo César Busato. – Curitiba, 2018.

²¹ Rosa Weber: “Admitindo-se o dolo eventual, viabiliza-se uma resposta penal apropriada a esse fenômeno (da lavagem de dinheiro) sem ir ao extremo de prescindir da ciência pelo agente da lavagem da elevada possibilidade da procedência criminosa do objeto da transação” (folha 1.300 do acórdão, sem grifos no original)

Celso de Mello e Sérgio Moro²² já demonstraram expressamente a adoção da teoria e como sua utilização é benéfica em casos como de lavagem de dinheiro. Em suma, o que é levantado é que essa equiparação só pode ser válida somente quando existe uma criação consciente e voluntária das barreiras que dificultam o conhecimento ilícito dos bens por parte do agente.²³ Contudo, além do conhecimento, o agente deve perceber a criação dos obstáculos, sabendo que irá se beneficiar agindo dessa forma²⁴, excluindo o indivíduo que age totalmente de boa-fé e desconhece qualquer caráter ilícito de uma ação.

É compreendido pela doutrina, que a teoria permite a possibilidade de uma condenação criminal nos casos em que há dúvida quanto ao desconhecimento da situação real da conduta suspeita por parte do acusado que alega não conhecer a ilicitude do seu ato. Principalmente visto que esse desconhecimento foi provocado pelo autor da ação de forma que possa usar essa justificativa para se escusar das acusações e da culpa.

Tal entendimento gera uma certa polêmica, visto que o acusado pode ser acusado mesmo não tendo total envolvimento com a ação suspeita e, até, pode ser considerado culpado simplesmente por uma crença do júri que acredita que o acusado não teve esforço para saber o que estava fazendo. Encontra-se na doutrina, o repúdio à relativização da norma para que possa ser realizada uma punição a partir do dolo, violando princípios do ordenamento como o da legalidade²⁵ e proporcionando, inclusive uma interpretação extensiva *in mallam partem*, o que foge do que o Brasil propõe nos seus princípios e normas, violando também o artigo 20 do código penal brasileiro.²⁶ A regra seria que pode-se haver preenchimento de lacunas,

²² Sérgio Moro (2010, p. 50-51) “O elemento do conhecimento pode ser satisfeito por inferências extraídas da prova de que o acusado deliberadamente fechou os olhos para o que, de outra maneira, lhe seria óbvio. Uma conclusão acima de qualquer dúvida razoável da existência de propósito consciente de evitar a descoberta pode permitir inferência quanto ao conhecimento. Colocado de outra maneira, o conhecimento do acusado acerca de um fato pode ser inferido da ignorância deliberada acerca da existência do fato. [...] a demonstração de negligência não é suficiente para concluir acerca da presença de vontade ou de conhecimento...”

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

²⁴ Blanco Cordero, El delito de blanqueo de capitales, 3. ed., Cap.VII, 3.3.

²⁵ Segundo o princípio ninguém será punido sem que haja uma lei prévia, escrita, estrita e certa (nullum crimen nulla poena sine lege)

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Art. 20 do Código Penal Brasileiro rege que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

interpretando a lei, pois o sugerido era de que não houvessem analogias e nem interpretações extensivas, e nunca trazendo consequências ao acusado, não podendo o julgador se utilizar dessa interpretação como forma de prejudicar o réu.²⁷

Essas interpretações, feitas por parte dos juízes, vão requerer bastante cuidado e atenção, justamente por ser uma oportunidade para que, inconscientemente ou conscientemente, eles ajam de forma imparcial, colocando suas opiniões na interpretação, que talvez fuja do que a lei sugere, podendo se utilizar de técnicas de hermenêuticas que promovem manobras cirando e modificando direitos. No iluminismo, era defendido, com grandes pensadores como Montesquieu²⁸, Beccaria (1738-1794) e Frederico II²⁹ que os juízes apenas pronunciavam a lei e não cabia à eles interpretá-la, por não serem legisladores e pela necessidade de serem impessoais, então deveriam somente aplicar de forma inequívoca aquilo que consta em lei. Nesse âmbito, compreende-se que cabe ao Judiciário o papel de intérprete da lei, e não de legislador, papel do Poder Legislativo Federal.

Fala-se em contrariedade à legislação brasileira, visto que a culpa sem dolo seria uma conduta atípica e, sendo assim, não punível sem o elemento do dolo. A teoria da Cegueira Deliberada vai cuidar justamente desses casos, onde sabendo dessa regulamentação, muitos criminosos vão aproveitar para tentar se escusar da lei tornando algo que seria passível de punição em algo legal.

Segundo Ragués y Vallés e como se aplica a teoria na Espanha, é sugerido a análise das categorias de dolo e culpa, tal como a criação de novas modalidades de imputação subjetiva correspondentes à consequências jurídicas diferentes. Essa alteração promoveria uma proporcionalidade

²⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 147. “La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidade (nm. 18-25), En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”, Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado em la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática.[36] Además el ciudadano sólo podrá incluir em sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, unicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede assegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación”

²⁸ MONTESQUIEU. Vom Geist der Gesetzem. Libro 11, Cap. 6 (crf. Nm. 21, n.24). 1748. Em suas palavras: “les juges ne sont que la bouche que prononce las paroles de la loi”.

²⁹ Em sua obra, que segue sendo importante atualmente, “Dei delitti e dele pene” (versão Alemã: Über Verbrechen und Strafen), cit pela Ed de W. Alff, 1966, 55s, apud ROXIN, Claus, 1997. p. 148.

diante dos diferentes casos que podem surgir para a teoria da cegueira e deve haver resguardos diferentes e proporcionais, como defende o ordenamento, para cada um deles.³⁰

O advogado Spencer Toth Sydow acredita que a teoria da cegueira deliberada desequilibra a balança da Justiça em favor da acusação, porque estreita o caminho para a defesa, ou seja, em sua visão vai existir um desequilíbrio entre a defesa e acusação. Ele continua em seu livro doutrinário defendendo que com a teoria o acusado não poderá alegar ignorância e o Estado não precisa buscar provas.³¹

De acordo com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), existe um problema na teoria e nos debates que a relacionam com o elemento volitivo do dolo eventual, a assunção do risco de produzir algum resultado a partir de uma ação, contudo a modalidade dolosa também exige o elemento cognitivo. Não há como assumir um risco de algo que não se conhece o mínimo, então existirá de qualquer forma uma noção do resultado negativo que poderá ser provocado, além de que, segundo o artigo 20 do Código Penal, o erro sobre o elemento constitutivo do tipo exclui o dolo.³² (IBCCRIM, 20088)

Normalmente, a doutrina é precursora em relação à jurisprudência, entendendo que as jurisprudências demoram a adotar tudo que já está sendo utilizado pelo Direito. Contudo, no caso da Teoria da Cegueira Deliberada ocorreu o inverso, pois existia apenas um artigo sobre Lavagem de dinheiro, em que o autor defende a condenação desse crime baseado em dolo eventual e a teoria. Existem casos de lavagem de capitais que tiveram como citação a teoria da cegueira deliberada como o Mensalão, em que foi aceita a aplicabilidade do dolo eventual devido a teoria e segundo o ministro Celso de Mello, não reconhecer o dolo seria excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem; a Lava Jato, em que os juízes Sérgio Moro e Marcelo Bretas se utilizaram da teoria contrariando o ordenamento jurídico e aceitando a culpa como critério de condenação; e também o assalto ao Banco Central, em Fortaleza, com o roubo de cento e sessenta e quatro milhões e sete mil reais. Após o crime, a quadrilha foi em uma concessionária para comprar onze veículos, todos pagos em espécie, o que

³⁰ RAGUÉS Y VALLES, Ramon. La ignorância deliberada em derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007, pg. 209

³¹ SYDOW, Spencer Toth; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A teoria da cegueira deliberada aplicada aos delitos informáticos. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

³² Artigo 20 do Código Penal – Decreto Lei 2848/40 - Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

chamou bastante atenção por conta do alto valor e visto que o dinheiro não existia uma procedência.

Surgiram críticas, também, quanto a comparação que foi feita em relação ao Direito Penal anglo-americano, visto que o *Common Law* não vai ter uma diferença entre dolo e culpa, pois o eles buscam um elemento subjetivo do crime. Esse elemento foi denominado *mens rea*, que significa “mente culpada”, possuidora de quatro espécies: intent, traduzindo seria intenção ou propósito, vontade consciente; knowledge, conhecimento, ou seja o agente considera possíveis resultados para sua ação; recklessness, imprudência, pois mesmo ciente dos riscos, o agente continua em sua ação e negligence, sendo entendido como negligência.³³Todas essas hipóteses não possuem relação com o que é analisado segundo o nosso Código Penal, não coincidem com o dolo direto, eventual, culpa consciente e inconsciente. Para o *common law* o knowledge é o elemento que direciona para a teoria da cegueira deliberada e não tem nenhuma ligação com o a definição de dolo eventual, elemento que consagrou as condenações dos crimes acima citados.

Entende-se, então que a cegueira deliberada não resulta somente em dolo eventual. Deve haver uma preocupação, evitando que tenda a aumentar o número de equivocadas imputações subjetivas, lesando o princípio constitucional da legalidade com as condenações apenas baseadas na teoria da cegueira deliberada, ignorando se existem presentes no caso os elementos cognitivo e volitivo exigido por nosso Código Penal.

3. A teoria e os crimes de corrupção

A teoria foi aplicada pela primeira vez no Brasil com o caso do assalto ao Banco Central do Brasil³⁴, em Fortaleza, em que na situação o Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio citou a teoria como embasamento para sua decisão na condenação de dois empresário donos de uma revendedora de veículos, a qual os assaltantes foram comprar onze veículos pagando em espécie o valor de R\$980.000,000 reais. Nesse caso, a relação com a teoria foi que os donos não se questionaram quanto à origem do alto valor dado, apesar de ser uma atitude suspeito, visto que dificilmente alguém paga um valor tão grande em dinheiro em um ato de compra. Foi compreendido pelo

³³ PERKINS, Rollin M. Criminal Law. Washington: The Foundation Press, 1957, p. 725.

³⁴ Disponível em

<<https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>> Acesso em 30 nov de 2019.

juiz que a condenação dos réus se deu pela prática do crime do artigo 1º da Lei 9.613/1998.³⁵

Como já discutido, a legislação brasileira requer a ciência expressa por parte do indivíduo para que ele possa ser punida e não somente o “dolo eventual”, que condenaria os suspeitos de acordo com uma responsabilidade penal objetiva, o que não admitida no Brasil.

Como diz Cláudio Brandão, ao invocar Asúa, ele compreende que o julgador terá uma sensibilidade para com o que se fala sobre o psiquismo do sujeito, sabendo investigar e traçar os elementos da alma humana.³⁶

Dessa forma, na decisão de segunda instância, os suspeitos foram absolvidos no Tribunal. No país, a aplicação da teoria ainda se encontra em um cenário complicando, sem manifestações do STF e do STJ. Entende-se que não será aplicada facilmente, justamente por sugerir uma responsabilidade penal objetiva, que é afastada pelos Tribunais já que se refere à uma punição ao agente devido a “dolo eventual”.

Muitas vezes, falando em um contexto de um país, infelizmente, bastante corrupto quando se olha para pessoas de poder envolvidas em esquemas ilícitos, existem casos destes indivíduos, com alto poder aquisitivo, que acabam se envolvendo em esquemas de corrupção, objetivando o dinheiro como um grande tesouro e se utilizando de qualquer recurso para adquiri-lo. Um grande esquema pode ser montado, com toda cautela e prudência, muitas vezes algo feito na vista de todos e com a aparência totalmente lícita, mas que por trás caracteriza um enriquecimento ilícito e a obtenção de um bem de forma ilegal.

Diante da ocorrência desses crimes e as operações criminosas foi criada a Lei 9.613/98³⁷, para tratar dessa tipificação e criminalizar os atos que passaram a se tornar mais comuns, em que indivíduos começavam a obter grandes bens, contudo de forma ilegal. Este ato criminoso acaba resultando

³⁵ Art. 1o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm#:~:targetText=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&targetText=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs Acesso em 30 nov de 2019.

³⁶ ASÚA apud BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. V. I. 4. Ed. São Paulo: Atlas, p. 70.

³⁷ Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998 - Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

em impactos, enquanto uns ganham e se beneficiam, existirá um lado oposto, com muitos são prejudicados. Enquanto muitos enriquecem, muitos, também, empobrecem. Numa sociedade onde existe desemprego, dificuldade de crescimento e não somente os pobres, como também os trabalhadores honestos; empresários e investidores também acabam sofrendo as consequências.

A Lei de Lavagem de Capitais, nº 9613 de 1998, sofreu recentes modificações e passou a ser a Lei nº 12.683 de 2012, a principal modificação foi em relação a sua redação no seu artigo 1º§2º, I, e passou a englobar neste rol a conduta de um indivíduo que não tenha pleno conhecimento da ilicitude dos bens. Em outras palavras, foi incluído o dolo eventual, conduta que demonstra a um certo conhecimento sobre o fato, mas não totalmente, o que vai configurar nos casos dos crimes tratados na teoria da cegueira.

Como citado, os principais casos que trouxeram e levantaram mais a tese defendida pela teoria, foram os crimes de lavagem de capitais. Conforme Calleragi (2004, p. 27) defende a existência de três fases: colocação, ocultação e integração. A primeira consiste em, literalmente, colocar o dinheiro no mercado econômico, para que dessa forma ele não possa ser localizado. Sua aplicação é introduzida aos poucos para não chamar atenção como ocorreria em uma grande movimentação ou uma compra de alto valor à vista. Muitas vezes, os chamados lavadores, para mascarar a existência desse dinheiro, utilizam do comércio com a construção de farmácias, restaurantes e barbearias, por exemplo, para não existir dúvidas quanto a sua procedência. Em seguida, ocultar os lucros se torna importante, novamente para não obter a atenção indesejada para o dinheiro que está sendo utilizado, é a fase chamada de ocultação, cujo podem enviar o dinheiro para bancos internacionais com registros manipuláveis, tudo para evitar seu rastreamento. Na última fase, a integração, apresenta um cenário onde o dinheiro parece ser totalmente lícito, devido aos recursos utilizados nas fases anteriores, e é devidamente aplicado no mercado financeiros e nas ações.³⁸

Um grande caso nacional que teve bastante repercussão foi a Operação Lava Jato³⁹, que são investigações realizadas pela Polícia Federal, que já cumpriu mais de mil mandados nas investigações contra os esquemas de lavagem de dinheiro. São investigados crimes de corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta entre outros crimes econômicos. Crimes como estes que nem sempre apresentam provas concretas e fáceis de identificar, sendo então

³⁸ CALLEGARI, André Luís. Imputação Objetiva – Lavagem de Dinheiro e Outros Temas do Direito Penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.57.

³⁹ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso> Acesso em 30 nov de 2019.

objeto de análise indícios e investigação do andamento do dinheiro para tentar encontrar sua origem e identificar se é ilícito ou não. Essa dificuldade de encontrar provas e conseguir ligar os réus ao dinheiro fez com que a teoria fosse utilizada, pois foi compreendido que todos tinham a consciência do risco de cometer o crime.

O Juiz Federal Sérgio Moro, condenou o marqueteiro do PT João Santana e sua mulher e sócia, Mônica Moura, pelos crimes de lavagem de capitais no esquema de corrupção da Petrobras, investigada pela Operação Lava Jato. Moro se utilizou embasar sua decisão, critérios adotados pela Teoria da Cegueira Deliberada Ele disse:

Sem embargo do que mais se poderia escrever, é possível concluir que, desde que se tenha prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos nas condutas de ocultação e de dissimulação e de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, mesmo tendo condições de aprofundar seu conhecimento, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, é possível e necessário reconhecer a prática do crime de lavagem por dolo eventual diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e considerando a sua progressiva admissão pelas Cortes brasileiras.⁴⁰

Neste ponto existe uma convergência, pois a legislação brasileira irá punir quando o indivíduo tem conhecimento que o dinheiro era sujo e tinha a intenção de escondê-lo, contudo existem casos que não é possível provar de forma clara e encontrar provas para punição, por exemplo um indivíduo que realiza um transporte sem questionar o que tem ou perguntar de onde o dinheiro veio. Existe uma dúvida e uma possibilidade, que ele assume o risco, então a legislação recorreu a doutrina da cegueira para poder cuidar de casos como esse.

Observa-se abaixo jurisprudências que tiveram a citação da teoria no andamento do processo:

Corrupção Eleitoral. Eleições 2006. Fornecimento contínuo de sopa, cestas-básicas e patrocínio de cursos. Propósito de voto em candidato à reeleição a Deputado Estadual. Período eleitoral. Filantropia. Desvirtuamento. Oportunismo eleitoreiro. Materialidade e autoria comprovadas... "Dolus directus" presente. Imputação viável, no mínimo, a título "dolus eventualis" (CP, art. 18, I, 2ª parte): mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, a agente não se deteve, conformando-se ao resultado.

⁴⁰ Ação Penal nº 501340559.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Moura. Data do Julgamento: 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1ainstancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf>

Teoria da "cegueira deliberada" ("willful blindness" ou "conscious avoidance doctrine")...⁴¹

No caso acima, tratou-se de um caso de corrupção eleitoral, em que a estratégia do candidato para conseguir a obtenção de mais votos se deu por meio do fornecimento de cestas-básicas, visto que muitas pessoas se encontravam em situações precárias e ao obter o “presente” acabaram se sentindo agradadas e prometendo direcionar seus votos para ele, que propositalmente se usou da situação na época de reeleição para conseguir vencer e manter o cargo. A teoria foi citada em uma ação de filantropia feita por parte do candidato, que ignorou a situação de compra de votos que ele realizava, fingindo apenas estar querendo promover o bem para pessoas com dificuldades, mas que o objetivo principal era atraí-las naquele momento oportuno para conseguir mais votos na eleição. Existem vários outros casos na área eleitoral semelhantes, visto que se torna bastante frequente candidatos que fecham seus olhos em situações ilegais para conseguirem algum benefício próprio.

Em um caso como esse, assim como vários outros que tratam a teoria, é necessário um olhar frio para ver que o indivíduo queria apenas se beneficiar em meio à uma situação que geraria comoção, contudo os elementos mostram que sua índole não estava correta e que ele tentou burlar a lei de uma forma para que conseguisse o que queria. São esses elementos que geram confusão na doutrina e dúvidas se o uso da teoria é válido ou não.

Em 2007 o Supremo Tribunal Federal, recebeu a Ação Penal 470, que ficou conhecida como o Mensalão. Foi um grande processo com denúncia de peculato, fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro, entre outros crimes, em que ministros e parlamentares compravam apoio político para as campanhas eleitorais. Foi então que a teoria entrou no meio da discussão com o questionamento do seu cabimento no caso e apesar das críticas, a maioria aceitou a aplicação da doutrina. Com apoio dos ministros Rosa Weber⁴² e

⁴¹ (89 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 23/11/2010, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 30/11/2010)

⁴² “Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (willful blindness doctrine). Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta.” Ministra Rosa Weber (2007, p. 1297)

Celso de Mello⁴³, a teoria, após um julgamento no Tribunal Superior, ganhou força para ser aplicada no ordenamento.

Considerações finais

Diante de tudo exposto, é questionável o quão benéfica ou maléfica se caracterizaria a Teoria da cegueira deliberada quando inserida no ordenamento nacional, mesmo diante de obstáculos normativos já consagrados e que convergem à ela em decisões, visto principalmente o fato da punição por responsabilidade objetiva, aceitando do dolo eventual, o que não é regra nas decisões brasileiras.

Em países de tradição diferente, que não tratam dos elementos dolo e culpa, pode-se dizer que a teoria confere uma vantagem positiva nas decisões e julgamentos, visto que ela se direciona àqueles que buscam uma forma de burlar a lei para se beneficiar com bens ilícitos. Tal realidade já é diferente no Brasil segundo o que foi trabalhado durante o presente artigo. É difícil apontar para descrever com precisão a mentalidade de um sujeito e o seu desejo apenas por meio de indícios e deduções, existe uma segurança conferida pela lei que a dúvida beneficia o réu, porém segundo essa teoria isso não é cabível, pois não existem provas concretas para configurar uma condenação.

O olhar positivo em relação a teoria e o que chamou atenção para ela foi o auxílio na resolução de crimes econômicos, dando um caráter benéfico para a mesma, facilitando o combate a crimes como corrupção, gestão fraudulenta, entre outros. Esse avanço foi, de certa forma, favorável para o ordenamento, pois além de combater, colocou em prática uma possibilidade de condenação que ampararia os casos que os agentes agem totalmente como descrito pela teoria, deliberadamente fechando os olhos quando realizando crimes.

Em tese, a teoria defende essa punição diante de uma situação em que o agente se faz indiferente quanto a real ilicitude do fato, considerando então que ele assume um resultado, apesar de evitar informações, com chances reais de ocorrer. Toda sua defesa irá girar em torno de um “desconhecimento” do ato realizado, contudo, tudo sendo provocado por parte do agente, a dificuldade se encontra na aplicação da teoria, tendo que comprovar que o autor se encaixa na figura desse indivíduo.

Entende-se pela teoria, que os elementos subjetivos vão diferenciar, fugindo da teoria da vontade, vontade do agente ao realizar o ato, sendo os elementos

⁴³ “Admito a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela.” (Ministro Celso de Mello 2007)

do dolo eventual, analisando as circunstâncias do crime e observando os detalhes para que possa chegar à uma conclusão de que o sujeito agiu de acordo com o que descreve a teoria da cegueira. Nessa análise fala-se bastante sobre a presunção, o que muito pode se relacionar a teoria em estudo, afinal, quando não existem provas concretas, em meio a investigação, interrogatórios e análises, o investigador pode presumir diante de indícios, esta é uma grande dificuldade para a legislação aos olhos da doutrina, pois é conferido um valor a presunção que é um elemento totalmente subjetivo.

Dentro desta área questiona-se se de fato existe uma livre convicção e imparcial, se em uma decisão existiriam influências que contribuiriam para uma punição injusta e sem embasamento, apenas em um “achismo”. É neste âmbito que a aplicação da teoria da cegueira pode ser, de certa forma, perigosa e passível de ferir a Constituição, contradizendo o que já é assistido pela Carta Magna, mesmo sendo objeto de auxílio para muitos casos que o agente é totalmente culpado e se usou de meios para tentar enganar a legislação.

A dificuldade da plena aplicabilidade desta teoria encontra-se na ponderação, se vale o risco ou não, diante de uma realidade em que a justiça brasileira busca estender sempre o benefício da dúvida para o réu, sua ampla defesa e os meios para que tenha um julgamento justo. Essa proporcionalidade é de suma importância para que não haja uma relativização como forma de aceitar e punir indivíduos injustamente, enxergando apenas a vontade da justiça em acabar com crimes e promover penalidades, faltando com observância em relação aos sujeitos da ação, se são culpados de fato ou não.

Diante de uma matéria de discussão em relação ao objeto de estudo em questão, a Teoria da Cegueira Deliberada, fica perceptível que sua aplicação ainda não pacificada nos tribunais, proporcionando uma insegurança e instabilidade para o ordenamento em meios a tantas dúvidas para com sua utilização. Diante deste cenário, o que se torna mais coerente seria o maior estudo desta teoria por parte dos legisladores e aplicadores do direito, para observar qual a melhor forma de emprego da teoria no ordenamento, fazendo-a tomar forma e proporcionando mais segurança tanto para quem aplica como para quem está como parte do processo e poderá sofrer com as penalidades.

Como forma de priorizar e garantir uma boa resolução dos conflitos, enxerga-se como mais cauteloso e prudente, diante das regras e normas já utilizadas no ordenamento pátrio, garantindo sempre ter em um foco a justiça como grande motivador das decisões, deve haver um grande cuidado ao se utilizar da teoria da cegueira deliberada, visto que existe um potencial para que ela venha a ser uma grande ferramenta, contudo é algo que levará mais

tempo para se estabelecer primeiramente na doutrina brasileira de forma mais segura, também para que seja configurado um equilíbrio da teoria com os elementos citados no estudo que não são causa de condenação segundo o que já é consagrado no Brasil, como elementos subjetivos, evitando que existam condenações injustas e contraditórias com o que defende a legislação penal.

Referências bibliográficas

AROUCK, Vinícius. **A teoria da cegueira deliberada e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio**. Disponível em:

<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>

ASÚA apud BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. V. I. 4. Ed. São Paulo: Atlas, p. 70.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz.

Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG – Plenário. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau da 4ª Região. 13ª Vara Federal de

Curitiba. **Ação Penal nº 501340559.2016.4.04.7000/PR**. Juiz Federal Sérgio

COLHADO, Junyor Gomes. **Conceito de crime no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>

FERRAZ, Sérgio Valladão O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo / Sérgio Valladão Ferraz; orientador: Paulo César Busato. – Curitiba, 2018.

GARCIA, Simone. **Teoria da cegueira deliberada e seus desdobramentos no Direito Penal Comparado e Brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45718/teoria-da-cegueira->

deliberada-e-seus-desdobramentos-no-direito-penal-comparado-e-brasileiro

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JUNIOR, Criziomar. **Teoria da Cegueira deliberada e o Crime de Receptação**. Disponível em: <https://criziomarju98.jusbrasil.com.br/artigos/551747798/teoria-da-cegueira-deliberada-e-o-crime-de-receptacao?ref=serp>

Lei 9.613 de 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm

LUSTOSA, Dayane Sanara de Matos. **Aspectos gerais do crime de lavagem de dinheiro**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6938

REISS, Michel. **Cegueira deliberada, dolo e culpa**. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1292944/2018/09/cegueira-deliberada-dolo-e-culpa/>

ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberated Ignorance as a Criminal Mens Rea**. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, 1990.

SILVA, Bruno Nascimento. **Organizações criminosas: lavagem de dinheiro e a teoria da cegueira deliberada**. Disponível em: https://brunnons.jusbrasil.com.br/artigos/646280492/organizacoes-criminosas-lavagem-de-dinheiro-e-a-teoria-da-cegueira-deliberada?ref=topic_feed

STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção dos indícios e presunções?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>

SYDOW, Spencer Todh. **A teoria da Cegueira Deliberada**. ed D'placido. Janeiro 2016.

VALLÈS, Ramon Ragués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal. In: Tendencias actuales em la teoría del delito. Universitat Pompeu Fabra: Barcelona, 2013, p 11.

A relativização da presunção de vulnerabilidade dos menores de 14 anos no crime de estupro de vulnerável: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul^(*)

The relativization of the presumption of vulnerability of minors under 14 in the crime of rape of vulnerable: an analysis of the jurisprudence of the Court of Justice of Rio Grande do Sul

La relativización de la presunción de vulnerabilidad de los menores de 14 años en el delito de violación de vulnerables: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul

Oswino da Rosa Filho¹

Lara Santos Zangerolame Taroco²

Sumário: Introdução. **1.** Evolução histórica do crime de estupro: do Código Penal de 1940 a Lei 12.015/2009. **2.** O crime de estupro de vulnerável entre a presunção relativa e absoluta de vulnerabilidade: a relevância da análise de jurisprudência. **3.** A relativização da vulnerabilidade da vítima no crime de estupro de

(*) Recibido: 05/12/2019 | Aceptado: 20/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto de Santa Cruz do Sul. oswinofilhotrumpet@gmail.com

² Professora da Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto - RS. Secretária executiva da Rede Brasileira de Direito e Literatura - RDL. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo - CNPq. Advogada. larasantosz@hotmail.com

vulnerável na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo analisa como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) decidiu os casos de crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal. Trata-se de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, desenvolvida a partir do método dedutivo de abordagem. Para analisar os julgados que compreendem o período de 01 janeiro à 31 de dezembro do ano de 2018, foram abordadas as definições jurídicas do crime de estupro de vulnerável, assim como o posicionamento doutrinário e dos tribunais a respeito da relativização da vulnerabilidade nos casos de crime de estupro de vulnerável. Os vinte e um julgados coletados foram analisados individualmente, a partir de critérios específicos, que consideram a idade e o consentimento da vítima, bem como o consentimento de seus responsáveis.

Palavras-chave: Crime de estupro de vulnerável, Relativização da vulnerabilidade, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Abstract: This article analyzes how the Rio Grande do Sul State Court of Justice (TJ-RS) decided the cases of rape crime of vulnerable, provided for in art. 217-A of the Penal Code. This is jurisprudential and bibliographical research, developed from the deductive method of approach. To analyze the judgments that range from January 01 to December 31, 2018, the legal definitions of the crime of rape of vulnerable were addressed, as well as the doctrinal and court position regarding the relativization of vulnerability in crime cases. of rape of vulnerable. The twenty-one judges collected were analyzed individually, based on specific criteria, which consider the age and consent of the victim, as well as the consent of their guardians.

Key-words: Vulnerable rape crime, Relativity of vulnerability, Rio Grande do Sul State Court of Justice.

Resumen: Este artículo analiza cómo el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul (TJ-RS) decidió los casos de violación de los vulnerables, previstos en el artículo 217-A del Código Penal. Se trata de una investigación jurisprudencial y bibliográfica, desarrollada a partir del método de aproximación deductiva. Con el fin de analizar las sentencias que abarcan el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2018, se abordaron las definiciones jurídicas del delito de violación de personas vulnerables, así como la posición doctrinal

y judicial respecto de la relativización de la vulnerabilidad en los casos de violación de personas vulnerables. Los veintiún casos judiciales recogidos fueron analizados individualmente, sobre la base de criterios específicos que tomaron en cuenta la edad y el consentimiento de la víctima, así como el consentimiento de los responsables.

Palabras clave: Crimen de violación de vulnerables, Relativización de la vulnerabilidad, Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul.

Introdução

Este trabalho analisa como decide o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a relativização da vulnerabilidade nos casos de crime de estupro de vulnerável. Quanto ao vulnerável, trata-se dos menores de 14 anos, conforme prevê o art. 217-A, do Código Penal brasileiro, sendo o tipo “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menos de 14 (catorze) anos”. Entende-se por vulnerável, pessoas as quais não possuem capacidade de discernimento de seus atos, seja por sua idade, ou pela capacidade cognitiva dos mesmos.

Os Tribunais na década de 1980, principalmente os Tribunais Superiores, questionavam a presunção de violência que constava no Art. 224, este revogado do Código Penal, pois passaram a entender em diversos casos, como violência relativa, utilizando o argumento que a sociedade do final do século XX e início do século seguinte, tinha se modificado, ao ponto de entender que os menores de 14 anos não mais exigiam que fossem protegidas da mesma maneira que aos que viveram quando à época do Código Penal de 1940.

Em que pese tal posicionamento, a doutrina e a jurisprudência não se entendiam quanto a esta discussão. Isto é, se a presunção de violência e vulnerabilidade deveriam ser entendidas como relativa ou absoluta, dadas as circunstâncias do caso concreto. Com o sancionamento da Lei nº 12.105 de 2009, houve uma alteração considerável, no Título VI do Código Penal, no qual trouxe a descrição de “Dos crimes contra a dignidade sexual”, inserindo novos tipos penais. Dentre eles o próprio o art. 217-A, objeto desta pesquisa, que trouxe o estupro de vulnerável como delito autônomo.

Ao contrário do que se pretendeu com a inserção do art. 217-A, mantiveram-se nos âmbitos doutrinários e jurisprudencial, dissensos a respeito do tema. Quanto a vulnerabilidade, a grande discussão se dá em como esta deverá ser observada, ou seja, absoluta, como nos ditames da lei; ou relativa, conforme decisões dos tribunais. Considerando esse cenário, o presente estudo foi dividido em três itens, sendo que o primeiro trata do histórico do crime de estupro, onde será analisado as peculiaridades, observando as modificações quanto a pena do agressor.

O segundo item tem a finalidade de analisar o crime de estupro de vulnerável, conceituá-lo, classificá-lo, bem como, analisar as condutas, sujeitos envolvidos no delito, situações qualificadoras. Ademais, o enfoque deste tópico também se volta para as jurisprudências relacionadas ao tema, nas quais enfatizam divergências na doutrina e na jurisprudência relacionadas a vulnerabilidade da vítima.

No terceiro e último tópico, será abordada a presunção da vulnerabilidade, analisando se esta é absoluta ou relativa, analisando os julgados coletados a partir de pesquisa desenvolvida a partir do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Isso, se faz adotando a técnica de pesquisa de jurisprudência, e bibliográfica, desenvolvida a partir do método dedutivo de abordagem, considerando os seguintes critérios: a idade da vítima; o consentimento da vítima e de seus responsáveis. Com isso, buscou-se investigar quais as condutas foram relevantes para que o Tribunal entendesse pela relativização da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, e, em última análise, analisar como decidiu o TJ-RS, no ano de 2018, nos casos de relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável?

1. Evolução histórica do crime de estupro: do Código Penal de 1940 a Lei 12.015/2009

O Direito no decorrer dos tempos, vem modificando-se, alterando a sua base fundacional de acordo com a cultura onde está implantando. Também seguindo tal modificação, as penalidades também sofrem mutações para quem incorra nos crimes contra a dignidade sexual. O Código Penal Brasileiro de 1940, tinha descrito a previsão do delito de estupro no Título VI, Dos Crimes contra os Costumes, sendo que estava denotado no art. 213, *in verbis*: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos” (BRASIL, 1940).

Cabe ressaltar, que neste caso a vítima do crime apenas poderia ser sofrido por uma mulher, sendo necessário para configurar o delito a conjunção carnal entre o acusado e a vítima (TORRES, 2011, p.185). Com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, ocorreu significantes modificações quanto ao crime

de estupro, não apenas na junção das penas, mas quanto a abrangência do crime. Nesse contexto, é importante mencionar a Justificação ao projeto que resultou na edição da referida lei, que menciona de forma específica que “o art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224, do Código Penal” (GRECCO; 2017, p.198). O projeto de reforma do Código Penal, destaca então que:

[...] a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática (GRECCO; 2017, p.199).

O princípio da continuidade normativo-típica, foi o responsável pela integração de dois tipos penais em apenas um, denominado de estupro. Sendo assim, deixa de existir o artigo 214, cuja denominação era de atentado violento ao pudor, e passou a ser previsto pelo art. 213, do Código Penal (RASSI, 2011, p.34). Uma das alterações de maior relevância diz respeito ao sujeito passivo do crime, pois até então só era admitido como vítima, “mulher”, de agora em diante a vítima de estupro definido no Código Penal passa a ser “alguém”. Nesse caso, poderá ser considerado vítima do delito, tanto homens quanto mulheres (NASCIMENTO, 2009, p.410).

Dentre as inovações trazidas pela supramencionada Lei, está a criação do tipo penal do estupro de vulnerável, denotado no Art. 217-A, do Código Penal; sendo assim, a anterior previsão do art. 224, no qual referia-se à presunção de violência, passa a não mais existir como crime autônomo, passando a integrar a composição do tipo penal. Assim, ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime de estupro contra vulnerável, no qual o ofensor está sujeito à pena de reclusão, de 8 a 15 anos (FUHER, 2009, p.67).

Considera-se como vulnerável também aquela que possui alguma enfermidade ou deficiência mental, “não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme se verifica pela redação do § 1º do art. 217-A do Código Penal” (BRODT, 2010, p.108). Cabe ressaltar que o crime de estupro de vulnerável foi inserido no rol dos crimes hediondos, tanto na forma simples ou qualificada, descrito no art. 217-A e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, havendo, então, alterando o inciso VI da Lei nº 8.072/90.

Quanto a ação penal, nos casos de que envolvam crimes sexuais, passa a ser pública incondicionada à representação da vítima, afastando assim a aplicabilidade da Súmula 608 do STF, sendo que em casos excepcionais, a ação será pública incondicionada, quando o delito envolver menor de 18 anos ou vulnerável, conforme nova redação dada ao art. 225 do Código Penal (GRECCO; ROGÉRIO, 2017, p.201). A esse respeito, é importante pontuar, também, que a ação penal será pública incondicionada, quando se tratar de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, não havendo, portanto, necessidade de representação (COSTA; MACHADO, 2017, p.76). A esse respeito:

Não importa se o crime foi praticado mediante violência, grave ameaça ou outro meio. A vítima, nestas condições, receberá tutela diferenciada do Estado por sua condição de maior vulnerabilidade. O importante é salientar que a ação privada nos crimes sexuais foi abolida. A vítima não mais é o titular da ação penal. (COSTA; MACHADO, 2017, p.76).

É a própria natureza dos crimes contra a dignidade sexual, então praticado contra pessoa em condição de vulnerabilidade, que se designa a ação penal como pública. Nesse caso, é o Ministério Público que assume o papel de condutor da ação penal. Cabe ressaltar que anterior a chegada da Lei 12.015/09, no caso de alguém incorrer no crime de estupro com violência ou grave ameaça, era tipificado no art. 213, mas se a violência fosse presumida, havia exigência que estivesse presente o art. 224 do código Penal, como norma de extensão.

Na atualidade há dois crimes distintos, o crime de estupro denotado no art. 213 do Código Penal e o de estupro de vulnerável no art. 217-A do Código Penal, objeto do presente estudo. Esse último tipo penal, depende do perfil da vítima. Isto é, se a vítima for vulnerável, será aplicado o tipo penal contido no art. 217-A, caso contrário aplicar-se-á o art.213 do Código Penal. No entanto, conforme pretende esta pesquisa, cabe analisar as nuances dessa vulnerabilidade, como se faz no item a seguir, compreendo em que consiste seu caráter relativo e absoluto.

2. O crime de estupro de vulnerável entre a presunção relativa e absoluta de vulnerabilidade: a relevância da análise de jurisprudência

Quanto ao fator vulnerabilidade, as modificações que a Lei n. 12.015/09, objetivou cessar a antiga denominação relativo à presunção de violência e sua classificação, através de situações de fato. Com a revogação do art. 224 e a criação do art. 217-A, consolidou-se tal modificação. Assim denotava o art. 224: “Presume-se a violência, se a vítima: *a*) não é maior de 14 (catorze) anos; *b*) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Assim, o objetivo era de demonstrar que as vítimas citadas nas alíneas a b e c, não tinham autorização nem tão pouco consentimento para realizar o ato sexual (RASSI, 2011, p.56).

Poderiam haverem casos em que a vítima tivesse a noção do que significaria a prática do ato sexual, se assim estaria afastada a presunção da violência? Acontece que diversos Tribunais, quando da análise dos fatos, em que tais vítimas menores de 14 anos, os quais já encontravam-se em condição de prostituição, afastavam a presunção de violência, admitindo assim a relativização desta, absolvendo o réu, sob análise de cada caso concreto (TORRES, 2011, p.191).

Neste sentido, o legislador estabeleceu a denominada presunção de violência (KARAM, 1996, p.134), pois pessoas que se encontravam nas situações mencionadas do referido artigo não possuíam condições para aceitar ou não o ato sexual, tendo em vista serem pessoas incapazes de discernimento, presumindo-se, então, que foram coagidas para realizar tal ato. A partir desse entendimento, deduzia-se que a conduta do agente fora violenta, entendimento que gerou grande polêmica, tendo em vista ser difícil qualquer tipo de presunção contra o sujeito passivo, o qual se presume inocente até que haja sentença condenatória definitiva (KARAM, 1996, p.134). Desta forma, a modificação restou-se adequada, pois assim, aparece a vulnerabilidade da vítima e desaparece qualquer presunção.

Para melhor desenvolver essa temática, cabe tratar de forma específica da vulnerabilidade absoluta e a vulnerabilidade relativa. Como destaca Freitas (2014, p.45), a presunção de vulnerabilidade absoluto é chamada de presunção *iure et iure*, por não aceitar prova em contrário, e a relativa é denominada de *iuris tatum*, na medida em que permite prova em contrário. Importante a distinção ressaltada por Carlos Roberto Bitencourt (2013, p.102), ao tratar da presunção de vulnerabilidade. Vejamos:

Aqui o questionamento é outro, isto é, não se discute se se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa de vulnerabilidade, como na hipótese anterior, pois essa avaliação já ficou para trás, está superada; parte-se, portanto, do pressuposto de que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão. Diríamos que se trata de um juízo de cognição: no primeiro, avalia-se a natureza da presunção, se relativa ou absoluta; neste segundo juízo, valora-se o quantum de vulnerabilidade que a vítima apresenta. E, seguindo-se a linha do legislador que a previu para faixas etárias distintas- menor de quatorze anos e menor de dezoito – elas apresentam, inegavelmente, gravidades e consequências distintas. Mas mais do que isso, podem apresentar-se em graus distintos em uma mesma faixa etária, e também por isso, precisam ser valoradas casuisticamente

Nesse sentido, é possível apontar que o extinto art. 224 foi o responsável pelo surgimento da corrente da presunção absoluta, pois o aludido artigo continha em seu texto a presunção de violência, assim, com base na mesma lógica, afirma-se que todos menores de 14 anos são totalmente vulneráveis (TORRES, 2011, p.108).

Com o art. 217-A, tem-se como tipo penal a palavra vulnerável, no qual demonstra a essencialidade do delito, bem como a idade elencada, no qual de forma tácita diz que “ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos”. Importa mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou que a idade da transferência da infância para a adolescência é de 12 (doze) anos, na forma do seu art. 2º, que prevê que considera-se criança, para os efeitos desta lei, “a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

Porém, o Código Penal, ao estipular 14 (quatorze) anos, dispõe diferente do Estatuto, ampliando a esfera de proteção, quanto a esse tema, cumpre ressaltar que:

Afastou-se o Código Penal da disciplina contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18 anos. Embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, de acordo com aquelas faixas etárias, a lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais (MIRABETE, FABBRINI, 2011, p. 407).

Nesse sentido, resta configurado o crime de estupro de vulnerável, desta forma denota que todos os sujeitos menores de 14 anos que sofrerem as afrontas de caráter sexual e, preenchendo os requisitos da vulnerabilidade, estarão devidamente amparados pela lei. Reforçando essa perspectiva:

Como o tipo penal fala em “menor de 14 (catorze) anos”, se a conjunção carnal ou outro ato libidinoso for praticado com alguém no dia do seu décimo quarto aniversário, e contar com seu consentimento, o fato será atípico. Inexiste estupro de vulnerável, pois a pessoa não é menor de 14 anos, e também não há falar em estupro (CP, art. 213), em razão do consentimento penalmente válido e da ausência de violência ou grave ameaça (MASSON; CLEBER, 2014, p.34)

Assim sendo, como ressalta Rassi (2012, p.6), “havendo ato sexual com menor de 14 anos, pouco importa sua experiência sexual ou outras circunstâncias, haveria estupro de vulnerável”. Ou seja, não há, para essa corrente, qualquer possibilidade de relativizar essa presunção. Porém, como já mencionado neste estudo, trata-se de assunto que enseja inúmeras

divergências, principalmente frente teses defensivas fundadas no consentimento, das vítimas ou dos pais.

Quanto a tese que relativiza a presunção de vulnerabilidade, em um momento inicial, somente era aceita a relativização no crime de estupro de vulnerável, quando ocorresse neste caso o erro do tipo, onde havia justificativa. A esse respeito, destaca-se que além de discutir acerca da vulnerabilidade, se seria absoluta ou relativa, haviam nos julgados, considerações sobre o erro de tipo, na medida em que “muitas pessoas, embora menores de 14 anos, podem aparentar a terceiros já ter atingido a referida idade” (NUCCI; 2017, p.145).

São situações que devem ser analisadas com absoluto cuidado, porque, em diversos casos, se tratam de pessoas que, geralmente, estão em condição de vulnerabilidade socioeconômica, por estarem atuando no contexto da prostituição, por exemplo. Desta forma, a idade é considerada um elemento fundamental para constituição do tipo penal, pois o sujeito que pratica o tipo penal, sem conhecimento e em total ignorância com relação a real idade da menor, incorrerá no que denota o art. 20, do Código Penal. Isso porque, a ação estava revestida em erro, não era a verdade do que aparentemente representava, sendo no fato excluído o dolo da conduta, tornando o fato atípico, sendo o sujeito isentado da pena prevista no art. 217-A, já que o mesmo não prevê a prática culposa.

No que tange a relativização da vulnerabilidade, quando promovida pelos tribunais, é levado em consideração, além do consentimento dos pais, a vida sexual pregressa da vítima. Porém, como dito, trata-se de temática permeada por divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sendo justamente essa divergência que motiva o presente estudo a analisar qual o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a matéria.

A análise de jurisprudência se mostra relevante, do ponto de vista qualitativo, para que seja possível identificar e compreender os argumentos empregados pelo Poder Judiciário. Já do ponto de vista quantitativo, a relevância se dá justamente em conhecer os percentuais de deferimento ou indeferimento. Sendo assim, a pesquisa foi desenvolvida em duas etapas. A primeira, teve como base a coleta de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e sua análise com base em critérios quantitativos específicos. Já a segunda etapa, foi a análise individual com detalhamento dos julgados coletados. Desta forma passamos explicar o percurso efetuado para coleta de dados, pois trata-se de caráter essencial para que seja demonstrado a relevância do assunto em questão.

As decisões foram extraídas do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Ao abrimos o navegador de internet, digitamos o

seguinte endereço: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Em ato contínuo na página inicial do referido site, foi clicado no menu localizado a esquerda da tela, e foi selecionada a opção jurisprudência. Em seguida abaixo do termo “jurisprudência”, foi escolhida “pesquisa de jurisprudência”, no que abriu assim uma série de opção de preenchimento de dados nos quais é possível efetuar um filtro mais apurado na localização das decisões. Assim, logo iniciou-se a primeira etapa da pesquisa, que será de caráter quantitativo, que servirá para a coleta de dados da referida pesquisa.

No campo superior, no qual a descrição é busca avançada, foi inserido o termo “relativização do crime de estupro – Art.217-A”, e em seguida foi marcado a opção “ementa”. No campo data foi inserido a data compreendida entre o dia 01/01/2018 à 31/12/2018, inserindo uma restrição temporal na pesquisa; no que tange aos demais campos da página, foram deixados em branco, sendo que no campo “com a expressão”, foi digitado o termo “estupro de vulnerável”, tendo como objetivo a exclusão através do referido filtro, outros casos relacionados a estupro, que poderia ser encontrado.

A partir desses filtros, foram encontrados 54 casos, com a terminologia exposta, sendo que 20 (vinte e um) destes, foram providos, havendo assim a relativização do crime de estupro de vulnerável em um percentual de 37,03% dos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O resultado demonstra não só o que já se afirma neste capítulo, a respeito da divergência doutrinária e jurisprudencial existente, mas ressalta que, pelo menos no ao de 2018, a tese da relativização da presunção de vulnerabilidade obteve significativa aplicação.

Como se trata de uma quantidade razoável de julgados encontrados, é possível que seja feita uma análise específica, desenvolvendo a pesquisa qualitativa, apresentada no item seguinte. Assim, para melhor analisarmos como decide o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RS, nos casos que envolvam o crime de estupro de vulnerável, fornecendo maiores detalhes sobre os casos, a fim de contribuir para o desenvolvimento e estudo do tema, passamos a análise de cada um dos julgados.

3. A relativização da vulnerabilidade da vítima no crime de estupro de vulnerável na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apresentado o procedimento de coleta dos dados a partir da pesquisa de jurisprudência, e realizadas as considerações quantitativas acima, é de fundamental importância que os 20 julgados, que trataram sobre relativização da presunção de vulnerabilidade sejam analisados, partindo então para uma abordagem qualitativa. Cabe ressaltar que o método

abordado foi o dedutivo de abordagem, cuja pesquisa parte da análise de jurisprudência, para assim analisar os julgados encontrados a partir a partir dos critérios a seguir: (a) idade da vítima, (ii) consentimento da vítima e (iii) consentimento dos pais da vítima.³

Antes, porém, de passar a análise individualizada de cada um dos 20 julgados encontrados, cabe destacar os percentuais de cada critério. Quanto a idade da vítima, dos 20 julgados em que houve a relativização da presunção de vulnerabilidade, 55% das vítimas tinham 12 anos; 40% das vítimas 13 anos e 5% das vítimas, 11 anos. No que tange ao segundo critério, dentre os julgados analisados, 100% contam com a declaração de consentimento da vítima, sendo este um ponto comum entre todas as decisões. Por fim, no que diz respeito ao consentimento dos pais da vítima, considerando a totalidade dos casos analisados, há expressa menção desse consentimento em 65% dos casos, não havendo menção a respeito dessa ciência, ou manifestação expressa dos genitores, em 35% dos casos.

Feitas tais considerações, passe-se análise dos julgados, considerando o teor das decisões proferidas, a fim de destacar como os critérios supramencionados se apresentam em cada caso concreto. O primeiro caso identificado é o de nº 70075523159, de 07 de fevereiro de 2018, foi o primeiro a ser identificado no Tribunal, sendo proveniente da cidade de Soledade. Tal julgado trata-se de Apelação Criminal, tendo como objeto o crime contra a dignidade sexual estupro de vulnerável, descrito no art. 217-A do Código Penal, onde no caso foi exposto que houve presunção de violência devido à idade da vítima, que a época dos fatos a relação sexual havida entre vítima com 13 anos de idade e acusado 22 anos de idade (BRASIL, 2018a, p.8). No caso, o réu foi absolvido, tendo sido considerado o consentimento da vítima, prova testemunhal corroborando a existência de uma união entre o casal, o que terminou por afastar a perspectiva absoluta da presunção.

O segundo caso é o de nº 70075001735, datado de 20 de março de 2018, proveniente da Comarca de Panambi – RS. O acusado manteve relações sexuais com a vítima que a época do crime tinha 12 anos de idade, sendo que

³ Cumpre destacar que o presente estudo não define como critério de análise o gênero da vítima, por não fazer parte do recorte proposto pelo problema de pesquisa. No entanto, no decorrer da análise dos julgados, questões relacionadas a temática de gênero são apontadas, principalmente aquelas relacionadas aos limites entre a proteção da vítima, sua liberdade sexual e o trato do direito penal em relação a essa temática. KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, ano 1, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

ambos declararam que tais relações sexuais foram consentidas por ambos, e ocorreram diversas vezes. Cabe ressaltar que o conjunto probatório não demonstrou que o réu sabia a verdadeira idade da vítima. Posteriormente a vítima veio a engravidar, sendo que só assim ficou sabendo a verdadeira idade da vítima, mas mesmo sabendo a verdadeira idade, continuou mantendo o relacionamento amoroso, cabendo ressaltar que tal relação tinha consentimento da genitora da vítima. Desta forma, abaixo transcrevemos parte do julgado para uma melhor elucidação do caso.

Assim, ainda que o egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha firmado o entendimento de que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, caput, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos, sendo que “O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.”, o caso dos autos permite a relativização da vulnerabilidade da ofendida, até porque o critério etário não pode ser apreciado de forma absoluta, o que configuraria hipótese de responsabilidade penal objetiva, vedado em sede criminal (BRASIL, 2018b, p.18).

No terceiro caso, de nº 70076583228, de 11 de abril de 2018, da Comarca de Panambi, tratando-se de apelação criminal, em que o réu é acusado de manter relações sexuais com a vítima de idade de 12 anos. As relações sexuais foram consentidas, conforme palavras da Desembargadora em seu voto, o qual denota:

Nesse contexto, percebe-se que as relações sexuais ocorridas entre o réu e a vítima foram sempre consentidas, não tendo a menor sofrido qualquer constrangimento para a prática dos atos, situação esta que foi confirmada pela própria ofendida, pelo acusado e também pela psicóloga que acompanha o caso (BRASIL, 2018c, p.12).

Ambos mantinham um relacionamento afetivo, inclusive já tendo coabitado e com um filho, sendo assim há ausência de prova de ameaça ou submissão. Assim foi mantida a sentença absolutória. No caso nº 7007 5428326, de 26 de abril de 2018, da Comarca de Horizontina – RS, a prova dos autos não deixa dúvidas que o acusado manteve relações sexuais com a vítima que tinha 12 anos. No entanto, ambos declararam em juízo que tais relações foram consentidas, sendo que estas ocorreram diversas vezes, e cabe ressaltar que tal relacionamento era mantido perante a sociedade, tendo o consentimento e aprovação dos pais da vítima, conforme descrição abaixo do julgado:

Os denunciados V.R. e R B. R. contribuíram para a consumação do delito, uma vez que autorizaram a filha, à época com 11 (onze) anos de idade, pernoitasse em um cômodo da residência da família na companhia do “namorado”, facilitando a prática de atos sexuais, enquanto deviam e podiam agir para evitar o resultado, uma vez que, na condição de pais da vítima,

tinham, por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância sobre ela (BRASIL, 2018d, p.23).

Entretanto, o conjunto probatório demonstrou que a vítima mentiu sobre sua verdadeira idade ao réu, dizendo que tinha 15 anos, e não ficou demonstrado que o réu tinha conhecimento da verdadeira idade da vítima. Embora seja certo que, em momento posterior, o acusado tomou conhecimento da verdadeira idade da vítima e mesmo assim manteve o relacionamento amoroso, com o consentimento dos pais, residindo por dois meses na casa da família da vítima.

Assim, ainda que o egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha firmado o entendimento de que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, caput, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos, o caso dos autos, no entendimento do TJ-RS, enseja a relativização da vulnerabilidade da ofendida. Isso, considerando que o critério etário não poderia ser apreciado de forma absoluta, o que configuraria hipótese de responsabilidade penal objetiva, vedado em sede criminal (BRASIL, 2018d).

No quinto julgado de nº 70075587899, da Comarca de Salto do Jacuí – RS, trata-se de situação em que a vítima e o réu mantiveram relações sexuais consentidas, e conseqüente relacionamento amoroso, o qual perdura até a data do julgamento, tendo constituído núcleo familiar (BRASIL, 2018e). A vítima na época dos fatos contava com 13 anos de idade, conforme transcrição do acórdão em questão:

No período compreendido entre os meses setembro de 2015 à fevereiro de 2016, na Avenida (...) em Salto do Jacuí/RS, o denunciado L. R. da C. praticou conjunção carnal (diversas vezes) com a vítima Y. K. de J., a qual contava 13 (treze) anos de idade na data dos fatos, conforme certidão de nascimento fl. 30 (BRASIL, 2018e, p.45)

O denunciado, por sua vez, a época dos fatos, era padrasto da vítima. Desta forma a Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich, relatora do referido acórdão denota em seu voto:

Em juízo de retratação, reaprecio o recurso de apelação interposto. Rogada vênua, observadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, onde o réu manteve, em meio a um relacionamento amoroso, conjunções carnis consentidas com vítima de quase quatorze anos de idade que, ao que se tem notícia, perdurou pelo menos até a audiência de instrução, ocasião em que a vítima já não era mais vulnerável, não tem como sobre ele incidir os rigores ao recurso repetitivo REsp 1.480.881-PI e da Súmula n. 593 do STJ, pois se trata de situação extrema e excepcionalíssima em que a aplicação fria da lei configura flagrante injustiça, diante do excesso de punição para fato que não violou a dignidade sexual da vítima, bem jurídico tutelado pela norma penal

incriminadora. Por isso, mantenho voto por mim proferido ao tempo da sessão de julgamento ocorrida no dia 07 de novembro de 2017, contida no Acórdão tombado sob o n. 70075587899 (BRASIL, 2018e, p.56).

No conjunto processual probatório, a vítima ao ser inquerida, relata que nunca foi ameaçada ou coagida para que mantivesse relações sexuais com o réu, e que todas as relações mantidas foram consentidas, o que veio a constar nos depoimentos prestados pela vítima (BRASIL, 2018f). Sendo assim, havendo ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, foi mantida a sentença absolutória.

No julgado de nº 70076976588, de 06 de junho de 2018, da Comarca de Bagé – RS, a prova dos autos revela que as relações sexuais estabelecidas entre vítima e réu foram consentidas. Na época dos fatos, a vítima encontrava-se com 12 anos de idade e o réu com 24 anos, sendo que a vítima aparentava ter mais idade e mentia sobre sua verdadeira idade, conforme transcrição abaixo:

[...] a partir do depoimento prestado pelo réu em juízo, quando, assim como já havia feito na fase policial, admitiu praticado conjunção carnal com a vítima, a qual era sua namorada, detalhando que os genitores dela sabiam e consentiam com o relacionamento, in verbis (fls. 100/103): Juiz: (Lida a denúncia). Interrogando: É, mas ela me falou que tinha dezesseis anos, aí comecei a namorar com ela, os pais dela permitiram normal (BRASIL, 2018f, p.189).

A vítima, conforme atestam as provas acostadas aos autos, mentia sobre sua verdadeira idade, inclusive nas redes sociais, em sua página do Facebook. Isso também constou no depoimento da própria ofendida, que ratificou tais informações (BRASIL, 2018f, p.192). Em depoimento, a mãe da vítima diz que sabia que sua filha estava namorando e que tinha conhecimento que ambos mantinham relações sexuais, assim consentindo com tal prática. Sendo assim, ante a ausência de pressupostos que a jovem tenha sofrido qualquer constrangimento físico ou psíquico, e considerando que tinha o consentimento dos pais de ambos, sendo o relacionamento público e notório, a absolvição foi mantida (BRASIL, 2018f).

No sétimo julgado analisado, de nº 70077430403, da Comarca de Seberi – RS, trata-se de apelação criminal em que o réu manteve um relacionamento amoroso com a vítima, sendo que ambos praticavam relações sexuais de forma consentida. A vítima, na época dos fatos, encontrava-se com 12 anos de idade, e as relações então estabelecidas foram consentidas e também contavam com o consentimento da família (BRASIL, 2018g, p.123).

No julgado de nº 70076143452, sendo o oitavo julgado analisado, advindo da Comarca de Estrela – RS, trata-se de caso em que a vítima e sua amiga fugiram do abrigo na localidade de Arroio do Meio – RS, quando na RS 129,

foram abordadas pelo réu, sendo que este ofereceu carona para as adolescentes para a cidade de Lajeado. Contudo, essas acabaram pernoitando na residência do réu, no município de Estrela, sendo que durante aquela noite, o réu e a vítima mantiveram relações sexuais. Na ocasião, a vítima encontrava-se com 12 anos de idade. O julgado considerou que as relações então estabelecidas foram consentidas, havendo, ainda ocorrência de erro de tipo, por ter a vítima alegado ter 18 anos de idade, conforme depoimento pessoal prestado (BRASIL, 2018h, p.210). Assim, frente a inexistência de coação ou ameaça por parte do acusado, manteve-se a sentença absolutória.

O nono julgado analisado, de nº 70077439917, da Comarca de Flores da Cunha – RS, trata-se de apelação criminal em que houve conjunção carnal entre a vítima de 13 anos e o réu com 20 anos de idade, sendo que ambos mantiveram relacionamento amoroso, que resultou em uma filha do casal (BRASIL, 2018i). No conjunto probatório dos autos do processo, foi angariado provas as quais revelaram de forma concreta, que as relações sexuais mantidas na relação, ocorreram de forma voluntária e consentida, por ambos, havendo consentimento dos pais, peculiaridades essas, que permitiram, no entendimento do TJ-RS, a flexibilização da vulnerabilidade (BRASIL, 2018i, p.145). De tal maneira que de acordo com o art. 386, inciso III do Código de Processo Penal, haja vista o fato não constituir infração pena, absolvição mantida.

O julgado de nº 70077261691, da Comarca de Sapiranga – RS, também é referente a apelação criminal ante o crime de estupro de vulnerável. No caso, a vítima, que a época dos fatos se encontrava com 12 anos de idade e o réu com 20 anos de idade, mantiveram relacionamento amoroso, mantendo relações sexuais. A vítima afirmou que tais relações sexuais foram de maneira desejada e consentida por ela, afirmando ter tido relacionamento anteriores (BRASIL, 2018j, p.108).

Em seu depoimento, a vítima afirma que terminou o relacionamento com o réu, mas tal decisão não fora aceita por ele, pois o réu ficava insistindo para que voltassem. Uma amiga a aconselhou que registrasse uma ocorrência contra o réu. Achou que o registro da ocorrência não iria “dar em nada” (BRASIL, 2018j, p.109). Foi imposta uma medida protetiva, para que o réu ficasse 300 metros longe da depoente. A vítima confirmou que manteve relação sexual consentida com o acusado, quando ainda era menor de 14 anos, mas com o consentimento de seus pais. Por tais fatos, houve a manutenção da sentença absolutória em favor do réu.

O julgado de nº 70076852755, da Comarca de Lajeado – RS, trata de apelação criminal, também referente ao crime de estupro de vulnerável, em

que a vítima tinha 13 anos de idade, e o réu 22 anos, à época do fato. Mantiveram relacionamento amoroso, mantiveram relação sexual de maneira consentida pela vítima, que, inclusive, manifestou desejo em residir com o réu (BRASIL, 2018k, p.123). Em seu depoimento, a vítima mencionou que teve uma discussão com sua mãe, saindo de casa. Ao tratar do caso, a relatora, destacou:

In casu, é possível a relativização da presunção de violência, pois a vítima, à época do fato, com 13 anos, foi espontaneamente à residência do acusado, desejando residir com o mesmo, consentindo com a prática de conjunção do carnal. Ademais, segundo o acusado, o ato sexual ocorreu por iniciativa da vítima (BRASIL, 2018k, p.134).

Assim, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, a idade da vítima e do réu e a relação que possuíam, reconhecida diante de testemunha, o qual tinha contato com eles, o Tribunal entendeu inexistir conclusão diversa daquela apresentada pelo Magistrado singular, mantendo a sentença absolutória em favor do réu, portanto, relativizando a vulnerabilidade prevista no art. 217-A, do Código Penal.

No julgado nº 70077949386, da Comarca de Itaqui – RS, a vítima, então com 13 anos de idade, manteve relacionamento afetivo com o réu, com 21 anos, existindo, também relações sexuais consentidas pela vítima, bem como por seus genitores (BRASIL, 2018l, p.101). Tal relação perdurou após o fato, com o relato do réu dizendo que pretendiam casar após a conclusão dos estudos da vítima. Tal relacionamento era consentido pelos pais da vítima, conforme trecho extraído do acórdão, conforme segue:

Os genitores da ofendida mencionaram ter conhecimento e aprovarem o relacionamento do réu com a vítima, há, inclusive, menção do pai da vítima de que o acusado pretende casar e de que os dois estão felizes juntos (BRASIL, 2018l, p.113).

A vítima em seu depoimento em Juízo, ratificou que praticou o ato sexual com o réu quando ainda era menor de 14 anos. Afirmou que ainda mantém o relacionamento amoroso com o réu. Aduziu que o relacionamento não gerou qualquer problema para a depoente. Os pais da vítima, em seus depoimentos, aduziram que sabiam do relacionamento e que consentiam com esse, sendo que a mãe da vítima foi clara ao enfatizar que não conseguiria proibir a vítima de relacionar-se com o réu, assim orientava a vítima quanto aos cuidados e da sexualidade (BRASIL, 2018l, p.115). Assim o voto do relator segue conforme transcrição:

Portanto, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, em especial a idade da vítima e do réu e a íntima relação entre eles, por período considerável, caracterizando namoro reconhecido diante dos familiares, esses elementos não autorizam conclusão diversa daquela apresentada pelo

Magistrado singular, sendo imperiosa a manutenção da sentença absolutória em favor do réu (BRASIL, 2018l, p.116).

O décimo terceiro julgado analisado, de nº 70076620665, da Comarca de São Francisco de Paula – RS, trata de apelação criminal, ante o crime de estupro de vulnerável, havendo relacionamento amoroso entre vítima, com 13 anos de idade, e réu, com 18 anos (BRASIL, 2018m, p.78). A vítima em seu depoimento declarou que namora o acusado desde 2015, e que seu genitor e genitora tinha conhecimento de seu relacionamento. Afirmou que o réu não sabia da sua idade, pois nunca haviam conversado sobre o assunto, de forma que ele apenas descobriu após o início do relacionamento. A prova dos autos demonstra que as relações sexuais foram consentidas e voluntárias, sendo fruto de relacionamento amoroso e afetivo entre ambos (BRASIL, 2018m, p.139), razão pela qual houve relativização da vulnerabilidade, sendo mantida a absolvição do réu.

No julgado de nº 70078253101, décimo quarto analisado no referido artigo, oriundo da Comarca de Santa Rosa – RS, a vítima, com 13 anos, e o réu com 19 anos, praticaram, conforme provas acostadas aos autos, relações sexuais de forma livre e consentida, vindo a manter relacionamento amoroso até a data do julgamento analisado. No caso, é ressaltado, inclusive por depoimento pessoa, que a vítima não sofreu nenhuma coação ou ameaça para que realizasse as práticas sexuais, tanto que os dois passaram a morar juntos (BRASIL, 2018n, p.67). A vítima em seu depoimento, afirma que ambos vivem muito bem juntos, conforme trecho extraído do acordão, abaixo transcrito:

[...] afirmou ser namorada do réu há mais de um ano. Relatou que iniciou o relacionamento amoroso com o réu quando ainda tinha 13 anos de idade, oportunidade em que mantiveram a primeira relação sexual. Mencionou que o réu estava ciente de sua idade e que sempre tiveram a aprovação de seus pais. Afirmou que possuem um ótimo relacionamento e que o denunciado nunca a forçou a nada (BRASIL, 2018n, p.41).

O relacionamento era consentido pelos pais da vítima, pois sabiam do namoro, afirmando, em juízo, que o réu se trata de homem bom e responsável (BRASIL, 2018n, p.47), o que, somado ao conjunto probatório do referido processo, repercutiu no provimento do apelo para que o réu fosse absolvido.

O julgado nº 70072835788, da Comarca de Coronel Bicaco – RS, datado de 08 de novembro de 2018, trata de apelação criminal, ante o crime de estupro de vulnerável, em que a vítima, a época dos fatos, estava com 12 anos de idade, e manteve relações sexuais com o réu, com 33 anos de idade (BRASIL, 2018o, p.54). O julgado, na esteira dos demais ora analisados, considerou a existência de consentimento da vítima, bem como a

inexistência de violência por parte do réu. A absolvição foi mantida, frente a possibilidade de relativização da vulnerabilidade.

O décimo sexto julgado analisado foi o de nº 70078071974, de 08 de novembro de 2018, da Comarca de Itaqui – RS. Trata-se de caso em que a vítima manteve com o réu relacionamento amoroso, quando tinha 12 anos de idade, e o réu com 20 anos de idade. Conforme depoimentos, tanto a genitora quanto o genitor sabiam e consentiam com o relacionamento (BRASIL, 2018p, p.210). Tanto por isso, considerando o consentimento da vítima e dos pais, o Tribunal entendeu pela manutenção da absolvição do réu.

No julgado nº 70079185146 de 21 de novembro de 2018, da Comarca de Rio Pardo – RS, conforme prova produzida nos autos, o relacionamento amoroso se estabeleceu entre a vítima, com 12 anos, e o réu, com 23 anos (BRASIL, 2018q, p.34). Houve consentimento da vítima, como frisa o relatório, mas também da família, razão pela qual o Tribunal considerou não haver os pressupostos de ameaça ou coação, o que repercutiu da absolvição do réu.

No dia 13 de dezembro de 2018, o julgado de nº 70076448554, o décimo oitavo analisado, advindo da Comarca de Santa Cruz do Sul – RS, tratou de apelação criminal ante o crime de estupro de vulnerável, no qual a vítima possuía 11 anos, e o réu 19 anos, a época dos fatos. Na ocasião, o denunciado e a vítima passaram a viver em união estável, na residência da família do denunciado, de início contra a vontade dos familiares dela, sendo que passaram a se relacionar sexualmente, inclusive, restando a vítima grávida (BRASIL, 2018r, p.151). Os autos comprovam que ambos mantiveram relacionamento amoroso, com a prática consentida de atos sexuais, advindos destes dois filhos (BRASIL, 2018r, p.158), constituído assim um núcleo familiar, razão pela qual a sentença absolutória foi mantida, dada a relativização promovida pelo Tribunal.

O jugado nº 70079784427, de 18 de dezembro de 2018, da Comarca de Soledade – RS, trata de recurso em sentido estrito. O caso trata de relacionamento afetivo entre a vítima com 12 anos de idade, no qual se estabeleceram relações sexuais com o réu com 19 anos, as quais eram consentidas pela vítima e conhecida e admitida pela genitora da vítima, conforme trecho abaixo transcrito do acórdão em fomento:

Além do mais, a mãe da menor tinha conhecimento da situação e autorizou o relacionamento. In casu, é possível a relativização da presunção de violência, pois a vítima, à época do fato, com 12 anos, manteve espontaneamente relações sexuais com o denunciado (BRASIL, 2018s, p.102).

No caso em questão, frisou-se o consentimento da vítima, da genitora e, também, o fato de ambos já terem uma vida em comum, habitando na mesma residência (BRASIL, 2018s, p.105). Desta forma, considerando esse quadro

fático, o Tribunal relativizou a presunção de vulnerabilidade, e absolveu o réu.

O derradeiro julgado analisado, de nº 70078802196, de 18 de dezembro de 2018, da Comarca de Flores da Cunha – RS, a vítima com 13 anos de idade e o réu com 29 anos de idade, mantiveram relação amorosa e sexual. O réu nos autos processuais, afirma que desconhecia a idade da vítima, haja vista que esta afirmava ter 16 anos, o que foi corroborado pela vítima e também pelo depoimento da genitora. Esta última alegou que consentiu com a situação, pois preferia que a adolescente “namorasse em casa” (BRASIL, 2018t, p.121). Com base nesses fatos, mais uma vez foi confirmada a absolvição do réu, considerando a relativização da presunção de vulnerabilidade.

Considerações finais

Após a análise de jurisprudência realizada por este estudo, resta evidente que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem firmado, em diversas decisões, a relativização da vulnerabilidade em relação ao crime de estupro de vulnerável, tal qual previsto no *caput*, do art. 217-A, do Código Penal. Isso se faz levando em conta as circunstâncias do caso concreto então apresentado ao Tribunal, considerando o bem jurídico tutelado, e, principalmente, a existência ou não de consentimento da vítima.

Como se pretendeu apresentar nos primeiros capítulos deste estudo, a proteção efetiva e adequada aos menores de 14 anos demorou a consolidar-se. Porém, já em sua primeira previsão constituiu-se considerando a presunção de violência como absoluta, a partir da previsão do então art. 224, do Código Penal. Com a Lei 12.015, de 2009, que criou um delito autônomo, mudando o próprio artigo, a redação atribuída ao estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, passou a ser “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Em que pese a referida modificação legislativa, não cessaram as divergências da doutrina e dos tribunais a respeito da matéria, o que propiciou o desenvolvimento da tese da relativização da presunção de vulnerabilidade, nos casos de crime de estupro de vulnerável ocorrido com menor de 14 anos. Em termos práticos, a referida relativização de presunção, possibilita que o réu possa produzir provas a fim de demonstrar, por exemplo, que houve consentimento da vítima ou dos pais dessa, viabilizando a reversão de eventual condenação penal.

A presente pesquisa se propôs a analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul justamente para poder identificar, a partir

da análise da fundamentação das decisões, quais os critérios determinantes para que ocorresse a relativização. O recorte efetuado considerou o ano de 2018, com vistas a investigar o período mais recente. Como apresentado, dos 54 casos julgados pelo TJ-RS, em que se discutiu questões relacionadas a relativização da presunção de vulnerabilidade, em 37,03% a referida tese foi acatada. Em uma verificação pormenorizada, constatou-se que dentre esse número, 100% dos julgados pautaram-se no argumento de que havia consentimento da vítima para ocorrência das relações sexuais; e em 65% há menção expressa da existência de consentimento dos pais da vítima.

Os dados coletados indicam que quando presente o consentimento da vítima, ainda que se trate de menor de 14 anos, existindo, portanto, vedação expressa do Código Penal, por meio do art. 217-A, há possibilidade de estabelecimento de relações consentidas. Os julgados consideram, também, a necessidade de compreender o contexto social e a vida da vítima em questão, com vistas a adequar a vedação penal ao contexto social apresentado no caso. Ao analisar as decisões, constata-se o entendimento, manifestado pelo Tribunal, de que não há falta de proteção ao bem jurídico tutelado, pela previsão do *caput*, do art. 217-A, do CP. Isso porque, ao analisar as circunstâncias fáticas, a inexistência de coação ou violência, de qualquer ordem, também é analisada.

Dessa forma, os dados coletados por esse estudo, tratam não só da repercussão jurídica do crime de estupro de vulnerável pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mas também sobre a necessidade de que haja uma conscientização, tanto em relação aos responsáveis pelos menores, quanto do próprio menor e do sujeito envolvido na relação afetiva. Isso porque, por mais que haja um consentimento da vítima, ou de seus pais, há sim ofensividade juridicamente relevante na prática do ato sexual por menores de 14 anos, principalmente em virtude da previsão do *caput*, do art. 217-A, do CP.

Mas, não só em função, disso, também porque a vítima, com idade de 11 anos, 12 anos e 13 anos, conforme dados levantados, ainda não obteve seu desenvolvimento mental completo, o que contribui, sobremaneira, para sua condição de vulnerabilidade, que em diversas situações, também é combinada com uma vulnerabilidade socioeconômica, decorrente do contexto social em que vítima vive. Esses são fatores que precisam ser levados em consideração, a fim de não encerrar a discussão considerando somente a vontade da vítima, a fim de se pensar em um arcabouço protetivo que dialogue, também, com a vulnerabilidade socioeconômica em que se insere a vítima, e também seus genitores.

Referências

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

BRASIL. **Código Penal – Decreto Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70075523159**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Lizete Andreis Sebben, 2018a.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70075001735**. Sexta Câmara Criminal. Rel. Vanderlei Teresinha T. Kubiak, 2018b.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70076583228**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Lizete Andreis Sebben, 2018c.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70075428326**. Sexta Câmara Criminal. Rel. Vanderlei Teresinha T. Kubiak, 2018d.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70076976588**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Cristina Pereira Gonzales, 2018e.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70077430403**. Sétima Câmara Criminal. Rel. Carlos Alberto Etcheverry, 2018f.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70076143452**. Sétima Câmara Criminal. Rel. Carlos Alberto Etcheverry, 2018g.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70077439917**. Oitava Câmara Criminal. Rel. Naele Ochoa Piazzeta, 2018h.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70077261691**. Quinta Câmara Criminal. Rel.: Genacéia da Silva Alberton, 2018i.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70076852755**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Genacéia da Silva Alberton, 2018j.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70077949386**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Genacéia da Silva Alberton, 2018k.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70076620665**. Oitava Câmara Criminal. Rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, 2018l.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n.º 70078253101**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Cristina Pereira Gonzales, 2018m.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70072835788**. Sétima Câmara Criminal. Rel. Carlos Alberto Etcheverry, 2018n.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70077184620**. Sétima Câmara Criminal. Rel. Carlos Alberto Etcheverry, 2018o.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n.º 70078071974**. Sétima Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Etcheverry, 2018p.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70079185146**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Lizete Andreis Sebben, 2018q.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70076448554**. Sétima Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Etcheverry, 2018r.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito n. 70079784427**. Quinta Câmara Criminal. Rel. Genacéia da Silva Alberton, 2018s.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70078802196**. Oitava Câmara Criminal. Rel. Naele Ochoa Piazzeta, 2018t.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. **Revista Ciências penais**. v. 13, jul/ago, 2010.

COSTA, MACHADO. **Artigo por Artigo, parágrafo por parágrafo**, coordenado por David Teixeira de Azevedo: 7 ed. Barueri: Manole, 2017.

- FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 17.ed.Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017
- KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, ano 1, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.
- MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2.ed.Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 28.ed, São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais. **Revista dos Tribunais**. v.2, n.2, fev/mar, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.012, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 92, set/out, 2011.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. **Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano**. v.21, n.2, 2011.

DERECHO LABORAL

**Reforma trabalhista:
Integração da CLT e separação dos poderes^(*)**

**Labor reform:
CLT integration and separation of powers**

**Reforma laboral:
Integración de la CLT y separación de poderes**

Eduardo Alves Mafra¹

Valmir César Pozzetti²

Sumário: Introdução. **1.** Especialização da Justiça do Trabalho. **2.** Competência constitucional da justiça do trabalho. **3.** Jurisprudência x negociações coletivas. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Esta pesquisa teve o objetivo de analisar a constitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que alteraram o artigo 8º da CLT, e os parágrafos 1º ao 3º, a fim de verificar se há vícios de inconstitucionalidade, com base nas normas do ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que regem o Direito do

^(*) Recibido: 22/02/2020 | Aceptado: 10/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

- ¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Trabalho realizado no PIBIC – Programa de Iniciação Científica CNPQ.
eduumafra@outlook.com
- ² Pós Doutor em Direito em Alimentação Sadia pela UNISA – Univ. de Salerno/Itália; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela UNILIM – Univ. de Limoges/França; Mestre em Direito do Urbanismo e Meio Ambiente pela UNILIM – Universidade de Limoges/França.
v_pozzetti@hotmail.com

Trabalho. O método utilizado na pesquisa foi o método dedutivo, sendo que, quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica com consulta à legislação doutrina e jurisprudência e, quanto aos fins a pesquisa foi qualitativa. A conclusão a que se chegou foi de que o § 1º, apesar da redução de seu texto em nada altera em essência; o § 2º deve ser declarado inconstitucional por ofensa a separação dos poderes e; o § 3º viola o direito fundamental da inafastabilidade do poder judiciário ante a ameaça ou lesão a direito, devendo ser declarado inconstitucional por incompatibilidade.

Palavras-chave: reforma trabalhista, inconstitucionalidades, integração do trabalho.

Abstract: This research aimed to analyze the constitutionality of provisions of Law No. 13.467 / 2017 (Labor Reform) that amended article 8 of the CLT, and paragraphs 1 to 3, to check for unconstitutionality, based on the norms of the Brazilian legal system and the principles governing Labor Law. The method used in the research was the deductive method, and as for the means the research was bibliographic with consultation to the doctrine and jurisprudence legislation and, as for the purposes the research was qualitative. The conclusion reached was that §1, despite the reduction of its text in no way changes in essence; § 2 must be declared unconstitutional for offending the separation of powers and; Paragraph 3 violates the fundamental right of the inability of the judiciary before the threat or injury to the law, and must be declared unconstitutional for incompatibility.

Key words: labor reform, unconstitutionality, work integration

Resumen: El objetivo de esta investigación fue analizar la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley nº 13.467/2017 (Reforma Laboral) que modificó el artículo 8 de la CLT, y los párrafos 1 a 3, con el fin de verificar si existen defectos de inconstitucionalidad, basándose en las normas del sistema jurídico brasileño y los principios que rigen el Derecho del Trabajo. El método utilizado en la investigación fue el método deductivo, y en cuanto a los medios, la investigación fue bibliográfica con consulta a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, y en cuanto a los fines, la investigación fue cualitativa. La conclusión a la que se llegó fue que el § 1, a pesar de la reducción de su texto no altera en nada la esencia; el § 2 debe ser declarado inconstitucional por ofensa a la separación de poderes y el § 3 viola el derecho fundamental del poder judicial a la inafectabilidad ante la amenaza o lesión de la ley, y debe ser declarado inconstitucional por incompatibilidad.

Palabras clave: reforma laboral, inconstitucionalidad, integración laboral.

Introdução

Em 13 de Julho de 2017 foi aprovada a Lei nº 13.467/2017, conhecida como a Reforma Trabalhista, uma lei elaborada sem contar com o apoio popular, com um trâmite célere e tumultuado, no Congresso Nacional, para uma proposta original de mudança de 10 artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT que, ao final chegaram a alterar quase 100 artigos; além de acréscimos e revogações de artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas e legislações esparsas, como a Lei do FGTS e a Lei nº 8.212/1991-Seguridade Social.

Estas alterações provocaram incertezas e inseguranças no ordenamento jurídico trabalhista, vez que o judiciário já está julgando ações aos auspícios da nova lei e considerando alguns itens desta, como inconstitucional, gerando conflitos sociais e incertezas jurídicas ao empreendedor e ao trabalhador.

Neste sentido, esta pesquisa delimita o seu foco apenas nos parágrafos do artigo 8º, da lei nº 13.467/2017, que trata sobre os meios de integração das normas trabalhistas; uma vez que há indícios de conflito desses parágrafos com o próprio caput do artigo 8º, e com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88, artigo 2º, artigo 5º, inciso XXXV e artigo 114, inciso I, quando define que as sumulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais Eleitorais não podem restringir direitos legalmente previstos, nem criar obrigações que não estejam previstas em lei; assim como restringir a atuação do judiciário para somente verificar os elementos essenciais das negociações coletivas, devendo respeitar o “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, mesmo que essa possua conteúdos de caráter prejudicial aos trabalhadores.

É dizer, então, que o Legislativo buscou restringir a atuação do Judiciário a mero reprodutor de lei, sem poder se valer do seu papel de intérprete, principal função deste poder, além de inviabilizar a análise de conteúdo dos negócios jurídicos, o que impossibilitaria o acesso à justiça, pela parte que se sentir prejudicada pelas negociações coletivas, violando assim o Princípio

da Separação dos Poderes – artigo 2º da CF/88 (este sendo cláusula pétrea expressa na Constituição Federal – art. 60, § 4º, III), que por consequência traz à baila os princípios do acesso à justiça (violação da garantia da inafastabilidade da jurisdição perante lesão ou ameaça de lesão a direito) e da independência funcional, todos garantidos constitucionalmente.

Merece análise também o parágrafo 1º do artigo 8º da Lei nº 13.467/17, cujo texto foi reduzido, para permitir que pudesse, na prática, haver entendimentos da utilização do direito comum mesmo que este contrarie aos Princípios Fundamentais do Trabalho, o que parece ser descabido, pois as normas subsidiárias ao adentrarem um microsistema especial existente para realizar a integração e preenchimento de lacunas deve respeitar aos princípios e regras fundamentais presentes neste, evitando que, deste modo, ocorra um retrocesso neste microsistema, cujo cunho princípio lógico é a proteção ao trabalhador, histórica e economicamente reconhecida como “a parte mais frágil da relação trabalhista”.

Assim, esta pesquisa tem como objeto de estudo os dispositivos da novel lei de Reforma Trabalhista de 2017, em conjunto com as normas constitucionais, com o intuito de analisar a existência ou não de inconstitucionalidade na lei da Reforma Trabalhista; além de verificar se há incongruências presentes no próprio sistema inseridas pela Reforma; pois as consequências destas normas refletirão de forma extremamente negativa sobre a segurança jurídica nas relações de trabalho, o que gerará prejuízos de investimentos privado e na ordem judiciária, pois, as lides trabalhistas aumentarão substancialmente.

A problemática que motivou esta pesquisa foi: de que forma se poderá compatibilizar a aplicação da Lei nº 13.467/2019 com as garantias trabalhistas contidas na Constituição Federal de 1988 -CF/88 e o respeito aos Princípios do Direito do Trabalho?

A pesquisa se justifica, tendo em vista que é preciso buscar alternativas dentro da Consolidação das Leis do Trabalho, para auxiliar na defesa de novas teses que, mesmo diante das adversidades trazidas pela reforma, ainda possam auxiliar no princípio maior do direito trabalhista, que é a da Proteção ao Trabalhador.

A Metodologia a ser utilizada será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliografia, com o auxílio da doutrina, jurisprudência e legislação nacional e internacional; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1. Especialização da Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho não deve ser confundida com a Justiça Cível Comum, uma vez que ambas são tratadas de modo diferenciado na Constituição Federal de 1988, sendo reconhecida no art. 92, II-A, que informa que o Tribunal Superior do Trabalho é órgão do Poder Judiciário, e possuindo uma Seção voltada exclusivamente a Justiça Trabalhista (arts. 111 ao 166, CF/88).

Assim, conforme será analisado nos itens seguintes, existe uma razão pela qual há uma especialização da justiça laboral, com sujeitos específicos nas suas lides, a saber, o empregado e o empregador.

1.1. Conceito de trabalho

É comum na linguagem popular a utilização dos termos “trabalhador” e “empregado” como se sinônimos fossem. Contudo, pelo ponto de vista jurídico-trabalhista, estes possuem significados distintos, de modo que no Direito do Trabalho não se confunde “relação de trabalho” com “relação de emprego”.

Trabalho é toda atividade desenvolvida pelo homem para prover o seu sustento e para produzir riquezas. Diante desta afirmativa, pode-se dizer que a relação de trabalho pode ser considerada como todos os tipos de relações jurídicas fundadas em uma obrigação de fazer consubstanciada no trabalho humano. É um vínculo jurídico genérico pelo qual uma pessoa presta serviços a outrem.

Já o emprego, confundido diariamente com o trabalho, possui características que o diferenciam, pois, a atividade desenvolvida pelo indivíduo aqui exige que esta seja uma prestação pessoal de serviços, de forma não eventual e subordinada, mediante o pagamento de salário. Ou seja, a relação de emprego é a relação jurídica que tem como fato social o trabalho subordinado (sendo esta subordinação jurídica), prestado com pessoalidade, mediante remuneração, e que tem como disciplina jurídica o conjunto humano não eventual e de normas que compõem o Direito do Trabalho. Na relação de emprego, o vínculo jurídico é estabelecido entre empregado e empregador e é regulado pelas normas jurídicas trabalhistas, sendo a norma geral a Consolidação das Leis Trabalhistas, que prevê no artigo 3º as características do empregado, *in verbis*:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Ao passo que empregador vem no artigo 2º do mesmo diploma:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Ao contrário da relação de trabalho, que é genérica e que se refere a todas as relações jurídicas fundadas em uma obrigação de fazer com base no trabalho humano, a relação de emprego, embora também tenha por fundamento o trabalho humano, possui especificidade, possuindo características próprias que a distinguem das demais formas de prestação de serviço, por força normativo-jurídica.

A relação de trabalho é, deste modo, gênero, que tem, entre uma de suas espécies, a relação de trabalho. Assim, todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado.

Por fim, na relação de emprego existe o elemento da subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, ao passo que em uma relação de trabalho, a depender da característica do contrato celebrado, pode indicar inexistência dessa subordinação, com o contratado prestando serviços nos termos celebrados, obedecendo as normas contratuais previstas no Código Civil de 2002.

1.2. Escravidão no labor e a proteção ao trabalhador

Didaticamente, conforme explicam Lapa e Kertzman (2018, p.35), a história do direito trabalhista é dividida comumente em três períodos: a) Pré-Industrial; b) Revolução Industrial; e c) Constitucionalismo Social, com posteriores influências do pós-corporativismo e da flexibilização.

Na chamada “sociedade pré-industrial” há três subperíodos, sendo o primeiro da escravidão. Nela, o “trabalhador” não era sujeito de direito, e sim uma coisa, a serviço dos verdadeiros cidadãos, dedicados aos afazeres intelectuais de seu povo, visto que o trabalho era considerado algo negativo, sem valor, indigno. Era um castigo, dada sua conotação punitiva, de modo que o termo sobreviveu ao longo dos séculos. Exemplos dessas sociedades são a Grécia, Roma e o Egito Antigo.

Durante a Idade Média, é possível enxergar dois novos subperíodos: o feudalismo e as corporações de ofício.

O feudalismo, marcado pelo regime da servidão, ao qual o senhor feudal, dono das grandes porções de terras chamadas feudos, concedia aos seus servos (aqui já reconhecidos como pessoas, mas sem a autonomia da vontade) proteção militar e política, em troca de um alto grau de subordinação, dedicando suas vidas a servir seus senhores, obrigados a

entregar parte da produção rural aos senhores feudais como contraprestação pela permanência e uso da terra, bem como pela defesa recebida.

As corporações de ofício apresentavam três modalidades de sujeitos: os mestres, estes proprietários das grandes oficinas, aprovados brilhantemente na confecção de obras mestras; os companheiros, trabalhadores livres que recebiam contrapartidas econômicas pelos trabalhos desenvolvidos junto dos mestres, e; os aprendizes, que eram os jovens menores que recebiam dos mestres os ensinamentos dos ofícios ou profissão, eventualmente transformando-se em companheiros dos mestres, caso superassem os árduos ensinamentos.

Garcia (2019, p. 30) leciona que “apesar da existência de maior liberdade ao trabalhador, a relação dos mestres com os companheiros e aprendizes era algo autoritário, sendo mais destinada à realização dos interesses dos mestres do que à proteção destes”.

Esse tipo de atividade e o modo como era realizado, influenciou para uma nova concepção de valorização do trabalho, passando a ser entendido como um valor e fonte de riquezas com o Renascimento.

Também nesse período já se constatava a existência de contratos de locação de serviços e a locação de obra ou empreitada.

As corporações de ofício foram suprimidas com os ideais da Revolução Francesa, especialmente o da liberdade, devido sua incompatibilidade com aquele regime. Aqui surge os ideais liberais, defensores da não-intervenção estatal na atividade econômica, culminando no século XVIII com a Revolução Industrial e com a chegada da sociedade industrial.

De acordo com Mascaro (2013, p. 128), a Revolução Industrial é a principal razão econômica do surgimento do Direito do Trabalho:

Com o surgimento das máquinas a vapor e têxteis, com conseqüentes produções em massa, surgiu a necessidade de operação das mesmas, então pessoas foram contratadas para a realização destas atividades, colocando um fim aos antigos regimes de trabalho escravo, servil e corporativo, para o agora regime de trabalho assalariado, através de contratos pactuados entre homens livres e iguais, determinando as condições de trabalho.

Entretanto, o que se viu foram excessivas jornadas e exploração a homens, crianças e mulheres, com péssimas condições de trabalho e baixíssimos salários. No fim, continuavam as explorações passadas sob uma nova roupagem, com baixa qualidade de saúde e de vida, pois os trabalhadores eram hipossuficientes, e pela necessidade de ter um trabalho e condições de manter sua vida, aceitavam todas as imposições dos empregadores.

Por essas razões, os trabalhadores começaram a se reunir, e por meio de sindicatos por eles criados, buscaram reivindicar melhorias nas condições de trabalho, para resolver a denominada “questão social”, que conforme explica Mascaro (2013, p. 128):

A questão social é fruto do capitalismo e das condições da infraestrutura social, ampliadas expressivamente com a Revolução Industrial. Aumentou o empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, dada a insuficiência competitiva da indústria que florescia, assim como os impactos sobre a agricultura, com os novos métodos de produção em diversos países e as oscilações de preço. A família foi atingida com a mobilização da mão de obra feminina e dos menores pelas fábricas. Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social.

A reação humanista dada ao movimento trabalhista se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias. Foi preciso desenvolver a ordem jurídica com uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho.

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata, os acidentes com os trabalhadores no desempenho das suas atividades, a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar forçaram ao Estado intervir nas relações de trabalho, contrariando os ideais liberalistas, com o fim de proteger o trabalhador através da imposição de legislação que coibisse abusos por parte do trabalhador. Deu-se a isso o nome de “justiça social”, inspirado entre outros pela doutrina social da igreja católica, aos quais podem ser citados, pela sua relevância: 1) Encíclica Rerum Novarum, de 1891, do Papa Leão XIII; 2) Encíclica Quadragesimo Anno e Encíclica Divini Redemptoris, de Pio XI; 3) Encíclica Mater et Registra, de João XXIII; 4) Encíclica Populorum Progressio, de Paulo VI; 5) Encíclica Laborem Exercens, de 1981, de João Paulo II; e 6) Encíclica Caritas in Veritate, de 2009, de Bento XVI. Lapa e Kertzman (2018, p. 36) afirmam que a Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XIII foi a decisiva em influenciar diversos países a valorizar a dignidade humana do trabalhador por meio de salários dignos.

No curso do século XX, após o término da Primeira Guerra Mundial, surgiu o denominado constitucionalismo social, com a inclusão nas Constituições de disposições relacionados com a defesa de interesses sociais, especialmente quanto aos sindicatos e direito de greve, buscando assim garantir direitos trabalhistas, mesmo que de forma tímida. A Constituição do México, de 1917, foi a pioneira a tratar sobre o Direito do Trabalho, ao passo

que dois anos depois, a Constituição Alemã de Weimar, tratou também sobre o tema, e isso repercutiu pela Europa.

Ainda em 1919, foi criada, através do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esta, no ano de 1944, teve sua força ampliada ao estabelecer a cooperação internacional com vistas para a realização da justiça social. Dois anos mais tarde, foi vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), como instituição especializada para as questões referentes à regulamentação internacional do trabalho, conforme esclarece Mascaro (2013, p. 130).

Assim, percebe-se que o Direito do Trabalho é uma conquista histórica, de relevante importância para garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores, com fundamento na dignidade da pessoa humana e justiça social; ao passo que o modo capitalista de vida, com vistas a obtenção de lucros e a concorrência acabam impondo severos níveis de exploração do trabalho humano, afrontando aos valores magnos da liberdade, justiça, solidariedade e bem comum, razão de ser do Direito do Trabalho.

Contudo, destarte as valorosas evoluções do direito laboral, ainda muito se registra de situações aos quais há trabalho análogo a escravidão, também denominada de escravidão contemporânea.

De acordo com o Ministério Público do Trabalho (2018), esta escravidão ocorre sempre que ocorre uma “coisificação” do homem, sendo sua liberdade restringida, assim como não há respeito aos direitos mínimos garantidos pelas normas em prol da dignidade do trabalhador, em especial os referentes a higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador, este presente em situação de vulnerabilidade.

Aqui há um aproveitamento abusivo sobre pessoas que necessitam sobreviver, assim como garantir a sobrevivência da sua família, sendo afastadas da sociedade e inseridas em ambientes longínquos e insalubres, reféns dos desejos daquele que os contrata, como trabalhos rurais em regiões remotas e servidões por dívida, constituindo verdadeiros raptos, sendo tipificado no artigo 149 do Código Penal, que assim informa:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dividas contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

No território brasileiro é comum a utilização do termo “senzala amazônica”, eis que a maior parte das denúncias de trabalho análogo ao de escravo e de resgate de trabalhadores nesta condição ocorrer nos Estados que integram, total ou parcialmente, a Amazônia Legal, mormente os Estados do Pará, Mato Grosso, Maranhão e Tocantins, porém ocorrem em outras unidades da federação também.

Atentos a isto, constitui uma das funções institucionais do Ministério Público do Trabalho a atuação repressiva, e sempre que possível preventiva, no combate ao tráfico de pessoas, com projetos que visam a inserção dos trabalhadores em cursos de qualificação profissional e, conseqüentemente, no mercado de trabalho, para evitar a reincidência da escravidão e transformar a anterior hipossuficiência extrema do ser humano escravizado em nova realidade social, efetivamente libertadora³.

A atuação do Ministério Público do Trabalho em busca de erradicar o problema, atua em três vertentes⁴:

- a) atenção ao trabalhador, com o resgate e a inclusão ou reinclusão social, para prevenir o retorno à superexploração e quebrar o ciclo de pobreza. O trabalhador qualificado profissionalmente e inserido no mercado formal de trabalho sairá da vulnerabilidade social que o empurra ao trabalho escravo moderno;
- b) punição e conscientização do empregador, que, muitas vezes buscando maior lucratividade, economiza justamente na mão-de-obra, findando por olvidar a condição de ser humano dos obreiros envolvidos no seu negócio. Nesse sentido, Termos de Ajuste de Conduta e Ações Cíveis Públicas manejados pelos Procuradores do Trabalho impõem sanções severas para inibir a repetição da conduta, com cobrança de indenizações pelos danos morais coletivos e individuais;
- c) alerta à população, que precisa entender o que é a escravidão contemporânea para denunciá-la e possibilitar aos atores envolvidos o maior alcance no combate, devendo toda a sociedade repudiar a prática, provocando inclusive, a reflexão do consumidor e da cadeia econômica acerca da procedência do produto em foco.

Assim, verifica-se uma evolução dos direitos dos trabalhadores, presumidos necessitados em virtude de questões históricas, que merecem tratamento digno, eis que contribuem com o desenvolvimento das nações, contudo ainda há uma luta moderna, pois existem aqueles que não respeitam as normas

³ Dados retirados da Cartilha “O Trabalho Escravo Está Mais Próximo Do Que Você Imagina”, presente no sítio eletrônico do Ministério Público do Trabalho. Fonte: <https://mpt.mp.br/pgt/areas-de-atuacao/conaete>

⁴ Dados retirados da Cartilha “O Trabalho Escravo Está Mais Próximo Do Que Você Imagina”, presente no sítio eletrônico do Ministério Público do Trabalho. Fonte: <https://mpt.mp.br/pgt/areas-de-atuacao/conaete>

arduamente conquistadas e prestigiadas pela Constituição Federal de 1988, e ninguém pode se negar ao cumprimento da norma constitucional.

1.3. Princípios do direito do trabalho e sua força legislativa

Os princípios são a base de uma sociedade, norteiam a construção da Norma Jurídica, que é elaborada levando em conta os anseios, cultura e valores de uma determinada civilização,

Para Pozzetti e Monteverde (2017, p. 200):

La palabra principio designa inicio, comienzo, origen, punto de partida. Así, principio, como fundamento de Derecho, tienen como utilidad permitir la evaluación de validez de las leyes, auxiliar en la interpretación de las normas e integrar lagunas⁵.

Já para Gonçalves (2019, p. 313),

Princípios são normas jurídicas que conferem unidade e coerência ao ordenamento jurídico, sinalizando finalidades que devem ser buscadas pelo interprete e que, em razão de seu conteúdo aberto, podem ser concretizadas de diferentes formas. São preceitos fundamentais de um determinado ramo do direito e, como tal, servem de fundamento para seus institutos e para sua evolução, servindo de núcleo do próprio Direito, em torno dos quais vai tomando forma toda a estrutura científica da disciplina em questão.

Nesse mesmo sentido Pozzetti e Campos (2017, p. 255) esclarecem que:

Os princípios são a base do ordenamento jurídico, de onde promanam as regras de uma determinada sociedade. Tudo aquilo que determinada sociedade entende como justo, como honesto, como norte para a paz e a vida em grupo, é denominado de princípios. Dessa forma, a norma jurídica, ao ser posta a disposição de todos os jurisdicionados, deverá atender as regras ou aos anseios dos Princípios; caso contrário, está fadada a ser revogada.

Possuem diferenciação das regras, pois estas são “tudo ou nada”, possuindo caráter objetivo de conduta, por possuírem maior determinação em seu sentido, sendo em alguns momentos a especificação, em determinado grau, dos princípios que sustenta a existência daquela norma. Para Garcia (2018, p. 72) as funções princípio lógicas podem ser sintetizadas em três aspectos: integração do ordenamento jurídico, interpretação e inspiração ao legislador.

A integração do ordenamento jurídico, cuja previsão genérica pode ser encontrada no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

⁵ Tradução livre dos autores: A palavra princípio designa o começo, origem, ponto de partida. Assim, principio como fundamento de Direito, tem como utilidade permitir a evolução da validade das leis, auxiliar na interpretação das normas e integrar lacunas.

ocorre quando se observa que no caso concreto inexistente uma disposição específica que regule tal caso, atuando como *analogia iuris*:

Art. 4º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

1.4. Princípio da Especialidade – art. 5º, caput – igualdade substancial, CF/1988

Dispõe o caput do artigo 5º da CF/88 que todos devem ser iguais perante a lei, tanto em se tratando de direito material como de direito processual. Trata-se do princípio constitucional da isonomia, que possui viés, tanto formal quanto substancial, no sentido de que é necessário tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, sob pena de ferir este preceito maior. Em verdade, este princípio por vezes supõe e até mesmo reclama tratamento legal desigual, para que, compensadas as desigualdades reais, caminhe-se para maior igualdade efetiva.

Dentro do direito laboral o princípio possui um importante papel, eis que a liberdade de contrato entre pessoas, com poder e capacidade econômica desiguais, gerava diferentes formas de exploração, comumente mais abusivas e desumanas, como a excessiva jornada de trabalho.

Assim, através do princípio da isonomia, na tentativa de buscar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica, no direito do trabalho, o legislador, após diversas reivindicações sociais, buscou estabelecer regras no intuito de instaurar uma justiça mais real, concreta ou material, que inclusive trouxe por consequências diversos princípios que hoje são essenciais ao direito do trabalho, como o princípio da primazia da realidade, buscando desfazer a ficção contratual em favor da realidade dos fatos, em virtude de que o operário muitas vezes se submetia ao patrão e suas vontades para garantir um mínimo existencial.

Por isto, foram traçadas normas públicas reguladoras das relações jurídicas impondo-se direitos e obrigações, criando restrições ao poder econômico, estabelecendo regras mínimas quanto à jornada, ao salário, à forma de contratação, ao trabalho do menor e da mulher, o ambiente do trabalho, férias, etc. A ordem social buscou nivelar as desigualdades sociais, criando encargos e benefícios às situações díspares, ordenando ao legislador que se atentasse a essas situações desiguais.

Conforme Mascaro (2013, p. 155),

o princípio da isonomia dentro do direito do trabalho é especial, possuindo diversos dispositivos legais dentro da Constituição Federal para regular as relações jurídico-trabalhistas, assim como na Consolidação das Leis Trabalhistas e leis especiais. Busca, acima de tudo estabelecer um amparo

específico, em função do trabalhador, pois, como bem denotam Hueck e Nipperdey há um duplo fundamento no direito do trabalho que dá essa especial configuração ao princípio: a) o sinal distintivo do trabalhador é a sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador, afetando a pessoa do trabalhador; e b) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida e de sua família, em maioria dos casos, ao qual incumbiu desde seus primórdios ao direito do trabalho limitar os inconvenientes resultantes dessa dependência pessoal econômica.

1.5. Princípio da Proteção do Trabalhador

Este princípio parte do pressuposto de que o empregado é o polo mais vulnerável da relação jurídica por razões socioeconômicas, merecendo assim um tratamento jurídico diferenciado, através de medidas de proteção que objetivem a igualdade substancial, equilibrando os polos da relação de emprego e afastando o trabalhador de trabalho em regime de explorações indignas.

Neste sentido, esclarece José Cairo Júnior (2018, p. 98):

Pela regra do Direito Civil, todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de forma igualitária por ela. Isso não ocorre no Direito Laboral. Reconhece-se que não existe uma igualdade entre empregados e empregadores, em face da superioridade econômica e jurídica destes últimos em relação aos primeiros. Para equilibrar a relação havida entre os atores sociais, o Direito do Trabalho procura proteger o empregado contra o desejo insaciável de lucro do empresário.

Para Mascaro (2013, p. 160):

este é o princípio que guia o Direito do Trabalho, a sua própria razão de ser, que a estrutura enquanto ramo autônomo, com vias a melhorar as condições de vida dos trabalhadores e, por fim, gerar um melhor status social, além de dignidade e cidadania.

O seguinte princípio engloba, de acordo com Garcia (2018, p.79) três vertentes: o *in dubio pro operário*, a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica.

De acordo com o princípio do *in dubio pro operário*, na interpretação de uma norma jurídica, deve-se fazê-la em favor do empregado. Não se trata, no entanto, de alterar o significado claro da norma, nem se permite atribuir sentido que, de modo nenhum, possa ser deduzido da disposição, sendo um princípio de direito material.

O princípio da aplicação da norma mais favorável é no sentido de que, havendo diversas normas válidas, passíveis de aplicação, sobre a relação de

emprego, deve-se aplicar aquela mais benéfica ao trabalhador, cabendo aos intérpretes analisar qual a norma é a mais favorável ao empregado, mesmo não pertencentes ao mesmo nível da hierarquia normativa.

Por meio do princípio da condição mais benéfica, assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior.

O princípio foi incorporado pela legislação no art. 468 da CLT, além de previsões específicas nas Súmulas nº 51 e nº 288 do TST, sendo uma aplicação específica do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF), ainda que sobrevenha uma norma jurídica com menor nível de proteção conferidos anteriormente:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A) Efeitos da Reforma Trabalhista no Princípio da Proteção do Trabalhador

A polemica Reforma Trabalhista de 2017 afetou consideravelmente o princípio da proteção do trabalhador, enfraquecendo a base de sustentação do Direito Laboral, de modos controversos.

A primeira constatação é a previsão do “empregado hipersuficiente”, na CLT, in verbis:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Este dispositivo contradiz o parágrafo único do art. 3º, da CLT:

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo Único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Mesma previsão consta na Carta Maior, art. 7º, inciso XXXII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) omissis.

XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Deste modo, a legislação trabalhista deve ser aplicada de forma igualitária, independente da escolaridade do trabalhador, da atividade que desenvolve e do salário recebido; pois isto não gera presunção de que a propensão a fraudes contratuais esteja sanada, ainda mais quando esta relação contratual tem como requisito a subordinação.

Considerando este aspecto, ao qual o empregado vai buscar manter seu emprego, não há como garantir a livre negociação entre as partes, deixando este tipo de trabalhador em maior estado de vulnerabilidade, ainda mais pelos controversos pontos existentes no art. 611-A da CLT.

São exemplos deste dispositivo: intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas (inciso III); tele trabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente (inciso VIII); enquadramento do grau de insalubridade (inciso XII); prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (inciso XIII).

Ainda no que tange ao art. 611-A, este informa que a negociação coletiva sempre prevalecerá, em face da lei, nos casos ali enumerados, mesmo que as condições ali criadas não sejam mais benéficas ao trabalhador, o que iria contra o princípio da norma mais benéfica. Seguindo isto, o art. 620 da CLT, atualizada pela Reforma de 2017, informa que o acordo coletivo sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva, mitigando o princípio da norma mais benéfica.

Não é o foco deste trabalho, mas é preciso mencionar que alguns dos tópicos previstos no art. 611-A tratam de itens relacionados com a saúde do trabalhador, que é matéria de ordem pública, sendo um direito social (art. 6º, CF/1988). É preciso recordar que vigora, a duras pernas, o princípio da vedação do retrocesso social, de cunho constitucional, com a finalidade de preservar os direitos sociais e reafirmar o papel do governo nas obrigações que a mesma se comprometeu a desenvolver em prol da sociedade.

1.6. Princípio da Paridade de Forças

Trata-se de desdobramento do Princípio da Proteção do Trabalhador, possuindo relação conexa ao Princípio da Igualdade, este previsto no caput

do art. 5º da Constituição Federal, ao garantir a igualdade de todos perante a lei:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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: (...) *omissis*

Há muito se verifica na doutrina e jurisprudência que a igualdade de forças deve se dar em caráter substancial, em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Assim, a garantia de tratamento idêntico a todos os indivíduos não deve ser vista como uma efetivação do princípio da igualdade, uma vez que desconsidera as particularidades e diversidades de cada indivíduo, denominada de igualdade formal.

Quando se estuda o Direito do Trabalho, é apresentada uma dicotomia, pois em um polo há o trabalhador que emprega sua força de trabalho em troca de uma contraprestação (ao menos em regra) e de outro a Empresa ou Empregador, que, possui a seu favor todos os recursos inerentes à produção e sustentabilidade de seu empregado.

Assim, deve-se compreender, no Direito Laboral, que a finalidade do princípio da paridade de forças não está em realizar uma justiça comutativa, mas sim uma justiça distributiva.

Para tanto impõe-se o combate à desigualdade real, quer ela se manifeste no campo político, econômico ou social. Assim, é possível alcançar a paridade de forças dentro do direito material e processual do trabalho, que se dá, como exemplos, ao instituir a celeridade processual, ao prever uma audiência una, ao não permitir a recorribilidade das decisões interlocutórias de imediato, ao instituir períodos de descanso laboral ao trabalhador, ao garantir adicionais de periculosidade e insalubridade, ao garantir que as normas mais favoráveis sejam aplicadas ao trabalhador, ao verificar a realidade em detrimento de documentos assinados, dentre outros meios.

1.7. Princípio da Eficiência e Verbas Alimentares

Este princípio, citado por Barroso (2004, p. 200), também denominado da interpretação efetiva, é aquele pode ser formulado da seguinte maneira:

Deve ser atribuída a uma norma constitucional o maior sentido possível a sua eficácia, princípio esse a ser aplicado em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, invocado principalmente no âmbito dos direitos fundamentais.

Os estudos sociais do direito do trabalho, enquanto sendo desenvolvidos, além da preocupação com a preservação da dignidade dos trabalhadores face

ao poderio econômico do empresário, também se destina a garantir com que os frutos do trabalho, denominados alimentos, sejam recebidos pelos trabalhadores, de modo a lhes garantir a subsistência. Os alimentos são presumidos importantes para os trabalhadores.

Assim, o princípio da eficiência e das verbas alimentares, que apresenta caráter material e processual, presume que o trabalhador possui necessidades no Direito do Trabalho, conferindo ao mesmo vantagens jurídicas para compensar substancialmente as diferenças face ao empregador dentro do direito processual, permitindo uma atuação maior dos juízes trabalhistas, garantindo ao Processo do Trabalho ritos diferenciados da justiça civil comum, que justifica a especialização da Justiça do Trabalho.

2. Competência constitucional da justiça do trabalho

Os primeiros órgãos criados no Brasil para solucionar os conflitos trabalhistas surgiram em torno de 1911. Conforme Saraiva e Linhares (2019, p. 26)

Os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, os quais, embora não efetivamente implantados, foram instituídos pela Lei 1.637/1911, cujo art. 8º dispunha que “os sindicatos que se constituírem com o espírito e harmonia entre patrões e operários, como os ligados por conselhos permanentes de conciliação e arbitragem, destinados a dirimir as divergências e contestações entre o capital e o trabalho, serão considerados como representantes legais da classe íntegra dos homens do trabalho e, como tais, poderão ser consultados em todos os assuntos da profissão

Contudo, somente após surgirem as convenções coletivas de trabalho e a criação das Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, em 1932 na Era Vargas, que houve uma institucionalização da Justiça do Trabalho, ainda que de forma administrativa.

A Justiça do Trabalho de fato só obteve autonomia em 1941, com o Decreto-Lei 1.237/1939, e seu regulamento pelo Decreto 6.596/1940, mas ainda não pertencendo ao Poder Judiciário, conforme apontam Saraiva e Linhares (2019, p. 28), mas podendo exercer função jurisdicional e podendo executar suas decisões.

Em 1943 entrou em vigor a CLT, com títulos dedicados à Justiça do Trabalho (Título VIII), ao Ministério Público do Trabalho (Título IX) e ao Processo Judiciário do Trabalho (Título X). Posteriormente, em 1946 o Decreto-Lei 9.797 foram conferidos aos juízes do trabalho as mesmas garantias dos juízes ordinários, com carreira e ingresso por concurso público.

Por fim, a Constituição de 1946 integrou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, criando as Juntas de Conciliação e Julgamento, Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, voltados a solução de conflitos envolvendo relações de trabalho, que perduram até os dias de hoje, com as devidas evoluções sobre o tema.

2.1. Finalidade histórica

Com o advento da Revolução Industrial e suas mazelas, surgiram os conflitos trabalhistas, especialmente em âmbito coletivo, pois a vulnerabilidade pelo qual passaram fez com que os trabalhadores se unissem em torno dos sindicatos, como meio de autodefesa, da qual se valiam principalmente da realização de greves, paralisando as atividades industriais, ante a ausência da intervenção estatal.

Deste modo, conforme Martins (2012, p. 70), “com o passar do tempo, e verificando que as paralisações dos trabalhadores arrecadavam menos impostos, o Estado começou a verificar a necessidade de intervenção nos conflitos trabalhistas, pois geravam conturbações sociais”.

Correa (2017, p. 30) informa que as soluções iniciais encontradas passaram por três fases:

- a) o Estado obrigava a conciliação entre as partes, ordenando-as que chegassem a um acordo sobre a volta ao trabalho. Contudo, por não possuir caráter sancionatório, não chegou a produzir os efeitos desejados de pacificar as relações entre empregado e empregador;
- b) o Estado indica a orientação de um mediador que tem a função de ajudar na discussão, também sem sanção pra o não cumprimento.
- c) Por fim, com as constantes falhas, o Estado indica um juiz seu para estabelecer as soluções surgindo as primeiras legislações no sentido de resolver tais conflitos.

Historicamente, atribui-se à França os primeiros registros referentes à institucionalização de uma justiça trabalhista. Conforme Mascaro (2013, p. 56):

Trata-se dos Conseils de prud’hommes (Conselhos dos Homens Prudentes), instituídos originalmente em 1426, para resolver conflitos entre trabalhadores e fabricantes de seda na época das corporações de ofício, posteriormente extintos em 1776, influenciados por ideais de liberdade individual, aonde havia a crença de que qualquer tipo de organização seria prejudicial à liberdade do homem, sendo seus conflitos resolvidos por meio dos tribunais comuns.

Atendendo ao clamor dos fabricantes de seda, Napoleão em 1806 retomou com os Conselhos, para resolver pendências trabalhistas mediante tentativa de conciliação, sendo que proferia decisão com força de julgamento definitivo caso os valores não ultrapassassem sessenta francos. As reclamações eram

feitas em um escritório, e a cada semana, cinco prud'hommes se reuniam para decidir os conflitos que lhe eram apresentados, sem a participação dos trabalhadores. Essa participação só ocorreu em 1848, por meio do sufrágio universal.

Esses Conselhos eram voltados aos conflitos individuais decorrentes de contrato de trabalho, com a busca inicial pela conciliação e, caso esta restasse frustrada, aí seguir-se-ia para a fase instrutória, com posterior julgamento com a maioria dos membros presentes. Inicialmente haviam apenas para as sessões de indústria e comércio, tendo depois sido ampliado para agricultura e outras atividades realizadas pelo empregador.

Quanto aos conflitos coletivos instaurados perante os Conselhos, primeiro se buscava a conciliação, de caráter obrigatório, e depois a arbitragem, que possuía caráter facultativo, com a escolha feita pelas partes. Não havendo acordo, o litígio seria decidido por um ministro.

Ferreira, Neto e Cavalcante (2007, p. 6), destringem a solução de conflitos coletivos:

A conciliação ocorre perante a comissão paritária ou a autoridade pública, a qual poderá ser: (1) inspetor de divisão do trabalho (âmbito regional); (2) ministro (nível nacional). Tais pessoas também atuam como presidente da comissão.

No caso de não ser possível à conciliação, procede-se à arbitragem por um terceiro escolhido pelas partes. Na falta de acordo quanto ao árbitro, ocorrerá a nomeação de um ministro, o qual é escolhido dentre uma lista de pessoas competentes e imparciais. Da sentença arbitral, caberá recurso para a Corte superior de Arbitragem, a qual é integrada por cinco magistrados administrativos e quatro magistrados judiciais.

Apesar das críticas, o sucesso alcançado por este Conselho estimulou outros países europeus a seguir o exemplo francês, instituindo organismos independentes do Poder Judiciário, cuja finalidade era de apreciar causas trabalhistas, basicamente pela via da conciliação entre as partes.

No Brasil, até a Emenda Constitucional 24 de 1999, haviam as Juntas de Conciliação e Julgamento, com clara inspiração francesa.

Por fim, percebe-se a necessidade de uma justiça especializada para a solução de conflitos envolvendo trabalhadores e empresários, afinal as demandas que destes conflitos surgem, regidos por princípios específicos, demandam soluções que fujam da sistemática do processo civil, ao qual, seguindo os ditames propostos ao direito material civil, em que pesem muitas das aplicações subsidiárias, necessitam de uma maior celeridade, além de uma visão que, de acordo com o princípio da paridade de forças, necessita de alteração no sistema do contraditório e ampla defesa, da paridade de

armas, entre outros aspectos para atender as desigualdades jurídicas e econômicas entre os dois polos da ação.

2.2. O papel normativo da Justiça do Trabalho

A decisão judicial emanada dos dissídios coletivos é chamada de “sentença normativa”, e estabelece normas e condições de trabalho, através de um peculiar poder normativo dado à Justiça do Trabalho, unicamente neste ramo do direito.

Neste sentido, Nascimento (2002, p. 79) entende o poder normativo como "a competência constitucional dos tribunais do trabalho para proferir decisões nos processos de dissídios econômicos, criando condições de trabalho com força obrigatória"

Prevê a Constituição Federal

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...) omissis

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Verifica-se, então, que os conflitos coletivos trabalhistas devem em regra ser resolvidos pelas vias da negociação coletiva. Quando estas são frustradas, e a arbitragem recusada, deve a Justiça do Trabalho solucionar os conflitos, através de dissídios coletivos.

Para Araújo Thé (2014, p. 65), “a sentença normativa possui natureza híbrida, pois apesar de sentença, produz normas gerais, abstratas e obrigatórias, possuindo força legat¹. Assim, há um corpo de sentença, com alma de lei, com uma função social, no sentido de equilibrar a relação laboral, uma vez que, em face dos altos índices de desemprego observados na realidade brasileira, o empregado receia litigar com o empregador diante da possibilidade de ser demitido.

Prevalece o entendimento do Ministro Mauricio Godinho Delgado de que a limitação constitucional ao poder normativo da Justiça do Trabalho não consiste em limitar toda e qualquer garantia trabalhista, mas preservar à dignidade humana do trabalhador, pois aqui se encontra o patamar mínimo civilizatório que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e valorização mínima deferível ao

trabalho, pois a Constituição Federal de 1988 prevê que deve-se garantir a melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, caput, CRFB/1988).

Segundo Nascimento (2016, p. 33), esse posicionamento é refletido na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, acerca dos limites da negociação coletiva de trabalho que, dentre outros estabelece que, com o uso do poder normativo:

- a) não se pode admitir a supressão integral de direito legalmente reconhecido;
- b) não se pode admitir a flexibilização de normas previdenciárias, fiscais, processuais, de medicina e segurança do trabalho (orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST);
- c) admite-se flexibilização de direitos ligados a salário e jornada de trabalho (CF, art. 7º, VI, XIII e XIV), com redução e compensação implícita, em face da teoria do conglobamento, quando, no todo, a norma coletiva é favorável aos trabalhadores (Súmulas 364 e 423 do TST).

Quanto à sua duração, o prazo máximo das sentenças normativas é de quatro anos (art. 868, parágrafo único da CLT). O Precedente Normativo 120 da SDC do TST informa que a sentença vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, superveniente, produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo de quatro anos.

Assim, a jurisdição exercida pelos magistrados trabalhistas não pode legislar, em respeito a separação dos poderes, sendo esta questão cláusula pétrea, contudo o direito não é sinônimo de lei, possuindo as vertentes social, axiológica e normativa, o que os permite interpretar e aplicar o sistema jurídico, que se compõe no plano normativo por regras e princípios, estes últimos possuindo força semelhante àqueles, tanto no plano constitucional como infraconstitucional, assim como no plano internacional, transcendendo ao alcance das leis.

2.3. Direito comum como fonte subsidiária da JT: Inconstitucionalidade

Dispõe o artigo 8º, parágrafo 1º, alterado pela Reforma Trabalhista, que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, com a supressão da expressão “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Essa modificação buscou remover uma “cláusula de contenção”, com o objetivo de permitir nas lacunas normativas do direito do trabalho a aplicação irrestrita do direito comum.

Apesar da intenção legislativa com a supressão, não se pode olvidar em recordar que o direito trabalhista é um ramo próprio, com princípios e normas próprias, com temática própria, institutos próprios, assim como doutrina e metodologia própria.

Ou seja, é um ramo autônomo, que possui relações com os demais ramos do direito, especialmente o direito constitucional, que constitucionalizou os direitos trabalhistas, e instituiu o trabalho como direito social (art. 6º, CF/1988) e com o direito civil, do qual possui relação de origem.

Nascimento (2015, p. 96) afirma que o direito do trabalho é especial e o direito civil é comum, devendo este atuar subsidiariamente, desde que se atenha as características essenciais daquele, de modo que este inclusive possui manifestada opinião sobre o cerne que compõe a Reforma Trabalhista, muito antes de sua trágica concepção:

Há uma tendência atual em alguns países para a atuação mais próxima do direito civil nas relações de trabalho, que tem como pressuposto a valorização do contrato, quer nas relações coletivas, para fundamentar os instrumentos coletivos negociados, quer nas individuais, para servir de base às relações de trabalho concebidas nos moldes do contrato de direito civil, mas que não cresceu, obstada pelas peculiaridades existentes tanto nas convenções coletivas como nas relações de emprego, que exigem normas próprias coerentes com as suas características. Do direito civil, independentemente dessa concepção, socorre-se o direito do trabalho, sem perda da prioridade das regras específicas que tem, quanto a alguns princípios que o completam.

Face as considerações feitas, e considerando que a inconstitucionalidade deve ser a última ratio a ser determinada em nosso ordenamento jurídico, a interpretação correta a ser dada a este dispositivo alterado pela Reforma Trabalhista é a de que o direito comum continue a ser aplicado de forma subsidiária pelos seus interpretes nas lacunas laborais, desde que essa integração seja feita dentro dos princípios e regras que regem o direito do trabalho.

2.4. Incompatibilidade na relação: Contrato do trabalho x contrato civil

O trabalho é toda e qualquer atividade desenvolvida pelo ser humano com vistas à geração de riquezas. Em face disso, historicamente toda e qualquer atividade humana, com o objetivo de prestar uma atividade a outrem era formalizado por meio de contrato de direito privado, um contrato de prestação de serviços, regulado pelo Direito Civil, com características próprias destes contratos, como a autonomia da vontade, a pacta sunt servanda, entre outros.

Conforme o avançar do desenvolvimento humano, as características do contrato de prestação de serviços não mais são suficientes, face aos abusos cometidos durante o período da Revolução Industrial, e do surgimento do Direito do Trabalho, que se separou do ramo do Direito Civil, e com a criação do contrato de trabalho, que não pode ser confundido com o contrato civil de prestação de serviços.

O contrato de trabalho, na lição de Garcia (2018, p. 116):

pode ser conceituado como o negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal, subordinada e não eventual ao empregador, recebendo, como contraprestação, a remuneração. O termo técnico correto deveria ser contrato de emprego, pois está em consonância com os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, mas como o mesmo diploma nomeia contrato de trabalho, utilizar-se-á o termo legal.

O contrato de prestação de serviços, para Gagliano e Pamplona (2017, p. 370):

é o negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante remuneração. Surgiu do direito romano, do contrato de locação, sendo denominado originariamente de locação de serviços.

A primeira diferença entre os contratos acima, consiste no diploma legal que os regula: o contrato de trabalho se regula pela CLT (art. 442 e ss.), ao passo que a prestação de serviços se regula pelo Código Civil, dos artigos 593 ao 609, ao qual o artigo 593 faz ressalva quanto às situações previstas em legislação trabalhista e leis especiais:

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

A segunda diferença se verifica na questão da subordinação e hierarquia. No contrato de trabalho, há a presença da hierarquia e da subordinação, de cunho jurídico. No contrato de serviços, não há dependência direta em relação ao empregador: o prestador pode oferecer sua opinião e possui independência técnica para gerir o serviço, sendo seu trabalho de caráter autônomo.

Delgado (2002, p. 122) estabelece que muitas vezes é difícil a diferenciação entre autonomia e subordinação:

No cotidiano, os contratos de prestação de serviços já são estabelecidos de maneira que o tomador exija um mínimo de diretrizes e avaliações básicas à prestação efetuada, sendo manifestada principalmente no instante da pactuação e entrega do serviço, sem descaracterizar a autonomia. Esta será incompatível, porém, com uma intensidade e repetição de ordens pelo tomador ao longo do cotidiano da prestação laboral. Havendo ordens cotidianas, pelo tomador, acerca do modo de concretização do trabalho pelo

obreiro, desaparece a autonomia, e emerge em revés a subordinação, em atenção ao princípio da primazia da realidade.

A terceira diferença consiste que no contrato de trabalho o caráter do trabalho deve ser não-eventual, ou seja, deve haver uma frequência diária ou semanal a ser realizada no trabalho, havendo uma continuidade na relação do emprego quanto aos serviços desenvolvidos pelo empregado.

Por outro lado, o contrato civil não possui uma regularidade de realização, de caráter único ou esporádico, em períodos de tempo não constantes, podendo ser curtos, desde que não se adaptem as regras já delineadas do contrato de trabalho, ou mesmo longos.

A quarta diferença a ser vista é a subjetiva. O contrato de trabalho deve ser desempenhado, necessariamente, por pessoa física, em caráter de pessoalidade, ou infungibilidade, não podendo ter um terceiro a lhe substituir no mesmo contrato. Assim, não poderia, por exemplo, o irmão do empregado um dia lhe substituir para que este pudesse realizar atividade externa ao trabalho. Já no contrato civil de prestação de serviços o adimplemento contratual pode ser realizado por pessoa física ou jurídica, e não há identificação do prestador necessariamente, valendo neste tipo de contrato a execução do serviço, não importando o executor.

A quinta e última diferença, que melhor demonstre a separação dos referidos contratos, se trata das vantagens a receber e contribuições. No contrato de trabalho incidem férias, 13º salário, FGTS, descontos na folha do imposto de renda, gratificações, entre outros. No contrato civil, há apenas o acordado contratualmente, verificada a possibilidade de incidência de juros e correções, assim como, em regra, do desconto de imposto sobre os serviços executados.

O contrato de trabalho possui disposições constitucionais que visem a melhoria da condição dos trabalhadores, ao passo que no contrato de prestação de serviços não há disposições específicas, ressalvados as questões da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. Assim, percebe-se a incompatibilidade da comparação entre os contratos mencionados, por mais que ambos tenham o mesmo objeto, que é o trabalho humano, manual, intelectual ou técnico e obrigação de fazer.

2.5. Conflitos: Justiça civil atuando subsidiariamente à justiça do trabalho

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, diversos princípios e regras geraram impactos diversos, tanto na justiça comum quanto na justiça do trabalho, pois a Consolidação das Leis Trabalhistas é uma legislação antiga que, apesar do advento da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017)

ainda possui diversas lacunas, com certas determinações antiquadas e inadequadas aos tempos contemporâneos, como a presença dos vogais, retirados do ordenamento jurídico desde a Emenda Constitucional nº 24/1999.

Muitos dos impactos são de preocupação ainda hoje dos processualistas do trabalho, para verificar a compatibilidade dos institutos, e verificar aquilo que pode ser subsidiariamente aplicado, nos termos do artigo 769 da CLT:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

A aplicação subsidiária visa preencher lacunas, diferente da aplicação supletiva que trata de complementar norma já existente que, segundo Correa (2018, p. 25)

O Processo do Trabalho é um processo autônomo, regido pelas regras previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo que não se pode compreender o processo do trabalho a partir do que é previsto no processo civil, eis que aquele atua como um facilitador ao acesso a justiça, buscando trazer maior eficiência ao direito material, promovendo a justiça social.

Buscando dirimir o tema, foi elaborada a Instrução Normativa nº 39/2016, pelo Tribunal Superior do Trabalho, dispondo sobre as regras de direito processual civil o que pode e o que não pode ser aplicado ao Processo do Trabalho, de conteúdo não exaustivo, conforme sua emenda sugere.

Dentre as regras apresentadas e analisadas durante o desenvolvimento do trabalho, verifica-se que são incompatíveis ao Processo do Trabalho, por estes possuírem regras próprias e princípios próprios visando a celeridade da justiça trabalhista: a) modificação da competência territorial e eleição de foro; b) negociação processual; c) contagem de prazos em dias úteis; d) audiência de conciliação ou de mediação; e) prazo para contestação; f) adiamento da audiência em razão de atraso injustificado superior a 30 minutos; g) distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes; h) prescrição intercorrente; i) prosseguimento de julgamento não unânime de apelação; j) notas taquigráficas para substituir acórdão; k) desnecessidade de o juízo a quo exercer controle de admissibilidade na apelação; l) embargos de divergência; m) prazo para interposição de agravo e; n) inquirição das testemunhas pela parte.

Além disto, há casos que, sem serem incompatíveis, necessitam de adaptações para a legislação processual trabalhista, cabendo ao juiz do trabalho julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior

do Trabalho (CPC, art. 927, inciso V), acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º), entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo Tribunal (CLT, art. 896, “b”, a contrario sensu), assim como verificar desde logo e julgar liminarmente a hipótese de decadência.

Dentre outras regras, há a verificação específica de aplicação subsidiária, compatibilidade total ou parcial, buscando sempre que possível a aplicação do artigo 769 da CLT, para trazer coesão ao sistema.

3. Jurisprudência x negociações coletivas

O advento da Reforma de 2017 tem como um dos seus focos a compatibilidade entre os temas da Jurisprudência e as Negociações Coletivas, que podem ser os Acordos ou Convenções Coletivas.

De um lado, a aplicação de fonte heterônoma, vindo de um terceiro imparcial ao caso, que é a do poder judiciário, de forma reiterada, no caso concreto; de outro, a decisão, vista como “de igualdade” entre os próprios interessados na causa laboral: os trabalhadores, representados por sindicatos, e os empregadores, representados ou não por sindicatos.

Em virtude disto, houve com a Reforma de 2017 buscar privilegiar as negociações coletivas, ao acreditar que ambas as partes negociadoras podem resolver seus problemas por si mesmos, mesmo que a solução possa gerar conflitos que necessitem do Poder Judiciário para os solucionar, razão da existência dos tópicos seguintes, que serão analisados em seguida.

3.1. Impossibilidade de ativismo judicial negativo

O ativismo judicial nada mais que a atuação do judiciário suprindo lacunas deixadas pelo Poder Legislativo. Segundo Pozzetti e Vladiane (2016, p. 344):

Os mecanismos e instituições de democracia representativa estão cada vez mais limitados e menos efetivos, por isso, novos e modernos meios necessitam se instrumentalizar para a democracia de controle e participação de poder pelo povo para a efetivação da atuação da vontade deste. Por conta disso, o conceito de democracia vem mudando e tornando diferente a sua trajetória, para tentar responder os anseios da sociedade.

Segundo Barroso (2008, p. 14), consiste o ativismo judicial negativo na posição da qual o poder judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, atua sem interferir nas questões sociais (não-intervenção), de modo a defender o federalismo e a separação dos poderes, atuando com uma elevada força política em suas decisões.

O ativismo judicial faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, decorrente do modelo constitucional de freios e contrapesos adotado com a Constituição Federal de 1988, não sendo um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política.

Advém da evolução do Direito Constitucional, as quais ocasionaram uma transformação no modo de pensar e praticar o direito.

Barroso (2008, p. 14), afirma que tais mudanças podem ser compreendidas por meio da análise de pontos de vistas históricos, filosóficos e teóricos, denominados, pelo autor, como os “três marcos fundamentais” da nova “percepção da Constituição e de seu papel na interpretação em geral”. E continua Barroso (2008, p. 15) afirmando que

o marco teórico desse fenômeno é caracterizado por três grandes mudanças de paradigmas, são elas: a) o reconhecimento da Constituição como força normativa; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional.

Destes paradigmas, surgiram os fenômenos da constitucionalização do Direito, pautados especialmente pelo fundamento da dignidade da pessoa humana, e a judicialização das relações sociais, os quais, conseqüentemente, proporcionaram à atitude ativista dos ministros dos tribunais superiores, impondo obrigações aos administradores, mediante ausência de previsão legal expressa, porem de interpretação dos princípios e das cláusulas abertas presentes no sistema jurídico-constitucional, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o ativismo judicial negativo traz prejuízos materiais, seja ao não julgar diversas ações, a título de exemplos ADIs sobre a inconstitucionalidade de dispositivos diversos da Reforma Trabalhista, deixando a revelia os dispositivos constitucionais que protegem os direitos e garantias individuais, direitos sociais dentre outros que podem assegurar os direitos trabalhistas, como do trabalho em análise, que gera a insegurança jurídica dos julgadores ordinários, assim como de advogados, trabalhadores e sindicatos, que se veem na incerteza de uma norma da CLT ter sido suprimida ou não em desfavor dos mesmos.

Assim, considerando a função constitucional do poder judiciário, consistente em interpretar as normas, em acordo com a Constituição Federal, garantindo coesão e unicidade do sistema jurídico, não é permitido àqueles órgãos

judiciários a desídia, para não decidirem com presteza e celeridade as normas que buscam enfraquecer o sistema laboral, reduzindo ou abolindo direitos. O julgador deve se desprender de convicções políticas, atuando de forma imparcial, conforme os desígnios do poder constituinte originário, devidamente evoluído e complementado pelo poder constituinte derivado em prol dos direitos sociais.

3.2. Inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º do artigo 8º da CLT inserido pela Lei 13.467/2017

Reale (2009, p. 367) ensina que

a jurisprudência pode ser entendida como a “reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas jurídicas, a partir dos casos concretos colocados a seu exame jurisdicional”. É uma forma de se revelar o direito, processado através do exercício jurisdicional, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.

Afirma o parágrafo 2º do artigo 8º da CLT que:

“Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

O Poder Judiciário tem como diretrizes a pacificação social e a aplicação das regras aos casos concretos que lhe são submetidos, cabendo ao magistrado a sua interpretação adequada. Reale (2009, p. 303) explica que

“Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara se ‘de direito’ no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situada numa estrutura de poder, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma *norma particular*, o seu entendimento da lei”.

Considerando que o Direito não consegue acompanhar ao mesmo tempo os fatos sociais, é comum que novas situações, por mais bem planejadas que possam ser feitas pelo legislador, nem sempre irão atender aos ditames sociais. E este tipo de situação é muito comum no âmbito trabalhista, ainda com amplas lacunas.

Por isto, faz-se necessário o Instituto da Integração Normativa, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e assim reconhecer a função da jurisprudência, que é a de adequar a ordem jurídica vigente em consonância com a evolução social, não sendo permitidas amarras da mesma à aplicação literal e isolada de preceitos legais que não considerem o Direito em escala global e sistemática.

A jurisprudência possui relevância dentro do ordenamento jurídico moderno que, com o advento do Código Processual Civil de 2015 a mesma passou a ter conotação obrigatória e força nitidamente vinculante em diversas situações, 926 e 927 do CPC, que tratam da uniformização da jurisprudência, com o objetivo de que esta seja estável, íntegra e coerente. E, conforme art. 769 da CLT, não alterada pela Reforma Trabalhista, *o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas do Título referente ao Processo Judicial do Trabalho* (art. 763 e seguintes), sendo assim o artigo 927 daquele código compatível com esta consolidação.

Correa (2018, p. 257) afirma que

Posto que o art. 489, §1º, I, do NCPC é aplicável ao processo do trabalho (TST-IN 39, art. 3º, IX), não pode o julgador ao decidir apenas indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, devendo haver uma fundamentação do porque de ser aplicada aquela norma ao caso concreto. Ou seja, o Judiciário deve interpretar. E a reiteração dessas interpretações nos tribunais em determinada matéria uniformizam este, devendo serem expressos por meio de sumulas e orientações, tal qual prescreve o artigo 926 do CPC.

O resultado das interpretações é conhecido nos estudos introdutórios do direito. Ou se declara, ou se amplia ou se restringe o alcance das normas. Assim, o texto normativo trabalhista, composto de regras e princípios, pode ser ampliado ou restringido para se adaptar aos princípios e valores constitucionais que estão irradiados por todo o ordenamento jurídico.

Por isto, verificando-se que com o advento do dispositivo houve uma tentativa de supressão do poder interpretativo e normativo, viola o artigo 2º da Constituição Federal o referido dispositivo, pois vai contra o princípio da separação dos poderes a busca pela redução da efetividade do poder jurisdicional no âmbito trabalhista.

Inexiste tal restrição em outros ramos do direito, tampouco previsão na Constituição Federal, que somente poderia existir por meio do poder originário, visto que a separação dos poderes é cláusula pétrea (art. 2º, CF/88).

Quanto ao enfoque do ponto de vista interpretativo, o parágrafo segundo não pode ir contra o seu caput, ou seja, é desprovido de eficácia, pois a jurisprudência é permitida como forma de interpretação.

Merece também ponderações o parágrafo 3º do artigo 8º da CLT, in verbis:

No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10

de janeiro de 2002 (Código Civil) e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Para Tamer (2017), a intenção do legislador é clara: limitar o alcance de avaliação do poder judiciário sobre a forma e conteúdo das convenções e acordos coletivos.

Ocorre que isto viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista na Constituição Federal:

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:

(...) omissis

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Os elementos essenciais do negócio jurídico previsto no art. 104 do Código Civil são: I) agente capaz; II) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e; III) forma prescrita ou não defesa em lei.

Ocorre que mesmo assim é possível que haja violação de direitos subjetivos por mais que se atendam aos requisitos, pois existem tópicos no art. 611-A questionáveis, como: o direito a saúde nas questões de higiene e segurança do trabalho, ou a violação a algum preceito constitucional. É possível que o atendimento aos requisitos do negócio jurídico possa violar determinados direitos ou os restringir, o que acabaria violando os preceitos determinados.

Assim também é defendida a inconstitucionalidade do art. 8º, § 3º, CLT, por ir de encontro a norma constitucional, que garantiu o pleno acesso ao judiciário para discutir lesões ou ameaça de lesões a direitos.

Enquanto não houver a Declaração de Inconstitucionalidade, em controle concentrado, deve o magistrado atuar em controle difuso, garantindo e respeitando o sistema jurídico trabalhista brasileiro.

Apesar das constantes mudanças sociais, não podem ser justificados retrocessos que tragam prejuízos aos trabalhadores, nem tampouco forçosamente tentar dirimir os poderes estabelecidos pela Constituição aos magistrados para decidir as causas trabalhistas.

Conclusão

A problemática que motivou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma se poderá compatibilizar a aplicação da Lei nº 13.467/2019 com as garantias trabalhistas contidas na Constituição Federal de 1988 -CF/88 e o respeito aos

Princípios do Direito do Trabalho. Os objetivos foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação Celetista e a Constituição Federal.

O Direito do Trabalho é um ramo a parte do Direito, com princípios e regras próprias, especializada na defesa dos trabalhadores, reconhecidos como vulneráveis em relação ao outro polo da relação jurídico-trabalhista, o empregador; que possui um poderio econômico superior àquele, o que justifica as normas existentes com o intuito de garantir a isonomia material almejada pela Constituição Federal, que reconheceu inclusive a especialização da justiça para dirimir os conflitos provenientes dessa relação, a par da justiça cível comum.

Não obstante a isto, percebe-se a intenção do legislador em restringir a evolução do ordenamento jurídico com a Reforma de 2017, tanto no âmbito do direito material quanto do direito processual, violando a clausula pétrea da separação dos poderes, ao tentar restringir o judiciário trabalhista, uma vez que a Constituição Federal é clara ao estabelecer a inafastabilidade do poder judiciário.

Assim, analisando o artigo 8º e seus parágrafos, da Consolidação das Leis Trabalhistas, pode-se concluir que: a) o § 1º, apesar da redução de seu texto em nada altera em essência, eis que legislação esparsa não deve contrariar o sistema laboral; b) o § 2º busca tornar o judiciário mero aplicador de texto, indo de encontro ao seu próprio caput, o que gera incoerência, mas o judiciário é interprete, acima de tudo, devendo ser esse parágrafo ser declarado inconstitucional por flagrante ofensa à separação dos poderes e; c) o § 3º, ao não permitir a análise dos negócios jurídicos além de seus requisitos básicos viola o direito fundamental previsto no artigo 5º da CF/1988 de inafastabilidade do poder judiciário ante a ameaça ou lesão a direito, devendo ser declarado inconstitucional por incompatibilidade.

Referências

ARAÚJO THÉ, Thiago Sá, O poder normativo da Justiça do Trabalho e a problemática da separação dos poderes, Conteúdo Jurídico, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Saraiva: 2004. 6ª ed.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1942.

- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1943.
- BRASIL. Instrução Normativa nº 39, de 15 de março de 2016. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília, DF. Mar. 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Congresso Nacional, Brasília, 2002.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Congresso Nacional, Brasília, 2015.
- CAIRO JÚNIOR, José. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2018. p.98.
- CALCINI, Rogerio. Reforma Trabalhista Comentada: artigos 1º ao artigo 8º. DireitoComPontoCom. Disponível em: <https://www.direitocom.com/reforma-trabalhista-comentada/art-1o-art-8o-2>. Acesso em: 25 set. 2018.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa., NETO, Jorge, FERREIRA, Francisco. Direito Processual do Trabalho, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2013, página 6.
- CLEMENTE, Flávia. Aplicação Supletiva e Subsidiária do CPC no Processo do Trabalho. Jusbrasil. Artigo publicado em 01 de novembro de 2017. Disponível em: <https://flaviapala.jusbrasil.com.br/artigos/516425148/aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-cpc-no-processo-do-trabalho>. Acesso em: 15 mai. 2019.
- CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho. 4 ed. rev. atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2018, p. 112.
- CORREIA, Henrique. Manual da Reforma Trabalhista: O que mudou? 2 ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2018, p. 253.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo, Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II. São Paulo: ed. Saraiva, 2017.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: ed. Forense, 2017.

- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Manual de direito do trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- GIGLIO, Wagner. Direito Processual do Trabalho. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Eva. As duas faces do ativismo judicial. Jus. Artigo publicado em 06 de maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40366/as-duas-faces-do-ativismo-judicial> Acesso em: 20 mai. 2019.
- GONÇALVES, Bernardo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. rev. e atual. Salvador: ed. Juspodivm, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 28 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito Processual do Trabalho, 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- NASCIMENTO, Rafael. O poder normativo da Justiça do Trabalho e os efeitos da sentença normativa. Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51191/o-poder-normativo-da-justica-do-trabalho-e-os-efeitos-da-sentenca-normativa> Acesso em: 10 jan. 2019.
- POZZETTI, Valmir César e LEITE, Carla Vladiane Alves. O CONTROLE JUDICIAL CONTRA MAJORITÁRIO E A PRESERVAÇÃO DA HEGEMONIA DA ELITE DOMINANTE: UMA ANÁLISE CRÍTICA PARA A AMPLIAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/viewFile/3639/3141>. CONPEDI LAW REVIEW | OÑATI, ESPANHA | v. 2 | n. 2 | p. 335-350| JAN/JUN. 2016, consultada em 22 fev. 2020
- POZZETTI, Valmir César; CAMPOS, Jalil Fraxe. **ICMS Ecológico: Um desafio à sustentabilidade econômico ambiental no Amazonas.** Revista Jurídica Unicuritiba. vol. 02, n.º. 47, Curitiba, 2017. pp. 251-276. DOI: 10.6084/m9.figshare.5186836. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?user=78jNAsgAAAAJ&hl=pt-BR#d=gs_md_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Dpt-BR%26user%3D78jNAsgAAAAJ%26citation_for_view%3D78jNA

sgAAAAJ%3A5nxA0vEk-isC%26tzom%3D180. Acesso em: 21 fev. 2020.

POZZETTI, Valmir César e MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio. GERENCIAMENTO AMBIENTAL E DESCARTE DO LIXO HOSPITALAR. Revista Veredas do Direito, v. 14, n. 28 (2017), Disponível em:

<http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/949>, consultada em 20 fev. 2020.

<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i28.949>.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2009.

TAMER, Mauricio. Reforma trabalhista e a inconstitucionalidade do novo §3º do art. 8º da CLT. Blog do Mauricio Tamer. 2017. Disponível em: <https://mauriciotamer.blog/2017/11/12/reforma-trabalhista-e-a-inconstitucionalidade-do-novo-%C2%A73o-do-art-8o-da-clt/> Acesso em: 11 de mar. 2019.

DERECHO REGISTRAL

La cláusula resolutoria expresa en la jurisprudencia del Tribunal Registral peruano^(*)

The resolutive clause expressed in the jurisprudence of the Peruvian Registry Court

Carlo Alessandro Maya Lomparte¹⁻²

Sumario: A. Problemática. B. La cláusula resolutoria expresa. C. Líneas jurisprudenciales. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El presente trabajo de investigación tiene como finalidad dar a conocer, mediante su sistematización, los criterios que paulatinamente ha ido implementando el Tribunal Registral a la hora de afrontar los diversos problemas que supone la aplicación de la cláusula resolutoria expresa en sede registral. Sin renunciar a evaluar necesarias referencias teóricas sobre la indicada cláusula, el presente texto tiene como modesto propósito brindar un panorama realista sobre lo que acontece en la práctica registral. Esta forma de estudiar el Derecho nos permitirá identificar los criterios registrales que han ido caracterizando la disciplina de la cláusula resolutoria expresa en la práctica registral del Derecho peruano. Los criterios jurisprudenciales que se han podido identificar demuestran que la práctica registral no se reduce a una aplicación mecánica de la normativa civil y registral.

^(*) Recibido: 20/01/2020 | Aceptado: 02/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
mcarlo_AD@hotmail.com

² Agradezco al Dr. Moisés Arata Solís por habernos enseñado esta forma de estudiar el Derecho.

Palabras clave: cláusula resolutoria expresa, facultad resolutoria, eficacia registral de la cláusula resolutoria expresa, registros públicos.

Abstract: The purpose of this research work is to make known, through its systematization, the criteria that the Registry Court has been gradually implementing when dealing with the various problems involved in the application of the express resolution clause in the Registry's headquarters. Without renouncing to evaluate necessary theoretical references on the mentioned clause, the present text has as a modest purpose to offer a realistic panorama on what happens in the registry practice. This way of studying the law will allow us to identify the registration criteria that have been characterizing the discipline of the express resolution clause in the registration practice of Peruvian law. The case law criteria that have been identified show that registration practice is not reduced to a mechanical application of civil and registration regulations

Key words: express termination clause, termination power, registry effectiveness of the express termination clause, public registries.

A. Problemática

Dada la no necesidad de intervención judicial, se agudizan los problemas aplicativos vinculados al funcionamiento de la cláusula resolutoria expresa. Si tenemos en mente los diversos intereses en juego, no es difícil advertir que la cláusula resolutoria expresa, como una de las máximas expresiones de la autonomía privada, presenta dificultades tanto estructurales como aplicativos. En ambos perfiles de análisis de la cláusula resolutoria expresa es notoria la incidencia de los intereses implicados en el fenómeno resolutorio.

Debido a que el sujeto favorecido por la cláusula resolutoria expresa, una vez que ejerza unilateralmente su facultad resolutoria, pretenderá recobrar la titularidad registral que había transferido, la indicada dificultad aplicativo se presenta con mayor nitidez en sede registral. En efecto, es en este momento cuando surgen los problemas para el Registrador Público y para el Tribunal Registral, puesto que, si bien tienen la difícil misión de equilibrar armoniosamente los intereses inmersos en la ejecución de la cláusula

resolutoria expresa, sin embargo, a diferencia de la sede judicial, no cuentan con los mecanismos necesarios para poder sopesar todas las incidencias que podrían tener lugar en torno a la ejecución de la cláusula resolutoria. No obstante, a pesar de esta evidente constatación, el operador jurídico debe tener presente que el legislador peruano ha considerado oportuno viabilizar el funcionamiento de la cláusula en sede registral. Por ello, en esta oportunidad, en lugar de discutir la decisión del legislador, nos enfocaremos en mostrar cómo el Tribunal Registral ha afrontado la problemática relativa a la ejecución de la cláusula resolutoria expresa.

Desde esa perspectiva de análisis jurídico, sin dejar de tratar algunas cuestiones teóricas sobre nuestra materia, es interesante destacar ciertos criterios que el Tribunal Registral ha asumido para resolver diversas cuestiones problemáticas relativas a la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, porque estos criterios jurisprudenciales son fundamentales para que los interesados puedan canalizar debidamente sus pretensiones. No hay duda del valor de todo estudio jurídico que busque aportar certeza para los interesados en la respectiva materia.

Pues bien, nuestra hipótesis es que, además de precisar la normativa registral de la cláusula resolutoria expresa, el Tribunal Registral tiende a aplicar con mayor rigurosidad la normativa registral cuando existen nuevos titulares registrales. En efecto, como se verá en el desarrollo de la presente investigación, en ocasiones, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los sobrevivientes titulares registrales, el Tribunal Registral interpreta extensivamente los típicos requisitos para la transferencia de propiedad derivada de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, o incluso desatiende la cláusula prevista por las partes.

B. La cláusula resolutoria expresa

B. 1. La cláusula resolutoria expresa en el derecho comparado

Código Civil peruano - Artículo 1430.	Código Civil italiano - Artículo 1456	Anteproyecto de Código Europeo de Contratos – Artículo 114, 2.	Código Civil y Comercial de Argentina – Artículo 1086	Código Civil francés – Artículo 1225
<p>“Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.</p> <p>La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.</p>	<p>“Los contratantes podrán convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que determinada obligación no se cumpliera según las modalidades establecidas.</p> <p>En este caso la resolución se producirá de pleno derecho cuando la parte interesada declare a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”³.</p>	<p>“2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso, grave en el sentido del art. 107, y el contrato se considerará resuelto desde el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión.”⁴.</p>	<p>“Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver”⁵.</p>	<p>“La cláusula resolutoria designará los compromisos cuyo incumplimiento conllevará la resolución del contrato. <<La resolución estará supeditada a un requerimiento infructuoso, salvo que se hubiere convenido que resultaría del mero hecho del incumplimiento. El requerimiento tan solo tendrá efecto si hace constar de forma manifiesta la cláusula resolutoria”⁶.</p>

³ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

⁴ Traducción de GARCÍA CANTERO, Gabriel. Citada por BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVERA RESTREPO, José Maximiliano. “El derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el Derecho de remedios europeo”. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 3, Universidad de Talca, 2019, pp. 21-22. Disponible en: <<<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-19.pdf>>>.

⁵ <<<http://www.codigocivilonline.com.ar/contratos-en-general-arts-957-a-1091/>>>

⁶ VIDAL-OLIVARES, Álvaro, “La cláusula resolutoria como manifestación de la facultad de resolver el contrato. Problemas en torno a su eficacia en el Código Civil chileno”, *Vniversitas*, Número 138, enero-junio, Pontificia Universidad Javeriana, 2019. Disponible en: <<<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/26164>>>.

B. 2. La cláusula resolutoria expresa y los intereses en juego

La cláusula resolutoria expresa puede definirse como el pacto mediante el cual las partes sujetan la resolución de pleno derecho del contrato, previa comunicación en este sentido, al incumplimiento de una o varias obligaciones inmersas en el programa contractual. La cláusula resolutoria expresa puede ser analizada desde diversas perspectivas:

- Desde la perspectiva de las situaciones jurídicas, la cláusula resolutoria expresa confiere a uno de los contratantes la *facultad* de resolver el contrato, si su respectiva contraparte no cumple las obligaciones previstas en la cláusula. Una vez que se verifica el incumplimiento, la parte favorecida por la cláusula (parte fiel) tendrá la *facultad* de resolver el contrato. El titular de la facultad resolutoria no está obligado a ejercerla, porque la cláusula resolutoria expresa se prevé en función de su interés. Por ello, el titular, si lo prefiere, podrá recurrir a otras formas de tutela de sus intereses (verbigracia, exigir el cumplimiento del contrato, demandar la resolución judicial del contrato, etc.). Esto último supondría un problema de interpretación, por cuanto podría interpretarse que el titular de la facultad resolutoria está renunciando a esta posibilidad.

- Desde una perspectiva de la *fattispecie* normativa, un sector de la doctrina italiana advierte que esta <<*fattispecie* resolutoria>> “(...) presupone una cláusula pactada, el incumplimiento de una de las partes y la declaración unilateral de la otra parte”⁷.

- Desde una perspectiva funcional, la cláusula resolutoria expresa:

(...) desarrolla una función muy precisa. El legislador reserva a los contratantes la facultad de evaluar concordemente, al momento de la estipulación del contrato, qué resultados contractuales son considerados esenciales y, en consecuencia, subordinar a su realización la eficacia de todo el acuerdo. Las partes, entonces, determinan la particular incidencia de una violación contractual sobre la relación contractual; así, la función del incumplimiento de una determinada obligación sobre el destino jurídico del contrato ya está establecida por la cláusula resolutoria y constituye su peculiar contenido, característico: esta función consiste en brindar a la otra parte la facultad de resolver unilateralmente la relación jurídica sin necesidad de intervención del juez. En el caso de cláusula resolutoria expresa, por lo tanto, la resolución se vincula y desciende directamente del reglamento contractual, del acuerdo en ese sentido entre los contratantes⁸.

⁷ SACCO, Rodolfo. “La Resolución por incumplimiento”. En: *Estudios sobre el contrato en general*. Segunda edición. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. ARA Editores, Lima, 2004, p. 963.

⁸ VERDERA SERVER, Rafael. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. CEDAM, Padova, 1994, p. 276.

Asimismo, advirtiendo que las partes, estipulando una cláusula resolutoria expresa, sustituyen el criterio de la “gravedad del incumplimiento” de la resolución judicial (artículo 1455 del *Codice Civile*) por un “criterio más preciso y analítico”, que predetermina la relevancia de determinado incumplimiento en la economía del contrato, se enseña que la cláusula resolutoria expresa valoriza la <<función *deterrente* de la resolución>>, por cuanto “estimula al deudor a cumplir tempestivamente para evitar la pérdida de la contraprestación”⁹.

Ahora, si se tiene presente que el propio ordenamiento jurídico le anexa uno de los más grandes efectos jurídicos que los contratantes pueden tener a su disposición, esto es, la no necesidad de intervención judicial, es innegable que cláusula resolutoria expresa es una de las máximas expresiones de la autonomía privada, que responde a las exigencias de circulación de la riqueza. No obstante, no es difícil advertir que la estipulación de la indicada cláusula, a efectos de que realmente consiga su objetivo, debe tener en cuenta los diversos intereses en juego. Por esta razón, a nuestro criterio, es útil analizar la estructuración y el funcionamiento de la cláusula resolutoria expresa en función a las respectivas esferas jurídicas implicadas en su desarrollo. Sin embargo, debemos precisar que los siguientes apuntes solo son aproximaciones sobre cómo se diseña y opera la indicada cláusula, puesto que, en todas las situaciones, no hay duda de que los sujetos involucrados en la cláusula resolutoria comparten más de un interés.

- Intereses del sujeto activo de la cláusula resolutoria expresa

Es evidente que el beneficiario de la cláusula resolutoria expresa tiene interés en que el ordenamiento jurídico no le coloque excesivos obstáculos para hacer efectiva la resolución del contrato. En virtud de este interés, el ordenamiento jurídico peruano, siendo coherente con el hecho de permitir que se estipulen estas cláusulas, establece que la resolución opera de pleno derecho cuando el beneficiario comunica a su contraparte que quiere valerse de la cláusula. Desde este punto de vista, es razonable sostener que la comunicación, en tanto declaración unilateral recepticia, está sujeta a lo dispuesto por el artículo 1374 del Código Civil peruano, dado que este artículo, apartándose de la noción meramente subjetivista de la recepción (efectivo conocimiento del destinatario), sopesa con mayor prudencia el interés del declarante (comunicar la resolución del contrato) y el interés del destinatario (posibilidad de contestar la resolución opuesta por el declarante).

⁹ DELLACASA, Matteo. “*La clausola risolutiva espressa*”. En: *Trattato del Contratto*. V. Rimedi-2. A cura di Vincenzo Roppo. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 296.

“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”. (Artículo 1374 del Código Civil).

- *Intereses del sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa*

Por un lado, el sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa tiene interés en que se determine si determinado incumplimiento desencadenará o no la resolución del contrato. El programa contractual puede contener diversas estipulaciones relativas al cumplimiento de las obligaciones tendentes hacia la realización de la operación económica, pero no todas ellas tienen la capacidad para desencadenar la resolución extrajudicial del contrato, al margen de que pueden servir para la evaluación de otras formas de tutela (resolución judicial, tutela resarcitoria, etc.). Ahora, dado que la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de intervención judicial, es claro que el sujeto pasivo tiene interés en que se disponga expresamente que determinada obligación estará sujeta a la eventual resolución extrajudicial, puesto que esto lo ubicará en una mejor posición para prever, y asumir, las consecuencias de no ejecutar determinadas prestaciones. Nótese que, a diferencia de la resolución judicial, la cláusula resolutoria expresa reduce notablemente la incertidumbre de saber si el incumplimiento ha dado lugar o no a la resolución del contrato. Decimos <<reduce la incertidumbre>> y no <<elimina la incertidumbre>>, porque, por ejemplo, debemos tener presente que:

(...) está excluido el control judicial sobre la *importancia que la obligación incumplida tiene en la economía del contrato*; pero no el de la *entidad de la lesión que la obligación haya recibido*. Si la obligación deducida en la cláusula ha sido cumplida de manera sólo ligeramente imperfecta (con un retardo mínimo, con algún intrascendente defecto cualitativo), no parece que el acreedor pueda invocar la cláusula: puesto que siempre pueden encontrarse pequeñas imperfecciones, sería como poner en sus manos una inadmisibles condición resolutoria meramente potestativa¹⁰.

Antes de discutir sobre el contenido de la cláusula resolutoria expresa, primero debemos discutir sobre la propia existencia de la cláusula. Al respecto, no se debe perder de vista que así una o más obligaciones estén sumamente precisadas, su inobservancia no necesariamente facultará a

¹⁰ ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 885.

resolver extrajudicialmente el contrato. No hay que confundir el supuesto de hecho y la respuesta jurídica. Una cosa es determinar qué tipo de incumplimientos facultarán a resolver al acreedor extrajudicialmente (problema relativo al presupuesto de la respuesta jurídica), y otra cosa es determinar si el programa contractual ha previsto a favor del acreedor esa posibilidad (problema relativo a la existencia de la respuesta jurídica). En mérito a estas consideraciones, no hay mayor dificultad para entender que el legislador peruano, cuando precisa que puede convenirse <<expresamente>> en el contrato una cláusula resolutoria, muestra su preocupación por el problema relativo a la existencia de la respuesta jurídica. En este sentido, se ha escrito que:

<<Expresamente>>, en el sentido de que se precisa una clara y directa manifestación de voluntad tendente a la resolución <<ipso iure>>; no servirá una referencia genérica a las consecuencias legales del incumplimiento (cláusulas de estilo tan frecuentes en la contratación y, por tanto, inútiles a este respecto). Se habla de <<cláusula>> y no de <<condición>>, porque con ella no se hace referencia a un elemento accidental de la vida del contrato, sino a la prestación debida que es elemento esencial del sinalagma¹¹.

Sin embargo, ¿cuándo podemos decir que estamos frente a una <<cláusula resolutoria expresa>>? ¿Es suficiente que en el contrato se prevea la expresión <<cláusula resolutoria expresa>>? ¿Es suficiente que las partes acuerden que el contrato *se resolverá cuando se efectúe la comunicación*? ¿Es suficiente que las partes acuerden que *el incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato*? ¿Es suficiente que las partes acuerden que el contrato *se resolverá de pleno derecho cuando se efectúe la comunicación*? Al respecto, un sector de la doctrina nacional considera que: “(...) la frase <<la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria>>, debe estar contemplada expresamente en el pacto y así no quede duda de que se trata de una cláusula resolutoria”¹². Sin embargo, para una voz de la doctrina italiana, como no debe confundirse el efecto legal (resolución extrajudicial) con los elementos de la *fattispecie* normativa, si bien sería necesario que la cláusula prevea expresamente que el contrato se resolverá por el incumplimiento de determinadas obligaciones¹³, sin embargo, no sería necesario que “(...) la cláusula prevea expresamente la legitimación del

¹¹ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Traducción de Luis Martínez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 214.

¹² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. “Cláusula Resolutoria Expresa y Condición Resolutoria”. En: *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 27.

¹³ DELLACASA, Matteo. “La *clausola risolutiva espressa*”, *Op. Cit.*, p. 298.

acreedor a resolver el contrato con un acto extrajudicial”¹⁴. Ciertamente es que pueden configurarse cláusulas mediante las cuales las partes solo buscan sustraer al juez la valoración de la gravedad del incumplimiento, sin que se confiera la facultad para resolver extrajudicialmente el contrato, es decir, cláusulas mediante las cuales las partes acuerdan que un determinado incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato por decisión judicial¹⁵. Por esta razón, a efectos de que la resolución del contrato tenga lugar sin la necesidad de intervención judicial, sí parecería necesario que la redacción de la cláusula resolutoria expresa disponga que el contrato se resolverá de pleno derecho. No obstante, se afirma que, cuando no resulte una clara voluntad en el sentido de que la cláusula analizada solamente tendrá el indicado valor, “(...) encuentra aplicación el segundo párrafo del artículo 1456, en virtud del cual el contrato se resuelve <<de derecho>> por efecto de una declaración extrajudicial”¹⁶. Por su parte, otro sector de la doctrina italiana asegura que el problema relativo al efecto específico de la cláusula analizada debe resolverse mediante “(...) las normas generales de interpretación de los contratos (artículo 1.362 y s.s.), comenzando por las que se refieren a la interpretación subjetiva”¹⁷.

Cualquiera que sea la interpretación que se acoja, que probablemente tendrá implicancias sobre el problema relativo al reconocimiento de la denominada <<cláusula resolutoria automática>> (resolución del contrato por el mero hecho del incumplimiento, sin la necesidad de una previa comunicación)¹⁸, una de las preguntas de fondo que eventualmente surgirán es: ¿qué parte contractual debe sufrir el riesgo de la equivocidad la concreta cláusula analizada? A nuestro criterio, a la luz de la letal consecuencia que genera la ejecución de cláusula resolutoria expresa, no es incoherente sostener que, en caso de duda, sobre la parte que alega ser la beneficiaria de una supuesta cláusula resolutoria expresa recaiga el riesgo de su equivocidad, y su consecuente ineficacia. En efecto, dado que, en teoría, la redacción de una cláusula resolutoria expresa favorece a la parte interesada, es adecuado que sobre esta parte recaiga el riesgo de la inidoneidad de su redacción, dado que, finalmente, se generará un incentivo a la parte favorecida por la cláusula para que pueda actuar para su propio beneficio.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la 1ª edición italiana por LA REDACCIÓN. Dux, Barcelona, 1955, p. 203.

¹⁶ DELLACASA, Matteo. “*La clausola risolutiva espressa*”, *Op. Cit.*, p. 298.

¹⁷ MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. *Op. Cit.*, p. 208.

¹⁸ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, V. La responsabilità*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1994, p. 318.

Por otro lado, dada la inminente posibilidad de que el sujeto activo aniquile la relación contractual, con los respectivos costos que supone para ambas partes, el sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa tiene interés en que se precise con exactitud cuáles son las obligaciones que deberá cumplir para no estar bajo los alcances de la cláusula. La precisión de las obligaciones es sumamente relevante para el sujeto pasivo, debido a que, sabiendo que incumplimientos pueden ser letales para sus intereses, podrá orientar sus esfuerzos hacia evitar que se desencadene ese resultado.

Pues bien, un sector de la doctrina italiana sostiene que la cláusula resolutoria expresa “(...) debe referirse a específicas y determinadas obligaciones, previstas en el contrato, o a específicas y determinadas modalidades”¹⁹. Otro sector de la doctrina de ese país sostiene que, de acuerdo al artículo 1456 del *Codice Civile*, el “contenido necesario” consiste en que las partes deben identificar específicamente la obligación, mientras que la determinación de las modalidades solo sería un “contenido eventual”²⁰. No obstante, se reconoce que, a pesar de que es posible que la cláusula resolutoria expresa se refiera a una obligación sin referencia a una modalidad, la cláusula corre el riesgo de ser “escasamente útil”, dado que, si las partes no determinan previamente cuáles son las características del incumplimiento resolutorio, el juez tendrá que analizar, conforme a la *fattispecie* de la resolución judicial (artículo 1455 *Codice Civile*), la gravedad del incumplimiento²¹. En cualquier caso, la determinación del incumplimiento previsto por la cláusula resolutoria expresa puede tener distintos niveles de precisión, que, a su vez, admiten graduaciones. A modo de ejemplo: **1. Débil:** “Todo incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato”. **2. Intermedio:** “El incumplimiento de la obligación Z”. **3. Fuerte:** “El incumplimiento de la obligación Z bajo una determinada modalidad (plazo, etc.)”. La fórmula débil no puede conducir a la resolución de pleno derecho derivada del ejercicio de la facultad resolutoria, no porque sea una *cláusula de estilo* que duplica innecesariamente la *fattispecie* de la resolución judicial, sino porque impide la “(...) conformidad entre la *fattispecie* concreta (la previsión de una estipulación genérica) y la *fattispecie* abstracta (que se refiere al incumplimiento de específicas obligaciones)”²².

¹⁹ MIRABELLI, Giuseppe. *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*. Terza edizione. UTET, Torino, 1980, p. 625.

²⁰ DELLACASA, Matteo. “*La clausola risolutiva espressa*”. *Op. Cit.*, p. 298.

²¹ *Ibid.*, p. 298.

²² IORIO, Giovanni. *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*. Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 275.

Surge la siguiente interrogante: ¿todas las obligaciones previstas en el contrato pueden ser materia de la cláusula resolutoria expresa? Al respecto, se admite que la cláusula resolutoria expresa “(...) cubra toda la extensión de la relación obligatoria, siempre sea haga específica referencia a todas las prestaciones que sean objeto de ella”²³. En otros términos, se reconoce a las partes la facultad para vincular el efecto resolutorio al incumplimiento de todas las obligaciones previstas en el contrato, pero deben especificar en la cláusula resolutoria expresa cada una de ellas²⁴. Asimismo, otro sector de la doctrina italiana sostiene que “(...) se puede reconocer la existencia de una cláusula resolutoria expresa, aun faltando la indicación específica de las obligaciones, cuando se ha pactado un término para todas las asumidas por una parte, y se establece que la inobservancia del término produce la resolución de derecho”²⁵.

Desde ese enfoque, no sorprende que el Código Civil peruano, preocupándose por el problema relativo al presupuesto de la respuesta jurídica, haga énfasis en la delimitación de los términos en los que se prevé el incumplimiento que conduce a la eventual resolución extrajudicial del contrato: <<no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión>>. En este sentido, se afirma que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1456 del *Codice Civile*, la obligación puede considerarse determinada cuando está identificada “de forma precisa e incontrovertible”, no siendo necesario para su redacción el empleo de “fórmulas sacramentales”²⁶.

- *Intereses de los terceros*

Dado que el contrato no es una esfera de cristal que aísla a los contratantes de las diversas eventualidades externas, debemos señalar que la cláusula resolutoria expresa es fundamental para los sujetos que han entablado relaciones jurídicas con los respectivos contratantes. Desde este enfoque, es necesario reconocer que los terceros tienen interés en que la cláusula resolutoria expresa se encuentre idóneamente plasmada (existencia y delimitación), así como tienen interés en que, cuando llegue la oportunidad, el sujeto activo ejerza correctamente su facultad de resolver el contrato.

Respecto al primer interés, no hay duda de que es importante para quien adquiere del sujeto pasivo saber, en primer lugar, si existe la cláusula

²³ DELLACASA, Matteo. “*La clausola risolutiva espressa*”. *Op. Cit.*, p. 297.

²⁴ IORIO, Giovanni. *Ritardo nell’adempimento e risoluzione del contratto*. *Op. Cit.*, p. 275.

²⁵ MOSCO, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. *Op. Cit.*, pp. 207-208.

²⁶ IORIO, Giovanni. *Ritardo nell’adempimento e risoluzione del contratto*. *Op. Cit.*, p. 277.

resolutoria expresa. También es importante para el adquirente saber qué tipo de incumplimiento obligacional desencadenará la resolución extrajudicial de pleno derecho. La importancia de esas constataciones radica en que el adquirente o, de ser el caso, el subadquirente tienen interés en que su adquisición no se frustre por el ejercicio de la facultad resolutoria. Además, no puede pasar desapercibido el hecho de que el adquirente o subadquirente, sabiendo que existe una cláusula resolutoria expresa que pesa sobre el título de su transferente, puede, de ser posible, satisfacer la obligación materia de la cláusula, a efectos de que su propiedad no se encuentre sujeta al inminente riesgo de una eventual pérdida de titularidad.

En relación al segundo interés, que indudablemente también comparte el sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa, dada la complejidad del mundo contractual (verbigracia, como ya hemos dicho, es posible que adquirente satisfaga la obligación asumida por su transferente), podemos decir que es sumamente trascendente para los terceros que el sujeto activo emplee correctamente la cláusula resolutoria expresa. Pero, ¿qué significa “correctamente”? En primer lugar, significa que el sujeto activo de la cláusula resolutoria expresa no puede valerse de la facultad resolutoria cuando no se ha verificado un incumplimiento. En segundo lugar, significa que el sujeto activo debe ejercer la facultad resolutoria, por ejemplo, de forma coherente, oportuna y razonable. En otros términos, es necesario que el sujeto activo ejerza la facultad resolutoria de conformidad con el comportamiento exigible a un contratante honesto y leal (buena fe objetiva contractual). Verbigracia, sería contrario a la buena fe el hecho de que el sujeto activo resuelva extrajudicialmente el contrato, a pesar de que su comportamiento haya evidenciado su intención de continuar con el contrato.

Finalmente, debemos destacar que la resolución unilateral efectuada en virtud de la cláusula resolutoria expresa puede ser cuestionada judicialmente, pero, a diferencia de la resolución judicial, tendrá un valor declarativo. Así, según un sector autorizado de la doctrina italiana: “En caso de controversia entre las partes, la sentencia del juez, valga repetirlo, tendrá un carácter declarativo. Por lo tanto, si se ha verificado la resolución de derecho, el juez se limitará a tomar nota de que el contrato ha de considerarse resuelto a partir de la fecha en que la declaración de querer valer de la cláusula haya llegado a la parte incumplida”²⁷.

²⁷ BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo 1. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 1082.

B. 3. Algunos apuntes sobre el detonante de la eficacia resolutoria de pleno derecho: la comunicación

Como se ha podido advertir en el apartado correspondiente a la cláusula resolutoria expresa en el Derecho Comparado, en las diversas configuraciones normativas destaca un elemento imprescindible para el funcionamiento cabal de la tradicional cláusula resolutoria expresa, esto es, la carga de la comunicación que debe ser efectuada por el sujeto activo de la cláusula. Siendo un elemento vital para el funcionamiento de la cláusula, es necesario que se plasmen algunas ideas sobre la misma. Evitaremos repetir lo ya señalado sobre el carácter recepticio de la comunicación.

- En primer lugar, debemos destacar que, si bien no se ha previsto legalmente una determinada forma para canalizar la comunicación, lo conveniente, a efectos probatorios, es que esta se realice mediante una carta notarial. Al respecto, es oportuno citar algunos pasajes del pensamiento doctrinal, a efectos de entender que lo importante no es la forma en sí, sino el carácter inequívoco de la manifestación. Evidentemente, determinar si una manifestación es inequívoca es una de esas cuestiones que se tienen que evaluar caso por caso. Así:

La declaración es un acto obviamente recepticio. No está sujeta a vínculos de forma, y puede hasta resultar implícitamente de otro acto (por ejemplo, una citación)²⁸.

La declaración de valerse de la cláusula es un negocio unilateral. Es recepticia, de manera que la resolución se produce cuando el destinatario la recibe. No es formal, de manera que puede resultar por implícito, de *hechos concluyentes*: por ejemplo del requerimiento extrajudicial o de la demanda dirigida a repetir lo prestado en baso al contrato²⁹.

105. La manifestación del propósito de valerse de la cláusula no debe ser “equivoca”: no bastaría, por ejemplo, el acto introductorio del procedimiento de desahucio por morosidad, puesto que tal actuación presupone tan sólo una demanda común de resolución del contrato de arrendamiento (...)³⁰.

- En segundo lugar, debemos señalar que el sujeto pasivo podrá cumplir las obligaciones que en primera instancia incumplió, siempre que el sujeto activo no le comunique que quiere valerse de la cláusula resolutoria expresa. Por ello, por lo menos desde una lectura literal de lo dispuesto por el Código Civil peruano, después de la comunicación, el sujeto pasivo dejará de tener la legitimidad para cumplir sus obligaciones, y desde ese momento ya no

²⁸ SACCO, Rodolfo, *La Resolución por incumplimiento. Op. Cit.*, p. 965.

²⁹ ROPPO, Vincenzo, *El contrato. Op. Cit.*, p. 886.

³⁰ BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos. Op. Cit.*, p. 1082.

podrá evitar la resolución contractual y sus correspondientes efectos. Decimos “desde una lectura literal” del artículo 1430 del Código Civil peruano, debido a que una voz autorizada de la doctrina italiana asegura que, en virtud del “(...) principio de derecho según el cual el acreedor está legitimado a rechazar la prestación ofrecida con grave retardo, incluso si no ha (todavía) propuesto demanda de resolución”³¹, “(...) el contratante que todavía no ha declarado querer valer de la cláusula resolutoria expresa puede rechazar la prestación cuando el incumplimiento madurado hasta ese momento sea grave conforme al art. 1455; posteriormente al rechazo de la oferta, está legitimado a demandar la resolución del contrato en base al art. 1453”³².

- En tercer lugar, respecto a la naturaleza de la comunicación, debemos advertir que la cuestión ha sido ampliamente discutida en el Derecho español. Por ello, es oportuno realizar un cuadro comparativo entre la legislación española y la nuestra.

Artículo 1430 del Código Civil peruano	Artículo 1504 del Código Civil español
<p>“Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.</p> <p>La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.</p>	<p>“En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no hay sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término”³³.</p>

Pues bien, según un sector de la doctrina española, son tres las interpretaciones en torno al <<requerimiento>>. Así:

En un primer momento, (...), el requerimiento del que habla el art. 1.504 se interpretaba como un requerimiento de pago, mediante el cual el vendedor daba al comprador una última oportunidad de evitar la resolución. (...)

Una segunda interpretación, (...), entiende que el requerimiento tiene una naturaleza resolutoria, es decir, que no pretende en modo alguno intimar el pago, sino provocar directamente la resolución. (...) el requerimiento tendría realmente la naturaleza de una notificación, por la que se comunica al comprador la resolución, y la imposibilidad, por tanto, de operar el plazo;

³¹ DELLACASA, Matteo. “La clausola risolutiva espressa”. *Op. Cit.*, p. 310.

³² *Ibid.*, p. 311.

³³ <<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>>

forzando algo los términos, a fin de cuadrar ésta [sic] interpretación con el texto del 1.504, se ha dicho que es un requerimiento tendente a que se acepte la resolución. Con todo, esta tesis, lo mismo que la primera, exige que dicho <<requerimiento resolutorio>> sea realizado previamente a la demanda, mediante notificación notarial o judicial. La demanda de resolución no serviría a esos efectos.

La tercera interpretación es en realidad un paso adelante o variante respecto a la segunda. (...) Comparte con la anterior la explicación del requerimiento como notificación que opera la resolución, pero no exige que ésta se produzca extrajudicialmente, sino que acepta que valga por tal la demanda de resolución³⁴.

Nos parece que el problema tiende a resolverse si distinguimos entre la <<acción de cumplimiento>> y el <<ejercicio de la facultad resolutoria>>. Es claro que una cosa es exigir el cumplimiento de la obligación y otra cosa es resolver el contrato en virtud del ejercicio de la cláusula resolutoria. Entonces, a efectos de realizar el propósito de la cláusula resolutoria expresa (la resolución del contrato), es razonable sostener que, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, la comunicación tiene, si se prefiere emplear estos términos, <<naturaleza resolutoria>>. En este sentido, un sector de la doctrina italiana considera que la declaración del acreedor tiene la naturaleza de una <<facultad potestativa sancionadora>>³⁵. En todo caso, es notorio que los efectos dependerán de lo que el sujeto activo de la cláusula resolutoria pretenda con su comunicación, porque, después de todo, la cláusula faculta al sujeto activo a resolver el contrato, no lo obliga a hacerlo. Evidentemente, se tendrá que evaluar si en el caso en concreto el sujeto activo ha renunciado a su facultad. Desde este punto de vista, no hay duda de que la comunicación prevista por el artículo 1430 de nuestro Código Civil es <<la expresión de dar por resuelto el contrato>> y <<tiene por fin obstar formalmente el pago>>³⁶. En efecto, legislador peruano ha establecido claramente que: “La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

- En cuarto lugar, el contenido de la comunicación, mediante la cual el titular de la facultad resolutoria manifiesta de forma indubitable su intención de resolver el contrato de pleno derecho, debe referirse de manera clara a la cláusula resolutoria expresa. El letal efecto de la facultad resolutoria debe conducir al sujeto activo a precisar claramente los términos en los que

³⁴ RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, pp. 196-197.

³⁵ IORIO, Giovanni. *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*. *Op. Cit.*, p. 286.

³⁶ PAU PEDRÓN, Antonio. “*Facultad resolutoria y publicidad registral*”. En: *La publicidad registral*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, p. 498.

resuelve el contrato. Solo así el sujeto pasivo tendrá la seguridad de que ya no tiene oportunidad alguna de satisfacer el interés del sujeto activo. Debemos tener presente que esta información es sumamente relevante para el sujeto pasivo, puesto que ya no invertirá tiempo, dinero y esfuerzo en la ejecución del contrato. Además, una comunicación indubitable evita la pérdida de recursos en un eventual juicio. Esta constatación no se le escapa incluso al sector de la doctrina según el cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1456 del *Codice Civile*, no sería necesario que el acreedor-contratante mencione expresamente cuál fue el incumplimiento o incumplimientos que justifican su declaración³⁷. En efecto, a pesar de esta afirmación, esta voz de la doctrina italiana reconoce que:

No obstante, sobre el plano práctico, debe añadirse que la fattispecie de resolución en cuestión tendrá la efectiva *chance* de no llegar al conocimiento del juez (llamado, eventualmente, a pronunciar una sentencia declarativa de la acaecida resolución) solamente cuando se eliminan tanto como sea posible los márgenes de incerteza y de impugnación sobre el acaecido efecto resolutorio. Bajo este aspecto, por lo tanto, cabe destacar cómo una declaración desprovista de <<motivaciones>> (o, mejor, de la especificación del incumplimiento que se invoca) podría no dejar satisfecho al deudor, tanto como para inducirlo a demandar una verificación (*accertamento*) por parte del juez³⁸.

Debemos tener presente que, por lo general, el sujeto activo de la cláusula resolutoria expresa se encontrará en la mejor posición para evitar esas eventuales consecuencias negativas. Lo repetimos una vez más, cierto es que la cláusula se prevé a favor del sujeto activo, pero también es cierto que, a efectos de salvaguardar los legítimos intereses de su contraparte y de los terceros, debe ejercer su facultad resolutoria conforme a la buena fe contractual. Ahora, teniendo en cuenta que la buena fe, en la ejecución del contrato y en la relación obligatoria, como obligación de salvaguarda, consiste en “*la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable*”³⁹, también nos parece preferible la “interpretación más rigurosa”, según la cual no es suficiente una “genérica declaración resolutoria”, sino que el acreedor deberá referirse específicamente a la cláusula⁴⁰, puesto que no resulta un “sacrificio apreciable” para la parte la imposición de esa carga.

³⁷ IORIO, Giovanni. *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*. *Op. Cit.*, p. 290.

³⁸ *Ibid.*, p. 290.

³⁹ BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato*, 3. Traductores Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 527.

⁴⁰ DELLACASA, Matteo. “*La clausola risolutiva espressa*”. *Op. Cit.*, p. 309.

Ahora, en lo que respecta a la necesidad de que el titular de la facultad resolutoria deba referirse específicamente al incumplimiento previsto por la cláusula resolutoria expresa, si aceptamos que, en caso de duda, el riesgo de una eventual ineficacia debe ser asumido por el sujeto activo de la cláusula, y si aceptamos que no representa un sacrificio excesivo, podemos decir que, en línea de principio, es deseable que el titular de la facultad resolutoria se refiera al incumplimiento previsto por la cláusula resolutoria expresa. Escribimos “en principio”, debido a que la interpretación dependerá del análisis de las particularidades del caso en concreto. En este sentido, siempre a la luz del respeto de los intereses en juego, una interpretación sumamente rigurosa es inoportuna cuando la cláusula resolutoria expresa solo tiene por objeto una específica obligación. En esta específica situación, en efecto, sería suficiente constatar que el contratante haya comunicado a su contraparte que el contrato se resolvió en mérito a la cláusula resolutoria expresa. Sin embargo, repetimos una vez más, esta es una cuestión que debe resolverse mediante el análisis de las particularidades del caso en concreto. Este análisis debe estar iluminado por la buena fe contractual. Una pregunta que podría ser útil para encontrar una solución a esta problemática es la siguiente: ¿el titular de la facultad resolutoria, a la luz de las circunstancias del caso en concreto, legítimamente podía esperar que su contraparte no cuestionara la comunicación? Evidentemente, la interrogante deberá ser afrontada mediante estándares y criterios objetivos.

- En quinto lugar, en relación al destinatario de la comunicación, según un sector de la doctrina española, la comunicación debe dirigirse al sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa, no a los eventuales titulares registrales que aparezcan en los registros⁴¹.

B. 4. La eficacia registral de la cláusula resolutoria expresa

En primer lugar, más allá de todo el debate teórico que pueda existir sobre la materia, lo básico es entender que la cláusula resolutoria expresa, como cualquier fenómeno de pérdida o carencia de eficacia jurídica contractualmente programada (nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución por excesiva onerosidad, etc.), tiene un característico efecto jurídico *ex lege*, aunque solo sea eventual: la restitución de las prestaciones. En efecto, si las partes ejecutan el contrato, es decir, si una o ambas partes ejecutan sus prestaciones, cuando se resuelva el contrato, sea judicial o extrajudicialmente, la parte favorecida por el cumplimiento de la obligación de su contraparte deberá restituirle a este – en especie o por equivalente - las prestaciones que ha recibido. En esencia, el fundamento de la restitución es

⁴¹ PAU PEDRÓN, Antonio. “*Facultad resolutoria y publicidad registral*”. *Op. Cit.*, p. 499.

la desaparición, provocada por la resolución, del título que justificaba la atribución patrimonial.

Sin embargo, la práctica nos enseña que no es suficiente sostener que las restituciones son un efecto de la resolución del contrato, dado que esa afirmación no agota uno de los más grandes problemas que afronta el sujeto activo de la cláusula resolutoria expresa después de resolver el contrato: ¿cómo recupera la titularidad registral del bien inmueble que ha transferido? En otros términos, dada su particular eficacia de pleno derecho (sin necesidad de intervención judicial), ¿la restitución derivada del ejercicio de la facultad resolutoria tiene eficacia inmediata en los Registros Públicos?

Cabe agregar que la función del Registrador debe conciliarse con el funcionamiento de la cláusula resolutoria expresa, de modo que no podrá ir más allá de los límites de la calificación registral. En este sentido, como se verá más adelante, sorprende constatar que los registradores peruanos, en ocasiones, recurran a la “presunción de cumplimiento”, toda vez que es dudoso que este actuar se encuentre dentro de los alcances de la calificación registral. En este sentido, debemos tener en cuenta que:

(...) el Registrador deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos formales del título cuya inscripción se pretende; sobre la validez del acto que en el mismo se recoge, teniendo en cuenta para ello la capacidad de los otorgantes, su legitimación, su disponibilidad de los bienes y derechos; el cumplimiento de la normativa aplicable al tipo de negocio que se quiere inscribir, así como las normas que regulan el derecho sobre el que recae; o la posible concurrencia de cualquier otra causa de invalidez. También deberá apreciar la idoneidad del título y el derecho para acceder al Registro.

(No obstante lo dicho, se debe tener presente que *hay cuestiones que escapan a la calificación del Registrador*, como la posible existencia de vicios del consentimiento, o la apreciación de la buena o mala fe (...) (la cursiva es nuestra)⁴².

Pues bien, nos parece oportuno citar la respectiva normativa del sistema jurídico español, dado que la doctrina y jurisprudencia registral de España se han encargado de afrontar la problemática relativa a la inscripción derivada del ejercicio de la facultad resolutoria. A estos efectos, es importante citar la Ley Hipotecaria española y su Reglamento:

⁴² VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R. “La Calificación Registral”. En: *La Calificación Registral*. Tomo II. Edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállego. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, p. 2009.

Artículo 82 del Decreto de 8 de febrero de 1946 (Ley Hipotecaria)	Artículo 175, 6 del Decreto de 14 de febrero de 1947 (Reglamento Hipotecario)	Artículo 11 de la Ley Hipotecaria	Artículo 34 de la Ley Hipotecaria	Artículo 59 del Reglamento Hipotecario
<p>“Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.</p> <p>Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de</p>	<p>“En consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley, la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas se verificará con sujeción a las reglas siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>Sexta. Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado</p>	<p>“En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, debiendo acreditarse los medios de pago utilizados, en la forma establecida en los artículos 21, 254 y 255 de esta Ley.</p> <p>La expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio</p>	<p>“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.</p> <p>La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la</p>	<p>“Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y se acompañe el título de vendedor” (la</p>

<p><i>la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.</i></p> <p>Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, <i>procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario.</i></p> <p>Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley.</p> <p>A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre</p>	<p><i>en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.</i></p> <p>Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación” (la cursiva es nuestra)⁴⁴.</p>	<p>aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.</p> <p>Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie” (la cursiva es nuestra)⁴⁵.</p>	<p><i>inexactitud del Registro.</i></p> <p>Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente” (la cursiva es nuestra)⁴⁶.</p>	<p>cursiva es nuestra)⁴⁷.</p>
--	--	--	--	--

⁴⁴ <<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>>>

⁴⁵ <<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>>>

⁴⁶ <<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>>>

⁴⁷ <<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>>>

<p>la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de la acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año</p>				
---	--	--	--	--

siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca” (la cursiva es nuestra) ⁴³ .				
--	--	--	--	--

De conformidad con lo indicado, se observa que en el Derecho español la problemática sobre la eficacia registral de la facultad resolutoria extrajudicial es un tema de notorio interés para la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, se ha afirmado que, de acuerdo al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, “la inscripción de la cláusula resolutoria en el Registro de la Propiedad permite que la resolución de la compraventa afecte a terceros”⁴⁸. Por ello, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se afirma que solamente la inscripción en el registro conferiría una <<eficacia real>> a la cláusula resolutoria expresa. Así, se enseña que:

Gracias a la eficacia real de la cláusula resolutoria inscrita, si se resuelve la venta por impago, todas las inscripciones y anotaciones practicadas en el Registro a favor de terceros pueden cancelarse como consecuencia de la resolución. La cláusula resolutoria, una vez inscrita en el Registro, funciona como un derecho real: produce efectos erga omnes, tiene un rango registral, una preferencia sobre todos los asientos de inscripción o anotación ulteriores, como demuestra la cancelación automática de los asientos ulteriores establecida en el art. 175. 6 RH.

De no estar inscrita la cláusula en el Registro, estos terceros habrían estado protegidos del efecto destructor de la acción resolutoria en virtud del art. 34 LH:

(...)

El acceso al Registro de la cláusula resolutoria expresa permite, por lo tanto, advertir al tercer adquirente del peligro de resolución y vincularlo con los efectos que se deriven de ésta⁴⁹.

⁴³ <<<https://www.boe.es/buscar/pdf/1946/BOE-A-1946-2453-consolidado.pdf>>>

⁴⁸ MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, “La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles”. En: *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II. Coordinador Eugenio Llamas Pombo, La Ley Wolters Kluwer, 2006, p. 443.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 443-444.

Asimismo, respecto a la cuestión en el Derecho español, resultan sumamente ilustrativas las siguientes palabras de otro jurista:

Un último punto me parece conveniente tratar, y es el relativo al efecto que en el Registro de la propiedad puedan tener esos pactos resolutorios explícitos cuando figuran en contratos traslativos del dominio o de derechos reales. El hecho de que consten en el contrato permitirá que, si éste es objeto de inscripción, la resolución por incumplimiento tenga eficacia frente a terceros, impidiendo la creación de un tercero registral que reúna los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Más problemática en cambio es la cuestión referente a la eficacia directa que en el Registro pueda tener la resolución. Aparentemente, podría pensarse que, pactada en el contrato la cláusula resolutoria, el incumplimiento del adquirente da lugar a la resolución inmediata, por vía del art. 82 párrafo segundo de la Ley hipotecaria y del 175. 6 de su Reglamento. Pero la realidad es que la Dirección General de Registros y del Notariado, en su Resolución de 10 de diciembre de 2010, ha entendido que no cabe la reinscripción automática a favor del enajenante, sino que se exigen los requisitos que ella misma ha ido aplicando a la condición resolutoria explícita por impago del precio en la compraventa: notificación de resolución al adquirente sin oposición de éste y consignación del precio⁵⁰.

Dado que la Dirección General de Registros y del Notariado de España requiere otras condiciones para que puede llevarse a cabo la “reinscripción automática” a favor del sujeto que resolvió el contrato, es posible señalar que, en el Derecho español, el ejercicio de la facultad resolutoria, derivada de la cláusula resolutoria expresa, no tiene efectos inmediatos en los Registros. Sin embargo, se constata que la doctrina española no es unánime respecto a la conveniencia de exigir la observancia de los indicados requisitos. Así, en lo que respecta al requisito de la <<ausencia de oposición>>, se advierte que un sector de la doctrina española sí está conforme con su exigencia:

Como institución encuadrada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria – el reciente Real Decreto 1.879/1994, de 16 de septiembre, lo ha recordado –, el Registro no puede dar cabida a situaciones jurídicas discutidas. Ante el enfrentamiento de las partes debe abstenerse, y esperar la decisión judicial. La solución contraria que se ha propuesto (...), de llevar a cabo la reinscripción en caso de oposición de comprador, y combinar esa reinscripción -discutida – con una reserva de puesto a favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el comprador no se adecua a nuestro sistema registral, en el que sólo cabe la inscripción (en sentido estricto) de relaciones jurídicas constituidas *inter volentes*, y de anotación de demandas judiciales. A estos criterios se adapta, sin embargo, la solución

⁵⁰ RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma contractual. Op. Cit.*, pp. 192-193.

contraria: el mantenimiento de la inscripción a favor del comprador, y la anotación de la demanda interpuesta por el vendedor⁵¹.

En cambio, otro sector de la doctrina española no está conforme con la indicada exigencia, debido a que:

(...) la no existencia de oposición por el comprador, provoca una distorsión en el funcionamiento del pacto, dejando en manos del comprador la eficacia de una cláusula contractual prevista en garantía del vendedor. Y es que, como ha dicho Martínez Sanchiz, al analizar la eficacia registral de este pacto, no debe olvidarse que se está tratando precisamente del valor de una disposición contractual acordada por las partes: la facultad de resolver de origen legal no cuenta en ningún caso con la eficacia registral que los arts. 11 de la Ley hipotecaria y 59 de su Reglamento prevén para el pacto comisorio. En consecuencia, habiendo existido acuerdo entre las partes en que la venta se resolverá en caso de impago e inscrito el pacto en el Registro, ha de ser el comprador el que asuma la carga de obtener una sentencia declarando la improcedencia de la resolución y la reinscripción, sin que su mera oposición paralice la eficacia de la resolución prevista; exigir para la eficacia del pacto la conformidad del vendedor – así sea por vía de silencio – o sentencia judicial es retrotraerse, en el aspecto registral, a un esquema de resolución superado en nuestro ordenamiento⁵².

Por otro lado, en lo que respecta al requisito de la consignación del precio, las citadas voces de la doctrina española coinciden en que la consignación solo tiene sentido si existen “terceros adquirentes o titulares de derechos inscritos en el Registro, y con deducción de las cantidades previstas en una cláusula penal inscrita”⁵³, o, en general, “derechos de terceros”⁵⁴, debido a que el sentido de la consignación sería “(...) facilitar en la práctica el mecanismo de la subrogación: los derechos que recaen sobre el inmueble, pasan a recaer – una vez perdida la propiedad por el comprador, como consecuencia de haberse resuelto la venta – sobre el valor del inmueble”⁵⁵.

Ahora bien, ¿qué sucede en el sistema jurídico peruano? En primer lugar, debemos advertir que un sector de la doctrina peruana ha sostenido que: “Según el art. 1429, lo que se resuelve de derecho solamente es la relación contractual, pues si el deudor no indemniza los daños o no restituye la prestación ejecutada en su favor, siempre se requerirá de sentencia judicial. Si se celebra un contrato con inscripción en los registros públicos y subsecuentemente se resuelve extrajudicialmente, para cancelar la

⁵¹ PAU PEDRÓN, Antonio. *La publicidad registral. Op. Cit.*, p. 502.

⁵² RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma contractual. Op. Cit.*, p. 201

⁵³ *Ibid.*, p. 202.

⁵⁴ PAU PEDRÓN, Antonio. *La publicidad registral. Op. Cit.*, p. 505.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 505.

inscripción registral se requiere de sentencia judicial”⁵⁶. Sin embargo, el artículo 102 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2013) señala que:

La transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, se inscribirá en mérito a escritura pública o formulario registral legalizado por Notario, otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho a resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la carta notarial u otra comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria, salvo que se encuentre inserta en la escritura pública.

De igual forma, el artículo 38 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros establece que:

Para la inscripción de la escritura pública de resolución de contrato por causa de cláusula resolutoria expresa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil, ésta deberá contener la siguiente información:

- a) Indicación de la prestación incumplida;
- b) Comunicación indubitable cursada a la otra parte, en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Además, debemos recordar que el artículo 68 del anterior Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2008) disponía que:

La transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430° del Código Civil, se inscribirá en mérito a escritura pública o formulario registral legalizado por Notario, otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho a resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la carta notarial u otra comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria, salvo que se encuentre inserta en la escritura pública.

Asimismo, no debemos olvidar que el artículo 98 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2003) disponía que:

La transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, se inscribirá en mérito a título otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho de resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Las indicadas disposiciones normativas demuestran claramente que el legislador peruano, teniendo presente la función de la cláusula resolutoria

⁵⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo II. Pacífico Editores. Lima, 2012, p. 1195.

expresa (posibilidad de ejercer la facultad resolutoria (unilateral) sin necesidad de intervención judicial), ha considerado oportuno viabilizar, también en sede registral, los intereses del sujeto titular de la cláusula. En términos sencillos, la respuesta del legislador peruano parece responder – dejando en las sombras otras preguntas – a la siguiente interrogante: ¿tiene utilidad (práctica) una cláusula resolutoria expresa que, a efectos registrales, requiera de una sentencia judicial para ser efectiva? Desde esta perspectiva, no debe pasar desapercibido el hecho de que la cláusula resolutoria expresa se prevé a favor del sujeto activo, no del sujeto pasivo. En otros términos, desde la perspectiva del legislador, el riesgo de que el titular de la facultad resolutoria, llegado el momento, ejerza irregularmente su facultad resolutoria, concedida en virtud de la cláusula resolutoria expresa, lo asumirá quien aceptó la estipulación de la cláusula (sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa). No obstante, veremos que el Tribunal Registral sí tiene en consideración la situación de los sobrevivientes titulares registrales, debido a que también entran en escena otros principios registrales. Así, por ejemplo, tiene relevancia el principio de legitimación. Es oportuno recordar que, de acuerdo a este principio, se considera:

(...) exacto y válido el contenido de la inscripción, mientras no se rectifiquen o declaren judicialmente su nulidad. Se presumen exactas mientras no se demuestren que no lo son; esto supone que el registro se presume exacto y que para destruir esta presunción tendrá que impugnarse el contenido del mismo ante el Poder Judicial soportando la carga de la prueba el que mantenga la inexactitud registral mientras no se rectifiquen en la forma y modo que señala la ley o no lo modifique un título posterior⁵⁷.

Idóneas o no, esas son las reglas de juego sobre las cuales los sujetos deberán programar su conducta. Pues bien, partiendo de esta última consideración, procederemos a examinar cómo opera la cláusula resolutoria expresa en la jurisprudencia del Tribunal Registral peruano.

C. Líneas jurisprudenciales

C. 1. Identificación de una cláusula resolutoria expresa

Si bien, en ciertos casos, el Tribunal Registral ha sostenido que para entender que estamos frente a una cláusula resolutoria expresa es suficiente que se pueda interpretar que la cláusula materia de análisis es una cláusula de esas características **(a)**, sin embargo, en otras ocasiones, el tribunal ha considerado que es necesario que se especifique y concrete en el acto jurídico que la cláusula contractual analizada es una cláusula resolutoria expresa **(b)**.

⁵⁷ SORIA ALARCON, Manuel F. *Registros Públicos. Los contratos con publicidad*. Jurista Editores, Lima, 2012, pp. 73-74.

a. Resoluciones 355-2006⁵⁸ y 2357-2016⁵⁹

El Tribunal Registral afirma que incluso cuando no se consigna expresamente en el acto jurídico la frase “resolución el contrato”, sin embargo, no habría impedimento para considerar que la cláusula analizada es una cláusula resolutoria expresa, puesto que:

(...) la manifestación “expresa” no es sinónimo de literalidad, siendo suficiente que conste en forma escrita. (...) De suerte que toda declaración escrita siempre será expresa. (...) Por otro lado, en líneas generales, tampoco es recomendable interpretar literalmente la palabra “expresa” (en su significado de algo claro y oscuro), ya que no con poca frecuencia las declaraciones tácitas son más inequívocas que las expresas. Por ello, es justificable que existiendo una razonable duda, se recurra a los métodos de interpretación previstos en los artículos 168 y 168 del Código Civil, esto es interpretar el acto jurídico de acuerdo con lo que se haya expresa en él y según el principio de la buena fe. Asimismo debemos interpretar que las cláusulas unas por medio de las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del contenido de ellas. (...) Con meridiana claridad podemos apreciar entonces, que la intención de ambas partes era dejar sin efecto el contrato, en caso de incumplimiento de las prestaciones pactadas.

En el mismo sentido se puede citar un interesante caso. Una sociedad conyugal (cedentes) y una compañía minera (cesionario) celebran un contrato de cesión minera. Se inscribió la cesión en cada una de las partidas de los derechos mineros que les correspondía a los cedentes. En la escritura pública de cesión minera se estipulaba lo siguiente:

Cuarto: Obligaciones de la "Cesionaria": (...) 4.3. Cumplir con el pago anual del derecho de vigencia y demás obligaciones contraídas por las concesiones mineras materia del presente contrato, mientras se mantenga vigente el presente instrumento. Sétimo: Resolución: (...) Asimismo, el presente contrato se puede resolver unilateralmente por las siguientes causales: (...) C. Si la cesionaria incumple con la obligación establecida en el punto 4.3 de la cláusula cuarta del presente instrumento.

Los cedentes solicitan la inscripción de la resolución unilateral del referido contrato y la cesión de posición contractual. El Registrador Público del Registro de Derechos Mineros de Huancayo tacha sustantivamente el título, porque a su criterio:

(...) no consta de manera clara e inequívoca la CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA ni tampoco consta que en caso de incumplimiento de la obligación expresamente prevista de parte del cesionario, el cedente puede HACER USO o VALERSE de la cláusula

⁵⁸ Resolución N° 355-2006-SUNARP-TR-L. Todas las resoluciones pueden ser consultadas en: << <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>>>.

⁵⁹ Resolución N° 2357-2016-SUNARP-TR-L.

resolutoria expresa para dar por resuelto el contrato. En este aspecto se debe entender que si bien, las partes, en mérito a la libertad contractual, pueden determinar libremente el contenido del contrato éstas no deben ser contrarias a la norma legal de carácter imperativo, y, por consiguiente si a través de la cláusula resolutoria expresa se faculta a una de las partes desvincularse del contrato de manera inmediata, dicha cláusula deber ser activada en casos de incumplimientos específicos, los mismos que deben encontrarse expresados de manera clara y precisa conforme incluso así lo establece el artículo 1430 del C.C. (que es el sustento del usuario) cuando dice que puede **CONVENIRSE EXPRESAMENTE QUE EL CONTRATO SE RESUELVA** cuando una de las partes **NO CUMPLE DETERMINA PRESTACION A SU CARGO, ESTABLECIDA CON TODA PRECISIÓN"**: Si bien en el contrato se especifica que será causal de resolución del contrato el incumplimiento de pago de las obligaciones previstas en el arto 166 y ss. del T.U.O. del Reglamento de la Ley General de Minería D.S. 014-92-EM, también es cierto que las partes no ha acordado que el sólo incumplimiento de esta obligación por parte del CESIONARIO será causal para que de **PLENO DERECHO** se dé por resuelto el contrato; en todo caso la dilucidación de esta facultad por parte del CEDENTE para resolver de pleno derecho y de manera automática el contrato de cesión y su consiguiente cesión de posición contractual deberá ser dilucida en el ámbito jurisdiccional.

El Tribunal Registral, mediante Resolución 2357-2016, revoca una tacha sustantiva formulada por el Registrador Público, efectuando el siguiente razonamiento:

(...) Como puede apreciarse de los textos transcritos, el contrato podrá ser resuelto unilateralmente si se verifica que la cesionaria incumple con el pago anual del derecho de vigencia y demás obligaciones contraídas por las concesiones mineras cedidas. Así, pues, la cláusula resolutoria expresa sí ha sido pactada por las partes en el contrato, contrariamente a lo indicado por el registrador, apreciándose además que la causal indicada (incumplimiento de pago de derecho de vigencia) ha sido previsto inequívocamente en el contrato como aquella que habilita a la parte acreedora ejercer la cláusula resolutoria. Al respecto, si bien no se indica expresamente respecto de dicho inciso c) que la cedente (esto es, la sociedad conyugal titular de los derechos mineros) es la que ostenta la facultad de resolución unilateral por incumplimiento de la cesionaria respecto de la obligación a la que se refiere el inciso 4.3 de la cláusula cuarta, se desprende vía interpretación que tal facultad sobre dicho supuesto recae necesariamente en la cedente, pues la parte obligada a cumplir con las obligaciones establecidas en dicho numeral 4.3 es la cesionaria, por lo que carecería de sentido indicar que la cesionaria resuelva el contrato por su propio incumplimiento.

b. Resolución 058 – 2013⁶⁰ y 1592-2010⁶¹

Una perspectiva diferente parece asumir el Tribunal Registral en la Resolución 058-2013, cuando, citando al jurista peruano Eric Palacios Martínez, sostiene que:

Asimismo, señala la doctrina "Para que se tenga una verdadera cláusula resolutoria expresa y no una cláusula de estilo, es necesario que se especifique y concrete que se trata de una cláusula de tal clase, quedando patente que la voluntad de las partes se ha referido con toda certeza a la misma, para que de ella se derive la gravísima y excepcional sanción ipso jure sin intervención estimativa del Juez y sin posibilidad de dilación; y al propio tiempo que el incumplimiento quede bien determinado, esto es que se concrete en un suceso de fácil y de material comprobación."; es así que la cláusula debe cumplir con lo siguiente a) el incumplimiento que provocará la resolución y b) que la parte interesada comunique a la infractora su voluntad de hacer valer la condición resolutoria, siendo que revisado el contrato del 21/6/2012 se advierte que el segundo párrafo de la cláusula novena contiene los dos requisitos, con lo que quedó configurada la cláusula resolutoria expresa.

En un sentido similar, el Tribunal Registral, en la Resolución 1592-2010, sostuvo que:

(...) el acreedor puede resolver unilateralmente el contrato, siempre que exista estipulación o cláusula expresa en la que se identifica con precisión la prestación cuyo incumplimiento constituye la configuración del supuesto necesario para poder valerse de la misma. Adicionalmente, se requiere de una declaración de la parte de hacer uso de dicha cláusula expresada en la comunicación a la otra parte.

C. 2. Ejecución de la cláusula resolutoria expresa inscrita y posteriores transferencias de propiedad

El Tribunal Registral parece mantener un criterio uniforme respecto a la posibilidad de inscribir la transferencia de la titularidad de un predio, a pesar de la existencia de una cláusula resolutoria expresa previamente inscrita. El Tribunal Registral admite esta posibilidad.

- Resoluciones 023-2009⁶² y 384-2009⁶³

Un Registrador Público observó un título mediante el cual se solicitaba la inscripción de la compraventa de un predio, porque en un asiento de la

⁶⁰ Resolución N° 058-2013-SUNARP-TR-L.

⁶¹ Resolución N° 1592-2010-SUNARP-TR-L.

⁶² Resolución N° 023-2009-SUNARP-TR-L.

⁶³ Resolución N° 384-2009-SUNARP-TR-A.

partida existía la siguiente carga inscrita: “(...) cuando los adjudicatarios realicen la transferencia o arrendamiento de la unidad habitacional a favor de terceros, antes del término de 5 años, el contrato quedará resuelto de pleno derecho (...)”. Al respecto, el Tribunal Registral, mediante Resolución 023 – 2009, revoca la observación, sosteniendo que:

(...) la existencia de la cláusula resolutoria, no impide en modo alguno que la propietaria del predio haga uso de las atribuciones que su derecho de propiedad le confiere, como es la disposición del mismo; puesto que la cláusula resolutoria se hará efectiva siempre que la parte a favor de quien se pactó haga uso de ella, de tal modo que si no lo hace, no se produciría resolución alguna del contrato.

En similares circunstancias, un titular registral solicitaba la transferencia de dominio de derechos respecto a un predio ubicado en el Departamento de Cusco. El Registrador Público tacha el título, debido a que en un asiento de la partida estaba inscrita la siguiente estipulación contractual: “Los contratantes se obligan a no subdividir, vender o transferir el lote adjudicado sino hasta después de cinco años de la fecha de suscripción del presente”. El Tribunal Registral, mediante Resolución 384-2009, revoca la tacha sustantiva y, por consiguiente, dispone la inscripción, considerando que:

(...) en la cláusula sexta de dicho documento efectivamente los adjudicatarios se obligan a no subdividir, vender o transferir el lote adjudicado sino hasta después de cinco años de la fecha de suscripción del contrato. En caso de incumplimiento de las obligaciones señaladas, el contrato será resuelto, y el lote revertido al dominio de la Municipalidad Provincial del Cusco. Si ello es así, nos encontramos ante una cláusula resolutoria expresa (...), la misma que además ha sido inscrita en el asiento D 0002 de la partida (...) es menester precisar que en nuestro caso la sola publicidad de la cláusula resolutoria expresa no impide la transferencia efectuada ya que mientras no se inscriba la resolución, constituye sólo una potestas aún hipotética que puede o no tener existencia real; por tanto, el titular registral con toda validez y eficacia puede ejercer todas las atribuciones que su derecho de propiedad le confiere, entre ellas las de disposición.

C. 3. Ejecución de la cláusula resolutoria expresa y posteriores transferencias de propiedad inscritas

En el tratamiento de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa se advierte una cuestión muy grave: el destino de las transferencias, ya inscritas, realizadas por el adquirente de la propiedad, cuyo contrato se encontraba sujeto al eventual ejercicio de la facultad resolutoria. En términos sencillos, ¿puede inscribirse la transferencia de propiedad derivada de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, si el sujeto pasivo del ejercicio de la cláusula ya ha transferido su titularidad a terceros?

Al respecto, según el Tribunal Registral, si la cláusula resolutoria expresa se encuentra inscrita en el asiento registral, entonces, sí es posible inscribir la transferencia de propiedad derivada de la resolución unilateral del contrato (a); en cambio, si la cláusula resolutoria expresa, a pesar de constar en el título archivado, no fue inscrita en el asiento registral, entonces, no es posible inscribir la referida transferencia de propiedad (b).

a) Resoluciones 245-2009⁶⁴ y 023-2009⁶⁵

En virtud de una escritura pública de resolución unilateral de contrato, una persona solicitaba la inscripción de la resolución unilateral de un contrato de compraventa a plazos. En el contrato se hallaba la siguiente cláusula: **“La falta de pago de dos letras alternadas o consecutivas determinará la automática rescisión de esta cláusula y libre el vendedor de iniciar las acciones pertinentes en defensa de sus intereses”**. El Registrador Público observa el título, debido a que la carta notarial no había sido presentada oportunamente al registro mediante el correspondiente instrumento público. En efecto, el Registrador afirma que “las cartas notariales por sí solas no san mérito a la inscripción de dicho acto”. Además, de conformidad con el principio de prioridad excluyente, el Registrador Público hace énfasis en que ya se habían inscrito títulos incompatibles (derechos reales a favor de terceros) con la inscripción que se estaba solicitado (transferencia de propiedad derivada de la ejecución de la cláusula resolutoria extrajudicial). Por esas razones, el Registrador Público considera que esta compleja situación debía resolverse mediante resolución judicial con autoridad de cosa juzgada, que reconozca la validez de la resolución extrajudicial del contrato.

Por su parte, mediante Resolución 245-2009, el Tribunal Registral, teniendo en cuenta que la cláusula resolutoria expresa se encontraba inscrita en la partida, revocó la observación, considerando que:

2. En la escritura pública de resolución del contrato de compraventa del 15 de agosto de 2008, se han insertado las cartas notariales cursadas por Víctor Antonio (...) a los titulares registrales del inmueble sub materia, mediante las cuales se les comunica la resolución de pleno derecho del contrato de compraventa en razón de haber incumplido con el pago, habiendo sido estipulada dicha causal en la cláusula adicional del referido contrato. La diligencia de dicha carta notarial se realizó el 22 de febrero de 2000, por la notaria pública (...)

7. En tal sentido, el acreedor puede resolver unilateralmente el contrato, siempre que exista la estipulación o cláusula expresa en la que se identifica con precisión la prestación cuyo incumplimiento constituye la configuración

⁶⁴ Resolución N° 245-2009-SUNARP-TR-L.

⁶⁵ Resolución N° 023-2009-SUNARP-TR-L.

del supuesto necesario para poder valerse de la misma. Adicionalmente se requiere de una declaración de la parte que goza del derecho de resolver el contrato, de hacer uso de dicha cláusula comunicada a la otra parte.

(...)

8. (...) siendo necesario para que se resuelva el contrato que la parte a favor de quien se pactó esta cláusula, (...), notifique a los compradores que hará uso de ella, lo que ha sido cumplido en el presente caso.

9. Revisada la partida registral (...) tenemos que se registró la compraventa, así como la condición resolutoria expresa (asiento C 00001) de la cual dependían los efectos de dicho contrato, habiéndose registrado actos posteriores que en opinión de la Registradora resultarían incompatibles con el acto rogado.

(...)

10. Sin embargo, en tanto la cláusula resolutoria tuvo acceso al Registro, quien adquirió el bien lo hizo con el conocimiento de la existencia de dicha cláusula que implicaba que el contrato podía ser resuelto de pleno derecho, y como consecuencia de ello, reintegrarse las prestaciones, quedando enervada la segunda y posteriores transferencias. Es necesario precisar, que la existencia de la cláusula resolutoria expresa no impide en modo alguno que el propietario del predio haga uso de sus atribuciones que su derecho de propiedad le confiere, puesto que la cláusula resolutoria se hará efectiva siempre que la parte a favor de quien se pactó haga uso de ella; siendo que en el caso submateria, la parte a favor de quién se pactó la cláusula resolutoria la hizo efectiva mediante cartas notariales el 22 de febrero de 2000, por lo que al haber hecho valer el vendedor dicha cláusula ante el incumplimiento de los compradores, el título de estos ha fenecido.

Es necesario observar que, a pesar de que la cláusula resolutoria no hacía referencia a la comunicación, el Tribunal Registral considera que a la cláusula le son aplicables los requisitos típicos de la cláusula resolutoria tradicional. Respalda este proceder la opinión de una autorizada voz del Derecho italiano. En efecto, se sostiene que, siendo la previsión normativa de la carga solo una “interpretación legal de la cláusula”⁶⁶, no una “limitación de la autonomía de las partes”⁶⁷, el titular de la facultad resolutoria “(...) tiene la carga de comunicar a la otra la voluntad de resolver el contrato incluso en ausencia de una específica previsión del contrato sobre esa comunicación (art. 1456² c.c.)”⁶⁸.

⁶⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, V. La responsabilità. Op. Cit.*, p. 318.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

En el mismo sentido, mediante Resolución 023 – 2009, el Tribunal Registral, considerando la cláusula resolutoria expresa como una <<carga>>, sostuvo que:

7. Así también, la inscripción de la presente transferencia no sería impedimento para el acceso al Registro de la resolución de pleno derecho con posterioridad, si el Gobierno Regional del Callao hiciera uso de la cláusula resolutoria. Así, en tanto la cláusula resolutoria tuvo acceso al Registro, quien adquirió el bien lo hizo con el conocimiento de la existencia de dicha cláusula que implicaba que el contrato podía ser resuelto de pleno derecho, y como consecuencia de ello, reintegrarse las prestaciones, quedando enervada la segunda y posteriores transferencias.

b) Resolución 1967-2013⁶⁹

Se solicita la inscripción de transferencia de titularidad derivada de la ejecución de una cláusula resolutoria no inscrita en la partida, pero que constaba en el título archivado. El Registrador Público formula una tacha sobre el título, sosteniendo que:

(...) luego de la adquisición inscrita en el asiento C00004, Luis Marcelo (...) en virtud de su poder de disposición como propietario del inmueble y no habiéndose registrado ninguna restricción al respecto, transfiere parte de las acciones y derechos del inmueble y posteriormente se inscribe la independización de los sublotes C1, C2 y C3 siendo que el actual predio, denominado como Sub Lote C luego de diversas transferencias se encuentra registrado a favor de Alberto Andrés (...). Que, estando a lo anteriormente expuesto, no resulta atendible lo solicitado, máxime aún si el mismo vulneraría los derechos adquiridos por terceros de buena fe. (Art. 2014 CC).

El Tribunal Registral confirma la tacha formulada por el Registrador Público, efectuando el siguiente razonamiento:

(...) Como se puede apreciar del tenor del asiento C00004, no se ha publicitado la existencia de la cláusula resolutoria expresa, consignada en el considerando sétimo de la escritura pública (...)

12. Ahora bien de conformidad con el principio de legitimación recogido en el artículo 2013 del Código Civil, *"el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez"*; disposición que también se encuentra desarrollada en el numeral VII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante RGRP) con el siguiente tenor: *"Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a el/os, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez"*.

El principio de legitimación protege la inscripción, considerando que la misma debe ser respetada por todos, aunque la inscripción no refleje la realidad, aparentemente

⁶⁹ Resolución N° 1967-2013-SUNARP-TR-L.

ofrecerá la existencia de un derecho, de un titular y la posibilidad que éste tiene de ejercitar el contenido del derecho que el Registro publicita.

13. Es preciso resaltar que la presunción de exactitud de la que gozan los asientos registrales se encuentra directamente vinculada con la calificación jurídica que realizan los registradores, en forma previa a la admisión (inscripción) de los títulos al Registro. Al respecto, el artículo V del Título Preliminar del RGRP, precisa que la calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en aquél, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción. Calificación que comprende también, la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho y se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas directamente vinculadas a aquél y, complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro.

14. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 32 inciso a) del RGRP, el Registrador calificará la legalidad de los títulos, para lo cual deberá confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral correspondiente y complementariamente con los antecedentes registrales, sin perjuicio de la legitimación de aquellos. Esto, porque de conformidad con el principio de legitimación antes mencionado el contenido de los asientos en un registro jurídico se presume cierto no sólo para los terceros, sino también para efectos de la calificación registral.

15. Como se ha expuesto en los puntos precedentes, la presunción de exactitud de la que gozan los asientos registrales se encuentra directamente vinculada con la calificación jurídica que realizan los Registradores, en forma previa a la inscripción de los títulos.

Así, cabe traer a colación lo establecido por el artículo 3 de la Ley 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos:

*"Artículo 30. Son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos: a) La autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales; b) **La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme**; c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro, y d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás" (resaltado nuestro).*

Por lo tanto, como bien lo establece el artículo en mención y el principio de legitimidad expuesto en los párrafos precedentes, la inscripción realizada en el asiento C0004 de la partida electrónica (...) del Registro de Predios goza de la protección normativa citada en la presente resolución.

16. Cabe resaltar que los asientos **registrales** son intangibles y que sólo pueden ser declarados inválidos por sentencia judicial firme. Ello implica que mientras judicialmente no se declare la invalidez del asiento antes mencionado o del título en cuya virtud se ha extendido, éstos serán la base de la calificación registral de los títulos que soliciten su acceso al Registro, no pudiendo desconocerse sus efectos en sede registral.

En tal sentido, no corresponde al Registro desvirtuar los efectos de un asiento registral, ya que en caso contrario, los títulos ya inscritos estarían en permanente calificación variando la decisión respectiva, con lo cual no se cumpliría la finalidad del Registro de brindar seguridad jurídica.

17. De otro lado, esta instancia ha establecido en reiterada jurisprudencia los alcances del principio de fe pública registral, por lo que se cita la Resolución N° 1474-2009-SUNARP-TR-L del 25/9/2009 en la cual se indica lo siguiente:

"El Registro de Propiedad Inmueble, como mecanismo de publicidad de situaciones jurídicas de trascendencia real y de situaciones relevantes sobre la propiedad inmobiliaria, genera efectos sustantivos tanto respecto de aquellos actos inscritos, como de aquellos que contratan sobre la base de lo publicitado. El otorgamiento de dichos efectos tiene su base en la prioridad que se determina por el momento del ingreso de los títulos al Registro.

A diferencia del tercero civil, que para oponer su derecho frente a quien también pretenda el mismo derecho, usa los mecanismos que prevé el derecho común; por ejemplo los artículos 1363 y 1372 del C.C.; el tercero registral, en cambio, encontrará amparo en los efectos sustantivos que otorga el ordenamiento legal a quienes inscriben su derecho en el Registro, y que en nuestro caso se objetiva en los artículos 2014 y 2022 del C.C. (principio de fe pública registral y principio de oponibilidad, respectivamente).

Conforme al artículo 2014 del Código Civil, en concordancia con el artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, se puede concluir que las características necesarias para que el principio de fe pública registral despliegue sus efectos son: adquisición válida de un derecho previa inscripción del derecho transmitido, inexpressividad registral respecto de causales de ineficacia del derecho transmitido, onerosidad en la transmisión. del derecho, buena fe del adquirente e inscripción del derecho a su favor. Verificadas dichas condiciones, estaremos ante el tercero registral; quien no podrá verse afectado por situaciones jurídicas, que con posterioridad a la inscripción de su derecho, afecten al título de su anterior transferente.

Ser tercero registral implica no sólo conservar su derecho frente al decaimiento del título de su transferente, sino además la vigencia de su legitimación dispositiva, en cuanto no siendo afectado su derecho inscrito, puede en consecuencia disponer de él, puesto que el asiento registral a su favor no se hubiera enervado y continuaría produciendo todos sus efectos y atributos que corresponde a su propiedad inscrita, conforme al Art. 2013 del C.C.

18. Por consiguiente, surtiendo plenos efectos el asiento C00004 de la partida (...) del Registro de Predios presumiéndose dicha inscripción como cierta y válida mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez y en tanto no consta inscrita la cláusula resolutoria expresa consignada en la escritura pública del 4/09/2007 y habiéndose efectuado transferencias a favor de terceros (los mismos que se encuentran amparados por la fe pública registral), no procede la inscripción solicitada por existir obstáculo insalvable en la partida que impide la ejecución de la cláusula resolutoria expresa consignada en la escritura pública del 4/09/2007.

Consecuentemente, corresponde confirmar la tacha sustantiva formulada por la Registradora Pública.

Al respecto, cabe mencionar que, luego de la modificación que implementara la Ley N° 30313, el artículo 2014 del Código Civil establece que:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda,

cancele o resuelva el del otorgante por virtud de *causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan*.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (la cursiva es nuestra).

A la luz de esta modificación normativa, es probable que el Tribunal Registral cambie de posición, dado que la cláusula resolutoria expresa, sea que conste inscrita en el asiento registral o sea que conste en el título archivado, en tanto se encuentre formulada en el negocio jurídico, es un obstáculo para el surgimiento de terceros de buena fe. Debemos tener presente que: “El objeto de la publicidad es, pues, complejo: abarca la situación jurídica y su título o causa. Lo que la publicidad garantiza, a través de los efectos antes examinados – inoponibilidad, prioridad, salvaguardia, oponibilidad y legitimación – es la situación jurídica, pero el alcance de esa protección viene modalizado por el título o causa – originario o derivativo, oneroso o gratuito”⁷⁰. Asimismo, no debemos perder de vista que: “(...) “la buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente” “La buena fe no solo significa – requiere – el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (...)”⁷¹. En cualquier caso, no está demás precisar que la propia regulación nacional sobre las restituciones contractuales derivadas de la resolución del contrato está a favor de la protección de los derechos adquiridos de buena fe (**artículo 1372.-** “(...) No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe”).

Pues bien, parecería que, a efectos de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, el Tribunal Registral no tiene en cuenta la participación de los titulares registrales. La cuestión simplemente radicaría en determinar si se generó o no un tercero registral. La lógica subyacente es sumamente sencilla: si el tercero adquirió la titularidad del bien conociendo, o pudiendo conocer, que eventualmente el contrato podría ser resuelto, entonces, perderá su titularidad registral una vez que el sujeto activo de la cláusula ejerza la facultad resolutoria.

Al respecto, es oportuno citar la Resolución de 19 de noviembre de 1996 de la Dirección General de Registros y del Notariado de España, debido a que hace hincapié en la necesidad de resguardar los intereses de los titulares registrales partícipes en la problemática de la resolución unilateral del

⁷⁰ PAU PEDRÓN, Antonio. *Elementos de Derecho Hipotecario*. Segunda edición. Comillas, Madrid, 2003, p. 59.

⁷¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A. *Derecho Inmobiliario Registral*. Número 4. Jurista Editores, Lima, 2010, p. 614.

contrato, proveniente de cláusula resolutoria expresa, a pesar de que el sujeto activo de la cláusula ya ha obtenido una sentencia *declarativa* firme contra el sujeto pasivo.

1. La cuestión planteada en el presente recurso es la de decidir si la sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado exclusivamente contra el comprador por la que se declara resuelta la compra al no haberse pagado oportunamente el precio aplazado, es título suficiente para la cancelación no sólo de la inscripción en favor del demandado sino también de los asientos posteriores, habida cuenta de que en la compra se previó expresamente que la falta de pago del precio daría lugar a la resolución de pleno derecho del contrato conforme al artículo 1.504 del Código Civil; que dicha previsión fue oportunamente reflejada en el Registro de la Propiedad; que al tiempo de entablarse la demanda existían ya algunos de los asientos cuya cancelación se pretende; y que no se tomó anotación preventiva de la demanda ejercitando la acción resolutoria.

2. Quienes adquieren el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien sujeto a la restricción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, oportunamente publicada en el Registro, conocen – o pueden conocer – la situación claudicante a que queda sujeta su adquisición y a ellos incumbirá, si desean conservar su derecho, tomar la iniciativa para que la obligación garantizada tenga cumplimiento en los términos estipulados (adoptando en sus respectivos negocios adquisitivos las previsiones oportunas), sin que puedan pretender que el efecto restitutorio, en caso de incumplimiento, quede supeditado a la reiteración en su favor del requerimiento contemplado en el precepto citado. (...)

3. Por otra parte, es indudable que producida la resolución del contrato de compraventa al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, quedan extinguidos de pleno derecho no sólo el derecho del comprador, sino también el de todos los adquirentes posteriores que de él traigan causa (...)

4. No obstante lo anterior, no puede desconocerse: 1. °) que para el desenvolvimiento de la resolución contemplada en el artículo 1.504 del Código Civil, no basta que conste la mera voluntad en tal sentido del vendedor – (...) – sino que es preciso, en todo caso, que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del Registro; 2. °) que es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1. ° de la Ley Hipotecaria), no pudiendo ser rectificadas, como norma general, sino con el consentimiento de su titular o con la subsidiaria resolución judicial (art. 40 de la Ley Hipotecaria); lo que determina que para la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, será preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución y, especialmente, el impago de la obligación garantizada (...), siendo evidente a este respecto (dado el limitado alcance de la confesión – *vid.* art. 1.232 del Código Civil – y la eficacia relativa de la cosa juzgada – *vid.* art. 1.252 del Código Civil-) que la admisión de tales presupuestos solamente por el titular de uno de los asientos cuya

cancelación se pretende, - el cual puede haberse extinguido ya por uno posterior de la transferencia – es insuficiente para fundar la cancelación respecto de todos los demás asientos afectados. (...) ⁷².

Como veremos más adelante, el Tribunal Registral también ha hecho énfasis en la necesidad de proteger las legítimas expectativas de los titulares registrales, a pesar de que la regulación peruana no previera expresamente algo al respecto.

C. 4. Ejecución de la cláusula resolutoria expresa y acreditación del incumplimiento

- Resolución 676 – 2008 ⁷³

El Tribunal Registral expresamente ha señalado que, en sede registral, al acreedor no le corresponde demostrar el incumplimiento de la obligación inmersa en la cláusula resolutoria expresa, por lo que es suficiente que él afirme que el incumplimiento ha ocurrido. En efecto, el Tribunal Registral sostiene que:

1. Conforme al artículo 1430 del Código Civil, puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Así, la cláusula resolutoria expresa importa una estipulación del contrato con prestaciones recíprocas en cuya virtud se conviene que el contrato queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo.

Se trata de un mecanismo de resolución del contrato sin necesidad de intervención del Poder Judicial, en razón que para su ocurrencia basta que se haya incumplido con la prestación contemplada en la cláusula expresa pactada por los contratantes. Sin embargo, para que surta efectos es necesario que el interesado haga uso de la misma comunicándolo a la parte infiel.

Entonces, el acreedor puede resolver unilateralmente el contrato, siempre que exista estipulación o la cláusula expresa en la que se identifica con precisión la prestación cuyo incumplimiento constituye la configuración del supuesto necesario para poder valerse de la misma. Adicionalmente se requiere de una declaración de la parte fiel de hacer uso de dicha cláusula expresada en la comunicación a la otra parte.

(...) no corresponde acreditarse en sede registral el incumplimiento de la compradora, siendo suficiente que el acreedor afirme la ocurrencia de tal supuesto, pues la veracidad de esta aseveración es de su exclusiva responsabilidad.

⁷² PAU PEDRÓN, Antonio, *Facultad resolutoria y publicidad registral*. Op. Cit., pp. 550-552.

⁷³ Resolución N° 676-2008-SUNARP-TR-L.

C. 5. Ejecución de la cláusula resolutoria expresa, comunicación y constancia de recepción de la comunicación al domicilio consignado por las partes en el contrato

Una cuestión sumamente importante sobre la ejecución de la cláusula resolutoria expresa es la comunicación que dirige la parte que tiene la titularidad de la facultad resolutoria a su contraparte. Es una cuestión de particular importancia en sede registral, puesto que la comunicación mediante la cual la parte fiel hace valer la cláusula resolutoria expresa es una de las exigencias formales que deben satisfacerse para que pueda operar la eficacia resolutoria de pleno derecho **(a)**. En particular, resulta interesante destacar que el Tribunal Registral, además de señalar que es imprescindible que se determine el domicilio del sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa, no exige el cargo de recepción por parte del deudor **(b)**. Finalmente, es interesante anotar que, a efectos de inscribir la transferencia derivada de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, para el Tribunal Registral la comunicación realizada a la parte infiel debe ser indubitable **(c)**.

a) Resolución 477 – 2010⁷⁴

Una cónyuge compra un bien inmueble a una persona jurídica. En el contrato consta una cláusula resolutoria expresa a favor del vendedor. Se inscribe la propiedad a nombre de la cónyuge. Posteriormente, se rectifica la calidad del bien (de bien propio a bien social), por lo que se publicita la titularidad registral a nombre de la sociedad conyugal. Llegado el momento, el vendedor ejerce su facultad resolutoria, pero dirige la comunicación contra la compradora, no contra los que figuraban como titulares registrales (los cónyuges). El vendedor solicita la inscripción de la transferencia en virtud de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa. El Registrador Público formula la siguiente observación:

*1. La inscripción genera efectos muy singulares para el derecho inscrito. Una vez que ingresa el derecho al registro, se presume que toda persona tiene conocimiento del derecho (art. 2022 CC), se presume la exactitud y validez del derecho (art. 2013 C.C), y los terceros adquirentes quedan protegidos (art. 2014). Estas características del derecho que accede al Registro sólo pueden justificarse si se tiene certeza sobre su existencia, validez y eficacia. **Y esa certeza no la da una declaración unilateral.***

Si se aceptara que por el sólo mérito de una declaración unilateral se puede inscribir la resolución del contrato, como lo señalan los artículos 69 y 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se afectará el principio de Tracto Sucesivo.

⁷⁴ Resolución N° 477-2010-SUNARP-TR-A.

*El principio de Tracto Sucesivo garantiza la seguridad del tráfico jurídico en general, pero también despliega una protección particular a los derechos inscritos. **En efecto, conforme al carácter protector de este principio registral, no puede inscribir un acto que afecte un derecho inscrito sin el consentimiento de su titular o sin un mandato judicial que lo ordene.***

El principio del Tracto Sucesivo opera desde la primera inscripción de dominio. A partir de este momento hacia adelante, toda manifestación del derecho inscrito debe relacionarse necesariamente con el asiento anterior, y emanar de su titular. Así, no pueden existir inscripciones aisladas que rompan la secuencia y concatenación de los asientos registrales-

*(...) como quiera que se trata del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, **es necesario que las partes presten su declaración o que un juez declare la resolución.** Entre las partes puede haberse resuelto la relación contractual de pleno derecho, **pero para efectos registrales no basta con la declaración unilateral,** pues ello vulneraría el principio de titulación auténtica y de tracto sucesivo. (lo subrayado y negrita es nuestro) (Francisco Avendaño Arana, Diálogo con la Jurisprudencia Nro. 140, Pag. 35-35)*

2.- De lo antes anotado se advierte que, para la inscripción de la resolución contractual solicitada, se debe de presentar además, escritura pública que contenga el consentimiento del titular o el mandato que ordene dicha inscripción, asimismo, se debe de tener presente que el bien se encuentra inscrito a favor de la sociedad conyugal formada por Arnulfo (...) y Aurora (...).

3.- Se deberá de subsanar presentando:

3.- La carta notarial enviada a Aurora (...), puesto que el inserto hecho por el notario es incompleto.

3.2.- La carta notarial enviada a Arnulfo (...).

3.3.- La notificación de la carta notarial al FONDO MI VIVIENDA, conforme lo establece la cláusula cuarta del contrato de compraventa.

3.4.- Escritura Pública que contenga el consentimiento del titular del predio o el mandato judicial que ordene la inscripción de la resolución del contrato.

El Tribunal Registral revocó la observación del Registrador Público y dispuso la tacha sustantiva del título, realizando el siguiente razonamiento:

2. Conforme al artículo 1430 del Código Civil, los elementos que debe contener un pacto comisorio son:

a) La precisión de la o las prestaciones cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación del pacto comisorio

b) La indicación de cuál de las partes es la beneficiada con el derecho de resolver el contrato, pudiendo estipularse a favor de ambas partes.

Esto tiene su fundamento en que si bien será el incumplimiento el que genere la resolución prevista en la cláusula, sin embargo éste será ineficaz en tanto no se produce la declaración, que es la que concede efectos a la resolución.

(...)

Ahora bien, una vez cursada la comunicación ejerciendo la cláusula resolutoria expresa, el principal efecto es el que las partes deben restituirse las prestaciones recibidas y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero en valor que tenían en dicho momento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1372 del Código Civil.

En tal sentido cuando un contrato de compra venta se resuelve en ejecución del pacto comisorio, la consecuencia lógica es que el vendedor readquiere la propiedad del bien y el comprador recupera el precio pagado, siendo que esta transferencia podrá ser inscrita en el Registro cumpliendo los requisitos señalado en el artículo 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

(...)

Entonces, conforme aparecen de los insertos efectuados por el Notario, se advierte que en efecto, la carta notarial dirigida a Aurora (...) sí fue insertada en la escritura de resolución de contrato, motivo por el cual podría sostenerse que se ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 68 del RIPP, esto es, la presentación de la escritura pública otorgada unilateralmente por la parte que goza del derecho a resolver el contrato, en la que se ha indicado la prestación incumplida, así como la carta notarial cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria, la misma que se encuentra inserta en la escritura pública presentada.

(...)

5. Cabe mencionar además que la presentación de la carta notarial dirigida al FONDO MIVIVIENDA tampoco es necesaria, puesto que dicha institución no es deudora de la empresa vendedora, siendo que la indicación efectuada en la escritura pública del 12.11.2005 (cláusula cuarta) en el sentido de que se debía remitir una copia al Fondo Mivivienda de la carta notarial cursada por la vendedora a la compradora indicándole que quiere valerse de esta cláusula resolutoria, no constituye un requisito para la ejecución de la cláusula resolutoria expresa que nos ocupa.

6. No obstante ello, debe tenerse que tal y como indica la Registradora, la titularidad del inmueble le corresponde a la sociedad conyugal conformada por Arnulfo (...) y Aurora (...).

Sobre el particular, debemos precisar que si bien Arnulfo (...) no intervino en la escritura pública de compraventa del 12.11.2005, también es propietario del predio en virtud de la rectificación de calidad de dicho bien que aparece en el asiento C00004 de la partida (...). Por lo tanto, conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, es posible afirmar que para que la cláusula resolutoria expresa produzca efectos se requiere de la comunicación a los deudores, lo cual no ha ocurrido pues no se ha cumplido con efectuar dicha comunicación a Arnulfo (...)

Esta circunstancia ocasiona la tacha sustantiva del título por cuanto el acto objeto de inscripción, cual es la resolución de pleno derecho del contrato no

preexiste a la fecha de presentación del título, de conformidad con lo previsto por el literal e) del artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos.

Lo interesante de esta resolución del Tribunal Registral es que, si bien se reconoce que la comunicación a un sujeto que no es el deudor contractual no es necesaria para resolver el contrato unilateralmente, sin embargo, sí se extiende la comunicación a un sujeto que, en realidad, no participó en el contrato de compraventa. Si bien la ampliación la subjetividad pasiva de la comunicación se podría explicar por el hecho de que, en el caso en concreto, existía una sociedad conyugal, no obstante, en atención a los fundamentos de la resolución, también se podría sostener que esta ampliación se debió a que ya se había producido una modificación en la titularidad registral cuando la parte fiel ejerció su facultad resolutoria. En otros términos, el Tribunal Registral tuvo en consideración esa modificación, debido a que la misma suponía la existencia de un titular registral que tenía interés en el ejercicio de la facultad resolutoria.

b) Resoluciones 984 - 2013⁷⁵ y 2357-2016⁷⁶

El Registrador Público, argumentando que la contraparte no tenía conocimiento de la resolución, formula una observación sobre un título. Así, sostuvo que ninguna de las cartas notariales insertas en la escritura pública de resolución unilateral había sido recepcionada por la contraparte. Revocando la observación, el Tribunal Registral, mediante Resolución 984-2013, consideró que:

Debe recalarse que lo que se requiere es que la carta notarial o comunicación indubitable se curse a la dirección, el interesado (el deudor) está en aptitud de tomar conocimiento de dicha comunicación. (...) No podría exigirse que el deudor suscriba el cargo de recepción, pues bastaría que se niegue a ello para evitar que queda consumada la resolución del contrato. Los efectos de los contratos no pueden quedar sujetos a la mera potestad de uno de los contratantes. Así, bastará con que se verifique que la carta notarial (u otra comunicación indubitable) fue cursada al domicilio que corresponde. Mientras no se notifique el cambio de domicilio, se reputa entonces que toda comunicación dirigida al domicilio designado surte efectos.

En el mismo sentido, mediante la Resolución 2357-2016, el Tribunal Registral, destacando la importancia de determinar el domicilio al cual debe ser comunicada la intención de resolver el contrato, ha afirmado que:

10. Al respecto, tal como se expresó en la Resolución N° 984-2013-SUNARPTR-L del 14/6/2013, debe recalarse que lo que se requiere es que

⁷⁵ Resolución N° 984-2013-SUNARP-TR-L.

⁷⁶ Resolución N° 2357-2016-SUNARP-TR-L.

la carta notarial o comunicación indubitable se curse a la dirección que corresponde. Al cursar la carta o comunicación a dicha dirección, el interesado (el deudor) está en aptitud de tomar conocimiento de dicha comunicación. Es por ello que resulta fundamental determinar el domicilio al que debe cursarse la comunicación, domicilio que en este caso se estableció con total claridad en el contrato cesión de posición contractual, en virtud del cual, la nueva cesionaria Inversiones Generales El Lago S.A.C. (deudora) adquiere tal condición respecto del contrato de cesión, y respecto del cual se verificó que se cursó la carta notarial a tal dirección.

No podría exigirse que el deudor suscriba el cargo de recepción, pues bastaría que se niegue a ello para evitar que quede consumada la resolución del contrato. Los efectos de los contratos no pueden quedar sujetos a la mera potestad de uno de los contratantes.

Así, bastará con que se verifique que la carta notarial (u otra comunicación indubitable) fue cursada al domicilio que corresponde. Mientras no se notifique el cambio de domicilio, se reputa entonces que toda comunicación dirigida al domicilio designado surte efectos.

c. Resolución 603-2014⁷⁷

Ciertas personas transfirieron tres lotes a una sociedad. La sociedad solo pagó el íntegro de lo debido por la transferencia de dos lotes. Se estipuló una cláusula resolutoria a favor de los vendedores, mediante la cual se estableció que el contrato se resolvería automáticamente y de pleno derecho, si la sociedad no pagaba el saldo de precio que se adeudaba por la transferencia del tercer bien inmueble. Los vendedores otorgaron unilateralmente una Escritura Pública de resolución del contrato. Sin embargo, en la Carta Notarial, a diferencia de lo que constaba en la Escritura Pública, no se especificó claramente en virtud de qué prestaciones no ejecutadas se estaba resolviendo unilateralmente el contrato. El Tribunal Registral sostuvo que:

7. (...), con relación a los requisitos, el artículo 102 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aplicable al presente caso, señala que la transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, se inscribirá en mérito a:

- Escritura pública o formulario registral legalizado por Notario, otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho de resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida y,

- Adjuntar la carta notarial u otra comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria, salvo que se encuentre inserta en la escritura pública.

(...)

⁷⁷ Resolución N° 603-2014-SUNARP-TR-L.

Sin embargo, en la Carta Notarial, la misma que debe ser de carácter indubitable, no se precisa que se trata de una resolución parcial, como sí se hace en la escritura pública de resolución unilateral del contrato; es decir, no se hace referencia exclusiva al predio *submateria*, pues se da por resuelto el contrato de compraventa de manera general por incumplimiento con el pago del saldo del precio pactado por los tres inmuebles.

Se observa también que en la escritura pública no intervino el actual titular de dominio, quien es el que se encuentra amparado por el principio de legitimación, es decir, es el único que puede actuar conforme a ello y por tanto, su derecho de defensa debe ser protegido, esta es un derecho constitucional que corresponde también ejercerlo en el procedimiento registral, así ha sido reconocido por el tribunal Constitucional (...) STC Exp. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00831-2012-PA/TC del 29 de octubre de 2013.

Además de señalar que la Carta Notarial debe precisar el incumplimiento materia de la cláusula resolutoria expresa, el Tribunal Registral, una vez más, advierte la importancia de proteger al titular registral (no necesariamente coincidente con el sujeto pasivo de la cláusula). En efecto, esta preocupación del Tribunal Registral se evidencia cuando, valiéndose del principio de legitimación, hace énfasis en el hecho de que en la Escritura Pública de resolución de contrato no intervino el actual titular de dominio. Al respecto, debemos tener presente que, si bien el artículo 102 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios no establece expresamente la intervención del titular registral como un requisito para resolver el contrato unilateralmente, sin embargo, el Tribunal Registral no duda en exigir la indicada intervención.

C. 6. Cláusula resolutoria expresa y evaluación del incumplimiento

Una de las principales cuestiones que plantea la ejecución de la cláusula resolutoria expresa en sede registral está estrechamente vinculada con la forma en la que opera la indicada cláusula. Debemos tener presente que esta cláusula tiene como denominador común el otorgamiento - a una o ambas partes del contrato - de una facultad para resolver la relación contractual, cuyo ejercicio se realiza extrajudicialmente. Esto significa que, a diferencia de la resolución judicial, el titular de la facultad resolutoria extrajudicial puede finiquitar la relación contractual válidamente constituida sin la necesidad de una previa evaluación judicial. Sin embargo, la implementación de una cláusula resolutoria expresa no permite la arbitrariedad y el abuso de la misma. Pues bien, se advierte rápidamente uno de los problemas medulares de la aplicación de la cláusula resolutoria expresa: ¿cómo

constatar que la causal en función a la cual se dispuso la respectiva cláusula se ha verificado?

El problema se presenta con especial intensidad en el fuero registral, porque el Registrador Público no tiene los mecanismos necesarios para constatar si realmente el evento que desencadena los efectos de la cláusula resolutoria expresa ha tenido lugar en la realidad extrarregistral. Por ello, es sumamente interesante advertir que, en ocasiones, el Registrador Público, a efectos de rechazar la inscripción de la resolución extrajudicial, recurre a la “presunción de cumplimiento” o a la “presunción de satisfacción del acreedor”. Estas corroboraciones resultan interesantes, debido a que parecen reflejar una cierta incomodidad que tienen algunos Registradores Públicos para inscribir una transferencia de propiedad derivada de la ejecución de una cláusula resolutoria expresa. Sin embargo, no es difícil observar que hasta esos esfuerzos realizados por nuestros registradores tienen sus límites, puesto que el diseño del programa contractual puede requerir la realización de evaluaciones muy complejas. En efecto, tal vez – suponiendo que sea posible – se podría “presumir el cumplimiento” en una hipótesis en la cual el evento de la cláusula resolutoria expresa sea la <<ejecución oportuna de la prestación dineraria>>, sin embargo, es complejo – o imposible – realizar esa operación cuando, verbigracia, el evento es el <<cumplimiento de una obligación secundaria>>. En cualquier caso, se verifica que el Tribunal Registral parece estar en contra de las indicadas presunciones.

- **Resoluciones 058 – 2013⁷⁸, 1224 – 2013⁷⁹, 142 – 2015⁸⁰**

Un contrato de compraventa estaba redactado en los siguientes términos:

(...) *Sexta: **El precio total libremente pactado** por el inmueble objeto del contrato es de **US\$ 1'630,000.00** (...), **pagaderos a la siguiente forma:** (...)*

(...)

*3.1. **550, 000.00** (...) mediante cheque de gerencia a la orden del vendedor, que deberá ejecutarse en un plazo perentorio de cinco días **de recibidos por la compradora del original de la Resolución Judicial consentida que declara el abandono del proceso** y ordena el levantamiento de la medida cautelar de anotación de demanda que recae sobre el inmueble materia de venta y asimismo, verifique la compradora el ingreso de los respectivos partes judiciales al Registro de la Propiedad Inmueble levantando la medida cautelar, con copia de los partes en referencia de la constancia de presentación por ser voluntad de la compradora adquirir el inmueble totalmente saneado, libre de toda carga y gravamen. (...)*

⁷⁸ Resolución N° 058-2013-SUNARP-TR-L.

⁷⁹ Resolución N° 1224-2013-SUNARP-TR-L.

⁸⁰ Resolución N° 142-2015-SUNARP-TR-A.

(...)

NOVENA: Se conviene que el incumplimiento de cualquier de las obligaciones del vendedor en el contrato generará la resolución del pleno derecho del mismo sin la necesidad de mas trámite, que la carta notarial cursada por la compradora, en cuyo supuesto el vendedor estará obligado a pagar todas las sumas recibidas, más los gastos notariales, tributos y de otra índole en los que hubiera incurrido la compradora.

*Igualmente queda establecido **que de no cumplir la compradora con el pago del precio pactado en la forma y plazos convenidos el vendedor estará facultado para resolver de pleno derecho el contrato**, sin necesidad de declaración judicial, bastando para ello la carta notarial cursada por la compradora, quedando convenido que de darse tal supuesto el vendedor no tendrá obligación de devolver suma alguna a la compradora, aplicando, las cantidades recibidas a la indemnización correspondiente.” (...).*

En el *addendum* inserto en la escritura pública se establecía que:

Tercera. - Las partes acuerdan en establecer como precio total del inmueble la suma de un millón seiscientos treinta mil y 00/100 dólares americanos (US\$ 1, 630, 000.00).

Además, se modificó el literal 3.1 de la cláusula sexta en los siguientes términos:

(...) importe que será descontado del saldo de precio de quinientos cincuenta mil y 00/100 dólares americanos (US\$ 550, 000.00), a que se contrae el numeral 3.1 de la cláusula sexta del contrato celebrado con fecha doce de junio de dos mil doce. Quedando este último pago en quinientos once mil quinientos cincuenta y dos con 08/100 dólares americanos (US\$ 511, 552.08).

El Registrador Público formuló una tacha sobre el título mediante el cual se solicitaba la resolución extrajudicial del contrato de compraventa, en atención a que:

(...) la fecha de extensión de la escritura pública – de resolución del contrato - es 13/09/2012 fecha donde aún no se encontraban vencidos los plazos señalados para el pago del precio de venta, fijados en la cláusula tercera del contrato de compraventa; es por ello que la inscripción de resolución de contrato sub materia, no representa un acto inscribible (lo agregado entre líneas es nuestro).

Sin embargo, el Tribunal Registral revocó la tacha sustantiva formulada por el Registrador Público. La Sala precisó que la cuestión era determinar: “Si la parte fiel puede resolver unilateralmente un contrato que contiene cláusula resolutoria expresa, cuando la otra parte no cumple con las obligaciones pactadas en el contrato dentro del plazo estipulado”. El razonamiento que emplea la Sala para revocar la tacha es el siguiente:

4. Conforme a lo señalado en el literal 3.1 de la cláusula sexta del contrato que obra en la escritura pública del 21/6/2012, se ha señalado la forma como

se van a realizar las obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador, más aún se establece un plazo en el cual se deberá ejecutar el pago del monto establecido en este literal, una vez que el vendedor cumpla con la obligación pactada a favor del comprador. En el segundo párrafo de la cláusula novena, se señala expresamente que, de no cumplir con el pago del precio, pactado en la forma y plazos convenidos, el vendedor estará facultado de resolver el contrato de pleno derecho; esta cláusula hace referencia a la cláusula sexta, siendo que ésta señala expresamente en su primer párrafo como se encuentra pactado el monto y como se llevará a cabo el pago del mismo. De acuerdo a lo expuesto, si consta expresamente que existe la cláusula resolutoria expresa, conforme a la redacción del mismo contrato. (...)

6. En el literal 3.1 de la cláusula sexta del contrato que obra en la escritura pública del 21/6/2012, el vendedor se obliga con el comprador a realizar el pago del monto de US\$ 550,000.00 (quinientos cincuenta mil y 00/100 dólares americanos) en un plazo de cinco días perentorios, luego de que el vendedor remita las copias de los partes judiciales y la constancia de presentación los cuales se indican en ese literal. Ahora la escritura pública del 21/6/2012 contiene inserto el addendum el cual modifico el monto del precio total del inmueble (...) y también se modificó el monto establecido en el literal 3.1 de la cláusula sexta (...) Ahora, si bien se modificó el monto establecido en la cláusula sexta, los plazos así como las obligaciones que contienen, no fueron modificados, por lo que continuaban vigentes.

7. El vendedor de conformidad con lo dispuesto en el literal 3.1 de la cláusula sexta, remitió al comprador lo pactado, tal y como consta en la carta notarial del 4/9/2012 inserto en la escritura pública del 13/9/2012, en la cual se indica que se remitió: - Copia de la resolución N° 73 que declara el abandono del proceso. - Copia de la resolución N° 75 que declara consentido y archivo definitivo. - Copia de la resolución N° 07 dispone levantar medida cautelar y cursar partes. - Copia del reporte del Poder Judicial del expediente de medida cautelar. - Copia del reporte del Poder Judicial del Exp. otorgamiento de escritura pública. - Copia de los partes judiciales. - Copia del cargo de ingreso de los partes judiciales a los Registros Públicos. Una vez que el vendedor cumplió con las obligaciones establecidas en el literal 3.1 de la cláusula sexta, correspondía al comprador realizar el pago del monto establecido en el contrato, dentro de los cinco días de haberse entregado lo pactado, es decir cinco días a partir del 04/9/2012.

9. Conforme consta en el título materia de la presente, mediante carta notarial del 10/9/2012, inserto en la escritura pública del 13/9/2012, el vendedor resolvió de pleno derecho el contrato de compraventa al no haber cumplido el comprador con lo estipulado en el literal 3.1 de la cláusula sexta del contrato; la resolución del contrato fue invocada de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo noveno del contrato que obra en la escritura pública del 21/6/2012 Y fue realizada luego de que transcurra el plazo de cinco días establecido. Siendo esto así, se cumplió con lo normado en el segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil, el cual señala que para la resolución del contrato en mérito a la cláusula resolutoria expresa, se

tendrá que comunicar ésta, a la otra parte. Habiéndose configurado en el presente caso, lo normado en la cláusula resolutoria expresa, es decir encontrándose vigente la relación jurídica, no habiéndose realizado la obligación por una de las partes, y habiéndose comunicado la resolución del mismo conforme a las fechas indicadas en el contrato, corresponde revocar la tacha efectuada por la Registradora del Registro de Predios de Lima.

En otro interesante caso, un usuario solicitó la inscripción de la resolución unilateral de un contrato de compraventa inscrito en el Registro de Predios. La cláusula resolutoria expresa estaba redactada en los siguientes términos:

CLAUSULA CUARTA (.) 4.4 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ASIMISMO, SI EN EL PLAZO DE SESENTA DÍAS HÁBILES DE INSCRITA LA HIPOTECA A FAVOR DE LA ENTIDAD FINANCIERA QUE SE ENCARGUE DE FINANCIAR EL PROYECTO LA COMPRADORA NO HUBIERA CUMPLIDO CON HACER ENTREGA DE LA GARANTÍA BANCARIA DESCRITA EN EL NUMERAL 4.1 DE ESTA CLAUSULA, O ELLA NO HUBIERA CUMPLIDO CON HACER ENTREGA DE LA VIVIENDA ALTERNATIVA, EL PRESENTE CONTRATO SE RESOL VERA DE PLENO DERECHO, EN CUYO CASO LOS GASTOS NOTARIALES Y RESGISTRALES QUE ORIGINEN EL LEVANTAMIENTO DE HIPOTECAS Y LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CONTRATO SERAN DE CARGO DE LA COMPRADORA (...).

El Registrador Público formula una tacha sobre el título, afirmando que:

(...) de la documentación presentada no se ha cumplido con los presupuestos necesarios para la aplicación de la cláusula resolutoria expresa regulada por el artículo 102 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, por cuanto de la copia legalizada notarialmente de la carta notarial presentada para calificación que la constancia emitida por el Notario de Lima (...) es de fecha 04/05/2013, fecha en la que aún no se había cumplido y vencido el plazo de sesenta días hábiles establecido por las partes en el numeral 4.4 del contrato de compraventa del 01/02/2012, y a que menciona el numeral 5 de la escritura del 04/06/2013, por lo que a la fecha del 04/05/2013 no existiría supuesto de incumplimiento de la prestación conforme al artículo 1430 del Código Civil. (...).

El Tribunal Registral, mediante la Resolución 1224-2013, revoca la tacha sustantiva, considerando que:

Al respecto, no obstante que la referida constancia notarial de recepción tiene como fecha el 4/5/2013, se advierte que dicha fecha resulta ser errónea, por cuanto de la revisión de la misma carta notarial se aprecia que del sello puesto por el destinatario de la carta notarial, del sello de recepción puesto por la notaría, de la fecha de elaboración consignada en la misma carta notarial y de lo indicado en la escritura pública de declaración unilateral de resolución de contrato (en la que expresamente se indica que la carta notarial de resolución de contrato fue remitida luego de haber transcurrido el plazo de sesenta días hábiles), queda claro que en realidad la fecha correcta en la que dicha carta

fue recibida por el respectivo destinatario de ésta fue el 4/6/2013, tal como lo manifiesta el apelante en su recurso.

11. En efecto, con el recurso de apelación se adjunta copia certificada de la misma carta notarial del 4/6/2013 en la que se aclara la constancia antes mencionada (...)

En vista de lo antes señalado y teniendo en consideración que el numeral 4.4 de la cláusula cuarta del contrato de compraventa del 1/2/2012 señala de manera expresa que si en el plazo de sesenta días hábiles de inscrita la hipoteca a favor de la entidad financiera, la compradora no hubiera cumplido con hacer entrega de la garantía bancaria descrita en el numeral 4.1 de la mencionada cláusula, el contrato se resolverá de pleno derecho; y además teniendo en cuenta que Proyectos Inmobiliarios (...) constituyó hipoteca a favor de HSBC BANK (...), la misma que se inscribió en el asiento 000001 de la partida electrónica (...) del Registro de Predios de Lima, en mérito al título archivado (...) del 20/2/2013, resulta que a partir de esta última fecha se tiene que computar el plazo de 60 días hábiles que existía para cumplir con la prestación debida. Finalizado dicho plazo, se configuraría el supuesto de incumplimiento de la prestación conforme al artículo 1430 del Código Civil.

12. Al respecto, teniendo en consideración que la fecha de entrega al destinatario (Proyectos Inmobiliarios (...)) de la carta notarial mediante la cual los vendedores hacen valer la cláusula resolutoria expresa fue el 4/6/2013, tal y como se indica en la aclaración realizada por el notario de Lima (...), esto es posterior al vencimiento del plazo establecido en el contrato de compraventa para el cumplimiento de la obligación correspondiente. Siendo esto así, se cumplió con lo normado en el segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil, el cual señala que para la resolución del contrato en mérito a la cláusula resolutoria expresa, se tendrá que comunicar ésta, a la otra parte.

Habiéndose configurado en el presente caso, lo normado en la cláusula resolutoria expresa, es decir encontrándose vigente la relación jurídica, no habiéndose realizado la obligación por una de las partes, y habiéndose comunicado la resolución del mismo conforme a las fechas indicadas en el contrato, **corresponde revocar la tacha sustantiva** efectuada por el Registrador Público del Registro de Predios de Lima”.

Se advierte otro caso. Se solicita la inscripción de la resolución unilateral de un “contrato de dación en pago”. La cláusula resolutoria expresa fue redactada de la siguiente manera:

2.1.- Por el presente contrato, EL DEUDOR, reconoce a favor de SFK la existencia de una deuda, la misma que por acuerdo de LAS PARTES y haciéndose concesiones recíprocas, será cancelada de la siguiente manera:

2.2.1.- EL DEUDOR mediante el presente documento transfiere en enajenación total y perpetua el 5% de los derechos de propiedad que tiene en calidad de copropietario sobre EL INMUEBLE (en adelante, EL PORCENTAJE), a favor de SFX. (...) 2.2.3.- Asimismo, SFX se obliga al levantamiento de la hipoteca descrita en el numeral 1.3. de la Cláusula

*Primera del presente documento, a la suscripción de la escritura pública que la presente minuta origine. **LAS PARTES conviene que de no levantarse LA HIPOTECA (descrita en el numeral 1.3 de la Cláusula Primera del presente documento) en la fecha que el presente documento sea elevado a escritura pública. Este quedará sin efecto, en todos sus extremos. (...)***”.

El Registrador Público formula una tacha en los siguientes términos:

(...) Verificado los antecedentes registrales, se aprecia que en el asiento C0004 se inscribió a favor de San Francisco (...) SAC la transferencia de 5% del 50% de derechos y acciones, que sobre el inmueble le corresponde al señor Mauricio (...). Revisado el título archivado (...), el cual diera mérito a la extensión del asiento C004, se aprecia que en la cláusula segunda de la escritura pública de fecha 12.08.20013 otorgada ante notario de Arequipa (...), que se estableció una cláusula resolutoria, por la cual la empresa SFX se obliga al levantamiento de la hipoteca inscrita en el asiento D0002, a la suscripción de la escritura pública, asimismo, se convino en que de no levantarse la hipoteca en la fecha que el presente documento sea elevado a escritura pública. Este quedará sin efecto, en todos sus extremos.

Asimismo, en el asiento E003 se inscribió el levantamiento de hipoteca del asiento D002, mediante escritura pública de fecha 21.08.2013, otorgada ante notaria de Lima (...)

Se ha presentado ante el Registro la escritura pública de resolución de contrato de fecha 12.11.2014, por la cual el señor Mauricio (...), acreedor de la obligación resuelve de manera unilateral el contrato de fecha 12.08.2014 y en cuyo inserto se encuentra la comunicación efectuada mediante carta notarial de fecha 11.11.2014.

*Como a lo expuesto anteriormente, el señor Mauricio (...), acreedor de la obligación tuvo la oportunidad de comunicar al deudor su intención de resolver el contrato antes de que el deudor decidiera levantar la hipoteca, sin embargo, ello no ha ocurrido, ya que la empresa SFX SAC, realizó el levantamiento de hipoteca a través de la escritura pública de fecha 21.08.2013, **se presume que el acreedor tuvo el interés de conservar el contrato al no haber realizado comunicación alguna al deudor en su oportunidad, por lo tanto, no es posible realizar la resolución del contrato ya que se han producido todos sus efectos al haberse cumplido todos los efectos pactados en la escritura pública de fecha 12.08.2013 (...)** (las negritas son nuestras).*

El Tribunal Registral, mediante la Resolución 142-2015, revocó la observación formulada por el Registrador Público, en atención a las siguientes consideraciones:

*(...) resulta clara que la transferencia de los derechos (5%) estaba sometida al pacto comisorio de que la hipoteca inscrita en el asiento D0002 de la partida registral (...) del Registro de Predios de la Oficina Registral de Islay sea levantada en una *fecha expresa* pactada, esto es, en la fecha que el documento que contiene la dación en pago sea elevada a escritura pública, la cual se*

realizó el 12 de agosto de 2013, sin embargo dicho levantamiento de la hipoteca señalada no se efectuó en dicha fecha, sino por escritura pública del 21 de agosto de 2013, presentada para su inscripción el 21 de agosto de 2013.

12. De lo expuesto queda claro y evidenciado de la propia partida registral que San Francisco (...) S.A.C. no ha cumplido su obligación en la fecha pactada, y siento que en virtud del principio de autonomía privada de las partes: San Francisco (...) S.A.C. y Mauricio Fernando (...) sometieron el contrato de dación en pago al cumplimiento de la condición pactada en la fecha exacta y en vista de que dicha obligación no se cumplió en la forma acordada, es que procede la inscripción del título venido en grado.

13. Debe tenerse en cuenta que la cláusula resolutoria expresa contiene ínsita un *consentimiento previo*, es decir, una autorización que hace la parte obligada para que en caso incurra en infidelidad en la ejecución contractual, la parte fiel pueda hacer uso de la atribución que en virtud de contrato el infiel le ha concedido.

Uno de los vocales de la Sala emitió un **voto en discordia**, puesto que consideraba que debía tacharse el título. El voto estaba redactado en los siguientes términos:

7. En el caso materia de análisis, en la escritura pública de resolución de fecha 12.11.2014 obra inserta la carta notarial de fecha 11.11.2014 en la que Mauricio Fernando (...) comunica a SFX su voluntad de resolver el contrato contenido en la escritura pública de fecha 12.08.2013, ante el incumplimiento de esta última de la obligación pactada en la cláusula segunda, numeral 2.2.3 (cláusula resolutoria expresa)

8. Ahora bien, conforme a lo anteriormente dicho la resolución del contrato produce sus efectos cuando la parte comunica a la otra parte (infiel) su decisión de resolver el contrato. En el caso materia de análisis, tenemos que la carta notarial ha sido diligenciada el 12.11.2014, constituyendo ésta la fecha en la que la otra parte, es decir SFX ha tomado conocimiento de la voluntad de Mauricio Fernando (...) de resolver el contrato, por lo que sería a partir de esta fecha en que el contrato inscrito en el asiento C00004 de la partida registral N° (...) quedaría resuelto.

Sin embargo, es pertinente recordar que la obligación por parte de SFX cuyo incumpliendo (sic) generaría la resolución del contrato consistía, conforme a la cláusula segunda de la escritura del 12.08.2013, en levantar la hipoteca constituida mediante escritura pública del 15.06.2012 e inscrita en el asiento D00002.

Revisada la partida donde corre inscrito el contrato objeto de resolución se aprecia que en el asiento E00003 se ha extendido el levantamiento de la hipoteca registrada en el asiento D00002, es decir, se ha cumplido con la obligación contenida en cláusula resolutoria expresa. Cabe precisar que el citado asiento E00003 produce todos sus efectos mientras no sea declarada judicialmente su invalidez, de conformidad con el principio de legitimación que sustenta el ordenamiento registral peruano recogido en el artículo 2013 del Código Civil y artículo VII del Título Preliminar del RGRP.

Siendo que con el título impugnado se está solicitado la resolución del contrato por incumplimiento precisamente de la referida obligación, es que se determina que el título resulta incompatible con lo publicitado en la partida registral del predio, por lo que no procede su inscripción.

Cabe añadir, que si bien el levantamiento de la hipoteca no se ha producido en la fecha en que la minuta de transferencia de acciones y derechos ha sido elevada a escritura pública (12.08.2013), conforme lo precisa la cláusula segunda, basta verifica que al momento de la ejecución de la cláusula resolutoria (comunicación vía carta notarial) ya se había cumplido con la obligación pactada para que no procesa la inscripción de la resolución del contrato. En todo caso, de ser así, lo que cabría es que por el cumplimiento tardío de la obligación responda el deudor por los daños y perjuicios que haya irrogado el retraso.

En ese sentido, se advierte la existencia de un obstáculo insalvable en la partida para que el título acceda al Registro, pues no sería procedente inscribir la resolución de contrato por incumplimiento de obligación cuando conforme a la partida dicha obligación se habría cumplido.

C. 7. Indicación de la prestación incumplida en la escritura pública de resolución

- Resolución 1592 – 2010⁸¹

No podemos dejar de destacar otra resolución igualmente ilustradora. Sin embargo, desde ahora debemos precisar que esta resolución es importante no solo por la cuestión relativa a la evaluación del incumplimiento, sino que también es relevante por el criterio que asume Tribunal Registral respecto a la forma cómo se debe satisfacer la exigencia de <<indicar la prestación incumplida en la Escritura Pública de resolución>>. Según el Tribunal Registral, no es necesario que se indique expresamente la prestación incumplida en la Escritura Pública otorgada unilateralmente, porque sería suficiente que, en la escritura, además de indicarse que el deudor ha incumplido, se remita a la notificación inserta, y esta, a su vez, aluda a la cláusula resolutoria expresa (“análisis contextual”). Asimismo, es importante anotar la siguiente resolución, puesto que refleja claramente un enfrentamiento directo entre la posición del Registrador Público y la posición del Tribunal Registral respecto a la eficacia registral del ejercicio de la facultad resolutoria. En efecto, mientras que el Registrador Público se opone a su eficacia, el Tribunal Registral aboga por su funcionamiento.

Pues bien, un Registrador Público observó un título en los siguientes términos:

⁸¹ Resolución N° 1592-2010-SUNARP-TR-L.

En la cláusula tercera de la escritura pública que diera mérito a inscribir el asiento 3-c de la ficha (...) se establece que el saldo ascendente a la suma de US\$ 18, 000.00 dólares americanos se pagarán en 120 armadas mensuales vencido la primera de ellas el 30/12/1995 por lo que se presume que la última armada venció el 30/12/2005; sin embargo, la carta notarial ha sido cursada en marzo del año 2010 fecha en la que se presume que se ha pagado en la integridad el precio de compraventa por lo que no resultaría procedente la inscripción que se solicita. 2. A) Además, el artículo 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, establece que la transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil se inscribirá en mérito de la escritura pública (...) otorgada unilateralmente por la parte que goza del derecho a resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, b) debiendo adjuntar la carta notarial y otra comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria. 3. a) En el presente caso, se desprende de la documentación presentada que no se ha precisado cuál es la prestación incumplida, b) es decir, qué armadas se dejaron de pagar. (...) 5. Sírvase adjuntar documentación adicional en copia legalizada por notario público como el estado de cuenta que contenga el cronograma de pagos en donde conste el nombre del comprador José (...) así como el inmueble al que corresponde y además documentación suficiente que permite determinar que se ha cumplido con lo establecido por la norma antes acotada. (...) 6. Con relación al escrito presentado se le indica, que además de los fundamentos expresados en las observaciones anteriores, ninguno de los cuales ha sido desvirtuado, está el hecho que, la función del Registrador está limitada a los documentos que se presenten, los cuales deben ser de tal naturaleza que acrediten los hechos expuestos, ya que al ser el procedimiento registral de carácter no contencioso, no se pueden actuar medios probatorios ni valorarlos, por ello y en concordancia con lo que se expresa en el ítem IV del vigésimo considerando de la resolución de fecha 20/01/2010 expedida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo: "... la resolución puede ser extrajudicial para sus efectos civiles, pero en el ámbito registral es necesario que conste documentada en título fehaciente, que no lo es la escritura unilateral, pues el registro actúa sobre la base de los derechos consumados prima facie y no sobre situaciones claudicantes por el mérito de instrumentos privados o de declaraciones propias del interesado (las negritas son nuestras).

El Tribunal Registral, mediante Resolución N° 1592 – 2010, revoca la observación formulada por el Registrado Público, en atención a que:

3. Asimismo, el artículo 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios señala que la transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1420 del Código Civil, se inscribirá en mérito a escritura pública o formulario registral legalizado por notario, otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho a resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la carta notarial u otra comunicación

indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

8. Como primer punto de la esquila de observación, tenemos que la Registradora considera que como el contrato de compraventa submateria, tiene como fecha del primer pago de la armada mensual el 30/12/1995, presume que a la fecha de notificación de la carta notarial (10/3/2010) en la que se hace de conocimiento del comprador el uso de la cláusula resolutoria, se ha pagado la integridad del precio de venta del inmueble. Al respecto, debemos señalar que el artículo 1430 del Código Civil, no estipula plazo dentro del que deba hacerse uso de este tipo de cláusula, por lo que se entiende que se puede hacer efectiva mientras que la relación obligacional se encuentre vigente. En tal sentido, mientras no se presente al Registro documento alguno sobre la cancelación del precio de venta del predio en cuestión, no debe presumirse que el precio ha sido pagado. Por ende, el acreedor puede hacer uso de su potestad de ejercer la cláusula resolutoria en análisis. Por lo tanto se debe revocar el primer numeral de la esquila de observación.

9. Con respecto a la necesidad de señalar en forma *expresa* la prestación incumplida, debe indicarse que la formalidad nunca es un fin en sí mismo, por ello, lo determinante es la finalidad que se busca complementar, si de algún modo se logra esa finalidad la exigencia de la formalidad decae. El culto a la forma ha deformado nuestra visión del procedimiento. El exceso de formalismo trae consigo dos grandes inconvenientes: aumento de costos e innecesarias demoras, y ya sabemos que la justicia a destiempo no es justicia. (...) Bajo esa premisa se analizará la exigencia de señalar de forma expresa la prestación incumplida en la escritura pública. (...) En el caso de autos de transferencia de propiedad ya se realizó, tanto es así que lo publica el asiento registral respectivo; sin embargo, el precio no ha sido cancelado totalmente, pues se pactó que éste se cancele en 120 armadas mensuales, de ello sigue que la única prestación susceptible de ser incumplida es aquella referida al pago del saldo del precio de venta. La cláusula resolutoria señala que: “*si el comprador dejara de pagar una de las armadas [...] la Caja podrá [...] resolver el presente contrato de pleno derecho*”. En la cláusula segunda de la escritura pública presentada se señaló que ante el incumplimiento del pago por parte del comprador se remitió la carta notarial que se insertó. Esto es, existe una remisión al texto de dicha carta. (...) el artículo 68 del Reglamento de Inscripciones de Predios (...) Del análisis de dicho artículo se desprende que el título principal lo constituye la escritura y el documento complementario la carta notarial. Asimismo, dicho artículo no requiere declaración *expresa* de la prestación incumplida. La calificación debe comprender la totalidad el título (título principal y documentos complementarios). En la escritura presentada se insertó la carta notarial remitida por la parte fiel a la infiel, señalándose en ella: “[U]sted ha incumplido con el pago de las armadas mensuales estipuladas [...]”. Nótese que la resolución opera de pleno derecho. Del análisis contextual del título presentado (carta notarial en la que se señala que se ha incumplido con el pago de las armadas mensuales estipuladas inserta en la escritura, hacerse remisión a dicha carta notarial en la escritura, tratarse de una compraventa

cuya única prestación pasible de incumplirse es el pago del saldo del precio, etc.), consideramos que es factible establecer indubitable y racionalmente cual es la prestación incumplida, cumpliéndose de este modo la finalidad del artículo 68° del RIRP, por lo que se **REVOCAN** los numerales 2 a) y 3 a) de la observación.

10. En la carta notarial (...) del 10/03/2010 inserta en escritura pública precitada figura lo siguiente: “(...) DAMOS POR RESUELTO DE PLENO DERECHO DICHO CONTRATO DE COMPRAVENTA, DADO QUE USTED HA INCUMPLIDO CON EL PAGO DE LAS ARMADAS MENSUALES ESTIPULADAS EN LA CLÁUSULA TERCERA DEL REFERIDO CONTRATO”. En dicha carta se indicó que ha incumplido con el pago de las armadas mensuales estipuladas en la cláusula tercera del contrato de compra venta y se comunica al comprador que el contrato ha quedado resuelto. Por lo tanto, corresponde **REVOCAR** el literal b) del numeral 2 de la observación, pues sí se ha cumplido con insertar la carta notarial. Asimismo, debe resaltarse que no corresponde acreditar en sede registral el incumplimiento del comprador, siendo suficiente que el acreedor afirme la ocurrencia de tal supuesto, pues la veracidad de esta aseveración es de su exclusiva responsabilidad. En tal sentido, corresponde **REVOCAR** el quinto numeral de la referida esquila.

11. En la carta notarial que obra inserta en la escritura, se consignó la prestación incumplida: “...Ud. Ha incumplido con el pago de las armadas mensuales estipuladas en la cláusula tercera del referido contrato”. Ahora bien, la Registradora considera que la acreedora debió precisar qué armadas se dejaron pagar. Al respecto, en la cláusula cuarta del contrato de compraventa contenido en la escritura del 8/5/1997, las partes habían pactado que si el comprador dejara de pagar una de las armadas, la Caja podría, a su elección, ejecutar la hipoteca o resolver el contrato. Esto es, bastaba con que el comprador dejara de pagar una sola de las armadas para que la vendedora pudiera resolver el contrato. Por lo tanto, bastaba con haber señalado en la carta notarial remitida por la vendedora al comprador que éste había incumplido con el pago de las armadas mensuales, sin requerir precisar qué armadas se dejaron de pagar, pues si se omitía el pago de cualquiera de las armadas, la vendedora podía resolver el contrato. Conforme a lo expuesto, se **REVOCA** el literal b) del numeral 3 de la observación. (...)

14. El sexto numeral de la observación se fundamenta en la resolución del 20/1/2010 expedida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en la que se señala que en el ámbito registral no basta con la escritura unilateral para inscribir la resolución. Esto es, propiamente la Registradora pretende inaplicar el artículo 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, norma que expresamente prescribe la inscripción de la transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, en mérito a escritura pública otorgada unilateralmente, bastando además con insertar o adjuntar la carta notarial cursada al deudor. Al respecto debe señalarse que mientras no se declare ilegal (en proceso de acción popular), la referida norma reglamentaria registral, los Registradores se encuentran obligados a aplicarla. Los

Registradores no pueden dejar de aplicar las normas reglamentarias registrales (ni ninguna otra norma). Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, la potestad de aplicar el control difuso en sede administrativa le compete exclusivamente a los órganos colegiados que imparten justicia administrativa con carácter nacional. En el procedimiento registral, dicha potestas le corresponde exclusivamente al Tribunal Registral. Conforme a lo expuesto, se **REVOCA** el numeral 6 de la observación.

No obstante, uno de los vocales emitió un **voto en discordia** en los siguientes términos:

2. Como ya se ha señalado, para la inscripción de la transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, se requiere presentar escritura pública o formulario, **en el que se indique la prestación incumplida**. Así, se requiere de la declaración del acreedor, con la debida formalidad (instrumento público), indicando la prestación incumplida. Debe tenerse en cuenta que, en estos supuestos, la transferencia de propiedad se inscribe en mérito a la declaración unilateral del acreedor. No bastará entonces con que la prestación incumplida conste en la carta notarial remitida al deudor: se requiere que el acreedor enuncie a la prestación incumplida en el instrumento público que dará mérito a inscripción. Esta declaración del acreedor podrá (posteriormente) ser cuestionada judicialmente por el deudor, quien podrá demostrar que la prestación indicada sí fue cumplida. En este caso sin embargo, en la escritura pública no ha indicado la prestación incumplida: sólo se ha señalado “ante el incumplimiento de pago por parte del comprador (sic)”, sin indicar cuál fue la prestación incumplida. Si bien se trata de un contrato de compraventa a plazos, en el que quedó saldo de precio pendiente de pago, por lo que podría entenderse que el “incumplimiento de pago” está referido al incumplimiento de pago del saldo del precio de venta, es claro que el artículo 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios requiere una indicación expresa contenida en la escritura pública, de la prestación incumplida. Conforme a lo expuesto, voto por confirmar el literal a) del numeral 2 y el literal a) del numeral 3 de la observación.

C. 8. Inscripción de la cláusula resolutoria expresa

Otra de las cuestiones importantes en materia de cláusula resolutoria expresa es la atinente a su inscripción. La cuestión resulta particularmente importante, debido a que, como hemos visto, la inscripción de la cláusula resolutoria expresa, según el Tribunal Registral, tiene relevancia para resolver el conflicto que surge entre la ejecución de la cláusula resolutoria expresa y las posteriores transferencias inscritas realizadas el titular registral. Por ello, no sorprende que, en virtud de lo dispuesto por el XC Pleno Registral (2012), el Tribunal Registral admita la inscripción de la cláusula resolutoria expresa **(a)**. También observamos que se admite la inscripción de la cláusula resolutoria que conste en la Escritura Pública aclaratoria **(b)**. Además, se advierte que el Tribunal Registral no admite la inscripción de

una cláusula resolutoria expresa que consta en el título archivado, si la inscripción perjudica a terceros (c). Asimismo, el Tribunal Registral admite la inscripción de la cláusula resolutoria expresa incluso cuando existe una cláusula arbitral o judicial (d). Finalmente, no puede dejar de señalarse que el propio Tribunal Registral ha advertido la necesidad de rectificar un asiento en el sentido de que se inscriba la cláusula resolutoria expresa que constaba en el título archivado (e).

a. Resoluciones 829 – 2015⁸², 819-2015⁸³, 820-2015⁸⁴, 830-2015⁸⁵ y 848-2015⁸⁶

Se solicita la inscripción de un contrato de compraventa y constitución de hipoteca. El Registrador Público considera que en la liquidación del título debe tenerse en cuenta la inscripción de la cláusula resolutoria expresa que consta en la escritura pública de compraventa. En efecto, el Registrador Público considera que:

(...) Efectuada la evaluación de los partes presentados, se advierte que en la Escritura Pública N° 3209 del 26/06/2014, se señala en la cláusula novena disposiciones sobre Resolución Contractual regido por lo señalado en el art. 1420 del Código Civil y que por afectar al bien debe ser inscrita, por lo que conforme a lo señalado en el inc. 1) art. 2019 del Código Civil es un acto inscribible, acto que no fue considerado en la liquidación por el registrador que conoció primigeniamente el presente título, por lo que corresponde realizar la ampliación de la liquidación efectuada al presente título (...).

El Tribunal Registral confirma el criterio del Registrador Público, considerando que:

(...) La cláusula resolutoria expresa es un pacto tipificado por ley, la cual para producir efectos debe contener los elementos previstos en ella.

11. Respecto a su inscripción, esta instancia ha señalado en el Pleno Registral N° XC celebrado el 27 de junio de 2014, mediante el siguiente acuerdo, lo siguiente:

Inscripción de clausula resolutoria

“Siendo la cláusula resolutoria un acto inscribible, corresponde aplicar el artículo III primer párrafo in fine del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos.”

⁸² Resolución N° 829-2015-SUNARP-TR-A.

⁸³ Resolución N° 819-2015-SUNARP-TR-A.

⁸⁴ Resolución N° 820-2015-SUNARP-TR-A.

⁸⁵ Resolución N° 830-2015-SUNARP-TR-A.

⁸⁶ Resolución N° 848-2015-SUNARP-TR-A.

Mediante dicho acuerdo se reconoce que la cláusula resolutoria es un acto inscribible y que su solicitud de inscripción se entiende comprendida en la rogatoria de la compraventa, salvo reserva expresa.

(...)

13. Debe tenerse en cuenta que únicamente se ha pactado una cláusula resolutoria y no es que se esté haciendo efectiva la resolución, pues ésta es un acto posterior. Para que surta efectos es necesario que el interesado haga uso de la misma comunicándolo a la otra parte con la debida formalidad.

Como se señaló en la Resolución N° 384-2009-SUNARP-TR-A, mientras no se inscriba la resolución, la cláusula resolutoria expresa constituye sólo una potestad aún hipotética que puede o no tener existencia real; por tanto, el titular registral con toda validez y eficacia puede ejercer todas las atribuciones que su derecho de propiedad le confiere, entre ellas las de disposición.

Por lo expuesto, debe confirmarse la observación y liquidación formulada al título, en el sentido que la cláusula resolutoria está comprendida en la rogatoria de la compra venta, salvo reserva expresa, a que se refiere el artículo 13 del RGRP.

En ese mismo sentido, también podemos citar las Resoluciones 819-2015, 820-2015, 830-2015 y 848-2015.

b. Resolución 1314-2014⁸⁷

Se solicita la inscripción de la aclaración de un contrato de compraventa, en la cual consta una cláusula resolutoria expresa. La escritura pública del contrato tenía como fecha 16/04/2012, mientras que la escritura pública aclaratoria del contrato tenía como fecha 21/12/2013. Ahora bien, la cláusula segunda de la escritura pública aclaratoria disponía que:

(...) ACLARACIÓN: SEGUNDA. – MEDIANTE LA PRESENTE, LOS CONTRATANTES DECLARAN QUE EN LA CLÁUSULA TERCERA DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA DEL PREDIO DESCRITO EN LA PRIMERA CLÁUSULA SE SEÑALA QUE SE ENTREGA LA POSESIÓN DEFINITIVA DEL PREDIO Y ADEMÁS EN LA CLÁUSULA QUINTA SE SEÑALA QUE EL PREDIO SE ENCUENTRA LIBRE DE MEDIDAS JUDICIAL O EXTRAJUDICIALES; SIN EMBARGO MEDIANTE LA PRESENTE LOS CONTRATANTES ACLARAN QUE NO SE HA HECHO ENTRE DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE POR QUE SOBRE EL PREDIO MATERIA DE LA PRESENTE OBRA UN PROCESO JUDICIAL DE USURPACIÓN POR TERCEROS QUE EL VENDEDOR SE ENCUENTRA DEFENDIENDO EN LA VÍA CIVIL Y PENAL ANTE LAS INSTANCIAS JUDICIALES.- POR OTRO LADO, EL VENDEDOR MEDIANTE LA PRESENTE SE COMPROMETE A OBTENER LA DECISIÓN JUDICIAL A SU FAVOR SOBRE LOS PROCESOS

⁸⁷ Resolución N° 1314-2014-SUNARP-TR-L.

JUDICIALES QUE PESA SOBRE EL PREDIO EN EL PLAZO DE UN AÑO CONTADOS A PARTIR DEL 16 DE ABRIL DEL 2012 (FECHA DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA VENTA) Y DE MANERA INDEFECTIBLE EL DÍA 16 DE ABRIL DEL 2013. - EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL VENDEDOR EN LA ENTREGA DE LA POSESIÓN DEL PREDIO Y DE LA OBTENCIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL A SU FAVOR PARA LAS FECHAS ESTABLECIDAS, CONSTITUIRÁ CAUSAL DE RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA CONFORME A LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y DEMÁS DEL SISTEMA JURÍDICO QUE RESULTEN APLICABLES. (...).

El Registrador Público tachó el título, debido a que:

(...) a mérito de la aclaración consignada en el parte de la escritura presentada, significa que en el plazo de un año contados a partir del 16/4/2012 si el vendedor no entrega la posesión será causal de resolución, dato que verificado a la fecha de presentación del presente título, ya ha caducado pues de venció el 16-4-2013, por lo que el registro no puede publicitar situaciones jurídicas ya vencidas. En tal sentido, no existiendo acto inscribible, se procede a la tacha sustantiva.

La Sala del Tribunal Registral revocó la tacha formulada por el Registrador Público, efectuando el siguiente razonamiento:

2. De acuerdo a lo expuesto, se advierte que en realidad lo que se pretende inscribir mediante escritura pública del 21/12/2013, es una cláusula resolutoria expresa al contrato de compraventa celebrado con escritura pública del 16/04/2012 extendida ante el Notario Público (...), inscrito en el asiento C00001 de la partida (...); se puede concluir que no se trata de un nuevo contrato, sino que es una cláusula resolutoria expresa a la escritura pública de compraventa del 16/04/2012, donde se identifica con precisión la prestación que al ser incumplida será causal de la resolución de contrato.

La cláusula resolutoria expresa (...)

3. Respecto a su inscripción, esta instancia ha señalado en el Pleno Registral N° XC celebrado el 27 de junio de 2014, mediante el siguiente acuerdo, lo siguiente:

Inscripción de cláusula resolutoria

“Siendo la cláusula resolutoria expresa un acto inscribible, corresponde aplicar el artículo III primer párrafo in fine del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos”.

Mediante dicho acuerdo se reconoce que la cláusula resolutoria es un acto inscribible y que su solicitud de inscripción se entiende comprendida en la rogatoria de la compraventa, salvo reserva expresa.

4. Son fundamentos de dicho acuerdo, los siguientes:

- Para Manuel de la Puente y Lavalle la cláusula resolutoria es una cláusula del contrato con prestaciones recíprocas en virtud de la cual se conviene que el contrato queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta

determinada prestación a su cargo. Es un elemento accidental del contrato, hay que pactarla que exista.

– La cláusula resolutoria expresa constituye pues un mecanismo resolutorio que ha sido diseñado para lograr la resolución de un contrato de manera expeditiva sin necesidad de recurrir al fuero jurisdiccional. Una vez que el perjudicado comunica a su contraparte que está haciendo uso de la referida cláusula, el contrato queda resuelto de pleno derecho.

– Es aquí donde debemos recordar que los actos jurídicos pueden tener ciertos elementos accidentales que modifican sus efectos normales, tornándolos inciertos, limitándolos en el tiempo o limitando la ventaja económica del beneficiario de un acto de liberalidad. Dentro de estas modalidades se halla la condición que es entendida como el evento futuro e incierto (natural o humano), establecido arbitrariamente por la voluntad del agente, de cuya verificación se hace depender el surgimiento (condición suspensiva) o la cesación (condición resolutoria) de la eficacia de un acto jurídico.

Los requisitos básicos de esta modalidad son:

i) La incertidumbre, pues el hecho del que se hace depender la eficacia del acto tiene que ser incierto, de realización insegura, pues no se sabe si la condición se cumplirá o no.

ii) La futuridad, pues el hecho puesto como condición debe ser futuro.

iii) Que sea establecida arbitrariamente, pues es pactada por las partes para limitar los efectos normales de su declaración de voluntad.

– Como vemos, la cláusula resolutoria expresa, cumple con todos los requisitos señalados, pues si bien se le denomina “condición resolutoria”, el contenido de la misma es una condición pactada entre las partes, previniendo que el incumplimiento de alguna obligación específica acarrea la resolución del contrato.

Ahora bien, teniendo claras estas ideas, es que procederemos a analizar lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a los actos inscribibles.

– El marco general de inscripciones en los registros de bienes, y en especial del Registro de Propiedad Inmueble, está determinado por el inciso 1) del artículo 2019 del Código Civil, según el cual, se inscriben en dicho registro los actos o contratos que constituyen, declaren, transmitan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles. Y es que la publicidad jurídica registral no busca exteriorizar y dar a conocer cualquier evento o acontecimiento, sino sólo aquellos relevantes para el derecho en la medida que generan efectos jurídicos con trascendencia hacia terceros.

– En otras palabras, se publican únicamente situaciones jurídicas que por naturaleza tienen vocación de oponibilidad (derechos reales, por ejemplo) para hacerlas conocidas a la generalidad de personas que no son parte de ellas. Esta lista siempre está abierta la posibilidad de inscribir otros actos que no están incluidos en el listado (no es numerus clausus); siempre y cuando

signifiquen una modificación (o posibilidad de modificación) en la situación jurídico real del bien inscrito.

– El inciso 4 del mismo artículo, considera como acto inscribible el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependen los efectos de los actos o contratos registrados a las que estén sujetos los actos registrados. En principio, ello excluiría como acto inscribible a la condición misma; sin embargo, una interpretación amplia sobre la funcionalidad de esta norma y del Registro desde el punto de vista de su utilidad jurídica nos lleva a la conclusión que la condición resulta inscribible porque su cumplimiento implica una mutación de la situación jurídico real del bien inscrito, pues, de producirse, el acto no solamente involucraría a los contratantes sino eventualmente a los terceros sub adquirentes. Carecería de toda significación para un contratante ser adquirente de un derecho real sujeto a condición si es que ésta no se inscribe en el Registro, pues de cumplirse aquella no podría oponerla válidamente a un tercer sub adquirente que adquirió el derecho del titular registral.

– Desde esta perspectiva, no solamente es inscribible en el Registro el cumplimiento total o parcial de las condiciones, sino también la condición misma de la cual se ha hecho depender los efectos de un acto, (en este caso la cláusula resolutoria), con lo cual, indirectamente, ingresa al Registro todo el contenido contractual.

– La inscripción de la cláusula resolutoria general cognoscibilidad general, siendo posible si conocimiento por todos, y en tal medida es oponible frente a terceros. En este sentido, cualquier tercero que contrate respecto de un bien que tenga esa carga no podrá alegar que los eventuales efectos del cumplimiento de la cláusula no le afectan, pues al estar inscrita le es oponibles.

– En ese sentido se ha pronunciado esta instancia en las Resoluciones N° 291-2008-SUNARP-TR-T, N° 384-2009- SUNARP-TR-A, entre otras”.

5. En tal sentido, siendo que se pretende inscribir una cláusula con tales características que se ha adicionado al contrato de compraventa y que ésta cumple con las características que se ha adicionado al contrato de compraventa y que ésta cumple con las características de ser una cláusula resolutoria expresa, procede su inscripción, no existiendo ningún obstáculo que lo impida en la partida registral.

Debe tenerse en cuenta que únicamente se ha pactado una cláusula resolutoria y no es que se esté haciendo efectiva la resolución, pues ésta es un acto posterior. Para que surta efectos es necesario que el interesado haga uso de la misma comunicándolo a la otra parte con la debida formalidad.

Como se señaló en la Resolución N° 384-2009-SUNARP-TR-A, mientras no se inscriba la resolución, la cláusula resolutoria expresa constituye sólo una potestas aún hipotética que puede o no tener existencia real; por tanto, el titular registral con toda validez y eficacia puede ejercer todas las atribuciones que su derecho de propiedad le confiere, entre ellas las de disposición.

La circunstancia de que el plazo para ejercer la resolución se ha vencido no forma parte de la calificación del Registrador en este momento, porque la cláusula resolutoria sólo contiene una potestad aún hipotética que puede o no tener existencia real”.

c. Resolución 2196-2013⁸⁸

A efectos de poder inscribir una cláusula resolutoria que constaba en el título archivado, se solicita la rectificación de asiento registral. El Registrador Público formula una tacha sobre el título, advirtiendo que “(...) el comprador (...) ya no cuenta con dominio sobre el inmueble, habiéndolo transferido a favor de terceros. Por tanto, no resulta atendible lo solicitado, toda vez que se podría vulnerar derechos adquiridos por terceros de buena fe, conforme lo establece el artículo 2014 del Código Civil”.

El Tribunal Registral confirma la tacha formulada por el Registrador Público, en los siguientes términos:

(...) surtiendo plenos efectos el asiento C00004 de la partida (...) del Registro de Predios presumiéndose dicha inscripción como cierta y válida mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez y en tanto no consta inscrita la cláusula resolutoria expresa consignada en la escritura pública del 4/09/2007 y habiéndose efectuado transferencias a favor de terceros (los mismos que se encuentran amparados por la fe pública registral), no procede la inscripción solicitada por existir obstáculo insalvable en la partida que impide la ejecución de la cláusula resolutoria expresa consignada en la escritura pública del 4/09/2007.

Una vez más es notoria la preocupación del Tribunal Registral por el destino de los titulares registrales. En efecto, se rechaza la solicitada rectificación, debido a que los actuales titulares registrales correrían el riesgo de perder su situación registral.

d. Resolución 1408-2018⁸⁹

Se solicita la inscripción de la resolución de un contrato de cesión minera derivada de la ejecución de una cláusula resolutoria expresa. El Registrador Público formula una tacha sobre el título, efectuando la siguiente argumentación:

1.- Se tacha el presente título por cuanto, en la cláusula décima del contrato de cesión minera celebrado mediante escritura pública de fecha 1/12/2016, las partes acordaron someterse en caso de controversia a los Tribunales de la jurisdicción de la provincia de Huaraz, región Ancash; en tal sentido, no sería procedente la resolución unilateral de contrato, debido a que la voluntad de las partes es someterse a la vía judicial.

⁸⁸ Resolución N° 2196-2013-SUNARP-TR-L.

⁸⁹ Resolución N° 1408-2018-SUNARP-TR-L.

El Tribunal Registral revoca la tacha formulada por el Registrador, efectuando el siguiente razonamiento:

1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1371 del Código Civil, por la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración; conforme a ello, la resolución de un contrato implica la existencia de una causal o motivo que surja con posterioridad a su celebración.

2. De otro lado, el segundo párrafo del artículo 1372 del Código Civil establece que la resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

La resolución de un contrato puede ser invocada judicial o extrajudicialmente, en ambos casos, los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, salvo pacto en contrario. En ese sentido, de la citada norma se extrae la idea de que la resolución no requiere indispensablemente de una declaración judicial, pues como se verá más adelante, cabe el caso que las partes puedan pactar cláusulas resolutorias que dejen sin efecto un contrato ante un eventual incumplimiento de la obligación, o cuando se trata de prestaciones recíprocas y una parte sea perjudicada con el incumplimiento de la otra pueda requerirla mediante carta notarial para que satisfaga la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato.

3. De conformidad con el artículo 1428 del Código Civil, en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la parte perjudicada puede demandar judicialmente el cumplimiento o la resolución contractual, quedando la parte demandada impedida de cumplir con la prestación debida a partir de la fecha de la citación con la demanda.

De otro lado, la resolución contractual será extrajudicial cuando se produzca la resolución por intimación o por autoridad del acreedor, ello de conformidad con el artículo 1429 del Código Civil, o como lo indica el artículo 1430 del referido código, cuando las partes contratantes hayan previsto una cláusula resolutoria expresa, de tal modo que cuando la parte fiel invoca la resolución unilateral por causal prevista en el contrato y lo comunica a la parte infiel, opera la eficacia de la citada cláusula, produciéndose la resolución automática de dicho contrato sin la necesidad de la intervención del Juez.

Al respecto, Hugo Fama Flórez señala:

"... la resolución por intimación tiene una doble característica: por un lado, es un mecanismo resolutorio de carácter extrajudicial; y, por otro, no requiere de un pacto porque lo confiere directamente la ley. (...) En el caso de resolución por cláusula expresa, es cierto que se trata de un mecanismo extrajudicial, como la intimación, pero el derecho de resolver surge de una estipulación expresa que ambas partes han incluido en el programa contractual, especificando incluso la prestación cuya inejecución permitirá la resolución por esta vía, de manera que tampoco puede considerarse que el deudor es sorprendido por la resolución.

El plazo que prevé el artículo 1429 de nuestro Código dentro del contexto de un mecanismo mediante el cual la resolución se produce de pleno derecho (es extrajudicial) sin necesidad de haberlo estipulado en el contrato, indica el momento en que el interés en la prestación se extingue en el acreedor para dar paso a un interés en la liberación del vínculo; pero además sirve para advertir a la otra parte que la consecuencia de su incumplimiento será la resolución, evitando con dicho plazo sorprender al deudor. En consecuencia, el referido plazo tiene “por función establecer el momento en el cual tendrá lugar la resolución”.

4. Conforme el artículo 1430 del Código Civil, los elementos que debe contener la cláusula resolutoria son los siguientes:

a) La precisión de la o las prestaciones cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación del pacto comisario. b) La indicación de cuál de las partes es la beneficiada con el derecho de resolver el contrato, pudiendo estipularse a favor de ambas partes. c) La declaración de la parte fiel. Esto tiene su fundamento en que si bien será el incumplimiento de una de las partes lo que genere la resolución prevista en la cláusula; es la declaración de la parte fiel (en el sentido que hará uso de la cláusula resolutoria) la que concede efectos a la resolución.

Manuel de la Puente y Lavalle, expresa al respecto que: "(...) la resolución se produce como consecuencia del incumplimiento previsto en el pacto comisario, pero es ineficaz, o sea nadie puede valerse de ella, hasta que la parte fiel, mediante su declaración en ese sentido, le concede su efecto resolutorio, el cual actúa de pleno derecho. La declaración de la parte fiel no es, pues, constitutiva de la resolución sino un requisito (condictio juris) para su eficacia."

5. Tenemos entonces que la cláusula resolutoria expresa importa una estipulación del contrato por la cual se conviene que éste queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo. Estas prestaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer.

Se trata de un mecanismo de resolución del contrato sin necesidad de intervención del Poder Judicial, en razón de que para su ocurrencia basta que se haya incumplido con la prestación contemplada en la cláusula expresa pactada por los contratantes. Sin embargo, para que surta sus efectos es necesario que el interesado haga uso de la misma comunicándola a la otra parte.

En tal sentido, cualquiera de las partes puede resolver unilateralmente el contrato, siempre que se trate del acreedor de la prestación no ejecutada y exista estipulación o cláusula expresa en la que se identifica con precisión la prestación cuyo incumplimiento constituye la configuración del supuesto necesario para poder valerse de la misma. Adicionalmente, se requiere de una declaración de la parte que goza del derecho de resolver el contrato, de hacer uso de dicha cláusula comunicada a la otra parte.

6. El Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros (RIRDM) en su artículo 38 ha regulado la inscripción de la resolución de

contrato por causa de cláusula resolutoria expresa al amparo del artículo 1430 del Código Civil, expresando que los documentos a presentar para ello son los siguientes:

"Artículo 38.- Cláusula resolutoria expresa del contrato Para la inscripción **de la escritura pública** de resolución de contrato por causa de cláusula resolutoria expresa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil, **ésta deberá contener** la siguiente información: a) Indicación de la prestación incumplida; b) **Comunicación indubitable cursada a la otra parte, en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria;**" (lo resaltado es nuestro).

Como puede apreciarse del texto transcrito, para la resolución de contrato minero debe adjuntarse la escritura pública otorgada por la parte acreedora, indicándose la prestación incumplida por la otra parte, y la comunicación indubitable cursada a esta, donde se le pone en conocimiento el ejercicio de la cláusula resolutoria, siendo necesario que esta última obre inserta en dicha escritura pública, de acuerdo con la literalidad de la norma citada.

Además, conforme al artículo 8 del Reglamento General de los Registros Públicos, las inscripciones se efectuarán sobre la base de los documentos señalados en cada reglamento específico y, en su defecto, por las disposiciones que regulen la inscripción del acto o derecho respectivo.

En ese sentido, para la inscripción registral de la resolución de contrato conforme al artículo 1430 del Código Civil, no se requerirá otra documentación que no sea señalada por el artículo 38 del RIRDM.

(...)

8. La Registradora denegó la inscripción de la resolución unilateral del contrato de cesión minera descrito en el considerando que antecede, por cuanto aprecia de la cláusula décima que las partes acordaron someterse en caso de controversia a los Tribunales de la jurisdicción de la provincia de Huaraz; por lo que puede inferir que la voluntad de las partes es someterse a la vía judicial.

9. Al respecto, esta instancia en el CXC Pleno realizado en sesión extraordinaria modalidad no presencial llevado a cabo el día 15 de mayo de 2018, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

"PROCEDENCIA DE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DE CONTRATO EN EL REGISTRO DE DERECHOS MINEROS Se podrá registrar la resolución unilateral de contrato, en aplicación de los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, aun cuando se haya estipulado una cláusula de sometimiento a la vía arbitral o judicial, para solución de las controversias que surgieran del contrato, por cuanto ambas no son excluyentes". Los fundamentos que sustentan el citado criterio interpretativo son los siguientes:

"- El derecho a la libre contratación se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad y está reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 620 de la Constitución.

Asimismo, tiene un doble contenido:

a. libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y

b. libertad contractual - que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución. También es conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

- De esta manera, en virtud de la autonomía de la voluntad dos o más personas naturales y/o jurídicas pueden crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, que estará referida a bienes o intereses de índole económica, con fines lícitos y no contravenga el orden público.

- Este es el marco legal en cual se da el pacto comisario o cláusula resolutoria expresa, en los contratos con prestaciones recíprocas las partes pueden estipular que el contrato queda resuelto, cuando una o cualquiera de las partes no realiza determinada prestación a su cargo. Constituye un mecanismo resolutorio que permite la resolución de un contrato de manera expeditiva sin necesidad de recurrir a la vía judicial.

- De otro lado, mediante la cláusula de competencia judicial o arbitral las partes contratantes determinan que en el supuesto de surgir diferencias en la interpretación o cumplimiento del contrato se someterán a la jurisdicción judicial de determinado lugar o a la arbitral.

- Consideramos, que la resolución de contrato es un acto que debe acceder al Registro luego de cumplido los requisitos necesarios para su procedencia y en caso exista oposición del deudor podrá impugnar la resolución en la vía judicial o arbitral según 10 señalado en la cláusula de competencia, mantener el criterio antes mencionado conllevaría a inaplicar los artículos 37 y 38 del Reglamento de Derechos Mineros.

- Sea que en el contrato exista sometimiento a la vía arbitral o a determinado juez competente, ello no implica que las partes estén excluyendo los supuestos de resolución por autoridad del acreedor, aun cuando no exista cláusula resolutoria expresa, pues el sometimiento a la solución de los conflictos por un tercero juez determinado o árbitro) no excluye las vías que el ordenamiento concede pues no implica renuncia de derecho alguno. La renuncia a utilizar las vías unilaterales tendría que ser expresa.".

Como puede apreciarse, el referido criterio se sustentó en que la interpretación de los contratos debe realizarse buscando descubrir la común intención de las partes, así nadie celebra un contrato pensando en que una disposición anule o elimine a la otra, sino que se debe entender que todas las estipulaciones han sido pensadas en forma sistemática, debiendo funcionar de manera articulada, unas en función de otras.

10. Entonces, tenemos que en este caso resulta procedente la resolución unilateral del contrato de cesión minera rogado aunque las partes contratantes

se hayan sometido a la jurisdicción judicial, conforme se aprecia de la cláusula décima de la escritura pública del contrato de cesión minera del 1/12/2016 anteriormente glosada, puesto que ésta será aplicada cuando la parte que se considere afectada por el ejercicio de la resolución, considere que se le ha lesionado en su derecho pudiendo, entonces, recurrir al Poder Judicial para la composición del conflicto.

e. Resolución 603-2014⁹⁰

El Tribunal Registral ha sostenido que:

15. Ahora bien de conformidad con el principio de legitimación recogido en el artículo 2013 del Código Civil, “el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”; disposición que también se encuentra desarrollada en el numeral VII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante RGRP) con el siguiente tenor: “Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez.

El principio de legitimación protege la inscripción, considerando que la misma debe ser respetada por todos, aunque la inscripción no refleje la realidad, aparentemente ofrecerá la existencia de un derecho, de un titular y la posibilidad que éste tiene de ejercitar el contenido del derecho que el Registro publicita.

Por lo tanto, corresponde rectificar el asiento para incluir la cláusula resolutoria que figura en el contrato.

C. 9. Cláusula resolutoria expresa y resolución judicial

El Tribunal Registral considera que el ejercicio judicial de la facultad de resolver el contrato no es un obstáculo registral para la inscripción de la cláusula resolutoria expresa.

- Resolución 603-2014⁹¹

Los usuarios solicitan la inscripción de la transferencia de dominio derivada de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa no inscrita. La cláusula constaba en la Escritura Pública de compraventa de fecha 21/01/2012, la misma que fue ratificada y aclarada por la Escritura Pública de fecha 09/02/2012. El Registrador Público tacha el título, porque constaba en el Asiento D00002 una medida cautelar de anotación de demanda sobre resolución del contrato. Según el Registrador Público, no era procedente la

⁹⁰ Resolución N° 603-2014-SUNARP-TR-L.

⁹¹ Resolución N° 603-2014-SUNARP-TR-L.

inscripción solicitada por los usuarios, debido a que habían recurrido a la vía judicial.

El Tribunal Registral, mediante Resolución N° 603-2014, revoca la tacha, efectuando el siguiente razonamiento:

Como se aprecia no se trata de una medida cautelar de no innovar que impida la inscripción de títulos, es una demanda y como tal tiene los efectos señalados en el artículo 673 del Código Procesal Civil (...) La recurrencia al Poder Judicial para resolver un conflicto cuando se tiene también la posibilidad de resolverlo por la vía extrajudicial no es un obstáculo registral que pueda ser oponible; esta denegatoria no cuenta con fundamento legal alguno; por lo que **la tacha sustantiva debe ser revocada**, debiendo invocar a la Registradora el cumplimiento cabal de la normativa legal.

Conclusiones

Concluida nuestra breve exposición, podemos decir que se corroboran los términos en los que formulamos nuestra hipótesis de investigación.

1. En primer lugar, se verifica que el Tribunal Registral ha ido precisando los términos bajo los cuales debe operar la ejecución de la cláusula resolutoria expresa. En este sentido, se advierte que:

- Si bien, en ciertos casos, el Tribunal Registral ha sostenido que para entender que estamos frente a una cláusula resolutoria expresa es suficiente que se pueda interpretar que la cláusula materia de análisis es una cláusula de esas características, sin embargo, en otras ocasiones, el tribunal ha considerado que es necesario que se especifique y concrete en el acto jurídico que la cláusula contractual analizada es una cláusula resolutoria expresa.
- El Tribunal Registral parece mantener un criterio uniforme respecto a la posibilidad de inscribir la transferencia de la titularidad de un predio, a pesar de la existencia de una cláusula resolutoria expresa previamente inscrita.
- Según el Tribunal Registral, si la cláusula resolutoria expresa se encuentra inscrita en el asiento registral, entonces, sí es posible inscribir la transferencia de propiedad derivada de la resolución unilateral del contrato; en cambio, si la cláusula resolutoria expresa, a pesar de constar en el título archivado, no fue inscrita en el asiento registral, entonces, no es posible inscribir la referida transferencia de propiedad.
- El Tribunal Registral expresamente ha señalado que, en sede registral, al acreedor no le corresponde demostrar el incumplimiento de la obligación inmersa en la cláusula resolutoria expresa, por lo que es suficiente que él afirme que el incumplimiento ha ocurrido.

- El Tribunal Registral, además de señalar que es imprescindible que se determine el domicilio del sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa, no exige el cargo de recepción por parte del deudor.
- A efectos de inscribir la transferencia derivada de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa, para el Tribunal Registral la comunicación realizada a la parte infiel debe ser indubitable.
- Si bien se advierte que, en ocasiones, el Registrador Público, a efectos de rechazar la inscripción de la resolución extrajudicial, recurre, a la “presunción de cumplimiento” o a la “presunción de satisfacción del acreedor”, sin embargo, también se observa que el Tribunal Registral parece no admitir este tipo de presunciones favorables al sujeto pasivo de la cláusula resolutoria expresa.
- Según el Tribunal Registral, no es necesario que se indique expresamente la prestación incumplida en la Escritura Pública otorgada unilateralmente, porque sería suficiente que, en la escritura, además de indicarse que el deudor ha incumplido, se remita a la notificación inserta, y esta, a su vez, aluda a la cláusula resolutoria expresa (“análisis contextual”).
- El Tribunal Registral admite la inscripción de la cláusula resolutoria expresa.
- El Tribunal Registral admite la inscripción de la cláusula resolutoria que conste en la Escritura Pública aclaratoria.
- El Tribunal Registral admite la inscripción de la cláusula resolutoria expresa incluso cuando existe una cláusula arbitral o judicial.
- El Tribunal Registral ha advertido la necesidad de rectificar un asiento en el sentido de que se inscriba la cláusula resolutoria expresa que consta en el título archivado.
- El Tribunal Registral considera que el ejercicio judicial de la facultad de resolver el contrato no es un obstáculo registral para la inscripción de la cláusula resolutoria expresa.

2. En segundo lugar, se verifica que el Tribunal Registral, por decirlo de alguna manera, cambia las “reglas de juego” cuando advierte la existencia de sobrevinientes titulares registrales. En estas situaciones, en efecto, el tribunal no solo precisa los términos bajo los cuales opera la cláusula resolutoria expresa (primera hipótesis), sino que, a efectos de proteger a los nuevos titulares registrales, amplía los alcances de esos términos, o incluso desconoce la cláusula prevista por las partes. En este sentido, se observa que:

- En alguna ocasión, si bien el Tribunal Registral ha reconocido que la comunicación a un sujeto que no es el deudor contractual no es necesaria para resolver el contrato unilateralmente, sin embargo, sí ha extendido la comunicación a un titular registral que no había participado en el contrato, cuando, al momento de ejercerse la facultad resolutoria, se verifica que se ha producido una modificación en la titularidad registral. Es el caso de la rectificación de la calidad del bien de un bien adquirido y registrado por uno de los cónyuges.
- En alguna oportunidad, el Tribunal Registral, valiéndose del principio de legitimación, ha destacado el hecho de que en la Escritura Pública de resolución de contrato no interviniera el actual titular de dominio.
- El Tribunal Registral no admite la inscripción de una cláusula resolutoria expresa que consta en el título archivado, si la inscripción perjudica a terceros.

Referencia bibliográfica

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A. *Derecho Inmobiliario Registral*. Número 4. Jurista Editores, Lima, 2010.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVERA RESTREPO, José Maximiliano. “*El derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el Derecho de remedios europeo*”. *Revista Ius et Praxis*. Año 25, N° 3, Universidad de Talca, 2019, pp. 21-22. Disponible en: <<
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-19.pdf>>>.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. V. La responsabilità*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1994.
- BIANCA, Massimo, *Derecho Civil. El contrato*. 3. Traductores Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D., *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo 1. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. *Cláusula Resolutoria Expresa y Condición Resolutoria*. En: *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007.

- DELLACASA, Matteo. “*La clausola risolutiva espressa*”. En: *Trattato del Contratto*. V. *Rimedi-2*. A cura di Vincenzo Roppo. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- IORIO, Giovanni. *Ritardo nell’adempimento e risoluzione del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- MIRABELLI, Giuseppe. *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*. Terza edizione, UTET, Torino, 1980.
- MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal. “*La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles*”. En: *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II. Coordinador Eugenio Llamas Pombo, La Ley Wolters Kluwer, 2006.
- MOSCO, Luigi, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la 1º edición italiana por LA REDACCIÓN, Dux, Barcelona, 1955.
- PAU PEDRÓN, Antonio. “*Facultad resolutoria y publicidad registral*”. En: *La publicidad registral*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- PAU PEDRÓN, Antonio, *Elementos de Derecho Hipotecario*. Segunda edición. Comillas, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.
- ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- SACCO, Rodolfo. “*La Resolución por incumplimiento*”. En: *Estudios sobre el contrato en general*. Segunda edición. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. ARA Editores, Lima, 2004.
- SORIA ALARCON, Manuel F. *Registros Públicos. Los contratos con publicidad*. Jurista Editores, Lima, 2012.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo II. Pacífico Editores, Lima, 2012.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Traducción de Luis Martínez-Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R. “*La Calificación Registral*”. En: *La Calificación Registral*, Tomo II. Edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállego. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.

VERDERA SERVER, Rafael. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. CEDAM, Padova, 1994.

VIDAL-OLIVARES, Álvaro. “*La cláusula resolutoria como manifestación de la facultad de resolver el contrato. Problemas en torno a su eficacia en el Código Civil chileno*”. *Vniversitas*. Número 138, enero-junio, Pontificia Universidad Javeriana, 2019. Disponible en: <<<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/26164>>>.

F. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL

1. Resolución N° 2357-2016-SUNARP-TR-L.
2. Resolución N° 355-2006-SUNARP-TR-L.
3. Resolución N° 058-2013-SUNARP-TR-L.
4. Resolución N° 1592-2010-SUNARP-TR-L.
5. Resolución N° 023-2009-SUNARP-TR-L.
6. Resolución N° 384-2009-SUNARP-TR-A.
7. Resolución N° 245-2009-SUNARP-TR-L.
8. Resolución N° 1967-2013-SUNARP-TR-L.
9. Resolución N° 676-2008-SUNARP-TR-L.
10. Resolución N° 477-2010-SUNARP-TR-A.
11. Resolución N° 984-2013-SUNARP-TR-L.
12. Resolución N° 603-2014-SUNARP-TR-L.
13. Resolución N° 1224-2013-SUNARP-TR-L.
14. Resolución N° 142-2015-SUNARP-TR-A.
15. Resolución N° 1592-2010-SUNARP-TR-L.
16. Resolución N° 829-2015-SUNARP-TR-A.
17. Resolución N° 819-2015-SUNARP-TR-A.
18. Resolución N° 820-2015-SUNARP-TR-A.
19. Resolución N° 830-2015-SUNARP-TR-A.
20. Resolución N° 848-2015-SUNARP-TR-A.

21. Resolución N° 1314-2014-SUNARP-TR-L.
22. Resolución N° 2196-2013-SUNARP-TR-L.
23. Resolución N° 1408-2018-SUNARP-TR-L.

DERECHO TRIBUTARIO

A utilização da Teoria dos jogos na decisão tributária^(*)

The use of Game theory in tax decision-making

El uso de la Teoría de juegos en la toma de decisiones tributarias

Taisa Emanuely de Oliveira e Lima¹

Pedro de Menezes Carvalho²

Sumário: Introdução. **1.** Problema. **2.** Hipótese. **3.** Evolução da teoria dos jogos. **4.** A teoria dos jogos aplicada ao direito tributário. **5.** Teoria dos jogos na execução fiscal. **6.** Tributos influenciam na situação do governo. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo desse trabalho é apresentar uma análise de aplicações da teoria dos jogos na decisão tributária, bem como breves considerações acerca dos seus funcionamentos e das suas consequências. Apresentando uma maneira de utilizar a teoria dos jogos por diversos âmbitos, sempre tentando e auxiliando a interpretar suas consequências, a discussão principal girará em torno de como desenvolver critérios para decidir uma querela envolvendo direitos individuais e sociais.

^(*) Recibido: 05/12/2019 | Aceptado: 15/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
taisa.lima@a.ficr.edu.br

² Advogado e Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
Pedro.menezess@p.ficr.edu.br

Palavras-chaves: direito tributário, teoria dos jogos, legislação, atuação fiscal.

Abstract: The objective of this work is to present an analysis of applications of the theory of games in the tax decision, as well as brief considerations about its functioning and its consequences. Presenting a way to use the theory of games in different fields, always trying and helping to interpret its consequences, the main discussion will revolve around how to develop criteria to decide a dispute involving individual and social rights.

Key words: tax law, game theory, legislation, fiscal action.

Resumen: El objetivo de este trabajo es presentar un análisis de las aplicaciones de la teoría de juegos en la decisión de impuestos, así como breves consideraciones sobre su funcionamiento y sus consecuencias. Presentando una forma de utilizar la teoría de los juegos en diferentes campos, siempre tratando y ayudando a interpretar sus consecuencias, la discusión principal girará en torno a cómo desarrollar criterios para decidir una disputa que involucre derechos individuales y sociales.

Palabras clave: derecho tributario, teoría de juegos, legislación, acción fiscal.

Introdução

A Teoria dos Jogos aplicada ao direito tributário pretende superar a visão linear da tributação tradicional. Invocando os jogadores/julgadores, as regras de conteúdo variado, antecipando as recompensas dos intervenientes e as expectativas de comportamento (estratégias e táticas), busca compreender os reais fatores de um processo tributário. No jogo processual as regras são impostas pelo Estado e sustentadas pelo magistrado. Limita o tempo, desde a denúncia até o trânsito em julgado, bem assim o espaço (Tribunal) em que será jogado. O jogo é dinâmico e com a possibilidade de mudança, alternância, vitória, empate ou derrota. E pode se renovar (jogos repetitivos ou noutras instâncias recursais). De alguma maneira o jogo no direito tributário dá ordem parcial ao caos, estipulando o local do jogo, seus limites, regras, jogadores e julgadores. Daí seu efeito cativante.

Para ser um bom jogador não basta somente conhecer as regras processuais. É preciso ter habilidade, inteligência, ritmo, harmonia, capacidade de

improvisado e fair play. Ao se assumir a função de jogador ou julgador, no jogo, acontece a criação de ambiente apartado das preferências pessoais. Utilizam-se máscaras e lugares diferenciados, para os quais a estética e a performance roubam a cena. É uma maneira diferenciada de compreensão.

Ao fazer uma breve análise sobre a sociedade em que vivemos podemos observar-se que existem diversos problemas a serem resolvidos, tanto pessoal quanto coletivo. É evidente que se as pessoas se comportassem de forma altruísta, não haveria tantos conflitos nem dilema algum. Mas na vida real infelizmente não é assim, a Teoria dos Jogos despede-se de qualquer julgamento moral. Se formos analisar os conflitos através da matemática não haverá espaço para pensar nos conceitos do “bem” e do “mal”. O foco deste artigo serão as estratégias utilizadas pelos jogadores para solucionar conflitos. Com base nisto, a Teoria dos Jogos pode ser entendida como uma grande abordagem que não resolve questões estratégicas apenas, mas também ajuda a coordenar o processo de pensamento estratégico durante todo o percorrer do processo.

1. Problema

Como os legisladores, utilizam a teoria dos jogos para construir um sistema tributário eficiente e justo? Quais as consequências de decisões auxiliadas, por teoria dos jogos para o direito e toda sociedade? Como os juízes devem priorizar as regras ou os princípios que regem o sistema? Para juízes e legisladores quais as vantagens na utilização da teoria dos jogos? Qual o motivo de não haver desvantagens na utilização da teoria dos jogos no direito tributário?

2. Hipótese

Será analisado, se os legisladores que utilizam a teoria dos jogos constroem um sistema tributário mais justo e eficiente. Não se sabe quais as consequências da utilização da teoria dos jogos para as decisões tomadas. A teoria dos jogos no sistema tributário subentende-se que não basta “saber jogar”, é preciso utilizar estratégias apropriadas para dar andamento ao bom funcionamento e resolução dos mesmos.³

³ SANTOS, Jorian Pereira dos: A Teoria da Probabilidade e Teoria dos Jogos em uma abordagem para o Ensino Médio. Tese de mestrado. 72p, UFRN, 2016.

Disponível em:

https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/23210/1/JorianPereiraDosSantos_DISSERT.pdf Acessado em 23 ago de 2019

Reforma tributária e a teoria dos jogos: ICMS nacional e o equilíbrio de Nash (parte II)

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47128/reforma-tributaria-e-a-teoria-dos-jogos-icms-nacional-e-o-equilibrio-de-nash-parte-ii> Acessado em 08 ago de 2019

3. Evolução da teoria dos jogos

A Teoria dos Jogos tornou-se conhecida mundialmente graças aos estudos feitos pelo ilustre professor John Nash, que ganhou o Prêmio Nobel da Economia, sua teoria consiste no simples fato de que as jogadas devem ser bem realizadas com a observância das possíveis futuras jogadas de seu adversário, logo, é “um ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes tipos de ações na tentativa de melhorar seu retorno” (NASH, 1950). Após esta grande descoberta passou a ser utilizada em vários campos acadêmicos, como nas ciências políticas, econômicas e principalmente no direito.

Destaca-se que, a teoria dos jogos é um estudo desenvolvido no qual usará a matemática aplicada para chegar e alcançar as possíveis soluções estratégicas para os jogadores, desmembrando uma série de ações na tentativa de obtenção do resultado que melhor atenderia o jogador.

A teoria de John Nash poderá ser usada em diversos jogos, como no poker, no xadrez, dentre outro, ele observou que, os jogadores devem conhecer as possíveis jogadas de seu adversário e levar em consideração que o jogador tem pleno conhecimento do jogo e de suas regras, para que seja possível analisar a melhor aplicação da teoria, o jogo que tomou mais proporção foi o dilema do prisioneiro, Todavia, Nash passou a considerar que para o resultado esperado ou para obter o melhor resultado, também deverá levar em conta as decisões a serem tomadas pelo adversário ou oponente.

Em 1950 Merrill Flood e Melvin Desher, desenvolveram uma visão sistemática a ser visualizada:

Suspeito A e Suspeito B, ambos presos e serão interrogados separadamente pela polícia que, não obtém provas suficientes para condená-los, portanto, oferece um acordo.

O compreendido está na delação ou o ato de confessar.

Primeiro

Elemento X confessa o crime e testemunha em desfavor do Elemento Y

Elemento Y permanece em silêncio

Resultado: Elemento X fica livre de qualquer penalização e o Elemento Y será condenado a 10 anos de prisão.

Segundo

Elemento X e Y não confessam o crime, portanto, permaneceram em silêncio.

Resultado: Serão condenados a 6 anos de prisão cada um.

Terceiro

Elemento X confessa o crime e testemunha em desfavor do Elemento Y

Elemento Y confessa o crime e testemunha em desfavor do Elemento X

Resultado: Serão condenados a 5 anos de prisão cada um.

Observa-se que, com base nas variáveis possíveis acima, os Elementos tomam a decisão sem conhecer a decisão que o outro poderá tomar, ou seja, uma situação de total incerteza. Neste momento é onde ocorre o surgimento do dilema do prisioneiro que consiste na análise das probabilidades quando da tomada das decisões pelo “adversário”, no caso, o outro suspeito, e desta forma avaliar de forma estratégica qual decisão melhor se enquadra no caso real. Por lógica, ao se tratar de um estudo desenvolvido no campo matemático, a priori, a sua aplicação estaria voltada para o ramo matemático, porém, passando a ser aplicado em outros âmbitos, como na economia, considera-se possível a sua aplicação a outros ramos.

Nash, mais uma vez irá implicar afirmando que: “o governo e a sociedade podem estabelecer estratégias de equilíbrio, na qual os interesses deixam de ser conflitantes, porque é vantajoso para todos cooperarem”. Ao analisarmos esta frase do ilustre matemático, podemos refletir sobre a aplicação no Direito Tributário, já que estamos diante de relações jurídicas regidas pelo Direito Público, nas quais os envolvidos são os contribuintes (sociedade) e o Governo (Fisco).

No contexto dos jogos e se alinhando ao Direito Tributário, a conexão seria buscar uma escolha estratégica, levando-se em consideração as ações do outro (Fisco e Contribuinte), mas, preservando as técnicas que valorizem esta relação entre o mesmo, já que a melhor escolha pode influenciar diretamente para negativamente a situação do outro. Logo, no desenvolvimento entre o Fisco e o Contribuinte podemos visualizar uma relação de maior cooperação entre as partes e uma participação dos mesmos em conjunto, observando o cenário atual é preciso adequar a tributação em prol do bem comum, ou seja, é um jogo que todos podem sair ganhando, ou melhor que o perdedor tenha uma perda mínima. Ao partir disto, podemos enxergar a tributação do País como as arrecadações e estratégia de tributação tendo um viés com as políticas públicas com o objetivo de fazer crescer as atividades econômicas, trazendo assim uma maior segurança e crescimento.⁴

⁴ Teoria dos jogos: um instrumento para a tomada de decisão em Relações Públicas

Ana Raposo

p. 161-183

4. Teoria dos jogos aplicada ao direito tributário

A Teoria dos Jogos como explanado acima pode ser aplicada em diversos âmbitos e áreas de estudo, inclusive no Direito Tributário, ela será mais aplicada na capacidade contributiva, ou em matéria de execução fiscal.

O principal objetivo deste artigo é exatamente analisar, mostrar e observar a aplicabilidade da Teoria dos Jogos ao Direito Tributário, sendo uma tese bastante

interessante que procura encontrar uma estratégia racional em situações que o resultado depende não só da estratégia própria de uma pessoa, e sim, das condições atuais do mercado, mas também das estratégias escolhidas por outras pessoas que possivelmente teriam estratégias diversas ou objetivos comuns, tendo por consequência um resultado melhor.

Podemos observar na área do Direito Tributário o lançamento do fisco, que é um procedimento administrativo, que decorre de atividades que serão vinculadas das autoridades, sua responsabilidade é analisar e verificar se houve a ocorrência de um fato gerador da obrigação correspondente, após verificado que houve, deverá calcular o valor acumulado devido, logo após feito este procedimento deverá identificar o sujeito passivo, que na maioria dos casos é o próprio contribuinte ou responsável e por fim, quando necessário for, aplicar as sanções adequadas.

A taxa de inadimplência dos contribuintes vai depender muitas vezes da atitude tomada pelas autoridades competentes para criação e manutenção de tributos, ou seja, no momento do lançamento fiscal deve ser observada a capacidade dos contribuintes, além das formas de pagamento destes.⁶⁷

Segundo OLIVER WENDELL HOMES JR., 1904: “ Taxes are what we pay for civilized society”

Que quer dizer: tributos são o que pagamos para viver em civilização, isto mostra o quanto é importante os tributos para o desenvolvimento econômico e social de uma civilização, estão previstos no contato social. Logo, todos nós somos atingidos em algum momento pelos tributos.

⁵ A Teoria dos Jogos e a Tributação

Disponível em: <https://pedrorizzobazzoli.jusbrasil.com.br/artigos/376678862/a-teoria-dos-jogos-e-a-tributacao> Acessado em 17 set de 2019

⁶ Carvalho, Cristiano: Teoria da Decisão Tributária: tributação estratégica, custos de transação e tributo ótimo Disponível em: https://www.fesdt.org.br/web2012/docs/palestras/xiii_congresso/24_10/CristianoCarvalho.pdf Acessado em 04 out de 2019

⁷ A Tributação Estratégica. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito Tributário. Cristiano Carvalho

5. Teoria dos jogos na execução fiscal

De forma exemplificada podemos dizer que na execução fiscal o contribuinte quando for executado pela União por motivos de uma dívida tributária, irá oferecer seus bens à penhora que podem ou não ser aceitos, se forem aceitos será proposto os Embargos à Execução, o que fará com que o processo venha ou não a ficar suspenso até seu julgamento final. Logo, se um contribuinte demandado em execução fiscal, qual a melhor decisão a ser tomada em relação ao que a União pode fazer nas situações:

É válido ressaltar que, se os Embargos não forem recebidos no efeito suspensivo e foi ordenado a vender os seus bens em leilão ou ato de praça, a solução melhor seria se o contribuinte conseguisse parcelar o valor devido, após ocorrer o parcelamento, e com isso utilizar uma estratégia de cooperação com a União, diminuindo assim seus danos.

6. Tributos influenciam na situação do governo

Os tributos têm grande valia para máquina estatal, na grande maioria o governo usa de sua força e poder e se torna abusivo a criar tributos indevidos ou até mesmo aplica-se de maneira equivocada e erronia, que gerará diversas crises enormes perante a sociedade.

Segundo Aristóteles: “O homem bom deve ser um bom cidadão.”

Aristóteles acreditava e pregava que o papel do homem perante a sociedade era fundamental, desta maneira ficava-se subentendido que o bom cidadão é aquele que teria participação positiva diante do governo, ajudando e contribuindo para o crescimento social, pagando assim seus tributos corretamente.

É válido ressaltar que, nos dias atuais a constituição Brasileira por ser democrática garante aos contribuintes direitos dos quais não se tinham, e sobretudo passou a impor limites ao Estado de tributar indevidamente, tudo isso fez com que o tributo passasse a ter uma grande relevância social, por ser responsável por o patrocínio de diversos programas de ação perante o governo em diversas áreas como: saúde, educação, assistência social, dentre outros, diante disto, esses programas de governo irão ajudar as camadas mais necessitadas da sociedade para ter um bom desenvolvimento e crescimento como indivíduo. ⁸

⁸ ARTIGO SOBRE: Teoria dos Jogos: uma abordagem exploratória, REVISTA CONTEÚDO, Antonio Vitorino:

<http://www.conteudo.org.br/index.php/conteudo/article/viewFile/24/16> Acessado em: 28 de nov 2019

Considerações finais

Ao analisar a Teoria dos Jogos, observamos que: apesar de ter momentos de estagnação, nunca deixou de evoluir. Sua história forma um processo de desenvolvimento de novos conceitos e técnicas a serem realizados. Levamos em conta também que a teoria dos jogos mescla a realidade com os conceitos. Desta maneira usará uma metodologia no qual criará um elo entre as relações vividas e as novas técnicas.

A sistematização apresentada neste artigo torna-se altamente importante porque, reúne os conceitos fundamentais de onde se deriva todos os conceitos modernos. E por serem conceitos básicos, de fácil compreensão e entendimento, podendo ser colocado em prática e obtendo eficácia e benefícios ao longo de todo e qualquer processo. Em outras palavras, esta sistematização nos permite visualizar facilmente o pressuposto da metodologia usada, qual seja o de que os homens estabelecem relações para satisfazerem seus interesses.

A Teoria dos Jogos tem contribuído imensamente em diversos ramos do conhecimento humano não apenas no direito.

Referências bibliográficas

ARROW, K. J.: **Social Choice and Individual Values** (2ª ed).

CARVALHO, Cristiano: **Teoria da Decisão Tributária**, Editora Almedina, Maio/2018.

FIGUEIREDO, R.: **A modelagem do Conflito e a Teoria dos Jogos: fundamentos econômicos e desdobramentos filosóficos**. Tese de doutorado. 319p, IEI/UFRJ, 1993.

FRIEDMAN, J. W North-Holland, Amst. 1977. FUDENBERG, D. & TIROLE, J. “**Perfect Bayesian Equilibrium and Sequential Equilibrium**”. *Journal of Economic Theory*, 53:236-60, 1991.

MINTZBERG, Henry & QUINN, James Brian. **O Processo da Estratégia**. 3ª Edição. São Paulo-SP: Bookman, 1998.

NASH, John Forbes Jr. **No-Cooperative Games. PhD Dissertation**, Princeton University, 1950.

Equilibrium Points in N-person Games", *Proceedings of the National Academy of Sciences* (36): 48–9, 1950; "The Bargaining Problem", *Econometrica* (18): 155–62, 1950; "Non-cooperative Games", *Annals of Mathematics* (54): 286–95, 1951; "Two-person Cooperative Games", *Econometrica* (21): 128–40, 1953. 4 Livro disponível em: . Acesso em: 03.03.2019

<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf> Uma Introdução a Teoria dos Jogos, Brígida Alexandre Sartini, Gilmar Garbugio, Humberto José Bortolossi Polyane Alves Santos e Larissa Santana Barreto

ZILVETI, Fernando Aurelio: **A Evolução Histórica da teoria da tributação: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário**, Editora Saraiva, 2017.

DERECHO PROCESAL PENAL

Obligatoriedad de la acción penal pública e *in dubio pro societate* en el Proceso penal brasileño: repensando antiguos mitos ^(*)^(**)

Obligatoriness of public criminal prosecution and *in dubio pro societate* in Brazilian Criminal Procedural Law: rethinking old myths

Thadeu Augimeri de Goes Lima¹

Sumario: Consideraciones introductorias. **1.** El ejercicio de la acción penal de iniciativa pública y la obligatoriedad. **2.** La falacia del *in dubio pro societate*. – A manera de conclusión. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El presente trabajo, que se desarrolla en forma de breve ensayo, traza algunas líneas críticas acerca de la obligatoriedad de la acción penal de iniciativa pública y del aforismo *in dubio pro societate*, dos temas que quedaron alzados

(*) Recibido: 06/02/2020 | Aceptado: 24/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

(**) Una versión en portugués de este artículo se publicó originalmente en Cambi y Margraf (2016: 493-507), y después también en Derecho y Cambio Social n. 58, oct-dic. 2019.

¹ Doctor en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho del Largo de São Francisco, de la Universidad de São Paulo (USP). Magíster en Ciencia Jurídica por la Universidad Estadual del Norte de Paraná (UENP). Especialista en Derecho y Proceso Penal por la Universidad Estadual de Londrina (UEL). Miembro-fundador, vicepresidente e investigador del Instituto Ratio Juris – Investigación, Publicaciones y Enseñanza Interdisciplinarias en Derecho y Ciencias Afines. Director y profesor de la Fundación Escuela del Ministerio Público del Estado de Paraná (FEMPAR), unidad de Londrina. Promotor de Justicia (Fiscal) de Entrancia Final del Ministerio Público (Fiscalía) del Estado de Paraná, titular en la Comarca de la Región Metropolitana de Londrina.
taglima@gmail.com

a una verdadera dimensión mítica en la comprensión y la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño, en especial apuntando ciertas disfunciones que ellos son capaces de dar en la realidad del sistema de Justicia Criminal.

Palabras clave: Proceso penal brasileño, obligatoriedad de la acción penal pública, *in dubio pro societate*.

Abstract: The present work, which is developed in the form of a short essay, draws some critical lines about the obligatoriness of public criminal prosecution and the aphorism *in dubio pro societate*, two themes that were elevated to a true mythical dimension in the understanding and the operationalization of Brazilian Criminal Procedural Law, in particular pointing out certain dysfunctions that they are able to cause in the Criminal Justice system's reality.

Key words: Brazilian Criminal Procedural Law, obligatoriness of public criminal prosecution, *in dubio pro societate*.

Consideraciones introductorias

La obligatoriedad de la acción penal de iniciativa pública y el aforismo *in dubio pro societate* son dos temas que quedaron alzados a una dimensión mítica en la comprensión y en la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño.

En efecto, ambos constituyen verdaderos mitos que informan la teoría y la praxis de la persecución penal bajo la égida del ordenamiento jurídico brasileño, aquí tomado el vocablo mito en la acepción que le confiere Raimon Pannikar, como “el horizonte invisible en que proyectamos nuestras nociones del real” (apud Eberhard, 2002: 507).

Es fácil observar que ellos disfrutaron de amplia aceptación doctrinal y jurisprudencial y usualmente orientan en concreto las posturas del Ministerio Público (como se llama la Fiscalía en Brasil) y del juez en el umbral (formación de la *opinio delicti*/deducción de la acusación) y en la etapa intermedia (juicio de admisibilidad/viabilidad de la acusación) del proceso penal condenatorio, no raras veces siendo explícitamente invocados como motivos de las manifestaciones ministeriales (= fiscales) exaradas y de las decisiones judiciales adoptadas durante tales fases del curso procedimental.

El presente trabajo, que se desarrolla en forma de breve ensayo, pretende justamente trazar algunas líneas críticas acerca de los temas en aprecio, en especial apuntando ciertas disfunciones que son capaces de dar en la realidad del sistema de Justicia Criminal.

1. El ejercicio de la acción penal de iniciativa pública y la obligatoriedad

Aunque no existe en el Código de Proceso Penal brasileño (Decreto-ley 3.689/1941) un dispositivo legal que contemple de forma expresa e inequívoca la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal de iniciativa pública por el Ministerio Público (= Fiscalía), su asentamiento como paradigma por el Derecho brasileño es reconocida por una parte significativa de la doctrina, al menos en lo que se refiere a la gran generalidad de las infracciones penales.²⁻³

En efecto, se suele sostener que, una vez comprobada, a partir de los elementos recogidos en investigación preliminar o constantes de piezas informativas, la presencia de las *condiciones para el ejercicio regular de la*

² La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal de iniciativa pública es comúnmente referida como un *principio* del Derecho Procesal Penal brasileño (cf. Souza, 1979: 17; Jardim, 2001; Jardim, 2005: 85; Silva, 2000: 31-32; Machado, 2009: 171). Vicente Greco Filho (1998: 119) y Vladimir Stasiak (2004: 101-103), a sus veces, prefieren tratar la obligatoriedad (o *necesidad*) como una *característica* de la acción penal de iniciativa pública. Por fin, Rogério Lauria Tucci (2002: 116-120; 224-227) y Aury Lopes Jr. (2009: 368) a conciben como una *regla*. Para Tucci, incluso, hay *sólo un verdadero principio procesal penal*, aquel que el autor llama de *principio publicístico* y de que derivan todas las reglas de esa rama jurídica. Afrânio Silva Jardim (2001: 91 ss) y Eduardo Araujo da Silva (2000: 32-33) deducen el principio de la obligatoriedad de la acción penal a partir de la exégesis sistemática no sólo de preceptos del Código de Proceso Penal brasileño, sino también de otras leyes extravagantes (v.g., Ley 1.521/1951, Código Electoral y Decreto-ley 201/1967).

³ Varios juristas vieron en el instituto de la transacción penal (art. 76 de la Ley 9.099/1995) la consagración de un cambio paradigmático en el ámbito de la represión a las infracciones penales consideradas de menor potencial ofensivo, caminando de la tradicional obligatoriedad a la llamada *oportunidad reglada* o *discrecionalidad reglada* o *regulada*, mediante la cual el *Parquet* pasó a disponer de una tercera vía alternativa al binomio *archivo-acción penal*, consistente en la posibilidad de inmediata y consensual aplicación de sanción penal no privativa de libertad al indigitado infractor (cf. Grinover et al., 2000: 95-96; Silva, 2000: 56 ss; Lopes Jr., 2009: 370). Se advierte que, para Afrânio Silva Jardim (2001: 106-109) y Maria Lúcia Karam (2004: 85-94), sin embargo, la transacción penal consiste en verdadera demanda penal abreviada propuesta ante el Juicio Especial Criminal.

*acción penal*⁴ y de la *justa causa*⁵, corresponde al Ministerio Público (= Fiscalía) impulsar el proceso penal condenatorio, mediante el instrumento denominado denuncia (= petición inicial del proceso penal condenatorio para las infracciones penales de acción pública). Se trata de un *acto jurídicamente vinculado*, no cabiendo al agente fiscal dejar de formular la acusación y de deducir en juicio la pretensión procesal basado en criterios de oportunidad y conveniencia, aunque plenamente loables bajo las perspectivas político-criminal o social y ante las peculiaridades del caso concreto.

La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública claramente se inspira en la idea de que *nec delicta maneat impunita* y en la utópica meta del *full enforcement*, de acuerdo con las cuales corresponde al Estado perseguir y castigar todo y cualquier ilícito penal practicado (Silva, 2000: 31; Gomes, 1997: 45).

Ocurre que la realidad es pródiga en confrontar las aspiraciones teóricas e incluso las legales y forzar, si no su abandono, que sean repensadas.

⁴ No hay unanimidad de entendimiento acerca de las condiciones para el legítimo ejercicio de la acción penal. En efecto, la posición defendida por nombres como Antonio Acir Breda (1980: 177-178), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1989: 145) y Aury Lopes Jr. (2009: 349-366) las presenta como la *tipicidad objetiva* (o *aparente*), la *punibilidad concreta*, la *legitimidad de las partes* y la *justa causa*. La corriente ampliamente mayoritaria, con la cual en parte concordamos, afirma que son, en principio, idénticas las condiciones de la acción en los procesos civil y penal, aunque con contenidos ligeramente diversos, admitiendo también otras, concernientes sólo al último. Se puede dividir las, por tanto, en *condiciones genéricas*, es decir, la *posibilidad jurídica del pedido*, la *legitimidad de las partes* y el *interés en obrar*, y *condiciones específicas de procedibilidad*. Sobre el tema, con acurada apreciación crítica de los posicionamientos mencionados, v. también Stasiak, 2004.

⁵ El concepto de *justa causa para la acción penal* está lejos de ser unánime. En la doctrina y en la jurisprudencia brasileñas se pueden cosechar dos acepciones principales, una más restringida y otra más amplia. La primera equipara la justa causa al lastre probatorio mínimo relativo a la materialidad y a la autoría de la infracción exigido para la proposición de la acción penal condenatoria, comúnmente insertándola en el interés en obrar. La última, interpretando *contrario sensu* el art. 648 del CPP, la considera como el soporte fáctico y jurídico necesario para hacer lícita la coacción representada por el proceso criminal, involucrando la presencia de aquel conjunto indiciario, de los presupuestos procesales, de las condiciones de la acción, de la tipicidad, de la ilicitud y de la culpabilidad aparentes y de la punibilidad concreta. Sobre el tema, indispensable la lectura de las obras de José Barcelos de Souza (1995: 77-78; 147 ss) y de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001: 165-223; 237-261). Afrânio Silva Jardim (2005: 95-99), Maria Lúcia Karam (2004: 143) y Eugênio Pacelli de Oliveira (2006: 96-97) enseñan que la justa causa es una cuarta condición de la acción penal condenatoria, al lado de la posibilidad jurídica del pedido, de la legitimidad de las partes y del interés en obrar, cuyas configuraciones no desatan de las sedimentadas en el proceso civil. Entendemos que la justa causa no se inserta en el ámbito del interés en obrar ni es una cuarta condición de la acción penal condenatoria, pero se trata de una técnica procesal que impone al magistrado el análisis acerca del mérito de la acusación basada en cognición sumaria, necesaria para resguardar al individuo de acusaciones temerarias.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se verificó en todo el mundo un considerable aumento de los índices de criminalidad, como consecuencia de la crisis social sin precedentes y de la modernidad de la vida en sociedad, sobrecargando el trabajo de la Justicia Criminal. En vista de la avalancha de casos penales, las instancias formales de control no pudieron darles adecuada salida, comprometiendo la investigación y el enjuiciamiento de las infracciones consideradas más graves y complejas, las cuales demandan de los operadores jurídicos mayor tiempo y mejor preparación técnica (Silva, 2000: 13).

Por otra parte, como bien recuerda Luiz Flávio Gomes (1997: 45), también contribuyeron al debilitamiento de la apuesta en la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública las constataciones empírico-criminológicas relativas a los altos índices de *cifra negra o oculta* (crímenes no descubiertos, no perseguidos o no sancionados), así como al intrínseco funcionamiento *selectivo y discriminatorio* del sistema penal, que han venido a comprobar la enorme distancia – lamentablemente frecuente – entre la *law in books* y la *law in action*.

Raúl Cervini (2002: 73) advierte que los objetivos declarados del sistema penal, en el plano del discurso jurídico, son la igualdad (es decir, la absoluta sumisión a la ley de todos los habitantes del territorio de determinado Estado, cualquiera que sea la posición social que ocupan o la función que desempeñan), la seguridad jurídica y la prevención general. En realidad, sin embargo, por el juego de las relaciones y factores de poder, se nota una desfiguración de tales principios y el sistema funciona exactamente al contrario de sus declaraciones de metas y objetivos, es decir, de forma selectiva, marginalizante, estigmatizante y condicionante.

Con orientación similar, Nereu José Giacomolli (2006: 23) subraya que, en la actualidad, el afán de criminalizar del legislador, que busca en el Derecho Penal, de forma equivocada, la solución para disminuir o eliminar la criminalidad, conduce a una espiral inflacionaria de tipos penales, ya que el incremento de la criminalidad es directamente proporcional a la proliferación de los tipos penales. La consecuencia es la imposibilidad del Estado de investigar y enjuiciar todas las infracciones penales y de dar respuesta pronta y eficaz al fenómeno de la criminalidad. Es una de las causas de la llamada crisis de la Justicia Penal. El Estado, que ha tomado para sí la tarea de investigar las infracciones penales y de castigar a los culpables, se encuentra incapaz de cumplir bien su misión, debido no sólo al aumento de la criminalidad, sino también a la variación de sus formas. Estos fenómenos avivan la discusión sobre la criminalización, la despenalización, el consenso y la oportunidad en el Proceso Penal.

La *crisis numérica de doble cara* que asola el sistema de Justicia Criminal brasileño, de un lado representada por la cifra negra de la delincuencia grave y oculta, que escapa a las instancias oficiales de control, y de otro representada por el excesivo volumen de casos penales y por la carencia de agentes estatales suficientes para hacerles frente y darles una resolución de modo cualitativo y temporalmente adecuado, impone repensar seriamente y mitigar un tanto más el dogma de la obligatoriedad de la acción penal, en busca de una planificación estratégica político-criminal capaz de elegir prioridades y diversificar las respuestas a la criminalidad de escasa trascendencia jurídico-social.

Se ha llegado el momento de admitir que el art. 129, inc. I, de la Constitución de la República Brasileña de 1988, el cual incumbe al Ministerio Público (= Fiscalía) la tarea de “promover, privativamente, la acción penal pública, en la forma de la ley”, no se resume a una *cláusula de legitimación activa exclusiva* para el proceso penal condenatorio relativo a las infracciones sujetas a la acción de iniciativa pública. El enunciado en aprecio comete al *Parquet*, sobre todo, el papel de legítimo *gatekeeper* del sistema de Justicia Penal, para verdaderamente *decidir en primer plano cuáles casos penales merecen en él ingresar*, por obvio mediante criterios racionales y objetivos, jurídicamente aceptables e intersubjetivamente controlables (v.g., en la forma del art. 28 del Código de Proceso Penal brasileño).⁶ En el plano infraconstitucional, además, tal propuesta ya es posible *de lege lata*, o sea, independientemente de reformas legislativas.

Es útil traer a la colación el magisterio de José Frederico Marques (1965: 338-339), que desde hace mucho tiempo, y con apoyo en el entendimiento de Euclides Custódio da Silveira, preconizaba una solución semejante. Conforme al fallecido maestro paulista, una cierta mitigación al principio de la obligatoriedad se contiene en el art. 28 del CPP, ya que el dispositivo hace mención a “razones invocadas” para la promoción de archivo por el órgano del Ministerio Público (= Fiscalía), las cuales el juez debe examinar para evaluar si proceden o no. De este modo, no aclarando el precepto normativo que razones son éstas, nada impide que el agente ministerial (= Fiscal) suscite motivos de oportunidad que, si son pertinentes, pueden ser acogidos

⁶ CPP brasileño: “Art. 28. Si el órgano del Ministerio Público [= Fiscalía], en lugar de presentar la denuncia [petición inicial del proceso penal condenatorio], solicitar el archivo de la investigación policial o de cualquier pieza de información, el juez, en el caso de considerar improcedentes las razones invocadas, hará remisión de la investigación o piezas de información al Procurador-General [Fiscal General] y éste ofrecerá la denuncia, designará otro órgano del Ministerio Público para ofrecerla, o insistirá en el pedido de archivo, al que sólo entonces estará el juez obligado a atender.”

por el magistrado, de inmediato, o por el Procurador-General (= Fiscal General), cuando es provocado a la revisión de la resolución de no acusar.

Más recientemente, Luís Wanderley Gazoto (2003: 111-112) también aportó argumentos bastante precisos sobre la necesidad y la posibilidad de relativizar la obligatoriedad de la acción penal pública. Según él, el proceso penal es una actividad estatal que, como todas las demás, no encuentra su finalidad en sí misma, alcanzando su razón teleológica en la utilidad pública que desempeña. No se mueve la máquina judicial en persecución penal por mero deleite, para simplemente verla en movimiento. Como en toda actividad estatal, subyacente a ella hay un interés que la motiva y la anima, es decir, la definición de la responsabilidad penal de alguien. Cualquier otro objetivo será accesorio o abusivo, y, inexistente el interés principal, perecen todos los demás.

Prosigue el autor (Gazoto, 2003: 112), afirmando que el ejercicio de la acción penal pública sólo encuentra amparo si se alía a la posibilidad de la obtención de resultado práctico. Desvestido de la posibilidad de éxito, constituirá desperdicio de servicios públicos y peligrosa provocación de daños imputables a la Unión o al Estado. La persecución penal, como cualquier actividad pública que implique administración de recursos escasos, no es algo que se haga desorganizada y aleatoriamente. Por eso, la Constitución Federal Brasileña atribuyó privativamente al Ministerio Público (= Fiscalía) tal función, esperando, de su ejercicio, tratamiento racional y eficiente.

Por nuestra parte, con lastre en las ponderaciones arriba registradas y de *lege lata*, sostenemos la comprensión de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal de iniciativa pública como una *regla general, pero flexible, o sea, abierta a temperamentos*. Así, habiendo motivos relevantes, de índole político-criminal o social – aquí insertados los propios intereses de los involucrados en la infracción penal, cuando no desborda del contexto intersubjetivo y por lo tanto no causa sensible sacudida comunitaria, por ejemplo, en hipótesis de recuperación de saludable convivencia entre el agresor y la víctima en casos puntuales de violencia doméstica y familiar, o de composición entre el sujeto activo y el ofendido en los crímenes patrimoniales perpetrados sin violencia o grave amenaza, entre otras –, debese permitir al *Parquet* la abstención de acusar, autorizándose el archivo de los autos de la investigación criminal o de las piezas informativas, pero obviamente le cobrando para tanto fundamentación racional, concreta e idónea.

Resultará en un factible intento de reducir la sobrecarga del sistema de Justicia Criminal brasileño, retirándole los casos pasibles de ser manejados

y solucionados en otras esferas de la vida social, preferentemente las no institucionalizadas, tal como se da en el panorama de la justicia restaurativa, y dirigiendo los esfuerzos y los recursos públicos para elucidar y reprimir efectivamente los delitos que lesionan o amenazan los bienes jurídicos más caros a la comunidad.

2. La falacia del *in dubio pro societate*

La famosa locución latina *in dubio pro societate* consiste en un *adagio*, *axioma*, *aforismo* o *brocardo*, vale decir, una sentencia o máxima doctrinal dotada de significación jurídica y expresada de forma breve y objetiva, que es reputada por expresiva parte de la doctrina y de la jurisprudencia brasileñas un verdadero *principio* orientador de las etapas inicial e intermedia de la persecución penal, o sea, que supuestamente en vigor desde la fase investigativa hasta la ocasión del juicio de admisibilidad/viabilidad de la acusación. En efecto, se afirma que, durante la investigación criminal y en los momentos de la formación de la *opinio delicti* por el Ministerio Público (= Fiscalía) y de la apreciación judicial preliminar de la acción penal, así como al final de la primera fase del rito especial previsto para el proceso y juicio de los crímenes de competencia del Jurado Popular, conocida como fase de la *judicium accusationis*, cualquier duda en la valoración de los elementos informativos o de convicción producidos debe ser resuelta “en favor de la sociedad”, lo que significa impulsar la persecución penal a continuación (cf. Bonfim, 2010: 525; 555; Demercian y Maluly, 2009: 388; y Feitoza, 2008: 109-110).

Si es cierto que el *in dubio pro societate* tiene su utilidad en el curso de la fase investigativa de la persecución penal, puesto que se desarrolla estructurada en *juicio de mera posibilidad* (Lopes Jr., 2006: 106-107; Lima y Prado, 2014: 121 -122), se trata de verdadera falacia en lo que se refiere a las etapas subsiguientes. En efecto, la irreflexiva acogida del adagio vulnera no sólo las *garantías constitucionales procesales del imputado*, sino también el propio *interés público a la represión penal efectiva*.⁷

En la óptica de las garantías del imputado, aclara Antônio Alberto Machado (2009: 168) que toda acusación y su respectivo recibimiento en juicio, así como la existencia de indicio respecto del individuo sospechoso de la práctica de crimen, deben ser hechos sólo y tan sólo cuando haya un lastre probatorio mínimo y razonable. Ninguna acusación, al menos en los Estados civilizados, será hecha sin que haya un *fumus* razonable de su admisibilidad.

⁷ Represión penal efectiva que, en el Estado Democrático de Derecho, debe ser siempre comprendida en relación de mutua complementariedad, y no de exclusión, con el irrestricto respeto a los derechos fundamentales, cf. Lima y Prado, 2014: 125.

La ausencia de ese “soporte mínimo” para la acusación fulmina de muerte el debido proceso legal.

A su vez, Alberto M. Binder (2003: 187) resalta que los juicios deben ser convenientemente preparados y que se debe llegar a ellos después de una actividad responsablemente conducida. El juicio es público y eso significa que el acusado deberá defenderse en un proceso abierto, que puede ser de conocimiento de cualquier ciudadano. Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal condenatorio, también tiene un costo: aunque la persona sea absuelta y sea comprobada su inocencia, el hecho de haber sido sometida a juicio siempre significará una cuota considerable de sufrimiento, de gastos y de descrédito público. Por estas razones, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter al acusado a juicio no sea precipitada, superficial o arbitraria.

En la lección de Aury Lopes Jr. (2009: 370), la acusación no puede, ante la innegable existencia de penas procesales, ser liviana y desnuda de un soporte probatorio suficiente para justificar la vergüenza que representa la asunción de la condición de acusado.

De acuerdo con él, no sólo no existe en el plano normativo la previsión del *in dubio pro societate* como, si existiese, sería inconstitucional, porque, al afirmar que en la duda se debe proceder contra una persona, estaría siendo anulada la protección constitucional de la presunción de la inocencia, antes incluso de iniciar el proceso. Enfatiza el autor que no hay amparo constitucional para el brocardo en ningún momento y en ningún procedimiento, ni siquiera en el rito de los crímenes sometidos al Jurado Popular (Lopes, 2006: 108).

Por lo demás, es en este ámbito que más suscita preocupación la acrítica invocación del aforismo, al final de la primera etapa del procedimiento, la de la *instrucción preliminar*, también conocida por *judicium accusationis*. Esta fase tiene por finalidad primordial efectuar el control de la *viabilidad de la acusación*, en sentido más amplio que la de la sencilla *admisibilidad*. Por *viabilidad* queremos significar sobre todo la *fiscalización cualitativa de la acusación* en cuanto a la *probabilidad de procedencia*, ya que, estando el juicio por el Jurado inscrito en la Ley Mayor como un *derecho fundamental individual* (art. 5º, inc. XXXVIII), sería absurdo someter al acusado a los riesgos de un veredicto condenatorio, proferido por *íntima convicción* por el Jurado, ante acusación temeraria o poco respaldada (Greco Filho, 1998: 416).

Así, nos parece que la máxima *in dubio pro societate* debe, aquí y con mucho más razón, ser más seriamente repensada, tomando como base la idea de los *modelos de constatación o estándares de prueba*.⁸ La expresión debe ser comprendida no en el sentido de bastar, para el impulso a la fase de juicio en plenario, la *verosimilitud de la imputación*, propia del juicio de recepción de la acusación – pues de esta forma la instrucción preliminar sería de todo innecesaria –, pero tampoco en el sentido de exigir la *prueba más allá de la duda razonable* necesaria para el juicio condenatorio penal, o incluso la *prueba clara y convincente* necesaria, por ejemplo, para el juicio de responsabilidad civil del agente público por acto de improbidad administrativa.

Por implicar actividad instructiva y cognitiva relevante y profundizada, pero aún no exhaustivo – dada la estructura ritual de dos fases y la posibilidad de continuidad y complementación de la producción probatoria –, el modelo de constatación mínimo adecuado en cuanto a la autoría o la participación del imputado, para la conclusión del *judicium accusationis*, debe ser el de *preponderancia de las pruebas*.⁹ Por lo tanto, el razonamiento a ser empleado es el de indagar si el conjunto probatorio reunido apunta prevalentemente para la culpabilidad del acusado, tal como se afirma en la acusación. En este modelo merece ser interpretada – según la Constitución y las características teleológicas y procesales de la fase instructiva previa – la dicción “indicios suficientes de autoría o participación”, traída en los arts. 413, *caput*, y 414, *caput*, ambos del CPP brasileño.¹⁰ De resultar positiva esa apreciación, tendrá lugar la decisión de pronunciación, que remitirá el hecho al juez natural, es decir, el Tribunal del Jurado. De resultar negativa, tendrá lugar una sentencia que hará cesar el curso procesal.

Por otro lado, habiendo *prueba clara y convincente* sobre la inexistencia del hecho o la desvinculación personal del acusado, así como sobre la presencia

⁸ Acerca del tema, v. Tarufo, 2005: 115-126; y Knijnik, 2007: 15 ss.

⁹ Se observa que, en lo que se refiere a la *materialidad del hecho delictivo*, el propio art. 413, *caput*, del CPP exige como estándar probatorio mínimo la *prueba clara y convincente*, no imponiendo desde luego que la comprobación ocurra *más allá de la duda razonable*.

¹⁰ CPP brasileño:

“Art. 413. El juez, fundamentadamente, pronunciará al acusado, si convencido de la materialidad del hecho y de la existencia de indicios suficientes de autoría o de participación.

[...]

Art. 414. Si no se convence de la materialidad del hecho o de la existencia de indicios suficientes de autoría o de participación, el juez, fundamentadamente, impronunciará al acusado.

Párrafo unico. Mientras no ocurra la extinción de la punibilidad, podrá ser formulada nueva denuncia o queja [= acusación] si hay prueba nueva.”

de causa excluyente de la tipicidad, de la ilicitud o de la culpabilidad, cabrá al magistrado *absolver sumariamente* el imputado (art. 415 del CPP), mientras que, ante una *prueba clara y convincente* y concluyendo el juzgador, en la *operación intelectual* de encuadramiento típico, por la ocurrencia de crimen diverso del doloso contra la vida, deberá promover la *desclasificación* y encaminar los autos al órgano competente para proseguir en el análisis del caso penal (art. 419 del CPP).¹¹ Es comprensible, en el momento procedimental en pantalla, que el estándar probatorio necesite ser algo más alto que el criterio de la preponderancia para justificar la abreviatura del proceso y la inmediata absolución del imputado o la desclasificación del delito, a fin de no excluir precipitada e indebidamente del Jurado Popular el juicio de la causa, después del agotamiento de las oportunidades de instrucción.

Ahora, bajo el ángulo del interés público a la represión penal efectiva, un acucioso y realista análisis hace percibir que el *in dubio pro societate*, en verdad, culmina por operar en desfavor de la propia sociedad que intenta beneficiarse.

En efecto, los operadores jurídicos que actúan en el ámbito criminal tienen la noción de que el cuadro probatorio cristalizado en la investigación criminal tiende, en la inmensa mayoría de las veces, a ser reflejado o hasta a sufrir algún debilitamiento en el curso de la subsecuente instrucción procesal. Sólo en rarísimos casos él experimenta cualquier mejora, pudiendo por lo tanto servir *ab initio* para un seguro pronóstico acerca del *resultado* del proceso penal condenatorio.

De hecho, es posible, a partir del cuadro probatorio producido en la fase investigativa, prever cuáles son las *posibilidades de procedencia y de improcedencia* de la eventual acusación, incluso porque no se ignora que, en el momento de la sentencia, el canon del *favor rei* y la regla de juicio

¹¹ CPP brasileño:

“Art. 415. El juez, fundamentadamente, absolverá desde luego al acusado, cuando:

I – probada la inexistencia del hecho;

II – probado no ser él autor o partícipe del hecho;

III – el hecho no constituir infracción penal;

IV – demostrada causa de exención de pena o de exclusión del crimen.

[...]

Art. 419. Cuando el juez se convence, en desacuerdo con la acusación, de la existencia de crimen distinto de los referidos en el § 1º del art. 74 de este Código [= crímenes dolosos contra la vida] y no sea competente para el juicio, remitirá los autos al juez que lo sea.”

consustanciada en la máxima *in dubio pro reo* imponen, frente a alguna duda razonable, la absolución del imputado.

Por lo tanto, la proposición de acción penal por el Ministerio Público, cuando se vislumbra prospectivamente un considerable margen probabilístico de improcedencia de la pretensión procesal, es decir, actuando “en la duda, en favor de la sociedad”, se muestra una conducta sobre todo temeraria y precipitada, una vez que, transitado en juzgado el *decisum* absolutorio, nada más podrá ser hecho. Aunque surgieran nuevas y bastantes pruebas indicativas de la culpa de lo imputado, la oportunidad de procesarlo y buscar su debida responsabilización penal ya habrá sido irremediabilmente desperdiciada, lo que evidencia el equívoco que lleva, en la hipótesis, el aforismo *in dubio pro societate*.

Ante un cuadro probatorio desnudo de mayor robustez, por lo tanto, recomienda la mejor cautela al *Parquet* la opción por el archivo de la investigación criminal o de las piezas de información, valiéndose de la posibilidad de reanudación de la persecución penal *si y cuando* conocidos nuevos elementos de convicción, en el marco del art. 18 del Estatuto Instrumental Criminal y de la Súpula 524 del Supremo Tribunal Federal, de modo que no perjudique irreversiblemente el interés público a la represión penal efectiva por lo cual es constitucionalmente encargado de velar.¹²⁻¹³

A manera de conclusión

De acuerdo con Gustavo Calvino (2015), revitalizar el examen de ciertos temas, que se creen agotados, enfrentándolos bajo las circunstancias y la realidad de nuestro tiempo, muchas veces puede resultar un ejercicio interesante y constructivo.

Los temas que optamos por abordar en estas breves líneas, cuales son, la *obligatoriedad de la acción penal de iniciativa pública* y el aforismo *in dubio pro societate* – y como dejamos registrado desde el principio –, merecen permanecer constantemente en el foco de las discusiones críticas, en función de la *dimensión mítica* a la que quedaron alzados en la comprensión y en la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño.

¹² CPP brasileño: “Art. 18. Después de ordenado el archivo de la investigación por la autoridad judicial, por falta de base para la denuncia, la autoridad policial podrá proceder a nuevas investigaciones, si de otras pruebas tiene noticia.”

¹³ Súpula 524 del Supremo Tribunal Federal: “Archivado la investigación policial, por despacho del juez, a petición del fiscal, no puede iniciarse la acción penal, sin nuevas pruebas.”

El presente ensayo, al fin y al cabo, más que un intento de ofrecer respuestas a las múltiples y variadas indagaciones que despiertan, es una invitación a nuevas preguntas.

Referencia bibliográfica

- Binder, Alberto M. (2003). **Introdução ao direito processual penal**. Traducción de Fernando Zani, con revisión y presentación de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Bonfim, Edilson Mougenot (2010). **Curso de processo penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Breda, Antonio Acir (1980). “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, 9: 171-189.
- Calvinho, Gustavo (2015). “La regla ‘iura novit curia’ en beneficio de los litigantes”. Disponible em:
<<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>
- Cambi, Eduardo y Margraf, Alencar Frederico (Org.) (2016). **Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná.
- Cervini, Raúl (2002). **Os procesos de descriminalização**. 2.^a ed. Traducción de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli y Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (1989). **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá.
- Demercian, Pedro Henrique y Jorge Assaf Maluly (2009). **Curso de processo penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Eberhard, Christoph (2002). “Para uma teoria jurídica intercultural: O desafio dialógico”. **Direito e Democracia**, 3 (2): 489-530.
- Feitoza, Denilson (2008). **Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: Uma abordagem sistêmica**. Niterói: Impetus.
- Gazoto, Luís Wanderley (2003). **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: Uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Barueri: Manole.

- Giacomolli, Nereu José (2006). **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: Na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Gomes, Luiz Flávio (1997). **Suspensão condicional do processo penal**: E a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Greco Filho, Vicente (1998). **Manual de processo penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Grinover, Ada Pellegrini et al. (2000). **Juizados especiais criminais**: Comentários à Lei 9.099/95. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Jardim, Afrânio Silva (2001). **Ação penal pública**: Princípio da obrigatoriedade. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Jardim, Afrânio Silva (2005). **Direito processual penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Karam, Maria Lúcia (2004). **Juizados especiais criminais**: A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Knijnik, Danilo (2007). **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense.
- Lima, Thadeu Augimeri de Goes. Obrigatoriedade da ação penal pública e *in dubio pro societate*: repensando antigos mitos. In: Cambi, Eduardo y Margraf, Alencar Frederico (Org.) (2016). **Direito e justiça**: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. p. 493-507.
- Lima, Thadeu Augimeri de Goes y Florestan Rodrigo do Prado (2014). “Delação anônima, persecução criminal e Constituição: Buscando o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais e a repressão penal eficaz”. **Argumenta**, 20: 109-126.
- Lopes Jr., Aury (2006). **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Lopes Jr., Aury (2009). **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, v. 1. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Machado, Antônio Alberto (2009). **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas.

- Marques, José Frederico (1965). **Elementos de direito processual penal**, v. 1, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Moura, Maria Thereza Rocha de Assis (2001). **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Oliveira, Eugênio Pacelli de (2006). **Curso de processo penal**. 6.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- Silva, Eduardo Araujo da (2000). **Ação penal pública: Princípio da oportunidade regrada: Aplicação nos juizados especiais criminais**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas.
- Souza, José Barcelos de (1979). **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva.
- Souza, José Barcelos de (1995). **Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense.
- Stasiak, Vladimir (2004). **As condições da ação penal: Perspectiva crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Taruffo, Michele (2005). “Tres observaciones sobre ‘Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar’, de Larry Laudan”. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28: 115-126.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa (1997). **Processo penal**, v. 1. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Tucci, Rogério Lauria (2002). **Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CRIMINOLOGÍA

Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La Cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente^(*)

Contemporary Criminological Studies (IX): Cybercriminology and the Profile of the Cybercriminal

Sergio Cámara Arroyo¹

Sumario: I. La Cibercriminología como especialización. II. Teorías criminológicas explicativas de la ciberdelincuencia. III. El ciberdelincuente: algunas cuestiones generales. IV. El Ciberdelincuente: categorías y perfilado criminal. – Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se ahonda en la nueva especialización de la Criminología en el estudio de las conductas delictivas cometidas a través el ámbito informático. Debido a la proliferación de comportamientos antisociales en el mundo online, pero con relación directa con el mundo real, nace el nuevo concepto de cibercriminología, cuya definición y nuevos desarrollos teóricos sobre la etiología del cibecrimen se exponen sucintamente en este estudio. Por último, se atiende al perfil criminal y principales características del ciberdelincuente, ofreciendo un catálogo de los diferentes grupos de hackers y subculturas criminales presentes en el ciberespacio.

Palabras clave: cibercriminología, ciberdelito, hacker, ciberespacio, cracker, transición espacial.

^(*) Recibido: 07/03/2020 | Aceptado: 10/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Prof. Dr. Derecho penal y Criminología UNED.
scamara@der.uned.es

Abstract: This work delves into the new specialization of Criminology in the study of criminal behaviors committed through the computer field. Due to the proliferation of antisocial behaviors in the online world, but with a direct relationship with the real world, the new concept of cybercriminology is born, whose definition and new theoretical developments on the etiology of cybercrime are succinctly set forth in this study. Finally, the criminal profile and main characteristics of cyber criminals are addressed, offering a catalog of the different groups of hackers and criminal subcultures present in cyberspace.

Keywords: cybercriminology, cybercrime, hacker, cyberspace, cracker, space transition.

I. La Cibercriminología como especialización

La Criminología, entre una de las conceptualizaciones posibles, puede ser definida como la ciencia empírica, de carácter inter y multidisciplinar holística del fenómeno criminal. Asumimos que, cuando se pretende hablar de conocimiento “holístico” del objeto de estudio de una ciencia, se va demasiado lejos. No obstante, no nos referimos a la omnisciencia de la Criminología en relación a su objeto de estudio, sino a la aspiración de la Criminología de estudiar y conocer cada realidad atinente al crimen, al delincuente, la víctima (ahora objeto de la Victimología, como ciencia autónoma), su prevención, control y tratamiento de forma interrelacionada y como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen.

El estudio del fenómeno de la cibercriminalidad corresponde a la denominada parte especial de la ciencia criminológica, donde se ubican las llamadas “criminologías específicas” (HIKAL-CARREÓN, 2013 y 2016) o “criminologías alternativas” (FRANÇA, 2018), esto es, el estudio de una determinada sección de la realidad y su relación con la criminalidad, las tipologías delictivas, etc. Se trata de especializaciones por razón de la materia dentro del objeto de estudio de la Criminología.

El término cibercriminología o criminología informática es relativamente reciente y no está exento de cierta polémica doctrinal respecto al alcance de su significado. Son varios los autores que han tratado de definir esta especialización:

El término original se atribuye a JAISHANKAR, “padre fundador” de la cibercriminología, quien lo considera, con carácter general, un nuevo campo

académico, una subdisciplina de la Criminología, si bien posteriormente se referirá a la misma como una materia multidisciplinar que abarca diversos campos, tales como la Criminología, la Victimología, la Sociología, la Ciencia de Internet y las Ciencias de la computación. En sus publicaciones ha definido la cibercriminología como el estudio de la causa de los delitos que ocurren en el ciberespacio y su impacto en el espacio físico. En esencia, la cibercriminología implica el examen del comportamiento criminal y la victimización en el ciberespacio desde una perspectiva teórica y criminológica (JAISHANKAR, 2007, 2010, 2011 y JAHANKHANI 2018). Según el autor, la elección del término y su utilización se debe dos razones: primero, el cuerpo de conocimiento que se ocupa de los delitos cibernéticos no debe confundirse con la investigación de los mismos y fusionarse con la ciencia forense cibernética (véase el apartado sobre la prueba electrónica); en segundo lugar, debe haber una disciplina independiente para estudiar y explorar los delitos cibernéticos desde la perspectiva de las ciencias sociales.

Otro de los investigadores que más ha ayudado a la expansión del término es KYUNG-SHICK CHOI (2015, 2017), coordinador del programa de investigación del cibercrimen de la Universidad de Boston, quien la identifica como la ciencia que busca estudiar las causas, factores y escenarios que permiten la materialización del cibercrimen o los delitos informáticos. Según el autor, su fin último es prevenir los delitos que se cometen en el ciberespacio o con acción de las tecnologías de la información y la comunicación.

En España, siguiendo a los autores anteriores, GONZÁLEZ GARCÍA (2016) la ha conceptualizado como una parte de la Criminología que tiene como objeto el estudio de la delincuencia y la conducta antisocial en el ciberespacio y sus implicaciones en el espacio real. La cibercriminología se ocuparía, por tanto, de conocer cómo influyen las actividades delictivas *online* en la vida *offline*.

En el ámbito iberoamericano, HIKAL-CARREÓN (2013), dentro de su teoría de las Criminologías especializadas, habla de la Criminología informática, definiéndola como aquella que “implica un estudio bastante extenso sobre la Informática (medios electrónicos) y las conductas antisociales que se dan por el uso de un sistema electrónico como medio de comunicación. La Criminología Informática es una rama de la Criminología General dedicada al estudio de las conductas antisociales y de los delitos informáticos (...). Pretende prevenir y combatir las cada vez más frecuentes conductas antisociales que se pueden realizar a través de medios informáticos”. El componente de prevención inserto en la definición del profesor mexicano es, a mi juicio, importante pues, aunque puede parecer obvio, el estudio criminológico de la delincuencia informática tiene como principal pretensión

la detección y el adelantamiento a los delitos informáticos. Prescinde, sin embargo, el autor precitado, de uno de los componentes más importantes de la cibercriminología: la interrelación entre el espacio *online* y el mundo *offline*, de suma importancia en determinados delitos que se cometen a través de las nuevas TIC (como puede ser, por ejemplo, el ciberacoso).

Frente al concepto de cibercriminología, algunos autores han propuesto otras dimensiones criminológicas de estudio muy relacionadas con los cibercrímenes. Es el caso de la denominada *cyborgcriminology* o criminología ciborg, término acuñado por PÉREZ SUAREZ (2015, 2016), basado en el concepto de *cyborg* de HARAWAY (1991), entendido como un organismo cibernético, un híbrido de máquina y organismo, una criatura de la realidad social, así como una criatura de ficción que habría superado algunas limitaciones humanas asociadas con la realidad física.

Según el autor precitado, los postulados iniciales de la criminología *cyborg* serían los siguientes:

- 1) Se trata de una criminología especializada que considera el impacto de las tecnologías digitales en todas las facetas del comportamiento humano, y estudia la relación emocional forjada entre la humanidad y la tecnología digital (esencialmente Internet).
- 2) Considera las formas de delincuencia creadas por la proliferación de la tecnología digital y por la interfaz hombre / máquina, pero también conductas desviadas y / o actitudes disfuncionales, como, entre otras, adicción, obsesión, desigualdad (incluidas las desigualdades de género), desviación sexual, patología, suicidio, etc., que se producen en ese entorno digital (ciberespacio).
- 3) Incorpora una visión antropológica, filosófica, social, así como un discurso psicológico, sexual, crítico y cultural sobre la relación con las máquinas.
- 4) Tiene como objetivo desarrollar y probar teorías criminológicas para la explicación del delito cibernético teniendo en cuenta los postulados anteriores.

En definitiva, una criminología *cyborg* abordaría cuestiones más amplias que las generalmente discutidas por la cibercriminología y estaría en sintonía con el desarrollo cultural y tecnológico actual.

Aunque esta nueva teoría, basada en el interfaz hombre / máquina, pueda parecer cercana a los postulados de la ciencia ficción, supone una postura visionaria si se tiene en cuenta la amplitud que el fenómeno criminal puede tener en el ámbito de las nuevas ideologías o filosofías post y

transhumanistas. Esta clase de visiones futuristas, pero que ya tienen predicamentos actuales, pretenden que el ser humano trascienda a su realidad corpórea y física, convirtiéndose en datos informáticos para existir eternamente en el ciberespacio. Las implicaciones filosóficas, antropológicas y sociales son, por ahora, inimaginables (inmortalidad virtual, superación del género, nuevas formas de interrelación, nuevo concepto de “ser”, etc.); más aún lo son para la ciencia criminológica: nuevas formas comisivas de delito, nuevas formas de desviación social, nuevo perfil criminal del ser digital, etc.

Así, por ejemplo, no han faltado autores que, con espíritu visionario, ya se han hecho eco de la problemática penal y criminológica que pueden suscitar algunas mejoras cibernéticas (*enhancements*) implantadas en el cuerpo humano. Buen ejemplo de ello serían los micro-implantes cerebrales electrónicos que podrían ser efectivos en la lucha contra algunas enfermedades neuromotoras así como para las funciones sensoriales (ROMEO CASABONA, 2013).

II. Teorías criminológicas explicativas de la ciberdelincuencia

A nivel teórico y empírico, la Criminología ha llegado tarde al estudio del fenómeno criminal de las nuevas tecnologías. La mayor parte de los desarrollos teóricos que se han realizado sobre los cibercrímenes han partido de la base de las teorías criminológicas tradicionales, fundamentalmente de las denominadas teorías totales o generales, esto es, aquéllas que pretenden dar una explicación unívoca a la génesis de cualquier tipo de delincuencia (SERRANO MAÍLLO, 2009).

Así, la Criminología ha tratado de explicar la etiología del cibercrimen desde las diferentes aproximaciones teóricas clásicas (PÉREZ SUÁREZ, 2015; CHOI, 2015; CHOI & TORO-ÁLVAREZ, 2017; CHOI, LEE & LEE, 2017; CICP, 2018):

1) la teoría del aprendizaje social y la asociación diferencial de SUTHERLAND y AKERS: esta teoría -o conjunto de teorías- parten de la base de que la comunicación con otras personas es fuente de aprendizaje. El delito también puede aprenderse mediante un proceso de asociación diferencial, esto es, un proceso en el que existen definiciones positivas de la conducta criminal, en detrimento de las definiciones negativas. Las nuevas tecnologías de la comunicación pondrían en contacto a los cibercriminales y al resto de usuarios en el entorno del ciberespacio (ambiente social virtual y asociación con cibercriminales), de lo que resultaría un proceso de contaminación criminógena (SKINNER & FREEMAN, 1997).

2) la teoría del control social, de los vínculos sociales y del autocontrol de GOTTFREDSON & HIRSCHI: para la teoría del autocontrol, el factor etiológico más importante de la delincuencia será la capacidad de un individuo para controlar sus impulsos y retener sus deseos (postponer las recompensas) (HIGGINS & MAKIN, 2004; HIGGINS, 2007). Un control personal débil proviene principalmente de la ausencia o debilidad de las fuerzas socializadoras, en particular el descuido de las buenas prácticas de la crianza de los hijos (control social informal). Poniendo estas teorías en relación con el cibercrimen, la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación podría haber coadyuvado a la destrucción de los vínculos sociales tradicionales en un mundo cada vez más conectado, pero, al mismo tiempo, con menos capacidad de comunicación real. El entorno de Internet, en el que la velocidad de obtención de información o recompensas es considerable comparada con el mundo físico, podría debilitar la capacidad de autocontrol de las personas. Por último, la escasa supervisión parental del uso de Internet en los menores de edad también ayudaría a la proliferación de comportamientos delictivos en el ciberespacio entre los más jóvenes.

3) la teoría general de la tensión de AGNEW: el crimen es producto de la frustración sufrida individualmente por ciertos estados afectivos negativos cuando el individuo “no es tratado como él o ella quiere”. Existirían diferentes fuentes de tensión: la imposibilidad de alcanzar las expectativas sociales deseadas; la privación de estímulos positivos que el individuo ya tiene o espera poseer; estar sujeto a situaciones negativas ante las cuales no puede escapar. Teniendo en cuenta las frustraciones a las que un sujeto puede ser sometido en el mundo real, el cibercrimen, cometido en un entorno más “libre” como el ciberespacio, puede servir como vía de escape o superación de las tensiones. Las posibilidades del ciberespacio para reducir los medios de control social (*Deepweb*) son mucho mayores que las que pueden encontrarse en la realidad física. Además, esta teoría ha sido utilizada por algunos autores para demostrar la vinculación criminógena entre el cibercrimen y la realidad física; por ejemplo, en la generación de actitudes desviadas en jóvenes que habían sido víctimas de *cyberbullying* (BERGUER, HINDUJA & PATCHIN, 2015; HINDUJA & PATCHIN, 2007). El cibercrimen es, en consecuencia, generador de importantes tensiones que tienen su reflejo en el comportamiento en el mundo *offline* de quienes las sufren.

4) la teoría de las ventanas rotas (*Broken Windows*) de WILSON & KELLING o de la disuasión de ANWAR & LOUGHRAN: según la primera de las teorías, la inacción de los medios de control social ante la comisión de un delito redundante en la idea de desorden o decadencia social (“a nadie le importa”), lo que, a su vez, implica la comisión de nuevos hechos delictivos. El problema

de algunas tipologías de ciberdelincuencia es que, además de no existir métodos eficaces para la detección del delito y la acción de la Justicia, tienen cierta aceptación social (por ejemplo, la piratería informática). La teoría de la disuasión pone el acento en el elemento de la percepción del riesgo de castigo por parte del delincuente. Según esta línea de pensamiento, los castigos deben ser fundamentalmente ciertos, severos y rápidos. Sin embargo, en el campo de la ciberdelincuencia la certeza del castigo no siempre es posible por diversos factores: espaciales, dificultad de identificación del ciberdelincuente, etc.

5) la teoría de las actividades rutinarias de COHEN & FELSON y de la oportunidad CLOWARD & OHLIN: estudiada en el apartado relativo a la cibervictimización, basta con recordar aquí que según la teoría de las actividades rutinarias, hay tres factores fundamentales que favorecen la victimización criminal: un ofensor motivado, víctimas propicias, y la ausencia de guardianes capaces de actuar contra una vulneración de la norma. Pues bien, dejando al margen la cuestión relativa a las víctimas, un espacio anonimizador y favorecedor de la impunidad como es el digital, en el que, además, pueden obtenerse muchos réditos producto de un comportamiento criminal, puede aumentar la motivación del potencial ofensor (que, incluso, puede ver su conducta como la superación de un reto en el ámbito de las nuevas tecnologías). Asimismo, las brechas de seguridad detectadas por los *hackers*, o la escasa vigilancia de los medios de control social formal de algunos de los derroteros de la red, suponen una relajación o ausencia de guardianes. Por otra parte, algunos estudios sugieren que la velocidad de Internet y el acceso a equipos informáticos, que son diferentes a escala mundial (brecha digital), tienen un impacto en las oportunidades de los delincuentes para cometer determinados ciberdelitos. YAR (2005), parte de la teoría de las actividades rutinarias, pero subraya las diferencias entre el mundo real y el mundo virtual, decantándose por una innovación tecnológica para poder salvar las diferenciaciones en los tres factores característicos de la teoría.

6) la teoría de las técnicas de neutralización: además de la negación de la víctima, invisibilizada en el entorno del ciberespacio (véase el epígrafe dedicado a la cibervíctima y a los procesos de victimación) o la creencia de ausencia de generación de daños, algunos *hackers* justifican sus conductas ilegales en Internet bajo la premisa de mejorar el propio sistema, la falta de necesidad de leyes reguladoras en el entorno libre del ciberespacio o el ataque al monopolio de las grandes corporaciones de *software*.

Sin embargo, el ciberespacio es una ubicación totalmente nueva que ha creado su propia criminalidad. Por ello, en los últimos años. Algunos autores

han tratado de dar respuesta a los porqués del cibercrimen a través de novedosas teorías creadas específicamente para el estudio de esta clase de delincuencia.

Algunas de estas teorías suponen simplemente la renovación de las premisas de las teorías tradicionales y su adaptación al ciberespacio, como es el caso de la *Situational Action Theory Revised for the Internet* (SAT-RI) o Teoría de la Acción Situacional revisada para Internet, que parte de la base de la Teoría de la Acción Situacional desarrollada por WIKSTRÖM (2010), estudiada específicamente para el contexto digital por PÉREZ SUAREZ (2015). En la SAT-RI el único entorno que se considera es Internet, como un contexto moral autónomo, no relacionado con el contexto moral fuera de línea. Se considera que Internet tiene su propio conjunto de valores morales y normativos por los cuales se regula a sí mismo (LESSIG, 2006). Por lo tanto, se considerarán solo las interacciones que ocurren cuando las personas entran en contacto con la red.

Básicamente, según la SAT-RI, la propensión individual al delito cibernético (P) debe ponerse en relación exponencial con la exposición (E) a Internet (entendida como un entorno criminógeno per se) y con las técnicas de neutralización (N) del usuario que, después de un proceso de deliberación moral (mediado por el autocontrol) podría resultar en la comisión de un cibercrimen (CC). La fórmula que resume la teoría podría significarse en la siguiente ecuación: $P \times E \times N = CC$.

Otro ejemplo de esta clase de teorías es la *Ciber Teoría de las Actividades Cotidianas* (Ciber TAC) y su *Modelo Estructural de Ciber TAC* (prevención) desarrollada por CHOI & TORO-ÁLVAREZ (2017), que parte de la base de la teoría de las actividades rutinarias a la que añade dos elementos:

a) Estilo de vida digital como factor importante de victimización, compuesto:
a) actividades vocacionales (de trabajo) y de ocio en Internet; b) actividades arriesgadas de ocio en línea; y c) actividades vocacionales arriesgadas en línea.

b) Custodia digital eficiente, en forma de sistemas instalados de seguridad informática, que diferenciaría el nivel de victimización por delitos informáticos (guardián digital o virtual).

Otras teorías, sin embargo, parten de una nueva premisa desarrollada específicamente para la explicación del cibercrimen. Es el caso de la *Teoría de la Transición Espacial* de JAISHANKAR (2008), que pretende dar una explicación sobre la naturaleza del comportamiento de las personas que ponen de manifiesto su comportamiento conformista y no conformista en el espacio físico y el ciberespacio. Esta teoría integrada sostiene, en suma, que

las personas se comportan de manera diferente cuando se desplazan de un espacio a otro.

Las premisas de la teoría de la transición espacial se resumen en los siguientes puntos:

1. Las personas con conductas delictivas reprimidas (en el espacio físico) tienen propensión a cometer delitos en el ciberespacio que, de otro modo, no cometerían en el espacio físico, debido a su condición y posición.

2. La flexibilidad de la identidad, el anonimato disociativo y la falta de factores de disuasión en el ciberespacio proporcionan a los delincuentes la opción de cometer ciberdelitos. Según DANQUAH & LONGE (2011), esta premisa tiende a ser coherente con la noción de que la mayoría de los miembros de cualquier sociedad son honestos por el temor a ser atrapados (factor de disuasión). El ciberespacio, por otro lado, cambia la situación y deja espacio para ningún factor de disuasión. El anonimato puede usarse para representar alguna necesidad o emoción desagradable, a menudo abusando de otras personas; se puede usar para expresar honestidad y apertura que no podrían discutirse en un encuentro cara a cara.

3. El comportamiento delictivo de los delincuentes en el ciberespacio es probable que se importe al espacio físico y, del espacio físico, también puede exportarse al ciberespacio. Un buen ejemplo de lo primero es el comportamiento de los pedófilos que utilizan las TIC para embaucar a los menores y buscar un encuentro físico con ellos en el mundo físico; por otra parte, muchos comportamientos de ciberacoso y *cyberbullying*, que se originan en el mundo físico, terminan rompiendo la barrera espacial y se internan en el ciberespacio (GIL GIL & HERNÁNDEZ BERLINCHES, 2019).

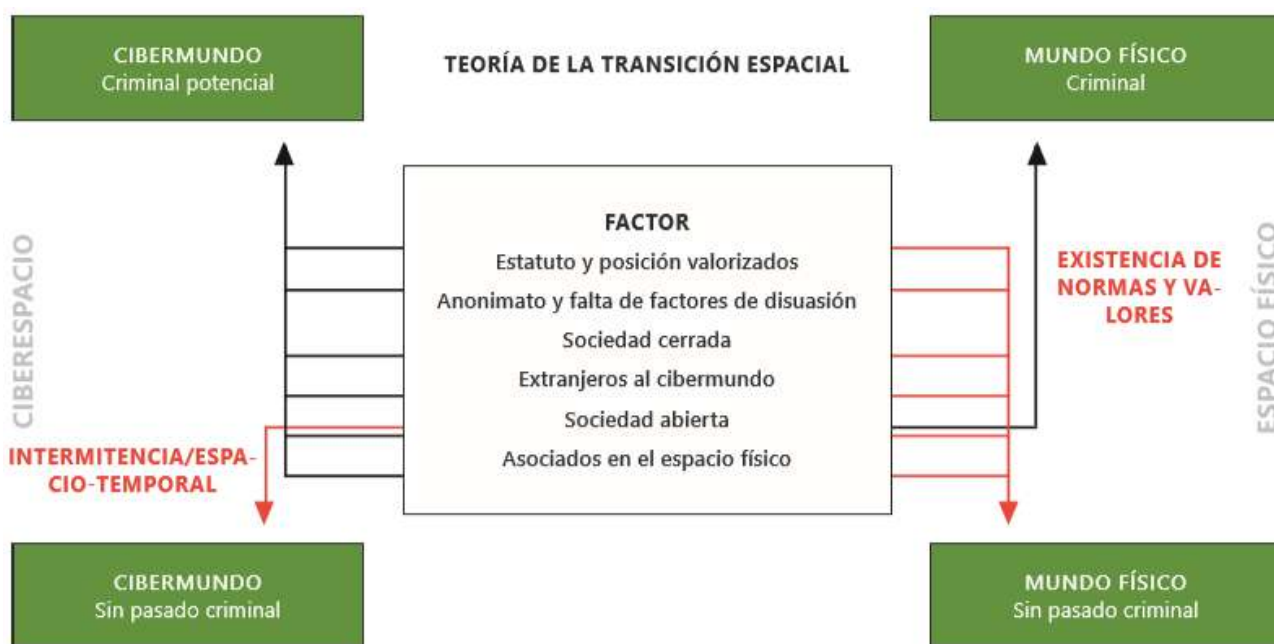
4. Las operaciones intermitentes de los delincuentes en el ciberespacio y la naturaleza dinámica espacio-temporal del ciberespacio ofrecen la oportunidad de escapar.

5. Es probable que los desconocidos se unan en el ciberespacio para cometer delitos en el espacio físico. Asimismo, es probable que los asociados en el espacio físico se unan para cometer delitos en el ciberespacio. Internet es un medio eficaz para el reclutamiento criminal y la difusión de técnicas criminales para personas de ideas afines. También se enfatiza que los individuos frustrados de las organizaciones pueden destruir el futuro de las compañías espionando, sabotando o filtrando información confidencial. Sin embargo, en la investigación empírica realizada por DANQUAH & LONGE (2011), se expone que “sin cuestionar el potencial de todas esas posibilidades, los hechos recopilados de las entrevistas indican que no

existen tales registros de extraños en el ciberespacio que se confabulan para cometer un delito en el espacio físico”.

6. Las personas de una sociedad cerrada tienen más probabilidades de cometer delitos en el ciberespacio que las de una sociedad abierta. Esta premisa se basa en la creencia de que la mayoría de las personas de sociedades abiertas tienen la libertad de expresar sus sentimientos a diferencia de las personas de sociedades cerradas. Las sociedades de corte democrático, donde la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales, se identifican con esta definición. Así, el ciberespacio presenta invariablemente alguna forma de consuelo para las personas de las sociedades cerradas, de ahí la afirmación de que las personas de la sociedad cerrada tienen más probabilidades de cometer delitos en el ciberespacio que las personas de la sociedad abierta. Sin embargo, la evidencia empírica demuestra lo contrario, ya que hay muy poca o ninguna correlación entre las sociedades en las que residen los perpetradores y el tipo de delito cibernético que cometen (DANQUAH & LONGE, 2011). Esto puede deberse a que la perpetración del ciberdelito supone la ruptura de muchos de los valores contemplados en el mundo físico que, sin embargo, en la cultura del ciberespacio carecen de cauces de control adecuados. Probablemente el mundo *online* suponga una vía de escape para determinados individuos, pero no exista una correlación por oposición de valores con el mundo *offline* en este sentido.

7. El conflicto entre las normas y los valores del espacio físico y las normas y los valores del ciberespacio puede conducir a delitos cibernéticos.



Fuente: Modelo de Transición Espacial derivado de JAISHANKAR (2008), por DANQUAH & LONGE (2011). CICP, 2018.

Finalmente, también la llamada Criminología plurifactorial se ha ocupado de las particularidades del ciberdelito. Se identifican, de este modo, los factores de riesgo de Internet que pueden derivar en la comisión de hechos delictivos (KOOPS, 2010, CICP, 2018):

1. *Alcance mundial de Internet:* permite a los perpetradores buscar las computadoras y las víctimas más vulnerables, dondequiera que se encuentren en el mundo, sin tener que salir de sus espacios de seguridad.
2. *Desterritorialización:* la ciberdelincuencia es esencialmente internacional, con retos importantes en términos de jurisdicción y colaboración internacional.
3. *Subcultura criminal en el ciberespacio* (HOLT, 2007): el entorno digital permite la creación de redes flexibles y descentralizadas dentro de las cuales los delincuentes pueden organizarse para dividir el trabajo o compartir competencias, conocimientos o herramientas.
4. *Anonimato a los delincuentes:* utilizar instrumentos de anonimización (...). Por otra parte, los delincuentes menos competentes desde el punto de vista tecnológico son (o se sienten) relativamente anónimos cuando llevan a cabo sus actividades a gran distancia, ocultos detrás de una dirección IP, un correo electrónico o una cuenta de Facebook fraudulenta, a menudo difíciles de conectar con un individuo específico (SANDYWELL, 2010).
5. *La posibilidad de interacciones remotas* entre los perpetradores y las víctimas elimina las barreras sociales potenciales con las que se encuentran los perpetradores en las relaciones cara a cara; por lo tanto, la ciberdelincuencia implica relaciones anónimas, ocultas y en red entre las víctimas y los perpetradores (SANDYWELL, 2010).
6. *El entorno virtual facilita la manipulabilidad de datos y programas a un costo mínimo* (SANDYWELL, 2010) porque se basa en una representación digital (que permite copiar sin perder calidad y modificar sin dejar huellas), pero también porque Internet se construyó como una infraestructura abierta, con el fin de fomentar la innovación aportada por sus propios usuarios.
7. *El entorno online permite la automatización de los procesos y conductas criminales:* un programa difundido por Internet puede lanzar y replicar un ataque millones de veces al mismo tiempo y durante largos períodos de tiempo, y en los que programas muy sencillos también pueden ser fácilmente adaptados por los famosos “*script kiddies*” para crear nuevos virus (WALL, 2007).

8. *Diferente escala criminal*: ya que la ciberdelincuencia puede multiplicar exponencialmente la escala de un delito, que sería mínima en un caso individual, pero que se convierte en un factor de daños importantes debido a su alcance mundial y masivo (FRANKS, 2010).

9. Del mismo modo, la explosión de las escalas permite la *acumulación de beneficios individuales no sustanciales* gracias a las denominadas técnicas “salami”, en la cual rodajas muy pequeñas apenas perceptibles, de transacciones financieras, se van tomando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra. Se trata de uno de los principales desafíos relacionados con la ciberdelincuencia, que reduce al mínimo la presentación de denuncias, pero también las causas de la investigación y el enjuiciamiento de los delincuentes (WALL, 2007).

10. *La información se convierte en un bien valioso en el ciberespacio*, en los mercados legales e ilegales (WALL, 2007).

11. El ciberespacio tiene características estructurales que *limitan la posibilidad de controles* que sirven, en el mundo real, como barreras sociales y técnicas a la comisión de delitos (YAR, 2005).

12. *El ciclo de innovación en el ciberespacio es particularmente rápido*, lo cual permite el desarrollo de nuevas técnicas e instrumentos en plazos muy breves, lo que facilita saltarse las medidas de seguridad y la creación de nuevos vectores y actividades delictivas.

III. El ciberdelincuente: algunas cuestiones generales

Desde una perspectiva criminológica, el estudio del sujeto que comete el delito reviste de una especial importancia para una adecuada política preventiva. Pese a que todo estudio criminológico debe tener en cuenta las circunstancias concretas del fenómeno criminal y de la persona del criminal, la identificación de “perfiles” puede ser una técnica eficaz para introducir políticas de seguridad y posterior identificación de los delincuentes. Por otra parte, el estudio de determinados tipos de comportamiento, asociados a perfiles socioeconómicos concretos, ha arrojado algunas conclusiones importantes en el campo de la prevención delictiva. Así, por ejemplo, estudios como el realizado por SHAW (2006), arrojan sugerentes postulados sobre el papel general de los patrones de comportamiento, pues en muchos casos estos formaron la base de la investigación para determinar y evaluar las conductas de los delincuentes cibernéticos.

Así, el estudio del cibercriminal puede ser relevante para comprender la naturaleza y el *modus operandi* que requieren los diferentes delitos informáticos, además de ayudar a la identificación de los autores cuando aún

son desconocidos para los medios de control social formal; incluso, teniendo en cuenta las especificidades de esta clase de criminalidad, el estudio de perfiles puede coadyuvar a la detección de los riesgos dentro de una persona jurídica o para comprender el funcionamiento de las organizaciones delictivas que se dedican a este tipo de delitos.

Como ya se advertía en el XIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en 2015 (A/CONF.222/12), es probable que no exista un “perfil” estándar de ciberdelincuente. Esta poco halagüeña intuición nace de la propia naturaleza técnica, pero igualmente dinámica y constantemente innovadora de los denominados ciberdelitos: por un lado, su perpetración requiere de unos conocimientos cualificados en materia informática; por el otro, su versatilidad y el avance en la disponibilidad de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), hacen posible que, al igual que los interfaz informáticos necesarios para su comisión, la realización de actos delictivos a través de medios telemáticos se encuentre, cada vez más frecuentemente, al alcance de cualquiera que sepa manejar –aunque sea de forma rudimentaria o a nivel “usuario”- un dispositivo. Más aún, es posible que las cualificaciones técnicas poseídas por algunos sujetos sirvan de puerta de entrada a otros con conocimientos mucho menores, que se aprovechan del trabajo ya realizado por los primeros para cometer hechos delictivos a través de medios informáticos. Esta suerte de cadena criminógena, en la que unos sujetos especialmente competentes -como principal rasgo criminológico a destacar- crean o generan oportunidades delictivas para otros menos capacitados, nos lleva a una importante problemática en el ámbito del perfilado criminal: el perfil del delincuente informático puede ser muy heterogéneo en cuanto a sus competencias en el medio informático.

En el precitado XIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, se exponía con claridad tal dificultad de identificación por la especialización del delincuente, advirtiéndose que *“un número relativamente reducido de programadores y piratas informáticos altamente cualificados pueden impulsar la innovación en el terreno de la ciberdelincuencia y ofrecer sus aptitudes como un servicio delictivo. Sin embargo, la facilidad de acceso a los exploits y los programas maliciosos implica que en muchos casos los autores ya no requieren conocimientos avanzados. Por otra parte, es posible que algunas formas de ciberdelincuencia dependan cada vez más de la presencia de un gran número de «soldados rasos»”*. A tenor de la última expresión utilizada, se intuye que incluso puede existir cierta jerarquización entre ambos tipos de perfiles, siendo el *mastercode* el principal ideólogo de la ingeniería criminal

en el medio informático, que desarrollará, junto con un número mayor de personas con menores conocimientos técnicos que se limitarán a realizar tareas de programación de *software* de baja complejidad (picacódigos o *codemonkeys*), el acto delictivo completo. Finalmente, el producto informático obtenido podría ser utilizado por terceros para la comisión de nuevos hechos delictivos.

A mayor abundamiento, en ocasiones esta cadena criminógena no comenzará con los sujetos más cualificados o los creadores del *software*. Es posible una diversidad de actuantes, en la que no todos los que tienen una relación con el sistema informático o el programa utilizado como instrumento para delinquir, puedan ser considerados partícipes del delito. Teniendo en cuenta tal posibilidad, algunos sectores doctrinales han diferenciado entre diferentes tipos de actores: a) Los operadores, programadores u otros sujetos que acceden legítimamente a la elaboración del *software*; b) Cualquier sujeto, a través de las terminales públicas o interceptando las líneas de transmisión de datos a distancia; y, por último, c) Los titulares legítimos del sistema.

Junto con este primer escollo, existen otras numerosas dificultades tales como la singularidad del cibercriminales o su pertenencia a organizaciones criminales, el favorecimiento del anonimato en el ciberespacio, la clase social y profesión a la que pertenecen, la brecha de género en la delincuencia informática o la edad de los perpetradores, que hacen del delincuente informático todo un reto para los postulados clásicos de la Criminología y, en particular, de la técnica del perfilado criminal.

De ahí que algunos autores hayan afirmado que las clásicas técnicas de perfilado, basadas en los planteamientos de la Psicología criminal, sean insuficientes en el caso de la identificación de los cibercriminales, en la medida en la que si bien puede ser eficaz cuando la informática es el instrumento de la perpetración de los delitos –lo que requiere habitualmente, pero no siempre como hemos visto-, pero no cuando ésta es sólo el objeto de los actos delictivos (DE LA CUESTA ARZAMENDI & PÉREZ MACHÍO).

Para enfrentar todas estas dificultades, algunas voces en el campo de la Criminología apuntan a la necesidad de construir nuevos paradigmas teóricos que permitan explicar de manera más eficaz y efectiva este fenómeno criminal (YAR, 2006). Ante la amenaza que suponen los cibercrímenes en las sociedades actuales o tal vez recogiendo el testigo de estas recomendaciones por parte de la doctrina especializada, lo cierto es que en los últimos años se han desarrollado algunos estudios criminológicos interesantes para la construcción de un perfil de cibercriminal más exacto y depurado.

En España apenas se han realizado estudios relativos a la tipología y características del perfil criminal de los ciberdelincuentes. No obstante, según los datos del Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) del Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (PAYA SANTOS, CREMADES GUIASADO & DELGADO MORÁN, 2017) respecto al perfil del ciberdelincuente, el 76% de los detenidos e imputados por este tipo de hechos son hombres, siendo especialmente partícipes en delitos sexuales (97%) y en interferencia en los datos y en el sistema (96%), mientras que en los delitos de falsificación informática y de fraude informático se registra una menor participación de estos (66% y 69%, respectivamente). Por otro lado, la nacionalidad de los detenidos e imputados es de forma mayoritaria española (85.7%), y entre los ciudadanos extranjeros partícipes de ciberdelitos, destacan los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea (5.6%).

Paralelamente y de forma más global, un estudio realizado por *Digiware*, primer integrador de seguridad informática en América Latina, recopiló la información de sus centros de operación de seguridad informática (más de 13.000 dispositivos en diversos sectores), con el objetivo de analizar y prever las tendencias en seguridad informática para el 2016. Obtuvieron los siguientes resultados sobre el perfil socioeconómico del delincuente informático:

Se trata de una criminalidad joven, eminentemente masculina y con cierto grado de conocimientos: el 76% de los *hackers* son hombres cuyas edades están entre los 14 años (8%) hasta los 50 (11%), siendo la edad promedio es de 35 años (43%).

Estas cifras encajan con otras investigaciones que han llegado a la conclusión de que la carrera de un *hacker* –criminal o no- comienza a una edad bastante temprana (alrededor de 11 a 12 en los casos más precoces, aunque la mayoría comienza sus actividades clandestinas durante la adolescencia tardía, alrededor de los 13 a los 14 años de edad).

No es ninguna sorpresa que este tipo de criminalidad haya sido tradicionalmente asociada a la juventud. Si bien la informática en general cuenta con un desarrollo pretérito, las nuevas generaciones de usuarios han nacido en un entorno en el que el uso de las nuevas tecnologías se encuentra completamente normalizado y, más aún, podríamos decir sin empacho alguno que masificado en la mayor parte del mundo industrializado.

Habitualmente se suele hablar de menores víctimas de los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. Sin embargo, en los últimos años también se ha evidenciado la tendencia de algunos menores a

ser también victimarios, es decir, autores de esta clase de delito (VIDAL HERRERO-VIOR, 2016). La razón, por lo demás, es bastante conocida: los jóvenes tienen un mayor acceso a esta clase de tecnologías y, además, muchos de los delitos que cometen los menores de edad tienen como víctimas a otros menores de edad, frecuentemente pertenecientes a su grupo social cercano.

Los menores suelen aparecer como autores de los denominados delitos informáticos en general, es decir, de los ilícitos realizados con el ordenador y que, en no pocas ocasiones, tienen como principal objetivo otro terminal.

El perfil habitual del “cibervándalo” o “*hacker* vándalo” suele ser el de un menor de edad temprana (alrededor de 14-15 años), varón y adicto a la utilización de medios de comunicación virtuales, con conocimientos – frecuentemente autodidactas y limitados- de informática y manejo de programas maliciosos (CÁMARA ARROYO, 2015). Normalmente actuará mediante el uso de herramientas secundarias, esto es, programas no creados por él mismo. Se siente atraído por un imaginario sentimiento dignificación derivado de la visión romántica de los *hackers*, a los que se ha conferido cierta fama y reconocimiento. La escasez de riesgos, la versatilidad del entorno virtual *online* y el anonimato que confieren las nuevas tecnologías son idóneos para sus actividades.

Actualmente, el espacio criminógeno más habitual utilizado por los jóvenes son las Redes Sociales y las nuevas TICs (teléfonos móviles, tablets, etc.). Los delitos más frecuentes cometidos por estos menores son los que atentan contra la propiedad intelectual (piratería), la tranquilidad y la libertad (amenazas, injurias, calumnias, ciber acoso o ciber *bullying* y ciber acecho o ciber *stalking*), la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), y la indemnidad sexual (*sexting*).

En cuanto a la necesidad de cualificación técnica en materia de programación o telecomunicaciones, el estudio arrojaba algunos datos interesantes: en la mayor parte de los casos, se trataba de personas que tienen un mediano o alto conocimiento de computadores y redes en general, así como de sujetos con conocimientos en cómputo por encima del promedio (cambio de IP, uso de programas *Keyloggers*, uso de navegadores inusuales, etc.). Como puede apreciarse, no se hace mención al conocimiento técnico de confección de herramientas informáticas para la comisión de hechos delictivos, sino que el estudio se centra en el conocimiento acerca del mero “uso” de las diferentes vías que permiten la comisión de cibercrímenes.

Y es que, como han advertido algunos organismos internacionales, actualmente la comisión de una gran parte de esos actos no requiere

competencias ni conocimientos tecnológicos avanzados (UNODC, 2013). Cualquier individuo medio con una conexión a Internet puede desarrollar una actividad delictiva o criminal. Lo que se requiere en la generalidad de los casos, es el conocimiento necesario para utilizar tales herramientas.

En el mismo sentido, la investigación realizada por FANJUL FERNÁNDEZ y la *ESERP Business School* ha concluido que, para la comisión de un delito informático, si bien se requieren de unos conocimientos mínimos relacionados con el medio informático, en general, los sujetos activos de los mismos no precisan conocimientos técnicos cualificados, bastando con un coeficiente intelectual medio y la oportunidad para delinquir.

Basándose en esta premisa inicial, los investigadores clasifican de manera general a los ciberdelincuentes en dos grandes categorías o bloques, a las que se adscribirán posteriormente otras categorías o perfiles criminales:

- a) Aquellos que manejan con facilidad los ordenadores y son expertos conocedores de los sistemas en red; y
- b) aquellos cuyos conocimientos y habilidades no podrían ser categorizados en el nivel de expertos.

El primero de los perfiles generales es mucho más especializado y atiende fundamentalmente a la confección de herramientas informáticas y posterior comisión de delitos informáticos, mientras que en el segundo bloque la tecnología es un medio o vehículo para cometer el delito.

Por estas razones, los investigadores precitados advierten que el perfil concreto de ambos será “diametralmente opuesto”: en el primer caso estaremos ante un sujeto con competencias y aptitudes informáticas más especializadas, para quien el móvil principal del hecho delictivo puede ser el mero reto de mejorar en la adquisición de conocimientos específicos; el segundo tipo es mucho más pragmático, siendo un mero usuario de las nuevas tecnologías para fines ilícitos y su motivación podrá ser muy heterogénea pero menos elevada que en el primer supuesto, abarcando desde la venganza personal, la posibilidad de obtener algún beneficio económico, la excitación sexual, etc.

Además, como puede observarse también se aprecia una diferencia fundamental en cuanto a la focalización del ataque: el perfil especializado tendrá como objetivo principal el propio aspecto virtual, el sistema de información en sí mismo o los programas que se encuentran en él, a través de los que accederá a los datos que necesita para perpetrar el delito y conseguir los fines delictivos que se haya propuesto; por el contrario, el asalto realizado por el perfil menos técnico tendrá una relación menos

intensa con el ámbito informático, siendo la tecnología un mero instrumento para llegar al verdadero objetivo. Dicho de otro modo, para el perfil especializado el objetivo es tanto el ataque informático en sí mismo, lo que ya supone alcanzar la finalidad de resolver el reto que le plantea la vulneración de los sistemas de seguridad informática o la confección un *software* malicioso, como los posibles réditos de su conducta delictiva; para el perfil menos cualificado, el éxito del ataque no es un fin en sí mismo puesto que habitualmente se lleva a cabo mediante medios menos expeditivos o aprovechando la tecnología ya confeccionada (no supone la consecución de ningún reto), sino un mero medio por el que se alcanza el verdadero objetivo perseguido.

Con todo, algunos autores, como ROGERS (1999), proponen una clasificación basada en los objetivos y habilidades en el uso de la tecnología de los cibercriminales:

- *Toolkit/newbies* (literalmente kit de herramientas y novatos) y *scriptkiddies*: neófitos en el uso de la tecnología, con algunas habilidades técnicas y conocimientos muy bajos; suelen utilizar un *software* ya preparado.
- *Cyberpunks*: capaces de escribir programas pequeños, que utilizan principalmente para alterar páginas web, enviar correos spam, realizar actos vandálicos en el ciberespacio, etc.
- *Internals*: empleados o ex empleados de una organización o empresa. Dañan el sistema de la compañía por venganza. Sus ataques no se basan en habilidades técnicas, sino en su conocimiento preciso del nivel y tipo de seguridad presente dentro de la organización.
- *Coders* (codificadores): que escriben códigos destinados exclusivamente a dañar otros sistemas.
- *Old-guard hackers*: piratas informáticos que siguen los preceptos de la primera generación de *hackers*, también llamados *true hackers* o piratas informáticos auténticos, altamente calificados, sin intención criminal, que abrazan un código de comportamiento en el mundo virtual.
- *Professional criminals* y *cyberterrorists*: son las categorías más peligrosas, tratándose de *crackers* con elevados conocimientos y especializados en espionaje industrial y operaciones de inteligencia contra gobiernos, agencias de seguridad nacional, etc.

Posteriormente, el mismo autor (2006) propuso una tipología híbrida, basada tanto en las motivaciones de los *hackers* como en sus capacidades técnicas, identificando hasta nueve grupos diferentes de cibercriminales:

- El novato, que es el neófito que usa herramientas automáticas y busca hacerse un nombre.
- El *cyberpunk*, ligeramente superior al novato, que tiene algún conocimiento de programación y busca fama y dinero.
- El iniciado, que ataca a su empleador desde dentro para vengarse.
- El simple ladrón que pasa del mundo real al mundo virtual para seguir a sus objetivos, como bancos y compañías de tarjetas de crédito, cuya principal motivación es el dinero.
- El programador de virus.
- El pirata de la vieja escuela que heredó la mentalidad de los piratas mayores y que busca La estimulación intelectual.
- El criminal profesional especializado en la criminalidad informática que busca beneficios económicos.
- El guerrero de la información cuyo objetivo es desestabilizar los centros de toma de decisiones y que está motivado por el patriotismo.
- El activista político.

Predominio de la criminalidad grupal u organizada: los ciberdelincuentes ya no actúan de manera individual, sino que operan como parte de grandes organizaciones criminales. El 50% de las bandas dedicadas al cibercrimen se componen de 6 o más personas. El 50% de los grupos de ciberdelincuentes han operado por más de seis meses, mientras que el 25% ha operado seis meses o menos. La mayor parte de su actividad se registra en Norteamérica y Sudamérica con un 19% del total de ataques generados a nivel mundial.

En líneas generales, puede compartir la idea expresada por algunos estudios sobre el perfil del pirata informático de que entre ellos existe un fuerte vínculo con la tecnología, que consideran una vía de escape, una puerta a nuevos retos interesantes e inesperados (versus la gris realidad) e, incluso, un modo de obtener un poder al que no accederían en el mundo físico. Otra característica importante para entender el pensamiento del *hacker* es la idea de secretismo y anonimato (que puede llevar a la impunidad por la comisión de un delito), de pertenencia a una subcultura *underground* “única”, que se desarrollaría en el ciberespacio y que trae consigo un desdoblamiento no patológico de personalidad (la virtual –que, además, puede ser múltiple- y la física), una relajación o cambio de valores y moralidad tradicionales en el ciberespacio (desinhibición *online* o separación moral), así como una ambivalente necesidad de mantener en secreto los actos ilícitos y la necesidad de compartirlo con el grupo de iguales o los medios en busca de

reconocimiento. Respecto a este último punto, si bien es frecuente la existencia de comunidades online a las que el *hacker* puede pertenecer, lo más habitual es que estemos ante una suerte de membresía fluida: el ciberespacio es más una red informal que una organización formalmente establecida, por lo que sus fronteras son bastante permeables, y la naturaleza de este tipo de red conduce a un alto nivel de rotación.

La mayor parte de los estudios criminológicos realizados sobre el perfil del cibercriminal coinciden en el eminente predominio masculino. Se ha llegado a afirmar que “la masculinidad y la juventud son dos factores que explican la piratería” (TAYLOR, 1999). En cuanto a la brecha de género y el fenómeno de la cibercriminalidad, varios factores pueden explicar este aspecto: el tipo de socialización primaria que enseña a los hombres y a las mujeres una actitud diferente hacia la tecnología; diferencias en la capacitación; e, incluso, un sesgo de género en el lenguaje informático. Después de la década de 1990, sin embargo, la presencia de mujeres (denominadas *hackse*) comenzó a aumentar progresivamente y se hizo más y más relevante.

En general, puede afirmarse que hay una falta de investigación empírica sobre las características de los delincuentes cibernéticos. Además, los estudios que se han realizado tienen limitaciones graves y se centran en un número concreto de delitos. No se sabe, si los delincuentes cibernéticos tienen características diferentes a los delincuentes tradicionales, y no se sabe si las características de los delincuentes interactúan con los motivos y la ejecución de ciertos delitos informáticos y cómo lo hacen (LEUKFELDT, 2017).

En cuanto a la prevención en materia de delincuencia informática en el interior de las corporaciones, el estudio daba algunas pautas sobre las características de los trabajadores susceptibles de perpetrar ataques informáticos:

- Personas que aprovechan espacios sociales para preguntar por datos de clientes y demás información de uso restringido.
- Personal que instala programas espías sin autorización.
- Sujetos que desactiva el software antivirus en su equipo de trabajo.
- Personas que hacen uso sin autorización de computadoras o dispositivos de los demás miembros de la organización.
- Empleados que se quedan a trabajar en horario extra en la oficina sin dar justificación.

Aunque el estudio se centra en la delincuencia informática dentro de las organizaciones, lo cierto es que ya advierte una pauta interesante sobre las

características socioeconómicas del cibercriminal: a menudo nos encontraremos con personas que ostentan un perfil alejado de la marginalidad y la exclusión social. Al margen de la actual disponibilidad y accesibilidad a esta clase de medios comisivos, la sola idea de acceso a un sistema de información o terminal para poder perpetrar el cibercrimen ya es un elemento social, económico y cultural de suma importancia.

En este sentido, hay que tener en cuenta la importancia de la denominada brecha digital en las oportunidades de cometer esta clase de hechos delictivos. A pesar de la universalización del uso de Internet y de los medios telemáticos de comunicación, el acceso al ciberespacio es fuente de numerosas desigualdades. Ahondando un poco más en esta cuestión, no solamente existe una primera brecha digital en cuanto al acceso a las nuevas tecnologías que se focaliza en las diferentes áreas geográficas, sino que también existen una segunda y tercera brechas digitales que configuran respectivamente las desigualdades en las competencias y en el uso de tales tecnologías (CENTRO INTERNACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD, 2018).

De esta manera, algunos autores se han aventurado a realizar un perfil geográfico del ciberdelito y su autor, el cibercriminal, distribuyendo las tipologías delictivas pertenecientes a esta categoría por regiones y perfiles de delincuente informático.

En una investigación publicada en 2016, KIGERL, propone una reveladora tipología de lo que él llama los “países de la ciberdelincuencia”. Teniendo en cuenta los datos de los organismos oficiales de los países implicados en la investigación, así como los informes de las principales empresas internacionales de seguridad cibernética, el autor identificó distintos perfiles de países basados en: 1) su nivel de participación en ciertos tipos de ciberdelincuencia; 2) los tipos de ciberdelincuencia y 3) los macrofactores, como el ingreso neto per cápita.

Aunque existen *hackers* de todos los grupos étnicos y nacionales, el resultado fue la clasificación en cuatro grandes grupos de países:

Grupo 1: países con escasa participación en la ciberdelincuencia, tratándose en de los países más afectados por la denominada brecha digital, en particular respecto al acceso al ciberespacio. La mayoría de estos países tienen un nivel más bajo de desarrollo económico.

Grupo 2: los “especialistas en la estafa de pago anticipado”, que agrupa a los países cuya actividad ciberdelictiva gira en torno a los fraudes menos sofisticados desde el punto de vista tecnológico. Se trata de un grupo muy

heterogéneo de países (que incluye a países como Islandia y Nigeria): el autor analiza estos resultados centrándose en el aspecto no tecnológico de tales delitos, que permiten a individuos con habilidades limitadas desarrollar actividades delictivas muy remunerativas.

Grupo 3: países con formas menos graves de ciberdelincuencia, como el spam no fraudulento o los mensajes infectados, la piratería o los delitos contra la propiedad intelectual. Este grupo está formado por los países más desarrollados económicamente y más conectados.

Grupo 4: los “especialistas en *phishing*”, que representan de hecho el 40 % de todos los países considerados y se distinguen por un alto nivel de actividad ciberdelictiva en todos los tipos de delitos considerados, especialmente en términos de fraude (incluidos los niveles equivalentes al grupo 2 para la estafa de pago anticipado), correos electrónicos infectados y fraudulentos y *phishing*.

Haciéndose eco de esta investigación, el Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (CIPC) de Montreal (Canadá), principal organización en materia de prevención del delito a nivel internacional, realizó su propio estudio tratando de identificar las dinámicas específicas y los temas clave para cada una de las principales regiones del mundo. Sobre las especificidades genéricas del perfil criminal dividido en las distintas regiones geográficas, cabe destacar de su estudio la siguiente información:

- África: la región en la que la actividad delictiva cibernética está creciendo más rápidamente. Sin embargo, la participación de África al respecto en el escenario mundial sigue siendo limitada. Sudáfrica, Nigeria y la región del África septentrional difieren de otros países africanos en su dinamismo en materia de ciberdelincuencia.
- El crimen organizado latinoamericano ha ocupado masivamente el ciberespacio.
- La situación asiática dista mucho de ser homogénea, especialmente en términos de volumen de usuarios, tasas de penetración y nivel de desarrollo económico. China y la India representan por sí solas más de la mitad de todos los internautas asiáticos, mientras que las tasas de penetración varían mucho entre los países más conectados, como Japón, Corea del Sur, Australia, Nueva Zelanda o Taiwán, y los países cuyos niveles de desarrollo y tamaño de la población rural marginada dificultan la penetración de Internet, como es el caso de la India, Pakistán o los países de la península indochina. Los países emergentes de Asia, como Vietnam o Malasia, desempeñan un papel cada vez más importante en la escena de la ciberdelincuencia a la par como origen y como objetivo de estas

actividades. China es un punto focal en el panorama asiático de la ciberdelincuencia, tanto como fuente de actividades ilícitas como en términos de victimización.

- En los Estados Unidos, las actividades ciberdelictivas se consideran en general una amenaza geopolítica, independiente de que esté dirigida hacia el sector privado o público y de sus motivaciones. Los Estados Unidos son una pieza absolutamente esencial del panorama mundial de la ciberdelincuencia en tres aspectos principales: desde el punto de vista de la delincuencia; de la victimización; y de las respuestas.
- Rusia ha desarrollado un sistema particularmente exitoso de convergencia y colaboración entre el medio de la ciberdelincuencia y el gobierno.
- En Europa ha crecido el sentimiento de inseguridad y la preocupación por el ciberdelito en los últimos cinco años; sin embargo, la prevalencia de estos crímenes sigue siendo baja y su aumento es débil en la región.

IV. El Ciberdelincuente: categorías y perfilado criminal

Una vez realizadas estas precisiones sobre las dificultades y especialidades de la confección de un perfil criminal genérico para los cibercriminales, conviene realizar a continuación una relación de las diferentes categorías de perfiles criminales a los que la doctrina penal y criminológica ha dedicado sus investigaciones (DE LA CUESTA ARZAMENDI & PÉREZ MACHÍO, 2010; FANJUL FERNÁNDEZ ET AL., 2018; MIRÓ LLINARES, 2012; PÉREZ SUÁREZ, 2015; CHIESA, DUCCI & CIAPPI, 2009):

1. Cibercriminales especializados:

a) Hacker: en primer lugar, es necesario realizar una importante precisión: no debe confundirse el término *hacker* con el concepto amplio de cibercriminal o ciberdelincuente. Por cibercriminal o ciberdelincuente entendemos a todo sujeto que perpetra un hecho delictivo utilizando como parte central el ciberespacio, a través de las nuevas tecnologías informáticas o de telecomunicaciones. Un *hacker* puede pertenecer a una categoría dentro de los cibercriminales, pero no siempre cuando estemos ante un *hacker* podremos etiquetarlo como cibercriminal.

Ciertamente, el *hacker* fue el pionero de las primeras formas de cibercriminalidad, centradas en el acceso a la información en sistemas informáticos. El término *hacker* proviene de finales de los años 50 y se debe a la proliferación de un experto grupo de programadores que conseguían eliminar programas que se encontraban ubicados dentro de un sistema

operativo (*true hackers*). Sin embargo, tales prácticas no tienen por qué tener un cariz socialmente negativo o criminológicamente relevante.

Actualmente, el vocablo *hacker*, sin mayores precisiones, simplemente hace referencia a un sujeto cualificado o grupo de expertos en informática y redes, lo que incluye el dominio de áreas como la programación, *hardware* y *software*, las telecomunicaciones, etc². Por otra parte, existe un concepto de *hacker* mucho más estricto, que se refiere a aquel experto en informática que busca superar barreras por el mero hecho de su existencia, sin entrar en el campo de lo delictivo, en ocasiones incluso usando sus conocimientos para la mejora de la seguridad de las redes y los sistemas.

Además de ello, el *hacker* estaría especialmente interesado en la brecha de seguridad de los sistemas de información y en los porqués de las vulneraciones de dichas medidas de seguridad informática. En principio, un hacker puede dedicar sus conocimientos a intervenir o realizar alteraciones técnicas en sistemas informáticos tanto de signo socialmente positivo como negativo. Más aún, hoy en día muchos *hackers* se adscriben a su propio código de “moralidad en el mundo virtual” o *ética del hacker*, esto es, una especie de decálogo o manifiesto al que se adscriben para evitar que proliferen las conductas delictivas en su seno (CARRETERO SÁNCHEZ, 2017). En este sentido, los cibercriminales pertenecientes a la categoría de los *hackers* se configurarían como una subcultura criminal dentro de una subcultura, pues se oponen a unos valores propios de un círculo minoritario que, a su vez, ha construido su propio conjunto de directrices al margen de los valores del mundo físico.

Algunas de las características genéricas de esta clase de escala de valores compartida por el grupo de los *hackers* –independientemente de que perpetren o no hechos delictivos–, puede ayudar al criminólogo a comprender mejor su personalidad y sus motivaciones:

Los *hackers* son verdaderos adeptos virtuales, creyentes convencidos de los beneficios de las nuevas tecnologías en el espectro social. En general, consideran los avances en el campo de la informática, las redes y las telecomunicaciones como algo universalmente positivo o “bueno en sí

² Es lo que se ha denominado *hacker* en sentido amplio, entendiendo como tal cualquier persona con conocimientos informáticos que realiza alguna actividad ilícita, o simplemente no autorizada, en el ciberespacio. En esta categoría general querían incluidos un sinnúmero de términos relacionados con comportamientos delictivos concretos que, en realidad, no son demasiado útiles para el estudio del perfil criminal: *crackers*, *phreakers*, *pirates*, *pranksters*, *malicious hackers*, *personal problema solvers*, *career criminals*, *extreme advocates*, *scriptkiddies*, *cyberpunks*, *hacktivists*, *virus writers*, *professionals* y *cyber-terrorists*, *spammers*, *snoopers*, *spoofers*, *sniffers*, etc. (MIRÓ LLINARES, 2012).

mismo”. En este sentido, entienden que estos nuevos adelantos pueden ayudar a la mayor parte de la población mundial, reducir las desigualdades y favorecer el intercambio libre de información conectando a la gente de manera ilimitada. Por otra parte, consideran que la informática es un campo abonado para la creatividad, el arte y la belleza. En ocasiones llegan a definir su identidad a través de los programas que crean o por sus “*hacks*”, convirtiéndolos en signos de identidad más importantes que otros rasgos biológicos, sociales o psicológicos. En consecuencia, consideran todo avance en su área de conocimientos como un reto intelectual capaz de motivarles más que las recompensas tradicionales (aceptación social, patrimonio, etc.).

Como contrapartida, la mayor parte de los *hackers* considerarán un agravio cualquier limitación a la utilización de las nuevas tecnologías. En este sentido, es frecuente que la mayor parte de ellos sienta una fuerte desconfianza hacia la autoridad, a la que se verá como un interventor de corte represor.

Por el contrario, en su actuar, los *hackers* tradicionales suelen considerar que lo importante de sus actividades –aun aquellas al margen de la legalidad tradicional- es evidenciar cualquier falla de un sistema de información, por lo que en muchas ocasiones desarrollan su actividad publicitándola (aun cuando no ha sido solicitada por el propietario) y ofreciendo posibilidades de solución.

Todas estas consideraciones son especialmente relevantes desde las nuevas teorías criminológicas que estudian la moralidad como factor relevante en la génesis del fenómeno criminal (BIRBECK, WIKSTRÖM). Por otra parte, también es interesante el hecho de que la actual configuración de los medios de control social formal haya derivado en una hipercriminalización de la actividad *hacker*, toda vez que se tiene por delictivo cualquier intrusismo en un sistema de información ajeno independientemente de la finalidad con la que se realice y sin que sea necesaria la capación o daño de datos.

Del mismo modo que no existe un perfil genérico de cibercriminal, no existe un único perfil de *hacker*. Así, la doctrina ha realizado diferentes clasificaciones:

Según su filosofía o conforme al seguimiento o rechazo de las premisas de la anteriormente mencionada ética del *hacker*, algunos autores distinguen entre:

White Hat Hackers, o *hackers* de sombrero blanco, son los encargados de la seguridad de los sistemas informáticos, dedicados a estudiar y fortalecer las

brechas de seguridad o errores (*bugs*) en los mismos. Su actividad es inocua desde una perspectiva criminológica (lo que no necesariamente significa que no sea delictiva formalmente para algunos sistemas de control social formal) y busca básicamente la mejora del sistema. A pesar de la imagen mediática del *hacker* asocial o carente de habilidades sociales, los hackers de este tipo son bastante activos en las Redes Sociales, pertenecen a comunidades de la Red y se adscriben a un código de conducta en sus relaciones interpersonales *online* (*netiqueta*), con las que frecuentemente intercambian ideas, datos y herramientas. Los *Grey Hat Hackers* (sombrero gris), se dedican a traspasar los niveles de seguridad de los sistemas informáticos y ofrecer sus servicios como administradores de seguridad. Su finalidad no es delictiva, aunque tampoco es altruista como en el caso de los *White Hats Hackers*, sino que se encuentra encaminada a conseguir mayores réditos profesionales. Finalmente, los *Black Hat Hackers* (sombrosos negros), encajan materialmente con el concepto de cibercriminal, puesto que se dedican a vulnerar la seguridad de sistemas, realizar intrusiones no autorizadas e ilegales a sistemas privados con intenciones delictivas: descubrir, revelar, apoderarse o dañar datos. Para ellos, violar un sistema de información y extraer sus secretos, robar la información y venderla fuera es un comportamiento normalizado.

b) *Cracker, phreakers y cyberpunks*: dentro de esta última categoría -los *Black Hat Hackers*- se encuentran los *Cracker*, término acuñado por los propios *hackers* a finales de los años 80 del siglo pasado para diferenciarse de aquéllos que realizaban acciones dañinas o delictivas a través del *hacking*. Originalmente, *cracker* era aquel sujeto que eliminaba la protección de programas de *software* comerciales (esto es, los *crackeaba*). Actualmente, los *crackers* son *hackers* que realizan actividades con fines maliciosos, destructivos (*crack* significa romper) o criminales modificando el comportamiento de sistemas y redes. Según algunas investigaciones, su motivación suele ser económica o de mero reconocimiento, y sus rasgos de la personalidad encajarían con las del ególatra (obsesivos y afán destructivo e insaciable). A menudo han mantenido algún tipo de relación con sus víctimas –físicas o jurídicas- en el mundo físico o virtual, por lo que conocen perfectamente el entorno virtual en el que se mueven. A diferencia de otros grupos de *hackers*, los *crackers* no se adscriben a ningún tipo ética propia del ciberespacio y suelen ser especialmente esquivos, relacionándose en grupos pequeños de difícil acceso.

Dentro de los *crackers* se han diferenciado, a su vez, algunas subcategorías, fundamentalmente basadas en los recursos a los que pueden acceder o a las actividades concretas que realizan, sin que se aporten, en la mayor parte de

los casos, rasgos relevantes que ayuden a la identificación de su perfil: *crackers de sistemas*, *programadores* y *decoders* que alteran el contenido de un programa; *crackers de criptografía* (*crackear* códigos), *crackers de carding*³ (uso ilegal de tarjetas de crédito), *crackers de trashing* (basureros, obtienen la información de las papeleras de reciclaje), etc.

Quizás las únicas dos subcategorías de *crackers* que aportan algo más de información de cara a la confección de un perfil criminal son los *phreakers* o *phreakers*⁴, especializados en los sistemas de telefonía fija y móvil, redes móviles, datos de usuarios, etc. También tienen conocimientos de *hardware* y electrónica, lo que les permite construir o manipular equipos que interceptan o realizan llamadas desde teléfonos móviles sin la aquiescencia de sus propietarios. Aunque en un primer momento sus actividades estaban motivadas por el mero conocimiento, actualmente su motivación es fundamentalmente económica con tintes activistas. Así, muchos de sus ataques tienen un trasfondo reivindicativo, lo que lleva a la comisión de delitos dirigidos contra las empresas de telefonía y las grandes multinacionales, organizaciones que, bajo su punto de vista, estafan a sus clientes con facturas desmesuradas y servicios insuficientes. A diferencia de los *hackers*, que se guían por su búsqueda de un mayor conocimiento, su motivación es “extrínseca”, normalmente basada en motivos económicos. Tampoco se encuentran constreñidos a ningún tipo de etiqueta en el mundo virtual, aunque a diferencia de otros subgrupos de *crackers* suelen mantener importantes valores de justicia distributiva (consideran que las grandes multinacionales de telefonía móvil son un sistema fraudulento que abusa de la población).

Una categoría especialmente paradigmática dentro de los *crackers* son los denominados *Cyberpunks* (HAFNER & MARKOFF, 1995). Esta categoría, que toma su nombre de una subcultura ficticia perteneciente a un subgénero de la ciencia ficción⁵, destaca por la inclusión de valores culturales propios de

³ El denominado “fraude en el número de tarjeta de crédito” o *carding*, es una técnica que consiste en apropiarse de los números de tarjetas de crédito, que generalmente se obtienen al violar los sistemas informáticos de los bancos o agencias financieras, y usarlos para hacer llamadas de larga distancia o para comprar productos sin el conocimiento del titular de la tarjeta.

⁴ Algunos autores, como DE LA CUESTA ARZAMENDI & PÉREZ MACHÍO no incluyen a los *phreakers* dentro de los *crackers*, si bien admiten que “en el resto de los aspectos son muy similares” a ellos.

⁵ La contracultura cyberpunk surge del movimiento de literatura de ciencia ficción encabezado por autores como Sterling, Gibson y John Shirley durante la década de 1980 en el seno de la literatura de ciencia ficción, siendo empleado por primera vez en ese sentido por Gardner Dozois en 1984.

la cultura *punk*, una visión distópica o negativa de la realidad y el sistema representada por la máxima “*low life, high tech*” (literalmente “bajo nivel de vida, alta tecnología”). Paradójicamente, aunque se trata de sujetos muy apegados a las nuevas tecnologías y que, de hecho, las utilizan para perpetrar fundamentalmente actos vandálicos y destructivos en el ciberespacio, también se muestran como un movimiento contracultural que siente una especial desconfianza ante el *uso* de los avances informáticos. No se trata, en este aspecto, de un movimiento reaccionario que proponga la vuelta a viejos valores, sino de una corriente que advierte –muchas veces a través de sus acciones delictivas- de los peligros de los aspectos más polémicos de la tecnología. Fundamentalmente, los *cyberpunk* contraponen la necesidad del progreso tecnológico con el proceso de eventual deshumanización que pueden acarrear. Otro problema denunciado por la cultura *cyberpunk* sería la utilización de estas nuevas tecnologías por parte de los poderosos como herramienta de exclusión o marginación social.

Ciertamente, en este último aspecto, coincidimos con algunos autores (PÉREZ SUÁREZ) que advierten que el estudio de los cibercrímenes y sus perpetradores, los cibercriminales, se ha realizado desde una óptica sesgada por parte de la Criminología, sin atender a todas las áreas de impacto de las tecnologías digitales en cada una de las facetas del comportamiento humano. A menudo se olvida el estudio de la relación emocional forjada entre la humanidad y tecnología digital (interfaz hombre/máquina).

La cultura *cyberpunk* se caracteriza también por una estética determinada, mezcla de anacronismos estéticos propios de la imagen *punk* y *heavy* de los años 80 y 90, así como composiciones futuristas en la vestimenta y ornamentos utilizados. La confluencia de los estilos *underground* del pasado reciente con el uso de las nuevas tecnologías es el sello distintivo que permite diferenciar a los *cyberpunk* de otros tipos de *crackers*. En cuanto a sus actividades y perfil personal, se caracterizan por comenzar sus acciones a una edad temprana, una menor sutileza en sus ataques informáticos y la afinidad con las redes en línea. En ocasiones han sido definidos como “vándalos de páginas web o sistemas informatizados”. Aunque se muestran mucho más propensos al puro nihilismo que otros grupos de *crackers*, muchos *cyberpunk* se oponen al sistema económico de las grandes corporaciones a través de sus ataques informáticos. Comparten, en este sentido, algunos objetivos comunes con los *hacktivistas* y los *phreakers*, si bien sus acciones suelen ser menos sutiles o centradas en la lucha contra los poderosos.

c) *Viruckers*: los creadores de virus informáticos reciben el combinado pseudónimo de *viruckers* (término que no se utiliza en la lengua

anglosajona). Su especialidad es, por tanto, la fabricación de programas (*malware*) que permiten la intrusión en otros sistemas informáticos o la destrucción y alteración de datos (daños informáticos). Su *modus operandi* consiste en introducir un virus informático en un sistema para destruirlo, alterarlo o inutilizarlo. Normalmente un virus informático es capaz de “contagiar” otros programas o sistemas. En cuanto a sus rasgos de personalidad, les caracteriza su carácter individualista o solitario en el que no existe una ética o sentimiento de comunidad. Algunos autores consideran que muchos *viruckers* mantienen rasgos de carácter psicopático “con una dinámica psíquica reflexiva con un estilo épico”. Son un grupo altamente peligroso y con una gran difusión. Más allá de estas características, un sector de la doctrina considera que los *viruckers* no constituyen un perfil diferenciado de los *crackers* o los *hackers*, al entender que se trata simplemente de una especialización por razón del programa informático que desarrollan (MIRÓ LLINARES, 2012).

d) Traficante de armas (traficante de malware, spyware, virus, etc.): se trata de una especialización en el desarrollo y venta de programas *malware*, virus y otras herramientas que permiten la intrusión en sistemas informáticos ajenos. El traficante se especializa en su facilitación a terceros para posibilitar la comisión de hechos delictivos. Normalmente operan en mercados negros virtuales dentro de la Red Profunda (*Deepweb*). También es frecuente que trafiquen con información o datos de terceros, captada en el ciberespacio (*netrunners*) mediante la técnica del denominado “secuestro de datos” gracias a la utilización de *ransomwares* (*ransom* es un término anglosajón que significa “rescate”). Se trata de programas maliciosos que restringen o bloquean el acceso a determinadas partes o archivos del sistema operativo infectado). La principal motivación de los traficantes de armas virtuales es el beneficio económico y sus ataques pueden dirigirse tanto a empresas como a personas físicas.

e) Banquero: se trata de piratas informáticos especializados en el robo de información dentro del ámbito financiero. Posteriormente, podrán suministrar a terceros esa información o venderla para obtener beneficios económicos. Además de delitos relacionados con el espionaje financiero y el descubrimiento o revelación de secretos, es frecuente que utilicen la usurpación de identidad para robar las credenciales bancarias de los clientes (*phising*).

f) Contratista o hackers for hire: se trata de sicarios o mercenarios del ciberespacio: *hackers* por contrato. Mediante precio o recompensa llevarán a cabo determinados servicios para su cliente, que pueden ir desde el robo de información hasta cualquier ataque informático a un sistema de información,

bien pertenezca a una persona física o a una persona jurídica. Sus principales objetivos son económicos, pudiendo prestar sus servicios en solitario o en grupo. No comparten la ética de los *hackers* de sombrero blanco, siendo su principal motivación la obtención de un beneficio económico. Pueden actuar de manera individual o en grupo.

g) *Agente especial*: podría decirse que estamos ante la élite de los *crackers*, habiéndoles otorgado el infame título de las “fuerzas especiales de los hackers de sombrero negro”. Se trata de sujetos con un nivel de especialización y conocimientos informáticos muy alto. Llevan a cabo amenazas persistentes avanzadas y espionaje cibernético. Pueden pertenecer a organizaciones criminales que les faciliten los recursos y el soporte que necesitan. En otras ocasiones, pueden pertenecer a los servicios de inteligencia de los Estados o ser contratados por gobiernos extranjeros para atacar las infraestructuras críticas.

h) *Ninjas e information warriors*: *hackers* sigilosos que se infiltran en los sistemas de datos de las grandes empresas para obtener información e intercambiarla por dinero. La infiltración es un factor clave en sus operaciones por lo que pueden actuar en grupo con un “topo” en la propia empresa víctima. Su organización se encuentra muy estructurada y jerarquizada, donde los líderes se convierten en agentes profesionales que operan como las compañías legítimas que esperan atacar.

i) *Ciber-soldados*: se trata de *hackers* especializados en la guerra virtual, con el objetivo final de inutilizar la capacidad militar de un oponente. Su cometido es principalmente militar, siendo su tarea principal la de penetrar en los sistemas o redes de otro Estado con la intención de provocar daños, interrupciones o explotaciones de datos.

j) *Spammer*: el *spam* puede definirse como la creación y difusión de mensajes no deseados, en su mayoría publicitarios. Los hackers especializados en la creación y distribución de esta clase de información reciben el nombre de *spammers*. Una vez creado el contenido se procede a enviar de manera automática y en masa. Cuando los spam tienen el objetivo de molestar al receptor del mensaje podríamos estar ante delitos de acoso, mientras que si se trata de publicitar un producto o servicio mediante esta clase de medios podrían vulnerarse las normativas mercantiles y de libre competencia. No obstante, en la mayor parte de los casos la ilegalidad tiene su origen en la forma en la que los *spammers* crean sus bases de datos, lo que constituye una vulneración de las leyes de protección de datos personales.

k) *Domainer*: sujeto que compra y registra dominios con el fin de explotarlos económicamente: inversores en nombres de dominio. En muchas ocasiones, estos dominios son adquiridos por el *domainer* ante determinados sucesos de especial repercusión mediática, utilizando nombres no registrados. La principal actividad delictiva en la que pueden incurrir esta clase de *hackers* es la estafa consistente en montar empresas que ofrecen un servicio de comprobación de disponibilidad de dominios que, tras la realización del chequeo de inexistencia, adquirirlo para una futura reventa a la misma empresa solicitante o a una tercera de la competencia.

l) *Espías Informáticos*: especialistas en la intrusión informática, el robo de información, el sabotaje y el chantaje. En la mayor parte de los casos dirigen sus ataques contra empresas del sector privado (espionaje industrial), pero pueden atentar contra los sistemas de información gubernamentales.

ll) *Sniffer*: *hackers* especializados en la confección y uso de programas de ordenador capaces de controlar y analizar el tráfico red transmitido de una localización de red a otra, con el objetivo de robar información (por ejemplo, en una red de empresa). Estos programas son *softwares* muy especializados, con características no estandarizadas que registran la información que envían los periféricos, así como la actividad realizada en un determinado terminal. La amenaza de captación de datos en estas transmisiones es patente, puesto que en la mayor parte de los casos esta información carecerá de un adecuado cifrado.

m) *Terrorista informático o cyberterrorist*: se trata de un terrorista con conocimientos informáticos suficientes como para elevar la comisión de actos y atentados terroristas al ciberespacio. Su intención será la de atentar contra el orden estructural y constitucional del Estado al que ataca, normalmente a través de ataques informáticos que generen terror en la población. La principal característica de este perfil es la motivación y justificación de los actos criminales por motivos como la religión, la economía o la política.

n) *Phisher*: usurpadores y suplantadores de identidad. Su principal objetivo es la obtención de datos personales, financieros, etc., de la víctima. Su principal objetivo es el beneficio económico y su modus operandi más habitual es el envío de correos electrónicos trampa con algún tipo de *malware* espía que les permite la extracción de los datos.

ñ) *Hoaxer*: en la era de Internet y las redes sociales, la información es poder. Las *fake news*, la denominada *infoxicación*, son conceptos de reciente acuñamiento que están estrechamente relacionados con la velocidad a la que la información puede ser subida a la red y viajar por ella. Los *hoaxers* son que

difunden bulos (*hoax*) o correos electrónicos en cadena con contenido falso o engañoso y atrayente.

o) Hacktivista o anarquista: esta clase de *hacker* propugna la utilización no-violenta de herramientas digitales ilegales o legalmente ambiguas persiguiendo fines políticos o sociales. Se consideran a sí mismos como hackers de sombrero blanco, aunque sus actividades suelen estar prohibidas en los ordenamientos jurídico-penales. Sus principales objetivos son las grandes corporaciones o los sistemas de información de los Estados. Su lucha se encuentra imbuida de un código ético prosocial y de valores antisistema, llegando a conocerse en ocasiones sus conductas como una modalidad de la desobediencia civil.

2. El ciberdelincuente no especializado

a) Emugger: son el equivalente de la delincuencia de bagatela en el ciberespacio. Se trata de un grupo numeroso que ha conseguido los conocimientos necesarios para desarrollar programas maliciosos, con el fin de obtener ganancias económicas.

b) Wannabe: aspirantes a *hackers* especializados, siendo ésta su principal motivación para llevar a cabo actividades ilegales. Tienen un conocimiento y unas aptitudes informáticas más elevadas que los *emuggers*, pero se encuentran completando su aprendizaje como expertos.

c) Poseur: aunque en ocasiones puede confundirse con los *wannabe*, la diferencia fundamental es que el *poseur* está más interesado en los réditos de la imagen del hacker que en la esencia del mismo. Su principal motivación, por tanto, no será la de aumentar sus conocimientos informáticos, sino tratar de ser admitido en el grupo para su propia vanagloria.

d) Newbie y lammer: el primero de los términos es utilizado para definir a los novatos que aún no han alcanzado un nivel de conocimientos profundo. Se trata de la primera fase de iniciación en la carrera de *hacker*. El segundo término –*lammer*– es utilizado de manera despectiva para definir a aquellos sujetos que alardean de poseer conocimientos informáticos que en verdad no tiene. Su perfil de personalidad se caracteriza por ostentar poca madurez, falta de sociabilidad o habilidades, complejo de inferioridad, falta de autoestima y necesidad de atención.

f) Script kiddie: usuarios –normalmente jóvenes– que carecen de conocimientos avanzados en el campo de la informática, pero que gracias al uso de herramientas y programas creados por otros *hackers* más especializados, interrumpen en los sistemas informáticos. La búsqueda de emociones y el riesgo que supone el reto de penetrar en terminales ajenas es

lo que motiva principalmente a estos iniciados. Actúan para lograr notoriedad, realizando actividades que se aprovechan de las brechas de seguridad de los sistemas. Realizan ataques informáticos (DoS y similares) de robo de datos, daños informáticos o bloqueo de sistemas, generalmente eligiendo las víctimas de manera aleatoria y carecen de objetivos determinados. Los *scriptkiddies* no gozan de buena reputación entre los *hackers* especializados y están etiquetados *point-and-clickers* (usuarios de apuntar y hacer click), y sus ataques se llaman despectivamente *point-and-click attacks*, lo que viene a significar que hay muy poco razonamiento o estudio involucrado en los mismos.

Además de estas categorías, otros autores (MIRÓ LLINARES 2012; FANJUL FERNÁNDEZ ET AL., 2018) destacan algunas características específicas del perfil de los ciberdelinquentes basadas en la tipología de ciberdelito cometida.

Cibercriminal económico: su principal motivación es obtener un beneficio económico directo o indirecto en el caso de que sean contratados por grupos organizados. Entre ellos pueden diferenciarse: el *insider* que pertenece o trabaja para la institución o empresa víctima de la infracción (también se incluyen en esta categoría los antiguos empleados que ya no forman parte de la compañía), cuyos ataques informáticos (*data breachers*: destrucción, modificación o acceso no autorizado a datos de la empresa) pueden tener una tasa de éxito mucho mayor que los externos, dado que es más posible que pasen desapercibidos y suponen un riesgo, por el mayor acceso a la información; el *outsider*, cualquier cibercriminal que no pertenece a la estructura empresarial a la que ataca obteniendo sin autorización la información de la misma, realizando un escaneo de sus sistemas y medidas de seguridad para, posteriormente, proceder al acceso remoto aprovechando los fallos de seguridad y, finalmente, una vez realizado el ataque, borrar sus huellas virtuales; los grupos u organizaciones criminales tradicionales (mafias) y las llamadas ciberbandas, conjunto estructurado de *crackers*; y, por último, las denominadas *cibermulas*, que, si bien algún autor ha sostenido que “no son, desde una perspectiva criminológica, ciberdelinquentes, puesto que no son autores del delito en el ciberespacio sino colaboradores o recolectores de los beneficios en Internet que luego envían por medios seguros de transmisión el dinero a los autores del delito (las ciberbandas) o a los responsables de los grupos organizados tradicionales que operan en Internet” (MIRÓ LLINARES, 2012), lo cierto es que son esenciales en el desarrollo de muchos fenómenos delictivos que tienen su origen en el ciberespacio. Una de las modalidades más conocidas es la del “mulero bancario”: mediante una oferta de trabajo con apariencia más o menos real, aunque con unas condiciones laborales muy sugerentes, determinadas mafias

cibercriminales se aprovechan de terceros para completar un proceso delictivo. Estos muleros son una pieza clave en el entramado de la estafa informática conocida como *phising*: son los que reciben la transferencia proveniente de la cuenta corriente de la víctima y reenvían parte del dinero a los delincuentes. No obstante, aunque en un primer momento la jurisprudencia española los condenaba como coautores o cooperadores necesarios de un delito de estafa a estos intermediarios, pero lo cierto es que el mulero bancario no tiene dominio alguno sobre el engaño o manipulación informática. Además de ello, es frecuente que en esta clase de asuntos la defensa del acusado interponga la existencia de un error de tipo, por desconocimiento de los elementos del delito de estafa. Por ello, la jurisprudencia ha barajado otras opciones de castigo: el blanqueo de capitales imprudente. Se entiende que el sujeto está ayudando con su conducta imprudente a legalizar un dinero que proviene de un delito previo (la estafa informática). Al existir una modalidad imprudente es preciso demostrar la existencia de culpa grave, esto es una flagrante inobservancia del cuidado debido en la averiguación del origen ilícito de los bienes. Este tipo penal es el mayoritariamente utilizado para castigar esta clase de conductas. Otra de las modalidades de cibermula es el *reschipper* o reenviador, que envía paquetes de bienes comprados por Internet por medio de cuentas corrientes ajenas a las que se ha accedido por medio de *phishing*.

Algunas investigaciones (CIPC) también hablan de perfiles de cibercriminales económicos concretos, como es el caso de los *fraudsters hackers* o estafadores informáticos, a los que atribuyen algunos rasgos específicos: muchos de ellos son cometidos por ciberdelincuentes varones y jóvenes, provenientes de África y de la Península Arábiga, como medio de subsistencia.

En cuanto a la conceptualización del ciberdelincuente económico, existe cierta controversia doctrinal sobre su encaje en el concepto global e indeterminado de delincuente de cuello blanco. Ello se debe, fundamentalmente, a que el contexto de las nuevas tecnologías ha equilibrado o eliminado muchas de las diferencias de estatus social de esta clase de delincuentes. Actualmente se maneja en Criminología el concepto de delincuente socioeconómico como una categoría a medio camino entre la delincuencia común y la de cuello blanco. Autores como BENSON & SIMPSON (2009) ubican algunas de las tipologías de los cibercriminales económicos en esta categoría, que destaca por provenir de un entorno social y demográfico diferente al de los delincuentes comunes, ser en su mayor parte varones de edad más avanzada (entre los 40 y 50 años o más), fuertes vínculos sociales, ser económicamente estables, tener trabajo y un nivel

educativo superior a la población general. Sin embargo, no todas estas características son predicables del cibercriminal económico. El ciberespacio iguala las desigualdades sociales y económicas, por lo que será frecuente encontrar perfiles de jóvenes y cada vez más presencia femenina en el ámbito de la cibercriminalidad económica. Además de estas consideraciones, la cibercriminalidad económica conlleva generalmente un alto nivel de tecnificación y conocimientos.

Cibercriminal político: la delincuencia de corte ideológico o político cometida a través de medios informáticos y plasmada en el ciberespacio entra dentro de esta categoría, que englobaría tanto la llevada a cabo por grupos organizados, caracterizados por un funcionamiento jerárquico más horizontal y difuso, como por sujetos individuales sin conexión con las mismas. La principal motivación del cibercriminal político es la plasmación y, en ocasiones, imposición de su ideología (*cyberhate*) y la lucha contra el *establishment* por vías más o menos expeditivas (*hacktivismo*, ciberterrorismo).

Cibercriminal social: se trata de una categoría bastante heterogénea, que recoge las características de los sujetos que han cometido delitos cuyo bien jurídico protegido no es ni el económico ni el político. Existen numerosos perfiles de ciber criminales dependiendo de la tipología delictiva concreta que se haya cometido: *cyberstalker*, *cyberbuller*, *groomers*, etc. En realidad, debemos coincidir con algún autor (MIRÓ LLINARES, 2012), en que lo realmente interesante es analizar cómo el ciberespacio, al modificar el ámbito de riesgo en el que se comete el delito, también cambia en muchos casos el perfil de quien lo comete. Por esta razón, nos remitimos a los apartados correspondientes a las tipologías delictivas concretas que se estudian en este libro, donde se incluirán las pertinentes consideraciones sobre el perfil de los ciber criminales.

Otra clasificación posible del perfil de los ciber criminales es la que se extrae de su nivel de profesionalización, así como de su actuación singular o grupal. Así, se habla del *ciberdelincuente oportunista* o *ciberventajista*, persona ambiciosa, racional (realiza elecciones ponderadas de los riesgos) y sin escrúpulos que encuentra en el delito una forma de enriquecerse, por lo que esporádicamente cometerá delitos informáticos como una forma de aumentar sus ingresos puntualmente (no hay intención de una carrera criminal prolongada); el ciberdelincuente común o ciberpandillero, jóvenes que cometen ciberdelitos económicos menores, sin buscar nuevas experiencias, ni sensaciones y tampoco el reconocimiento social, su carrera criminal suele ser efímera y restringida a los años de juventud; el *ciberdelincuente habitual*, que se divide, a su vez, en *ciberneoprofesional*, *ciber-profesional* y el *ciber-*

a-sueldo: el primero de estos términos designa a quien ha convertido el delito informático en su *modus vivendi* y se caracteriza por unos conocimientos de programación limitados, por lo que hace uso de los *kits* de herramientas pre generados para llevar a cabo sus ataques y buscar reconocimiento mediático; *ciberdelincuente profesional* también ha convertido el cibercrimen en su modo de vida especializándose en la materia, pero se define como autónomo y opera en su propio beneficio; el *ciberdelincuente a sueldo* es contratado por un segundo cobrando por sus servicios.

3. Perfilado criminal

En cuanto a otras cuestiones relevantes de las características psicosociales del cibercriminal, las diferentes investigaciones criminológicas realizadas evidencian las dificultades de encontrar denominadores comunes en el perfil del cibercriminal.

Así, respecto a la estética, a excepción de algunos grupos concretos que han adoptado unos distintivos contraculturales inspirados en la ciencia ficción (como los *cyberpunks*), los cibercriminales no difieren de otros miembros de su grupo de edad (no tienen un código de vestimenta específico, se visten de manera informal), ni cumplen con los estereotipos de imagen transmitidos por la ficción televisiva, el cine o la novela.

En cuanto a los rasgos psicológicos, hay muchos tipos diferentes de personalidades presentes entre los cibercriminales. Generalmente, aquellos más especializados en el dominio de la informática son extremadamente creativos, brillantes, agudos y audaces, rebeldes y soñadores. Les resulta más satisfactorio tratar de aprender experimentando que mediante el estudio tradicional. Algunos pueden mostrar rasgos que denotan timidez e, incluso, tendencias misantrópicas, pero estos desaparecen en sus intensas relaciones en el ciberespacio: les resulta más sencillo relacionarse con otros de manera electrónica (a través de chats, foros, redes sociales, etc.), mientras que no se sienten completamente cómodos en una sola persona. Esto no significa que se trate de personas con trastornos de personalidad o personalidades duales: la protección y el anonimato del ciberespacio puede explicar esta clase de comportamiento social.

Su nivel de autoestima, a pesar de que lo pueda pensarse debido a la imagen clásica del *hacker* proyectada por los medios de comunicación, es bastante elevado. Más aún, algunos autores (CHIESA, DUCCI & CIAPPI, 2009) han explicado la comisión de hechos delictivos en el ciberespacio precisamente por la excesiva autoestima y la necesidad de estos sujetos de alimentar constantemente sus egos. Así, los ataques informáticos contra organismos gubernamentales, corporaciones, etc., es decir, los “símbolos” del

establishment, servirían al propósito de expresar su ira y mostrar su poder y capacidades. Otros, como los *crackers*, muestran su ira y agresividad al realizar ataques contra los sistemas de información.

La presencia de patologías o trastornos de la personalidad no es frecuente, como en la mayor parte de la delincuencia tradicional. De hecho, es habitual que sus habilidades de autogestión se encuentren más desarrolladas que la media. No obstante, es posible encontrar algunos supuestos en los que se han detectado rasgos psicopáticos o trastornos de la personalidad (véase el cuadro a continuación). Uno de los rasgos psicológicos que más se destaca es la tendencia a la paranoia de esta clase de criminales. Estos sentimientos son causados por el miedo constante a la detención y la incertidumbre causada por no saber con quién está tratando *online*. Es frecuente el insomnio, al alternar sus actividades nocturnas en el ciberespacio con sus ocupaciones diurnas.

PSICO-CIBERDELINCUENTE		NORMO-CIBERDELINCUENTE	
CIBER-PSICÓPATA	INTEGRADO Ciberdelincuente-exitoso	CIBER-OPORTUNISTA	Ciberdelincuente-ventajista
	NO INTEGRADO Ciberdelincuente-ejecutor		
CIBER-NEURÓTICO	Ciberdelincuente-manipulable	CIBER-COMÚN	Ciberdelincuente - pandillero Ciberdelincuente – rebelde
CIBER-PSICÓTICO	Ciberdelincuente-enajenado Ciberdelincuente-salvador	CIBER-HABITUAL	Ciberdelincuente neo-profesionales Ciberdelincuente-profesional Ciberdelicuentes- a sueldo
CIBER-SOCIOPÁTA	Ciberdelincuente-inadaptado		

Fuente: FANJUL FERNÁNDEZ, M.L. *et al*, 2018.

No es excesivamente frecuente el uso de estupefacientes o el abuso del alcohol entre el colectivo *hacker*, decantándose, en la mayor parte de los casos, por el consumo de las denominadas drogas “blandas” (cannabis). Solamente los menos cualificados entre los *hackers* abusan de estas sustancias, dado que la falta de claridad mental les impide realizar un ataque sin cometer errores y evita que alcancen los niveles más altos de sus capacidades técnicas.

En lo atinente a las relaciones y antecedentes familiares, la existencia de un mayor desarraigo o debilitación de los vínculos es superior a la media: padres ausentes o excesivamente protectores, familias desestructuras o

disfuncionales, falta de atención o métodos de crianza pobres, etc. En algunos casos, esto puede explicar el refugio del sujeto en el ciberespacio y la dedicación a la adquisición de sus aptitudes y conocimientos en el campo de la informática. Uno de los métodos de crianza deficientes que se observan en la mayor parte de los supuestos es que a los padres no les importa lo que sus hijos hacen con sus ordenadores, no existiendo control al respecto.

Respecto a las relaciones con los pares, frecuentemente no se sienten aceptados por sus compañeros, experimentando cierto sentimiento de abandono. Prefieren lidiar con las computadoras, ya que las computadoras no son críticas y no discriminan. Sin embargo, esto se torna completamente distinto en el ciberespacio, donde pueden pertenecer a subculturas y comunidades clandestinas, con las que comparten valores e intereses comunes, desarrollando un sentimiento de pertenencia. En estos grupos contraculturales pueden desarrollar nuevas escalas de valores (*netiqueta*) y obtener referencias morales que difieran con las habituales en el mundo físico.

Esta relación dentro de la subcultura virtual puede generar un caldo de cultivo criminógeno en el que los sujetos pueden aprender que la piratería informática es un acto aceptable o, en otros casos, técnicas de neutralización que les ayudan a justificar sus conductas.

En cuanto a sus relaciones con la autoridad, recordemos que en la mayor parte de los casos los *hackers* –de uno u otro signo, criminales o no- han adoptado una posición crítica ante el sistema político y económico. En el caso de los cibercriminales, es frecuente que consideren a los agentes de la autoridad que los investigan como inferiores, sobre todo por su carencia de conocimientos técnicos.

Los ciberdelincuentes pueden provenir de cualquier estrato social y pertenecer a cualquier clase socioeconómica. Aunque algunas investigaciones indican que los delitos informáticos como la piratería informática son más frecuentes en las clases sociales altas, lo cierto es que el ciberespacio es un lugar, hasta cierto punto, libre de los condicionamientos de las clases sociales tradicionales o, al menos, ejerce un efecto nivelador. Ciertamente, como ya hemos tenido oportunidad de exponer, existen algunas diferencias en el acceso a los medios tecnológicos, pero actualmente incluso en los sustratos sociales más humildes es posible el acceso a aparatos informáticos o una conexión a Internet.

En cuanto a su nivel educativo, tampoco existe homogeneidad: si bien la mayor parte de los cibercriminales son curiosos y están dispuestos a aprender, esto no significa necesariamente que quieran hacerlo a través de

los medios tradicionales. Muchos cibercriminales han tenido altas cotas de fracaso escolar o, directamente, han abandonado sus estudios formales para dedicarse a aprender sobre lo que realmente les interesa. En los estudios realizados hasta la fecha, los datos arrojan la evidencia de que, en la mayor parte de los casos, los *hackers* tienen un nivel de estudios algo superior a la media de la población.

Bibliografía

- BENSON, M. & SIMPSON, S. (2009): *White collar crime: an opportunity perspective*. London: Routledge.
- BERGUER, A., PATCHIN J.W., & HINDUJA S. (2015). *Cyberbullying Prevention and Response. Expert Perspectives*. Routledge, New York.
- CÁMARA ARROYO, S. (2015): *Apuntes de delincuencia y criminología juvenil: adaptados a la docencia del Plan Bolonia*. Logroño: UNIR.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S. (2017). “Una propuesta de estatuto legal del hacker ético en nuestro sistema. Su posibilidad limitada”, en *La Ley*, N.º 1177, edición digital.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD (2018): *VI Informe internacional sobre la prevención de la criminalidad y la seguridad cotidiana: prevenir la ciberdelincuencia*. CIPC, Montreal (Canadá).
- CHIESA, R., DUCCI, S & CIAPPI, S. (2009): *Profiling hackers: the science of criminal profiling as applied to the world of hacking*. Boca Raton: Auerbach Publications Taylor & Francis Group.
- CHOI, K.S. & TORO-ÁLVAREZ, M.M. (2017). *Cibercriminología. Guía para la investigación del cibercrimen y mejores prácticas en seguridad digital (Cybercriminology Guide for the investigation of cybercrime and best practices in digital security)*. Universidad Antonio Nariño, Bogotá.
- CHOI, K.S. (2015). *Cybercriminology and Digital Investigation*. LFB Scholarly Publishing LLC, El Paso (Texas).
- CHOI, K.S., LEE, S.S. & LEE, J.R. (2017). “Mobile Phone Technology and Online Sexual Harassment among Juveniles in South Korea: Effects of Self-control and Social Learning”, *International Journal of Cyber Criminology*, 11(1), pp. 110–127.
- DANQUAH, P., & LONGE, O. (2011). “An empirical test of the space transition theory of cyber criminality: Investigating cybercrime

causation factors in Ghana”, *African Journal of Computing & ICT*, 2(1), pp. 37-48.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. & PÉREZ MACHÍO, A.I. (2010): “Ciberdelincuentes y cibervíctimas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.): *Derecho penal informático*. Cizur Menor: Civitas.

FANJUL FERNÁNDEZ, M.L. ET AL (2018): *Conceptualización, evolución y clasificación del ciberdelito empresarial. Definición del ciberdelincuente. Implicaciones estratégicas*. Madrid: AMEC Ediciones.

FRANÇA, L.A. (2018). “Cyber-Criminologies”, en CARLEN, P. & FRANÇA, L.A. (Eds.). *Alternative Criminologies*. Routledge, Abington, Oxford.

FRANKS, M.A. (2010). “The banality of cyber discrimination or the eternal recurrence of September”, en *Denver Law Review Online*, Vol. 87, pp. 1-6.

GIL GIL, A. & HERNÁNDEZ BERLINCHES, R. (Coords.). *Cibercriminalidad*. Dykinson, Madrid.

GONZÁLEZ GARCÍA, Abel (2016). “Cibercriminología, el futuro está aquí”, en BRIGGS, D., RÁMILA, J., & PÉREZ SUÁREZ, J.R. (Dir.). *La Criminología de hoy y del mañana*. Dykinson, Madrid.

HAFNER, K. & MARKOFF, J. (1995): *Cyberpunks: Outlaws and Hackers on the Computer Frontier*. New York: Touchstone, Simon & Schuster.

HARAWAY, D. (1991). *Simians, cyborgs and women: The reinvention of nature*. Free Association, London.

HIGGINS, G.E., & MAKIN, D.A. (2004). “Self-Control, Deviant Peers, and Software Piracy”, *Psychological Reports*, 95, pp. 921-931.

HIGGINS, G.E. (2007). “Digital piracy, self-control theory, and rational choice: An examination of the role of values”, *International Journal of Cyber Criminology*, 1(1), pp. 33-55.

HIKAL-CARREÓN, W.S. (2013). “La especialización de la criminología: De lo general a lo específico, ¿hacia una neocriminología? teoría de las criminologías específicas”, en *Derecho y Cambio Social*, Año 10, N.º. 32, edición online.

HIKAL-CARREÓN, W.S. (2016). “Las criminologías específicas: de lo general a lo especializado”, en *Anuario Internacional de Criminología y Ciencias Forenses*, N.º. 1, 2016, pp. 363-366.

- HINDUJA, S. & PATCHIN, J.W. (2007). "Offline consequences of online victimization: School violence and delinquency", *Journal of School Violence*, 6(3), pp. 89-112.
- HOLT, Thomas J. (2007). "Subcultural Evolution? Examining the Influence of On-and Off-Line Experiences on Deviant Subcultures", *Deviant Behavior*, 28, pp. 171–198.
- JAHANKHANI, H. (Ed.) (2018). *Cyber Criminology.*: Springer International Publishing, Springer Nature Switzerland.
- JAISHANKAR, K. (2007). "Cyber criminology: Evolving a novel discipline with a new journal", *International Journal of Cyber Criminology*, 1(1), pp. 1–6.
- JAISHANKAR K., (2008). "Space transition theory of cybercrimes", en SCHMALLAGER, F. & PITTARO, M. (Eds.). *Crimes of the Internet*. Prentice, Hall Upper Saddle River, pp. 283-301.
- JAISHANKAR, K. (2010). "The Future of Cyber Criminology: Challenges and Opportunities", *International Journal of Cyber Criminology*, 4(1&2), pp. 26–31.
- JAISHANKAR, K. (2011). "Introduction", en JAISHANKAR, K. (Ed.). *Cyber criminology: Exploring Internet crimes and criminal behaviour*. CRC Press, Boca Raton (Florida), pp. xxvii–xxxv.
- JAISHANKAR, K. (2018). "Cyber Criminology as an Academic Discipline: History, Contribution and Impact", *International Journal of Cyber Criminology*, 12(1), p. 1-8.
- KIGERL, A. (2016): "Cyber Crime Nation Typologies: K-Means Clustering of Countries Based on Cyber Crime Rates", en *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 10(2), pp. 147-169.
- KOOPS, B.J. (2010). "The internet and its opportunities for cybercrime", *Transnational Criminology Manual*, 1, pp. 735-754.
- LESSIG, L. (2006). *Code: Version 2.0*. 2nd Ed. Basic Books, New York.
- LEUKFELDT, R. (Ed.) (2017): *Research agenda the human factor in cybercrime and cybersecurity*. The Hague: Eleven International Publishing.
- MIRÓ LLINARES, F. (2012): *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons.

- PAYA SANTOS, C., CREMADES GUIADO, A., & DELGADO MORÁN, J.J. (2017): “El fenómeno de la ciberdelincuencia en España: La propuesta de la Universidad de Nebrija en la capacitación de personal para la prevención y el tratamiento del ciberdelito”, en *Revista policía y seguridad pública*, Año VII, Vol. 1, pp. 237-270.
- PÉREZ SUÁREZ, J.R. (2015). *We are Cyborgs: Developing a Theoretical Model for Understanding Criminal Behaviour on the Internet*. Doctoral thesis, University of Huddersfield.
- PÉREZ SUÁREZ, Jorge Ramiro (2016): “Cyborgs del espacio/tiempo”, en BRIGGS, D., RÁMILA, J., & PÉREZ SUÁREZ, J.R. (Dir.). *La Criminología de hoy y del mañana*. Dykinson, Madrid, pp. 129-154.
- ROGERS, M. (1999): “The Psychology of Hackers: The Need for a New Taxonomy”, disponible en www.dvara.net/HK/hacker_doc.pdf.
- ROGERS, M.K. (2006): “A Two-Dimensional Circumplex Approach to the Development of a Hacker Taxonomy”, en *Digital Investigation*, Vol. 3(2), pp. 97-102.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2013). “Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias”, en *Direito biomédico Espanha-Brasil II / coord. por Carlos María Romeo Casabona, María de Fátima Freire de Sá, Leonardo Macedo Poli*, pp. 1-28.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2013). “Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias”, en Maroto Calatayud, M. & Demetrio Crespo, E. (Dir.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. 161-184
- SANDYWELL, B. (2010). “On the globalisation of crime: the Internet and new criminality”, en DANS JEWKES, Y. & YAR, M. (2010), *William Publishing, Cullompton*, pp.38-66.
- SERRANO MAÍLLO, A. (2009): *Introducción a la Criminología*. 6ª Ed., Dykinson, Madrid.
- SHAW, E.D. (2006). “The Role of Behavioral Research and Profiling in Malicious Cyber Insider Investigations”, en *Digital Investigation, The International Journal of Digital Forensics and Incident Response*, Vol. 3, Elsevier Publications, Exeter, UK, pp. 20-31.

- SKINNER, W.F. & FREEMAN, A.M. (1997). "A social learning theory analysis of computer crime among college students", *Journal of Research In Crime & Delinquency*, 34(4), pp. 495-518.
- TAYLOR, P. (1999): *Hackers: Crime in the Digital Sublime*. London: Routledge.
- TAYLOR, R. (1999): *Hackers -Cyberpunks or Microserfs?*, in *Information, Communication and Society*., Boca Raton: Auerbach Publications Taylor & Francis Group.
- UNODOC (2013): *Comprehensive Study on Cybercrime, 2013*. Disponible online en:
- VIDAL HERRERO-VIOLA, M.S. (2016): *Delincuencia juvenil "online": el menor infractor y las tecnologías de la información y la comunicación*. Lisboa: Juruá.
- WALL, D.S. (2007). *Cybercrime: The transformation of crime in the information age*. Malden, MA: Polity Press.
- WIKSTRÖM, P.H. (2010). "Explaining crime as moral actions", en HITLIN, S. & VAISEY, S. (Eds.). *Handbook of the sociology of morality*. Springer, New York, pp. 211-239.
- YAR M. (2005). The Novelty of 'Cybercrime': An Assessment in Light of Routine Activity Theory. *European Journal of Criminology*, 2(4), pp. 407-427.
- YAR, M. (2006). *Cybercrime and society*. London: Sage.

Influencia del positivismo comtiano en la criminología. Breve articulación^(*)

Influence of Comtian positivism in criminology. Brief joint

Wael Sarwat Hikal Carreón¹

Sumario: Introducción. **1.** El positivismo en los inicios de la criminología sistemática; **2.** Filosofía criminal y el método positivo criminal; **3.** Postulando al positivismo para la prevención del delito y organización social. – Conclusiones. – Lista de referencias.

Resumen: La criminología tiene su inicio sobre estudios en la base biológica de la conducta humana, adaptando la estrategia comtiana del positivismo que estaba en auge en la época en la que el médico italiano, César Lombroso estudió delincuentes para determinar los orígenes de su comportamiento, también tomando la proyección darwiniana que se dio a la par, en la cual, la clasificación de seres más preparados o menos aptos, fue también punto de partida de los estudios de antropología de Lombroso. Por otra parte, el campo de conocimiento sobre lo criminal, se sistematizó en la hoy conocida como criminología, como área acumuladora de la génesis de los estudios criminales desde

^(*) Recibido: 24/01/2020 | Aceptado: 24/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Doctorando en Filosofía con Acentuación en Estudios de la Educación (becario CONACYT-UANL) por la Facultad de Filosofía y Letras. Maestría en Trabajo Social con Orientación en Proyectos Sociales (becario UANL-CONACYT) por la Facultad de Trabajo Social y Desarrollo Humano. Licenciatura en Criminología con Acentuación en Prevención del Delito e Investigación Criminológica (becario FACDYC-UANL) por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.
wshc1983.2013@gmail.com

múltiples ópticas, para canalizarlos a través de la política pública en acciones transformadoras de la realidad social, siendo esta la esencia de la filosofía general y filosofía criminal. El presente trabajo expone los orígenes sistemáticos de la criminología cuyo nacimiento se deriva de la aplicación del positivismo, generando la creación de una escuela del pensamiento llamada: Escuela criminal positiva, sobre la cual se basan los estudios universitarios en la materia.

Palabras clave: Criminología positiva, estudio científico de la criminalidad, criminología, positivismo y organización social.

Abstract: The criminology has its beginnings on studies in the biological basis of human behavior, adapting the Comtian strategy of the positivisim that was booming at the time when the Italian physician, Cesar Lombroso studied criminals to determine the origins of his behavior, also taking the Darwinian projection, at the same time, in which, is pointed the classification of more prepared or less suitable beings, was also the starting point of the anthropology studies of Lombroso. On the other hand, the field of knowledge about the criminal, was systematized in the criminology, as an accrual science of the genesis of criminal studies from multiple perspectives, to focalize them through public policy into actions transforming the social reality, this being the essence of general philosophy and criminological philosophy. The present exposes the systematic origins of criminology whose birth is derived from the application of positivism, generating the creation of a school of thought titled: Positive school (criminology), on which university studies are based on the matter.

Keywords: scientific studies of the criminality, positivism and social organization, criminology, positive criminology.

Introducción

La corriente del positivismo nace de Augusto Comte, postulando momentos en los que el entendimiento humano va abordando los fenómenos que le rodean para interpretarlos. Esos momentos están acompañados de etapas de construcción del conocimiento, donde pasa por la percepción y autodescripción basado en sí mismo o los conocimientos previos, para luego ir avanzando en la comprensión hasta llegar al punto donde se tiene contacto

directo con lo que se quiere conocer. César Lombroso, empleó el método positivo en auge de la época mezclado con sus estudios de formación de medicina, así, en los inicios de sus estudios, observaba ciertas minorías en las cuales resaltó la atención en aquel periodo también por la conocida evolución de las especies que postuló Carlos Darwin. Enrico Ferri al no notar claridad en las clasificaciones de Lombroso, se propusieron enfocarse en los criminales, así la aplicación del método positivo experimental sería una aproximación considerada comprobable a los ojos de los requisitos positivistas, tradición que se legó al tiempo en el que se busca estar en contacto con lo estudiado o técnicas de interpretación precisa para la comprobación de los resultados. Por otra parte, los alcances del positivismo están en la organización, con lo que aplicado al campo filosófico y político, a través de estas en sus ramas positivas, buscan el poner orden a las cosas, lo mismo en la criminología positiva, busca la reorganización del caos social a través de la propuesta a los elaboradores de las políticas públicas.

1. El positivismo en los inicios de la criminología sistemática

A la par de los estudios publicados de Darwin, Lombroso (médico), quien hoy es considerado como padre de la criminología, en su época realiza estudios sobre la tendencia biológica hacia la criminalidad, ganando gran popularidad en el tiempo donde el biologismo logró empoderarse, principalmente en la figura de Darwin (Narváes, 2005), llevando a que la atención se voltara a la evolución o involución de las especies, renunciando de cierto modo a las visiones teológicas de la concepción del todo en la vida, parte importante también del positivismo de Comte (Marías, 2017).

Con la clasificación de las ciencias o la enciclopedia de las ciencias de Comte (Marías, 2017), parte de la supremacía biológica se deriva de la importancia que este atribuye a tal, siendo de las seis ciencias básicas más importantes, la penúltima, antes de la sociología, la biología, por lo que la explicación de la criminalidad, se realizaba a través de técnicas de las ciencias naturales y el método científico (Narváes, 2005). Se usaba como modelo médico el referirse a la sociedad como un cuerpo, que podía enfermar, así, la criminalidad, es una patología social, una enfermedad. De entonces que surgieran términos compuestos como profilaxis criminal, patología social (Mimbela, 1960, p. 151), psicopatología del delincuente (Ingenieros, 1906).

Con la búsqueda de explicaciones al problema de la criminalidad, se adoptó el término de escuelas, propio del positivismo, refiriéndose a la sectorización de los conocimientos teóricos y discursos (Narváes, 2005), por lo que surgieron las llamadas escuelas del derecho penal y/o escuelas de la criminología, como un conjunto de saberes que explicaban desde diversas

ópticas el fenómeno de la criminalidad, siendo una de estas la titulada escuela criminal positiva, fundada por Ferri, opuesta a la escuela clásica.

Así, la criminología como ciencia sistematizada nace en aquel ambiente comtiano, mediante el cual, urgía una necesidad de utilizar el método científico para todo, con lo que se llegó a sinomizar que todo lo que era positivo, es científico. A la criminología le antecede la antropología criminal (también encontrada en su momento como criminología biológica), que luego se convirtió en criminología positiva. De inicio, así como Darwin a las especies animales, Lombroso a la especie humana, distinguiendo la competencia entre hombres, mujeres, niños de adultos, blancos de negros, donde la jerarquía, auguraba la supremacía sobre otros, por ello se refería a una antropología (Narváes, 2005).

Aquellas especulaciones (teológicas) sobre el criminal, fueron trascendiendo (metafísica) (Marías, 2017) a la observación directa por parte de Lombroso a restos óseos de sujetos que en vida, fueron delincuentes, por lo que se afirmaba la observación directa, más allá de la especulación que proponía el derecho con afirmaciones sobre la supuesta voluntad y conciencia en los actos criminales por parte de sus ejecutores, mientras, las posturas jurídicas atribuían carácter de voluntad en el delito, Lombroso señalaba causas internas que predeterminaban su comportamiento.

Posteriormente, Ferri (autor de *Socialismo y Ciencia Positiva*) y Garófalo se unen a los estudios de Lombroso, teniendo otra visión de este último, el primero, al ser este jurista, sociólogo y antropólogo, mientras que el segundo, de formación jurista, permitieron autocorrecciones en la teoría explicativa de la criminalidad, pasando por el plano biológico al sociológico, juntando ambos. Aquellos estudios italianos, traducidos luego al español de España, permitió la llegada a México del positivismo criminológico (Narváes, 2005).

2. Filosofía criminal y el método positivo criminal

Salgado García (2010) postula al sujeto antisocial como punto de partida para las reflexiones en torno a la filosofía criminológica, se refiere al “ser antisocial”, y engloba en su estudio a la pena, su ejecución, resocialización, reclusión, y el origen, naturaleza, generación del crimen. En este sentido la filosofía criminológica organizará los conocimientos referentes a lo criminal como cuerpo de conocimientos para el entendimiento y transformación sobre la génesis trabajada y las necesidades individuales y colectivas.

“En el aspecto más sistemático, la nueva filosofía asigna directamente, como destino necesario, a nuestra existencia entera, a la vez personal y social, el mejoramiento continuo” (Marías, 2017, p. 40).

Por otra parte, la adaptación del método positivo al estudio criminal, deriva en la observación y experiencia, así los primeros positivistas criminólogos, miran al delincuente y el entorno que le circundaba para comprender sus motivos, le llamaron “método experimental”, por tener objetos de estudio observables, estadísticos, frontales, no aislados, sino casos, sobre lo cual sostenían la construcción del conocimiento (Galfione, 2012).

3. Postulando al positivismo para la prevención del delito y organización social

El positivismo, en sus diversas acepciones y atributos, busca ordenar el caos existente; es decir, lo opuesto a lo negativo, sino a organizar, a construir (Marías, 2017, p. 20). En particular razón al ámbito de la política criminal, se busca ordenar la destinación negativa que la política en general tiende ahora, a reconstruir la moral, a la misma política, erradicar la corrupción y la incompetencia de los líderes políticos (Núñez Carpizo, 2010, p. 370), donde en este ejercicio, pocos en la población son los interesados en la política, sino los que se benefician de esta y forman parte de la misma (Marías, 2017).

La criminología positiva “buscó establecer lo más claramente posible el *status* del criminal a fin de poder controlar el aumento/disminución de la criminalidad, una aspiración que llega cargada de necesidad hasta nuestros días” (Narváes, 2005, p. 163). En el actual, se distanció el sentido de progreso, siendo una premisa que “el destino necesario de todas nuestras sanas especulaciones para el mejoramiento continuo de nuestra verdadera condición, individual y colectiva, en lugar de la vana satisfacción de una estéril curiosidad” (Marías, 2017, p. 29), pero en la política actual, se va por camino opuesto.

El contexto mexicano requiere urgentemente una reorganización, que vista desde el positivismo, constituye el camino al verdadero mejoramiento de la humanidad. A pesar que hace poco más de 100 años a través de Porfirio Díaz se introdujo el positivismo en México (Núñez Carpizo, 2010, p. 370), estamos en un momento de involución, con descontrol en muchos aspectos de la vida, donde la educación popular o vulgar, es predominante, alejándonos del conocimiento científico, sistemático, comprensible, que nos permita salir del individualismo, y unirnos al interés colectivo de progresar de manera ordenada, ocurre lo opuesto. De tal modo, una filosofía positiva busca “estimular y consolidar el sentimiento del deber, desarrollando siempre el espíritu de colectividad” (Marías, 2017, p. 48). Tal es la importancia, como se indicó a la similitud médica de la sociedad, de aislar o eliminar a los elementos nocivos que provocan la criminalidad.

“Los factores que intervienen como causas de la actividad delictuosa son variadas: el clima, la pobreza, la miseria, el analfabetismo, etc.” (Orellana Wiarco, 2007, p. 162). La filosofía positiva aporta un conocimiento organizado de la realidad, cuyo producto debe ser tomado por los líderes políticos para orientar a cambios sociales que lleven al progreso de la sociedad, actualmente, como hace 100 años, México es tierra fértil para instaurar un pensamiento positivo comtiano (Núñez Carpizo, 2010, p. 374). Anteriormente, el conocimiento filosófico era atribuido a los sabios, políticos, doctores, abogados, como agentes culturales de cambio, siendo hoy necesario retomar el saber y destinarlo de manera reconstructiva.

Considerando una política social reconstructiva, “nada verdaderamente grande puede emprenderse, ni para el orden, ni para el progreso, por falta de un (sic) filosofía realmente adaptada al conjunto de nuestras necesidades” (Marías, 2017, p. 36). Partiendo del análisis de estas necesidades, sectorizándolas para atender aquello que se ha descuidado y vulnerado, interviniendo en las relaciones familiares, grupos sociales, la educación y valores cívicos, religiosos, el empleo, vivienda, urbanidad, salud, grupos sensibles al riesgo, entre otros factores que promuevan la violencia (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2007, pp. 292 y 293).

Conclusiones

Someramente se mostró la articulación del positivismo con la criminología, siendo que con los conocimientos que en esta convergen y el ordenamiento que ella puede dar, busca la organización social, mediante el conocimiento del fenómeno criminal, visto desde diversas ópticas de las ciencias que han tomado en su objeto de estudio, los temas de criminalidad, violencia o antisocialidad. El fin último de esto es, proponer soluciones a los operadores de las políticas sociales, para con el saber de la dinámica social y sus problemáticas, buscar vías de regeneración del tejido social y humano.

Lista de referencias

- Comte, A. (2017). *Discurso Sobre el Espíritu Positivo*. (J. Marías. Trad.). Madrid: Alianza Editorial.
- Galfione, M.C. (2012). La sociología criminal de Enrico Ferri: entre el socialismo y la intervención disciplinaria. VII Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata. Recuperado de <http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar/vii-jornadas-2012/actas/Galfione.pdf>

- Mimbela, E. (1960). La Criminología en la Universidad de Roma. *Derecho PUCP*, (19), 149-153. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5236523.pdf>
- Narváez, J.R. (2005). Bajo el signo de Caín: La criminología positiva en México. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, (17), 157-175. Recuperado de http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_jose-ramon-narvaez.pdf
- Núñez Carpizo, E. (2010). El positivismo en México: impacto en la educación. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/11DraNunez.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2007). *Recopilación de Reglas y Normas de las Naciones Unidas en la Esfera de la Prevención del Delito y la Justicia Penal*. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Orellana Wiarco, O.A. (2007). *Manual de Criminología*. México: Editorial Porrúa.
- Salgado García, A. (2010). Filosofía criminológica: Una primera aproximación al “ser-antisocial”. *Quadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, (10), 38-43. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308140>

Desarmar e matar: armas de fogo no Brasil diante do contexto internacional^(*)

Disarm and kill: firearms in Brazil in the international context

Desarmar y matar: armas de fuego en Brasil ante el contexto internacional

Elio Virginio Pimentel Filho¹
Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** Armas sem fronteiras: o poder de fogo no cenário internacional e seus impactos em sociedades distintas. **2.** A mudança no cenário do Brasil: Realidade e processo de alteração. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre as armas de fogo no contexto nacional e internacional, a fim de se esclarecer o impacto da flexibilização ou restrição governamental em sociedades

(*) Recibido: 28/03/2019 | Aceptado: 22/10/2019 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
eliovpf@outlook.com

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

distintas. Com esse propósito, foi necessário utilizar-se de dados fornecidos por diversas fontes, de órgãos como GunPolicy, U.S. Department of Justice e FBI. A abordagem inicial busca demonstrar os países que proporcionaram um acesso flexível às armas legais para seus cidadãos, amparado por números empíricos e análises de autores como John Lott Jr. Do mesmo modo, foram apresentados os países que buscam uma maior restrição, o que, ao seu fim, direciona o debate para uma das nações com maior desarmamento civil do mundo: o Brasil. Por fim, nesse último ponto, fez-se necessário abordar a realidade brasileira antes e após o Estatuto do Desarmamento, lei que mudou radicalmente a situação do país frente ao acesso legal às armas de fogo.

Palavras-chave: armas de fogo, desarmamento, violência.

Abstract: The objective of this study is to conduct a study on firearms in the national and international context in order to clarify the impact of government flexibilization or restriction in different societies. For this purpose, it was necessary to use data provided by various sources, such as GunPolicy, U.S. Department of Justice and FBI. The initial approach seeks to demonstrate those countries that have provided flexible access to legal arms for their citizens, supported by empirical figures and analysis from authors such as John Lott Jr. Similarly, the countries seeking greater restriction were presented, which at its end directs the debate to one of the nations with the greatest civil disarmament in the world: Brazil. Finally, on this last point, it was necessary to address the Brazilian reality before and after the Statute of Disarmament, a law that radically changed the country's situation regarding legal access to firearms.

Key words: firearms, disarmament, violence.

Resumen: El objetivo de este estudio es realizar un estudio sobre las armas de fuego en el contexto nacional e internacional a fin de aclarar el impacto de la flexibilización o restricción gubernamental en las diferentes sociedades. Para ello, fue necesario utilizar los datos proporcionados por diversas fuentes, como GunPolicy, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y el FBI. El enfoque inicial trata de demostrar aquellos países que han proporcionado a sus ciudadanos un acceso flexible a las armas legales, con el apoyo de cifras empíricas y análisis de autores como John Lott Jr. Asimismo, se presentaron los países que buscan una mayor restricción, lo que al final dirige el debate a una de las naciones con mayor desarme civil del mundo: Brasil. Por último, sobre este último punto, era necesario abordar la realidad brasileña

antes y después del Estatuto de Desarme, una ley que cambió radicalmente la situación del país en cuanto al acceso legal a las armas de fuego.

Palabras clave: armas de fuego, desarme, violencia.

Introdução

O assunto das armas de fogo é um dos mais debatidos da atualidade. A violência crescente em alguns países e as ameaças terroristas em outros têm intensificado a pauta ao redor do mundo, levando ao questionamento sobre a eficiência e, principalmente, quanto à segurança de um acesso flexível desse meio para a sociedade.

No Brasil, o tema não é recente. Desde de 1997 as restrições começaram a surgir e culminaram, em 2003, na Lei 10.823, conhecida como Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003). A partir desse momento, a população brasileira inflamou em discussão, com argumentos relevantes de ambos os lados.

Por mais que os brasileiros já conheçam esse debate há muitos anos, esse tópico ganhou força recentemente, pois projetos com muito apoio popular surgiram e pretendem alterar, e até mesmo revogar, as leis atuais que pregam um desarmamento civil no país. Dessa forma, observa-se a necessidade de se estudar a situação com prudência e seriedade, de modo a trazer uma análise crítica e construtiva.

O objetivo principal desse trabalho está em compreender sobre a violência diante do controle de armas no contexto internacional, assim como no Brasil frente a políticas de desarmamento adotadas nos últimos 14 anos. O tema será abordado com o suporte de diversos dados, a fim de se obter uma maior dimensão e profundidade do cenário em estudo.

1. Armas sem fronteiras: o poder de fogo no cenário internacional e seus impactos em sociedades distintas

Apesar de se tratar de um assunto recente nos debates brasileiros, o direito ao porte e à posse de armas de fogo por parte dos civis já foi pauta em diversos momentos históricos. De acordo com Stephen P. Halbrook, o primeiro debate acerca desse tema na Alemanha ocorreu em 1938, quando os nazistas desarmaram os judeus com um discurso sobre proteção à vida (HALBROOK, 2014, p. 62). Já nos Estados Unidos, embora a primeira lei

federal sobre controle tenha acontecido em 1934, as discussões tomaram forma e inflamaram com o assassinato do Presidente John F. Kennedy e do líder do movimento negro, Martin Luther King, que culminaram na aprovação do “Gun Control Act, em 1968 (HISTORY ..., 2012).

A sequência temporal dos acontecimentos recentes têm intensificado mais ainda toda essa polêmica, principalmente em países onde a criminalidade vem preocupando a população, assim como em regiões afetadas por ataques recorrentes de terrorismo. Por isso, o controle das armas pelo governo e sua real efetividade gera a cada dia mais dúvidas, tornando-se não apenas um tema interessante, mas também importante de ser debatido e esclarecido ao redor do mundo.

Nesse sentido, autores como John Lott Jr., Nicolau Koch Bender e Bene Barbosa traçam linhas explicativas sobre a relação entre homicídios e armas de fogo no contexto mundial, a fim de esclarecer de modo objetivo os resultados inerentes das diversas decisões políticas em outros países. Claramente, analisar exemplos exteriores e anteriores, com resultados históricos, pode apenas enriquecer o conteúdo apresentado. Entretanto, torna-se imprescindível que tal estudo tenha cuidado e atenção frente aos detalhes culturais de cada realidade, a fim de se entender seus resultados quando se trata do desarmamento, ou não, em sua política interna.

Tem-se como escopo, nesse momento, o real dever de se apresentar tanto realidades distintas à brasileira, de países como Suíça, Inglaterra e Estados Unidos, assim como regiões de proximidade cultural significativa, à exemplo do Uruguai, Venezuela e Honduras.

1.1 Países com civis armados: flexibilização, estatísticas e consequências

Abordar sobre o desarmamento sem observar a nação mais armada do mundo seria um erro. Com uma estimativa de 357 milhões de armas de fogo em 2015, segundo *The Washington Post*, o número nos Estados Unidos ultrapassa a quantidade de pessoas em mais de 40 milhões (THERE ..., 2015). Mas isso possui um respaldo antigo, trazido pela segunda emenda do *Bill of Rights*, aprovada em 1791, a qual dizia: “sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não poderá ser infringido” (THE UNITED STATES ..., 2015).

E apesar das divergências e críticas serem muito fortes nos tempos recentes, o número de armas de fogo nos Estados Unidos cresce sem parar, dando um salto de 259 milhões nos anos 2000 para 310 milhões em 2009. Além disso, a produção anual de 2013 comparada à de 2009 dobrou, saindo 5,6 milhões e chegando a 10,9 milhões (THERE ..., 2015).

Para muitos, seguindo a lógica da direta proporcionalidade de “mais armas, mais crimes”, os Estados Unidos deveria estar em um momento de guerra civil. Entretanto, os dados comprovam uma diminuição nos índices de violência. De acordo com o relatório anual de crimes do FBI, houve uma queda de 16.5% de 2006 para 2015 (LATEST ..., 2016). Não obstante, embora a discussão brasileira venha aparecer com vigor mais à frente nesse texto, vale a comparação: EUA possuía 270 milhões de armas em 2007, com um total de mortes anual por esse meio de 9.960, enquanto o Brasil possuía 15 milhões, totalizando suas vítimas em 36 mil casos (COM MENOS ARMAS ..., 2012).

É comum e compreensível que se questione esses resultados. Afinal, nada mais comum que se leia em noticiários a atribuição da culpa dos crimes ao número de armas de fogo em um país. Mas essa interpretação está errada e consiste em um discurso vazio, caracterizado pela tentativa da exclusão da culpa e do dolo na ação dos mais variados delitos.

Homicídio em qualquer lugar do mundo pressupõe, no mínimo, duas pessoas: a vítima e o agressor. Tratando-se de assassinatos, os requisitos aumentam, necessitando também da intenção do agente de atingir o resultado fatal. Seria ilógico, portanto, concluir que armas de fogo, principalmente as regulamentadas pelo Estado, representam o cerne do problema ou que se tratam de um mecanismo essencial para o efeito morte. A pólvora começou a ser usada nos canhões chineses por volta do século X, muito tempo depois de, nos primórdios da história da humanidade, Caim ter matado seu irmão Abel com as próprias mãos.

Portanto, armas de fogo são, pura e simplesmente, uma ferramenta, isenta de intenções ou valores, crenças ou propósitos. Do outro lado estão as pessoas, com todos esses atributos, que, sob a posse de praticamente qualquer ferramenta, acabam por ferir ou matar outro indivíduo.

Entretanto, isso não refuta o fato de que armas de fogo são um mecanismo eficiente para quem pretende atingir outras pessoas. Diante de sua portabilidade e potencial lesivo, representam uma ferramenta perfeita para aqueles que possuem o dolo de lesionar alguém.

O problema, porém, não está nessa afirmação, mas na conclusão errônea que isso gera, a qual leva à crença de que muitas pessoas não praticariam um delito se não pudessem comprar uma arma legalmente em uma loja, ou que um terrorista/psicopata não prosseguiria com seu ataque sem a autorização do governo.

A grande questão está, além do caráter violento e criminoso de uma sociedade, na dificuldade de se restringir o acesso às armas ilegais. Se fosse

impossível para qualquer cidadão encostar em uma arma de fogo, as pessoas se matariam da mesma forma, mas talvez em uma escala menor. Porém essa realidade é inconcebível.

Isso pode ser visto até mesmo no país com maior facilidade de acesso às armas de fogo. De acordo com o relatório de violência do departamento de justiça americano, menos de 2% dos criminosos armados em 2004 tinham cometido o delito com armas compradas em feiras ou lojas (FIREARM ..., 2013).

Diante desses fatos, é válido mencionar que nos Estados Unidos existe uma diversidade considerável quanto aos estados e suas regras, com políticas flexíveis em uns e rígidas em outros. O país em questão possui cerca de 16,3 milhões de permissões para porte oculto, tendo os estados que permitem tal direito uma média de 24% em crimes violentos a menos que no resto dos Estados Unidos, seguindo essa lógica em 28% quanto aos homicídios e 50% em relação aos roubos (CONCEALED ..., 2014).

Isso direciona à conclusão de que brigas no trânsito ou em bares não estão, definitivamente, relacionado ao porte de armas legais. Proibir e dificultar o acesso da população às armas de fogo não só está distante de afastar os perigos especulados pelos desarmamentistas, mas como também diminuem a segurança da sociedade como um todo.

Nesse cenário, John Lott Jr. Traz uma contribuição excelente em seu mais novo livro, no qual trata sobre os tiroteios de múltiplas vítimas (onde o resultado ocasiona em mais de uma pessoa ferida). O estudo examina tiroteios públicos ocorridos nos Estados Unidos no período de 1977 a 1997, comparando estados com e sem o direito ao porte de armas. Foi observado, portanto, que dentro desses 21 anos analisados, os assassinatos e ferimentos por 100.000 pessoas em estados sem leis de porte excedeu a taxa dos estados com as leis por 17 anos. Além disso, analisando apenas as taxas de tiroteio em si, pôde-se concluir que os estados sem as leis excederam os outros em 20 anos (LOTT JR., 2014, p. 136).

O referido autor também mostra, em um comparativo temporal, os vinte e três estados americanos que adotaram leis de direito ao porte oculto de armas curtas entre 1977 e 1997³:

Embora haja uma tendência de alta nacional nos assassinatos e ferimentos em tiroteios de múltiplas vítimas, de 1977 a 1997, a Tabela 6,3 mostra grandes declínios na criminalidade depois que os estados adotaram leis de direito ao porte. Os assassinatos caíram cerca de 43% e os ferimentos em 30%. Ao abrir os dados de criminalidade numa base anual, e olhando nos períodos próximos às datas de aprovação das leis, vemos que a maior queda ocorre

³ LOTT JR., Jhon. Preconceito contra as armas. São Paulo; Vide Editorial, 2014.

majoritariamente no primeiro ano após a aprovação da lei. De modo geral, o declínio é tão grande que observamos uma quantidade nula de assassinatos de múltiplas vítimas em dois dos seis anos para todos os estados com leis de direito a porte, um evento que não havia ocorrido durante qualquer período anual anterior à aprovação da lei.

Desse modo, no que diz respeito aos crimes, é possível perceber que armas de fogo reguladas pelo governo não demonstram ameaças significativas. É importante considerar que pessoas voltadas para a criminalidade já estão automaticamente ligadas à ilegalidade, e que retirar a posse e o porte permissivo atingiria majoritariamente, se não exclusivamente, os cidadãos que buscam armas de fogo para sua defesa pessoal e familiar.

Entretanto, existe um questionamento muito forte no que tange acidentes envolvendo armas de fogo. Mesmo que a colossal fabricação de armas nos Estados Unidos e a permissão estatal de se adquirir e portar armas não cause aumentos nos crimes violentos americanos, é normal que se pergunte sobre o número de acidentes nos lares armados.

Para responder isso, é obrigatório pautar-se em estatísticas. Conforme pesquisa trazida pelo Centro de controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos em 1999, apenas 88 crianças de 57.900.000 entre 0 e 14 anos foram vítimas de um acidente fatal com armas de fogo. Por outro lado, 615 nessa mesma faixa etária se acidentaram fatalmente com queimaduras, outras 927 por afogamento e mais 2.605 por veículos automotores (LOTT JR., 2014, p. 172).

Como mostrado, armas de fogo legais possuem uma relação muito maior com funções benéficas do que maléficas, o que descaracteriza a ideia de que casualidades são suficientes para proibi-las. Infelizmente, acidentes ocorrem em qualquer lugar do mundo, com os mais variados tipos de objetos, a todo momento. Se observado em uma casa familiar, por exemplo, existem diversos fatores que podem levar uma criança a se machucar ou até mesmo a um acidente fatal. Seguindo a lógica do desarmamento por acidentes, seria mais prudente, antes de dificultar o acesso às armas de fogo, proibir os fogões, as piscinas e os carros. E isso não faz sentido.

Apesar dos Estados Unidos serem um bom exemplo no campo internacional, devido ao número de armas, o fácil acesso e diversos dados estatísticos, o debate desse tema está muito longe de ocorrer apenas na América do Norte. Ademais, existem diversos países pelo mundo onde as leis são flexíveis para aqueles que desejam adquirir sua arma conforme as leis e regras ditadas pelo seu governo.

Um deles é a República Checa, que possui normas tolerantes para o acesso às armas, onde qualquer cidadão que se qualifique objetivamente perante a

lei pode adquirir a licença do porte oculto. Trata-se, portanto, de uma população de aproximadamente 10 milhões de habitantes, com mais de 700.000 armas registradas. (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 60)

Posto isso, e sendo um dos poucos países na Europa com esse tratamento e pensamento, a República Tcheca tem se deparado com uma redução de crimes violentos ano após ano, sendo classificado em seu relatório de segurança de 2011 como um país seguro para turistas americanos, o que não é tão comum no contexto internacional. Aliás, foi categorizado pela revista *exame* como o 11º país do mundo mais seguro para se morar (OS 20 PAÍSES..., 2016).

Para se aproveitar a matéria da revista mencionada, que pontua as cidades mais seguras do mundo, é válido ressaltar que sua lista evidencia os seguintes países: Suíça em 5º lugar, Finlândia em 6º, Canadá em 7º, Suécia em 14º e Noruega em 17º. Todos esses com leis amigáveis para as pessoas que desejam o porte e a posse da forma correta, além de serem considerados países com muitas armas de fogo (OS 10 MELHORES..., 2014).

Pode-se questionar, nesse sentido, que os demais países da lista não estão de acordo com essa lógica de mais armas e mais segurança. Entretanto, é de se notar com obviedade que não são todos os países do mundo que permitem um acesso às armas de fogo com flexibilidade como os apontados acima.

Na verdade, países tolerantes são uma exceção diante dos outros, e, sendo minoritários, e de acordo com o pensamento desarmamentista, não deveriam estar nessa lista com tanto peso. Mas estão, e significam um exemplo de segurança pública pra diversos países desarmados.

Para não fugir do objetivo do tópico em pauta, que mira nos países mais armados diante da lei, e para não entrar no tema das nações desarmadas, que também é de grande importância e será discutido no próximo ponto, valem algumas observações.

A Suíça, como de conhecimento popular, não possui um exército do mesmo modo como em outros países. Isso ocorre pelo fato de seu exército ser formado por 95% de circunscritos ou voluntários, organizados em milícias, e apenas 5% de soldados profissionais, que representam o número 147 mil militares. Para se entender com mais clareza essa organização, cabe a explicação⁴:

Aos 19 anos de idade os garotos têm de se alistar para o serviço militar obrigatório, mantendo-se até os 34 anos de idade como conscritos (para

⁴ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. Mentiram pra mim sobre o desarmamento. São Paulo; Vide Editorial, 2015.

oficiais subalternos) e até os 52 anos de idade no caso de oficiais superiores. Os conscritos devem manter suas armas em casa, estando disponíveis para qualquer situação onde seja necessário defender o país. As mulheres podem se alistar, mas não há caráter de obrigatoriedade para elas. A conscrição e a responsabilidade dos suíços para com a sua própria defesa, e para com a defesa de seu país, são conceitos muito difundidos na sociedade suíça, tanto que num referendo de 2013 sobre a extinção da conscrição, apenas 12% do total de eleitores compareceram para votar a favor.

Observa-se, portanto, que a Suíça não é apenas a terra do chocolate, do queijo, dos canivetes ou relógios, mas também das armas. A compra das armas de fogo chegam a ser mais acessíveis que na própria República Tcheca, onde muitos tipos não precisam de registro. Além disso, as taxas de criminalidades nesse país vem caído constantemente a cada ano e, pra felicidade dos suíços, está classificada por nós como o 7º lugar mais seguro do mundo (OS PAÍSES MAIS ..., 2016).

Frente a um tema tão polêmico como esse, seria uma negligência grave não mencionar uma das ameaças mais sérias e tristes da atualidade: o terrorismo. Inevitavelmente, e infelizmente, um dos países que mais lida com esse problema é Israel, que enfrenta essa situação por séculos diante da disputa religiosa que existe na região do Oriente Médio.

Trata-se de um caso diferente. Mesmo não sendo um país no topo dos mais armados, Israel permite o acesso a seus cidadãos a partir dos 16 anos. Estima-se, com isso, um número proporcional de porte de armas de fogo maior que o do próprio Estados Unidos, chegando a atingir mais de 10% de sua população (ROSENBAUM, 2013). Nesse sentido, e enfrentando no seu cotidiano uma ameaça que expõe tantas pessoas inocentes à um ataque cruel e desumano, a polícia israelense tem incentivado cidadãos com o porte a saírem com suas armas nas ruas (POLÍCIA ..., 2015).

Mesmo não sendo uma obrigação, mas uma recomendação, esse posicionamento é o mais sábio e lógico possível, pois a própria polícia de Israel sabe que não estará presente em cada local e momento de exposição à um ataque terrorista. A polícia israelense tem ciência que mais cidadãos armados na rua, com toda exigência legal necessária, só pode aumentar a chance da sociedade reagir a um ataque injusto e evitar mais mortes inocentes.

Posto isso, e mesmo com todos os problemas graves enfrentados, Israel se depara com uma das taxas de homicídio mais baixa do mundo. De acordo com o noticiário The Jerusalem Post, uma pesquisa da University of Haifa mostrou que Israel permaneceu com praticamente a mesma taxa de morte por crimes durante 28 anos, até mesmo decrescendo nos últimos tempos. Pra se ter mais precisão, passou de 2.35 homicídios por 100 mil habitantes em

1980 para 2.29 em 2006, número excelente comparado aos 7.5 em 2004 dos Estados Unidos (ISRAEL'S ..., 2008).

Por fim, ainda no campo internacional dos países mais armados do mundo, tem-se algo próximo em distância e realidade do Brasil: Uruguai. Segundo a manchete do Jornal El País, “Um a cada seis uruguaios está armado, uma das cifras mais altas do mundo no país mais seguro e menos violento da América Latina” (ARMADOS ..., 2014). Vale ressaltar que essa frase diz respeito apenas às armas registradas.

De fato, essa afirmação se justifica ao se olhar para os números, pois a estimativa é de 18,09 armas registradas em 2015 para cada 100 mil habitantes. Além disso, em 2007, Uruguai se deparou com 1.100.000 de armas legais e ilegais nas mãos de civis, garantindo seu 9º lugar, frente a 178, entre as nações mais armados do mundo. Mesmo assim, o Uruguai possuía uma taxa de 9.5 mortes por armas de fogo a cada 100 mil habitantes em 2010, representando 49% dos homicídios (WAISELFISZ, 2015, p. 87-90).

Ou seja, enquanto o Uruguai possuía 450.000 armas registradas em 2010 para uma população de 3.374.000 milhões de pessoas, com um total de 313 mortes por armas de fogo no mesmo ano, Brasil possuía 2.266.726 registros em 2013 para uma população de 202.400.000 milhões de pessoas, com um total de 38.892 mortes por este meio. (URUGUAY ..., 2016)

1.2 Países desarmados: estatísticas e consequências

Para se debruçar do outro lado da moeda, seria interessante começar por um país que desde o início do século XX vem adotando políticas desarmamentistas. Com seu primeiro passo dado pelo Firearm Act of 1920, a Inglaterra começou a debater sobre o comércio das armas e a traçar um caminho menos armado. Entretanto, essa jornada se intensificou quase na virada do século, banindo em 1997 a possibilidade de posse das armas curtas para seus cidadãos (BRITAIN'S ..., 2007).

Como se não fosse suficiente, a Inglaterra hoje detém de uma força policial que possui apenas 5% de seus soldados armados (SÓ 5% DOS ..., 2017). Representa, portanto, o maior exemplo do pensamento de que não se combate violência com violência, por mais que a própria população em sua maioria, assim como os soldados, venham aumentando a sua indignação com a situação atual de seu país.

Trata-se, de fato, de uma situação revoltante. Existem vídeos na internet que mostram cenas lamentáveis de polícias desarmados colocando sua vida em risco contra pessoas sem armas de fogo. Um deles mostra 11 policiais contra um cidadão com apenas uma faca, que passa a se tornar uma ameaça

incontavelmente maior para os profissionais e civis envolvidos naquele cenário (11 BRITISH POLICE ..., 2017).

De acordo com o daily mail do Reino Unido, a taxa de crimes violentos no país é 4 vezes maior que nos Estados Unidos. Neste, em 2009, houve 466 crimes violentos para cada 100 mil habitantes, enquanto naquele foram 2.034, tudo no mesmo ano (THE MOST VIOLENT ..., 2009). Além disso, a Inglaterra apresenta anualmente uma média de 125% a mais de vítimas de estupros por 100.000 habitantes, assim como 133% a mais de vítimas de assaltos e de outras agressões físicas também a cada 100 mil pessoas, tudo comparado aos Estados Unidos (DIREITO ..., 2015).

Como se não fosse suficiente, dados que mostram sua posição no ambiente em que se encontra enriquecem o assunto. A Inglaterra apresenta hoje a quarta maior taxa de arrombamento e invasões de domicílios em toda Europa, assim como detém da segunda maior taxa de criminalidade de toda a União Europeia. Ou seja:

Desta forma, a Inglaterra, que no final do século XIX era um dos lugares mais tranquilos e seguros para se viver, chegou ao século XXI com índices de criminalidade muito mais altos, superando os índices americanos em diversos tipos de crimes violentos, mesmo sendo um país com um sexto do número de habitantes dos EUA e com um território setenta e cinco vezes menor. Segundo dados de 2013, a taxa de crimes violentos da Inglaterra é 80% maior que a americana, numa comparação per capita (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 59).

A respeito disso, Nicolau Koch Bender vai trazer mais informações, demonstrando nitidamente o retrocesso trazido pela nova Lei das Armas de Fogo adotada pela Inglaterra em 1997:

O interessante dessa informação é que a Inglaterra possui, após promulgação da Lei de Armas de Fogo de 1927, combinada com diversas instruções e depois de uma série de eventos que desencadearam a então Lei das Armas de Fogo de 1997, um sistema de controle de armas que acabou por bani-las em seu território. Curioso, no entanto, é que segundo dados do Home Office, no período entre abril de 1999 e março de 2000 o crime violento cresceu 16%, roubos nas ruas cresceram 26% e assaltos em 28%. Ou seja, mesmo com o banimento das armas na Inglaterra, apesar das baixas taxas de homicídio, os crimes violentos não diminuíram, pelo contrário, demonstraram um aumento significativo (BENDER, 2015).

Depara-se, em vista disso, com uma situação extremamente delicada. A Inglaterra tem enfrentado ameaças terroristas nos tempos recentes, o que abala o sentimento de segurança nacional e coloca em jogo a confiança da sociedade em combater a violência com os braços cruzados. Apenas em 2017, até o mês de julho, os ingleses foram vítimas de 3 atentados, todos sem reação efetiva da polícia.

Um deles ocorreu em março, onde um homem invadiu uma área de pedestres com uma van, deixou 4 civis mortos e esfaqueou um policial que tentou reagir à situação. Outro ocorreu em julho, onde novamente invadiram com uma van uma calçada, mas dessa vez 3 homens armados com facas, que perseguiram os mais próximos e deixaram, além das mortes, ao menos 48 gravemente feridos. Tudo isso leva à razoável dúvida sobre quantas vidas poderiam ser salvas se apenas um policial ou civil estivesse armado no presente momento do incidente (PELA 3ª VEZ ..., 2017).

Ao sair da Europa e observar países próximos ao Brasil, percebe-se que o desarmamento não demonstra colaborar com os preocupantes índices de mortes por armas de fogo. Isso pode ser observado na Venezuela, país que possui a cidade mais violenta do mundo: Caracas. Pelo fato dessa cidade em 2012 ser considerada a 3ª mais violenta do mundo, além da violência exacerbada que os venezuelanos enfrentavam, mais precisamente 118 homicídios a cada 100 mil habitantes, Maduro declarou: “nós vamos trazer desarmamento e paz” (VENEZUELA ..., 2016).

Com isso, a Venezuela adotou banimento total para o comércio de armas no país, também pulando em 2013 para a 2ª cidade mais violenta do mundo, com 134 homicídios para 100 mil habitantes. De 2015 até hoje, Caracas conquistou o 1º lugar no pódio, se tornando a cidade mais violenta do mundo (CARACAS ..., 2016).

Diante dessa disputa infeliz, também é válido mencionar o país mais violento do mundo, ou seja, Honduras. Em 2013, a taxa de homicídio bateu 187 para 100 mil pessoas (CARACAS ..., 2016). Isso em um país com média de 5 registros para cada 100 habitantes, tratando-se, portanto, de uma das nações mais desarmadas do planeta (HONDURAS ..., 2016).

Poderia ser citado, nesse momento, o exemplo de desarmamento mais mal sucedido da história do mundo. Como esse tópico trata dos países que adotaram medidas restritivas de armas em sua política interna, seria justo mencionar a nação que vem adotando nos seus últimos 14 anos leis rígidas que dificultam o acesso de seu cidadão às armas regulamentadas pelo governo.

Tratando do país que conquistou nesses últimos anos o 1º lugar das nações com mais cidades violentas no mundo, o desarmamento no Brasil será o foco deste trabalho, que estudará sua realidade da forma mais completa possível.

2 A mudança no cenário do Brasil: Realidade e processo de alteração

Por mais que hoje o acesso às armas por civis no Brasil possua grandes entraves, os brasileiros já enfrentaram uma realidade diferente, com mais armas legais em suas casas e uma menor restrição para se adquirir o porte. Antes de 1997, em muitos estados do país, não era necessário o registro ao se comprar armas e o porte era rapidamente expedido pelas autoridades estaduais. O Brasil se deparava, nesse ano, com um total de homicídios por armas de fogo que chegava a 27.753 vítimas (WAISELFISZ, 2016, p. 16).

Foi nesse ano, porém, que a lei 9.437/97 (BRASIL, 1997) foi criada, a qual constituiu o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e passou a obrigação do registro de armas de fogo para a competência da Polícia Federal. A lei começava a visar o desarmamento no Brasil, pois adotava diversos critérios objetivos, como se pode observar:

Art. 7º A autorização para portar arma de fogo terá eficácia temporal limitada, nos termos de atos regulamentadores e dependerá de o requerente comprovar idoneidade, comportamento social produtivo, efetiva necessidade, capacidade técnica e aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo.

Mesmo assim, tratava-se de uma época onde a posse era algo comum e o porte era algo possível. As restrições e regras começavam a aparecer, sem apresentar nenhuma queda nas taxas de homicídios. Na verdade, no ano seguinte, em 1998, foram observados 30.211 homicídios por armas de fogo (WAISELFISZ, 2016, p. 16), um aumento de quase 10% se comparado ao ano anterior.

De acordo com os desarmamentistas, o Brasil precisava de mais rigidez na venda de armas de fogo para seus cidadãos, com o argumento de que a criação de leis, na expectativa de serem respeitadas, seria a solução ideal. O resultado não foi diferente e a lei que estabelecia regras iniciais acabou se tornando no Estatuto do Desarmamento, responsável por tornar a posse meramente possível e o porte, impossível.

2.1 Estatuto do desarmamento

A lei 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, foi proposta por Renan Calheiros e sob a égide do Mensalão, o que provocou na impossibilidade do porte de arma de fogo desde a Independência do Brasil. Além disso, trouxe diversas dificuldades para aqueles que desejavam apenas possuir armas em casa, em prol de sua legítima defesa.

A justificativa para tal ação, como já pode se presumir, era reduzir a violência. Acreditava-se, dessa forma, que aumentar a dificuldade mediante imposição legal, além de criminalizar a posse e o porte de armas em muitos casos, iria reduzir o crime armado. A campanha começou com um pagamento simbólico para as pessoas que entregassem suas armas, o que

resultou em um recolhimento que ocorre até hoje. Em 2014, foram recolhidas 4,1 mil armas (CAMPANHA ..., 2015).

Ou seja, a ideia proposta claramente atinge o cidadão que não deseja estar fora da lei, que voluntariamente se dirige à um posto de entrega para abrir mão do seu bem e que segue as regras impostas pelo Estado. Apenas por esse motivo, já fica evidente que o Estatuto do Desarmamento recai sobre os mais responsáveis, que teriam uma chance muito maior de usar sua arma de fogo de forma segura e prudente.

Posto isso, é importante esclarecer a diferença de posse para porte de armas de fogo. A posse é o direito que o cidadão tem de deter a arma em casa ou no trabalho, enquanto o porte é a autorização para que a pessoa transite com ela em locais públicos exteriores à sua residência ou emprego. É possível dizer que o Estatuto do Desarmamento dificultou a posse e impossibilitou o porte, que será explicado e demonstrado a seguir.

De acordo com a lei 10.826/2003, para se ter a posse, é necessário que primeiramente se faça o registro da arma de fogo. Diante disso, o cidadão deve seguir os passos e requisitos impostos pela Polícia Federal, sendo alguns deles: idade mínima de 25 anos, comprovação de idoneidade com certidões negativas criminais, não responder por inquérito policial ou processo criminal, ocupação lícita, aptidão psicológica (atestada por psicólogo credenciado pela PF) e capacidade técnica atestada por instrutor de tiro credenciado, que possui um custo médio de 500 reais.

Além disso, é necessário apresentar declaração por escrito expondo os fatos e circunstâncias que justifiquem o pedido da aquisição de arma de fogo, demonstrando a efetiva necessidade. Entretanto, é fácil de se perceber que tal critério possui um caráter altamente subjetivo e discricionário por parte da Polícia Federal, que pode negar o pedido do registro diante do seu entendimento particular. De acordo com alguns compradores, os prazos para todo esse processo se estende por cerca de um ano.

Apesar de hoje um cidadão ter o direito de possuir em casa ou no trabalho 6 armas de fogo, podendo ser 4 de cano longo e duas de cano curto, toda a burocracia e exigência necessária acaba se tornando uma experiência de poucos. Nesse cenário, se todos os entraves no caminho não forem suficientes para fazer com que cidadão perante a lei desista de tentar adquirir sua arma, ainda existe a chance de ter seu pedido negado, por sentença de Delegado da Polícia Federal que julga insuficiente os argumentos apresentados no requerimento. Tudo isso, resumidamente, para ter o direito de comprar uma arma e mantê-la em casa.

Em Minas, por semana, chegam à Polícia Federal (PF), em média, 120 pedidos de registros de armas, mas cerca de 70% deles são indeferidos,

conforme o delegado William Rotheia, chefe da Delegacia de Controle de Armas e Produtos Químicos. “Colocar uma arma na mão de um cidadão é muita responsabilidade”, pondera (PF-MG RECEBE 120 ..., 2017).

Ainda na questão da posse, é importante ressaltar que a Lei 10.826/2003 levou diversas armas à ilegalidade. Isso ocorreu pelo fato de que o Estatuto do Desarmamento trouxe dificuldades à renovação do registro de armas de fogo, que passou a ser de 3 anos. Além disso, a burocracia, o preço e a distância dos postos da Polícia Federal foram fatores de peso para afastar o Estado de um controle efetivo acerca daqueles que possuíam armas de fogo em casa antes do início de todos os requisitos apresentados.

Segundo o Ministério da Justiça, mais da metade das cerca de 16 milhões de armas de fogo que estão nas mãos dos cidadãos sequer está registrada no Sistema Nacional de Armas (SINARM), e encontra-se em situação irregular. Em 2010, havia 8.974.456 de armas de fogo com registro ativo. Já em 2014, o número passou para cerca de 270 mil (NUHS, 2015).

Apesar de existir a possibilidade para se ter acesso à posse por um cidadão comum, quando se fala em porte de armas de fogo, a situação muda. Além da imposição de todos os requisitos apresentados para a posse legítima, o porte exige a comprovação de sua efetiva necessidade mediante exercício de atividade profissional de risco ou ameaça à sua integridade física, que deverá ser elaborada por escrito e ter provas juntadas ao requerimento.

Ou seja, o que já se demonstra ser um caminho longo e difícil para que um cidadão atinja a posse de armas pela via legal, torna-se algo inalcançável para aqueles que desejam o porte. Para exemplificar, em Minas Gerais, que possui uma população 20.523.794 pessoas, foram deferidas 16 licenças para portes em 2016 (PF-MG RECEBE 120 ..., 2017).

Isso ocorre pois, além da subjetividade ser enorme na decisão da Polícia Federal, o entendimento hoje passado ao funcionário público brasileiro é da política de desarmamento. É entendido majoritariamente, por exemplo, que o empresário responsável por transportar valores de sua empresa não exerce profissão de risco e nem possui sua integridade física ameaçada (AGU ..., 2015), compreensão completamente desprovida de lógica em face da realidade do Brasil.

Por esses fatos e outros, a sociedade brasileira inflama nos debates que discutem sobre as armas de fogo no país desde o início de suas restrições. A dificuldade do acesso para aqueles que desejam seguir os moldes legais e o número de armas empregados pelo crime geram cada vez mais revolta e insegurança, elevando a importância de se ter o assunto não apenas enfrentado pela população, mas também por seus representantes políticos.

2.2 Brasil, armas e violência

Pode-se dizer que o Estatuto do Desarmamento foi um dos maiores desrespeitos à democracia brasileira em toda sua história. Isso pode ser afirmado pois a lei 10.826/2003 foi criada e aprovada em menos de 6 meses, sem nenhum envolvimento da vontade popular. Essa situação ficou esclarecida logo após a entrada em vigor do Estatuto, que previa em seu artigo 35 o seguinte:

Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto nesse artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Dessa forma, o Estatuto do Desarmamento mostrava claramente sua intenção final de proibir por completo o acesso às armas por parte da sociedade brasileira. Pode-se dizer que o único motivo de não ter sido aprovado imediatamente com a própria Lei 10.826 era o alto grau polêmico que uma medida dessa criava. Foi realizado, portanto, um referendo popular no final de 2005.

Para se obter o posicionamento popular, foi estabelecido a seguinte pergunta: “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”, onde as pessoas deveriam votar com a resposta “sim” ou “não”. Vale lembrar, nesse sentido, que as campanhas pelo “sim” possuíam forte apoio do próprio governo, responsável por concretizar o Estatuto do Desarmamento, assim como de grande parte da mídia e de atores famosos.

Entretanto, isso não foi suficiente para convencer os brasileiros de que seus direitos poderiam continuar sendo desrespeitados. No dia 25 de outubro de 2005, o TSE apurou 63,94% dos votos pelo “não”, representando mais de dois terços dos envolvidos. Além disso, em nenhum estado brasileiro houve a vitória do “sim”, tendo passado de 80% o “não” no Rio Grande do Sul, Roraima e Acre (BRASIL, 2005).

A mensagem da sociedade no Brasil ficou evidente: o povo não concorda com o Estatuto do Desarmamento. Seria algo comum de ser ver um controle como esse, que possui rejeição por grande maioria da população, em regimes totalitários. Entretanto, o Brasil é regido por uma democracia e deveria representar a vontade da sociedade por meio de seus representantes.

No primeiro ano após o início do Estatuto do Desarmamento, houve uma queda nas taxas de homicídios por armas de fogo do Brasil. Em 2003, foram 39.677 homicídios, em 2004 ocorreram 37.113 e em 2005, os números chegaram a 36.060. Esse é hoje um dos maiores argumentos para aqueles

favoráveis à Lei 10.823/2003, que acreditam no sucesso de ter abaixado as taxas de homicídio no Brasil por se dificultar a posse e impossibilitar o porte legal (WAISELFISZ, 2016, p. 16).

Após a divulgação desses dados, manchetes como “Estatuto do Desarmamento salvou 160 mil vidas” começaram a aparecer (ESTATUTO ..., 2015). O cálculo era simples e seguia a seguinte lógica: até 2003, as taxas de homicídios cresciam cerca de 8% ao ano e atingiram 39.677 mortes, devendo marcar, de acordo com essa progressão, o número de 79.314 vítimas em 2012. Entretanto, em 2012 foram calculados apenas 42.416 mortes por armas de fogo, chegando à conclusão de que teria salvo, apenas nesse ano, 36.898 vidas.

Além disso, o estudo do Mapa da Violência de 2016 mostram que os homicídios especificamente por armas de fogo cresciam, de 1980 até 2003, 8,1% ao ano. Após essa data, passou a crescer, até 2014, na escala de 2,2% ao ano, o que também justificaria o sucesso do controle sobre as armas legais (WAISELFISZ, 2016, p. 17).

Diante dessa situação, e pelo fato da linha de homicídios ter caído no Brasil logo após a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, muitas pessoas começaram a apontar para as armas de fogo legais como as grandes vilãs, responsável exclusiva por um resultado negativo na realidade do país. É preciso entender, por outro lado, que esse entendimento é raso e carece de uma observação mais profunda.

De fato, os homicídios caíram simultaneamente à implementação de leis mais rígidas sobre o controle de armas no Brasil. Para se ter uma compreensão integral de sua evolução, é importante ressaltar os anos seguintes aos expostos. Em 2006, foi registrada uma subida para 37.360 mortes, tendo caído para 36.840 vítimas em 2007 e voltando a subir, sem parar, a partir desse ano. Foi atingido, em 2012, o número 42.416 homicídios por armas de fogo (WAISELFISZ, 2016, p. 16).

Para que não se tenha dúvidas sobre a violência sendo tratada com números absolutos, vale a informação de que os homicídios por 100 mil habitantes subiram de 20,4 em 2004 para 21,2 em 2014 (WAISELFISZ, 2016, p.19). Ou seja, de acordo com os dados expostos, afirmar que a lei 10.826/2003 reduziu a criminalidade no país é um erro, pois os números de homicídios não param de crescer e o Brasil está se tornando um país mais violento. Por isso, a maioria dos defensores dizem que a o grande triunfo do Estatuto do Desarmamento não foi reduzir a violência, mas sim freá-la.

Entretanto, dizer que esse crescimento em menor proporção deve ser atribuído apenas às armas, pelo simples fato de terem ocorrido junto às

restrições na mesma época, representa, se não for pura ignorância, uma atitude de completa má fé. Como é de conhecimento geral, índices de violência sempre tiveram total correlação com a pobreza e desigualdade social de um país.

Por esse motivo, seria prudente uma observação de como a taxa da extrema pobreza, que nada mais é do que um espelho da desigualdade, evoluiu no Brasil nos últimos anos. De acordo com um estudo do IPEA, os números se mantiveram estáveis de 1995 à 2003, com uma média de 17,3%. Porém, a partir de 2003, essas taxas despencaram, atingindo 15,1% em 2004, 13,3% em 2005 e 10,8% em 2006 (DE BARROS, 2009). Além disso, em 2003 as taxas de desemprego estavam na média de 12,33%, a qual caiu para 11,48% em 2004 e 9,84% em 2005 (TAXA ..., 2016).

Os homicídios caíram no Brasil de 2003 para 2005 e se mantiveram um pouco estáveis até 2007, e essa mudança foi acompanhada lado a lado com a diminuição da desigualdade social e da taxa de desemprego. O país estava em um momento melhor e mais estável, e esse claramente é um peso considerável ao se analisar a redução na violência de uma sociedade.

É possível tratar da mesma situação, porém com um foco diferente, ao se analisar o emprego das armas de fogo nos homicídios estudados até o momento. É válido destacar, antes de prosseguir com os dados específicos, que em 2005 o Brasil possuía 2,4 mil lojas de armas, cenário que mudou drasticamente para 280 em 2015 (ENTENDA ..., 2015).

Ou seja, os brasileiros possuíam grandes restrições para adquirir armas, perdiam o interesse em comprar e, conseqüentemente, pela lei da oferta e da procura, as vendas caíram e as lojas fecharam. Parece, para qualquer leigo que se depara com tais informações, um sucesso do Estatuto do Desarmamento.

Entretanto, todo o sentido se perde, ou ganha, quando entende-se que no início das restrições para as armas, em 1997, elas eram empregadas em 60,3% dos homicídios. Em 2014, após praticamente se erradicar os pontos de venda de armas, o emprego das armas de fogo nas mortes do país correspondiam a 71,7% (WAISELFISZ, 2016, p. 21).

Isso ocorre por um motivo muito óbvio: ao contrário do que várias pessoas pensam, as armas presentes na maioria dos crimes não vem de uma fonte legal. Portanto, observa-se que:

De acordo com uma pesquisa extensa, realizada com o apoio de organizações desarmamentistas como o Viva Rio, apenas 25,6% das armas apreendidas com criminosos, entre 1951 e 2003, eram armas legalmente registradas que foram roubadas pelos mesmos. Ou seja, de cada quatro armas utilizadas em crimes, apenas uma foi comprada e registrada por cidadão de bem. Assim, se

o governo proibisse todos os cidadãos brasileiros de adquirir armas legalmente, e se num passe de mágica conseguisse fazer desaparecer todas as armas que já estão nas casas desses cidadãos, na melhor das hipóteses reduziria o total de armas nas mãos dos criminosos em um quarto. Se você pensa que isso é bom, porque um quarto é melhor do que nada, pense no outro lado: para diminuir em um quarto o armamento dos bandidos, seria necessário diminuir em quatro quartos, ou em 100%, o armamento das pessoas ordeiras. Este é um custo alto demais, que não paga seu benefício. (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 68)

Dessa forma, seria mais prudente uma ação do Estado que visasse um maior controle do contrabando nas fronteiras e da corrupção de seus agentes policiais. Infelizmente, com pautas meramente políticas de desarmamento, o governo brasileiro se move na direção errada, fugindo da responsabilidade de se enfrentar o crime e adotando restrições em uma área que afeta os cidadãos que buscam a legalidade.

3.3 Consequência da opinião

O Estatuto do Desarmamento possuía um objetivo muito simples com uma justificativa acreditável: diminuir a violência no Brasil com uma maior restrição à venda de armas legais, pois elas seriam as responsáveis finais pelo cenário caótico no qual se encontrava o país. Infelizmente, o resultado desse pensamento não poderia ter chegado a consequências piores.

Em pesquisa recente realizada pela ONG mexicana Conselho Cidadão pela Segurança Social Pública e Justiça Penal, divulgada pela revista Exame (AS 50 CIDADES ..., 2017), o Brasil possui 21 das 50 cidades com maior taxa de homicídio do mundo, duas a mais do que a edição passada. Dentre as piores, Maceió aparece na 18^a, João Pessoa na 16^a, Salvador na 14^a, Natal na 13^a e Fortaleza na 12^a. Vitória aparece na 31^a posição.

Nesse mesmo sentido, segundo o levantamento realizado pelo Mapa da Violência de 2016, o Brasil ultrapassou a marca de 59,5 mil mortes violentas em 2014, “[...] uma alta de 21,9% em comparação aos 48.909 óbitos registrados em 2003” (WAISELFISZ, 2016). Não suficiente para se evidenciar essa triste realidade, o cenário brasileiro contou com uma média de 5 estupros por hora e um roubo a carro por minuto. Apenas no ano de 2015, foram 50 mil estupros, de acordo com o 10^o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (BRASIL ..., 2016).

Lamentavelmente, o Brasil se encontra em um momento historicamente assustador, onde as pessoas possuem medo de andar pelas ruas ou usar o serviço público de transporte. Para se ter uma ideia da seriedade da situação, foram realizadas comparações de homicídios dos anos de 2011 a 2015, e os

números apresentados superaram os índices de morte de países em guerra, como na Síria. (BRASIL ..., 2016).

Tudo isso ocorre em um país que construiu leis rígidas para as armas durante seus últimos 14 anos. Portanto, tal realidade leva à dois questionamentos simples, sendo um sobre o sucesso do Estatuto do Desarmamento e outro quanto à possibilidade de legítima defesa com as próprias mãos. Além disso, vale lembrar que o tempo de resposta hoje de uma chamada de emergência no Brasil pode durar horas, o que, muitas vezes, leva os casos de violência a simplesmente aumentarem os índices de homicídios no país.

Para se ter uma ideia de como a situação é contraditória, a lei 10.826/2003 exige, como já mostrado, uma justificativa “simples” para a posse e outra mais complexa para o porte; exigências tais que se deparam com uma das violências mais elevadas do mundo. Nesse sentido, as estatísticas existentes que evidenciam o risco de se viver no Brasil já deveriam ser suficientes para justificar os motivos de qualquer cidadão que deseja andar pelas regras do Estado e adquirir um armamento legal.

Porém, como também já foi debatido, o entendimento presente hoje é o de desarmamento, o que leva à diversos indeferimentos de pedidos para registro e porte. Observa-se, com base nos dados apresentados e no fato de que 94,3% dos homicídios em 2014 foram com armas de fogo, que negar o acesso desse meio ao cidadão é também negar o seu direito de legítima defesa e, conseqüentemente, de defender sua vida.

Não obstante os dados apresentados se tratarem de um contexto macro brasileiro, analisar os estados do país com mais armas em relação aos menos armados pode trazer conclusões relevantes.

É válido realizar, nesse momento, uma observação dentro do Brasil, expondo as cidades mais e menos armadas e a sua relação com a violência. De acordo com dados da Polícia Federal e do Ministério da Justiça, a relação entre o número de homicídios e de armas legais nos estados não é proporcional. Para se entender melhor, o estado do Acre, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina e Mato Grosso, juntos, possuem 33% das armas registradas em todo o Brasil. Apesar disso, mesmo sendo os 5 estados os mais armados do país, possuem apenas 9% dos assassinatos brasileiros (ESTADOS ..., 2011).

Por outro lado, Pernambuco, Sergipe, Bahia, Ceará e Maranhão são os 5 estados menos armados, com um total de 6% das armas legais e 26% do total de homicídios do Brasil (ESTADOS ..., 2011).

É lógico que não se pode ignorar, diante desses fatos, a realidade que se encontra cada estado, possuindo a desigualdade social total relação com a criminalidade de determinada região. Entretanto, o ponto que se deseja

atingir com essas informações é de que armas legais não são responsáveis pelos crimes cometidos e não devem ser o foco do combate à violência.

Mesmo que fique clara a inexistência de nexos proporcionais entre armas de fogo legais e os índices de violência do país, existem dúvidas quanto às consequências acidentais que um maior acesso às armas poderiam causar. Afinal, o brasileiro é conhecido como um sujeito de cultura peculiar, e por isso poderia colocar em risco a sua própria vida e a das pessoas que o cercam.

A maior preocupação nesse momento está, justificadamente, nas crianças que podem se tornar vítimas. Aumentar o acesso às armas para civis aumenta o número de lares armados e atingem, conseqüentemente, famílias que possuem menores em casa.

Para isso, é necessário novamente se basear em estatísticas. Segundo a ONG Criança Segura, que realizou um compilado de dados de 2003 a 2012, a fatalidade de crianças de até 12 anos foi de 39,7% por acidentes de trânsito, 25,8% por afogamentos, 14,2% por sufocamento, 6,5% por outras causas, 6,4% por queimaduras, 4,9% por quedas, 1,8% por intoxicações e 0,7% por armas de fogo.

Quanto aos jovens e adultos, com base na fonte de dados do Ministério da Saúde, observa-se que os resultados não foram tão distantes. Para pessoas acima de 12 anos, foram 62,5% vítimas de acidentes de trânsito, 15,5% de quedas, 13% de outras causas, 5,7% de afogamento, 1,4% de armas de fogo, 1% de queimaduras, 0,8% de intoxicações e 0,1% de sufocamento. Vale lembrar que as informações são referentes à acidentes não apenas em residências, mas em todo território nacional.

Esses dados podem parecer insuficientes pelo fato do Brasil possuir poucas armas. No entanto, não se pode esquecer que a estimativa de armas de fogo, legais e ilegais, em mãos de civis brasileiros, está entre 16.800.000 e 17.600.000 (BRAZIL ..., 2012). É um número pequeno se comparado à outros países, mas mesmo assim permite observar sua realidade de forma empírica.

Diante disso, torna-se necessário realizar alguns apontamentos. Como o Brasil é um país que possui grandes restrições para as armas legais, não é de se surpreender o fato de que estima-se 2.74 armas registradas para cada 100 mil habitantes e 4.85 de armas ilegais para a mesma proporção (BRAZIL ..., 2012).

Ou seja, mesmo sendo 0,7% e 1,4% números extremamente baixos para a situação apresentada, pode-se dizer que o mal uso das pessoas que não possuem treinamento adequado contribuem significativamente para esse resultado. Além disso, muitos casos de homicídios e suicídios entre jovens

acabam entrando nas estatísticas de acidentes, a fim de se proteger a família e evitar uma repercussão negativa.

Mesmo que toda essa discussão não seja suficiente para mostrar a pequenez dos impactos acidentais das armas de fogo, basta uma análise de países extremamente armados e de suas estatísticas, com foi abordado no primeiro capítulo. O estudo do impacto das armas de fogo em qualquer sociedade deve ser analisado e debatido com seriedade, inclusive com o suporte de exemplos internacionais.

Por fim, seria interessante trazer a colocação do próprio autor do Mapa da Violência, trabalho extensamente usado na composição desse texto e de extrema relevância no cenário em discussão. Apesar de se mostrar favorável a uma sociedade menos armada, o sociólogo ganhador do prêmio dos Direitos Humanos de 2013, Julio Jacobo Waiselfisz, afirma:

Quando você vê um conflito, uma briga na rua com facas, por exemplo, a primeira medida a ser tomada é desarmar os envolvidos. Depois se vê o que se faz para resolver o problema deles. Mas desarmar não é resolver o conflito. No Brasil, primeiro começou a se desarmar, mas os conflitos seguiram. Então você não resolveu o problema (WASELFISZ, 2015).

Considerações finais

O próprio posicionamento do sociólogo trazido no último tópico demonstra a falta de lógica do pensamento desarmamentista. Como exposto por Waiselfisz, a primeira medida a ser tomada diante de uma briga na rua com facas é desarmar os envolvidos. Para se atingir tal objetivo, difícil seria imaginar que ocorresse com outras armas brancas, lutas corpóreas ou frases de efeitos. Seria necessário, sem dúvidas, o uso de armas de fogo.

Além disso, como também lembrado pelo autor mencionado, desarmar os sujeitos não resolve o problema. Isso ocorre pelo fato de que, caso haja sucesso em desarmar os envolvidos na situação, apenas estaria se retirando o meio empregado naquele momento para se atingir o objetivo final. A intenção de lesionar outrem, requisito principal para que o homicídio doloso seja consumado, permanece e o conflito continua.

Antes que se pense sobre o exemplo das facas serem trocadas por armas de fogo, caso o acesso seja flexibilizado, é prudente que se entenda as estatísticas apresentadas no capítulo 3 desse texto. Armas civis ilegais correspondem na realidade brasileira à praticamente o dobro legais, e o pensamento de que elas deixariam de existir pela proibição das vendas legais é utópico e surreal. Armas ilegais sempre existirão em território brasileiro, principalmente pelo fato de ter fronteiras com países extremamente violentos e uma força policial preenchida pela corrupção. A questão é como esse

problema será enfrentado, e o mundo tem comprovado que um posicionamento pacífico tem sido uma escolha ineficiente.

Dessa forma, o Brasil precisa passar por alterações em suas leis atuais, mais especificamente no Estatuto do Desarmamento. Como representa também a vontade da população majoritária do Brasil, o PLS 378/2017, denominado de Estatuto do Armamento, está na pauta do senado e pretende modificar pontos problemáticos que a lei 10.823/2003 apresenta.

O projeto foi criado após grande apoio popular do Decreto Legislativo 175/2017 (BRASIL, 2017), que tem em sua ementa a convocação de plebiscito para a revogação do Estatuto do Desarmamento.

Os principais pontos de alteração do PLS 378/2017 devem seguir a mesma lógica do Projeto Lei 3722/2012 (BRASIL, 2012), do Deputado Federal Rogério Peninha Mendonça. De acordo com ele, as essenciais mudanças na lei atual seriam em relação ao registro, que passaria a ser permanente e exigiria idade mínima de 21 anos, indeferindo apenas em caso de condenação por crime doloso e não demandando justificativa sobre os motivos para a sua compra.

Outra grande diferença seria em relação ao porte, que também deixaria de requisitar a justificativa e seria concedida a todos aqueles que atenderem aos critérios objetivos para a posse. Vale destacar, também, a transferência de parte da competência, antes exclusiva da Polícia Federal, para órgãos da Polícia Civil e Militar.

Entende-se que tais alterações estão, parcialmente, de acordo com o posicionamento apresentado nesse texto. No Brasil, com 16 anos é compreendida a capacidade de votar, ato de extrema importância que dita os rumos da democracia de uma nação. Com 18 anos, o cidadão responde pela maioria e já pode casar, ser eleito vereador e tirar habilitação para conduzir veículos, responsáveis hoje pela grande maioria das mortes acidentais no país. Ou seja, quanto à idade, percebe-se que não faz sentido restringir a idade para 25 anos, como ocorre hoje; a não ser a única intenção de desarmamento.

Quanto ao registro se tornar permanente, também existe uma lógica, porém não em conformidade com o posicionamento desse trabalho. O tempo muda e as pessoas simultaneamente passam por transições a todo momento. Armas de fogo, por mais que precisem sempre ter a chance de chegar a um cidadão que atenda aos critérios objetivos, devem também sempre ser tratadas com a seriedade que merecem. Portanto, auferir a capacidade por meio da renovação do registro, que também passaria a ser o critério para o porte, deve possuir um prazo como o existente hoje, de 5 anos.

Sobre o indeferimento apenas em caso de crime doloso, entende-se como o posicionamento mais coerente. Negar o acesso às armas de fogo para aqueles que respondem a inquérito policial ou processo criminal seria condenar uma pessoa antes que receba sua sentença, assim como pensar na possibilidade de uma pessoa sob tais condições sujeitar-se à burocracia legal e ao preço do comércio regado com o objetivo de cometer um crime não faz sentido.

Além disso, o sujeito condenado por crime culposos, por mais que deva responder por sua imperícia, imprudência ou negligência, não deve perder o direito do acesso a uma legítima defesa eficiente, pois o delito não caracterizaria um perfil de quem possui intenções negativas.

Por fim, a justificativa sobre a necessidade da posse ou do porte já foi demonstrada desnecessária em um país com violência tamanha como a do Brasil, bem como uma competência dividida também entre a Polícia Civil e Militar iria diminuir a dificuldade, principalmente em áreas rurais, para aqueles que pretendem renovar seu registro e permanecer na legalidade.

Todas as exigências não mencionadas nesse momento continuariam ser necessárias para as pessoas que desejam comprar armas com a finalidade de posse ou porte. Entende-se, mesmo mostrando um posicionamento favorável à flexibilidade do acesso às armas, que sempre deverá haver requisitos mínimos que garantam um contato mais prudente e seguro. Armas de fogo não devem ser enxergadas como um mero direito, mas também como uma responsabilidade.

É de extrema importância, contudo, que a burocracia não seja desencorajadora e que os critérios sejam apenas objetivos, a fim de se evitar discricionariedade por parte dos órgãos responsáveis.

Diante desse cenário, na hipótese de uma flexibilização das leis atuais, inegavelmente, o número de pessoas armadas aumentaria. Entretanto, a proporção entre armas legais e ilegais passaria por uma transição, levando a sociedade brasileira a sair de seu estado indefeso frente àqueles que não respeitam a lei.

Por óbvio, como em qualquer situação no mundo, algumas pessoas fugiriam da regra e cometeriam crimes. Mas como foi demonstrado, trata-se de uma exceção, além do fato de que tais pessoas estariam intimidadas por outras, as quais representariam a maioria e exerceriam o mesmo direito de forma prudente e responsável.

É importante lembrar que sempre haverá punição para aqueles que atuarem em desconformidade da lei, como existem penas para o saque da arma sem o respaldo da legítima defesa e o seu uso após o consumo de entorpecentes. Entende-se que o meio termo e o consequente equilíbrio para um contato civil é a melhor escolha.

Apesar dos problemas políticos, o Brasil é um país incrível e de geografia exorbitante, com uma cultura única que aproxima e encanta a muitos. Infelizmente, sua imagem tem sido manchada ao redor do mundo pela violência, consequência de um crime que adquire cada vez mais poder diante de uma população inofensiva.

Tudo isso em um dos países mais desarmados do mundo, durante mais de 14 anos. O Estatuto do Desarmamento não apenas foi imposto de modo injusto no Brasil, retirando de seu cidadão responsável o direito de possuir armas tanto em prol de sua família como também da sociedade. O Estatuto do Desarmamento fracassou, e talvez o posicionamento minoritário que sempre o defendeu, assim como todas as consequências negativas inerentes a ele, sirva de exemplo para que se adote um caminho diferente, e mais coerente, nos próximos tempos.

Referências

AGU confirma na Justiça ato da PF que negou porte de arma a empresário.

Governo do Brasil. 09 de janeiro de 2015. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/agu-confirma-na-justica-ato-da-pf-que-negou-porte-de-arma-a-empresario>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

ARMADOS, mas pacíficos. **El País**. 10 de março de 2014. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/10/internacional/1394468853_167261.html>. Acesso em: 17 mar. 2019.

AS 50 CIDADES mais violentas da mundo em 2016. **EXAME**. São Paulo. 18 de maio de 2017. Disponível em: <

<http://exame.abril.com.br/mundo/as-50-cidades-mais-violentas-do-mundo-21-delas-no-brasil/> >. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL tem mais mortes violentas do que a Síria em Guerra, mostra anuário. **EBC**. 28 de outubro de 2016. Disponível em: <

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL teve 5 estupros por hora e um roubo a carro por minuto em 2015.

G1. São Paulo. 03 de novembro de 2016. Disponível em: <

<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/brasil-teve-5-estupros-por-hora-e-um-roubo-carro-por-minuto-em-2015.html> >. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto-lei nº 3.722/2012**. Disciplina as normas sobre aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo e

munições, cominando penalidades e dando providências correlatas.
Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/989800.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997**. Institui o Sistema Nacional de Armas – SINARM; estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto-lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Decreto Legislativo nº 175, de 2017**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130695>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 378, de 2017**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131130>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. **Referendo de 2005**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRAZIL – guns facts, figures and the law. **GunPolicy**. 28 de abril de 2012.
Disponível em: <<http://www.gunpolicy.org/firearms/citation/quotes/8972>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRITAIN’S changing firearms laws. **BBC**. 12 de novembro de 2007.
Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7056245.stm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRITISH police officers (11) versus 1 guy with a knife. YouTube. 19 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dmTNZfR4dNw>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

- CAMPANHA do Desarmamento recolhe 4,1 mil armas em 2014. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/campanha-do-desarmamento-recolhe-4-1-mil-armas-em-2014>>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- CARACAS world most violent city: report. **Insight Crime**. 27 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.insightcrime.org/news-briefs/caracas-most-violent-city-in-the-world-2015-report>>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- COM menos armas, Brasil tem três vezes mais mortes a tiro que os EUA. **BBC**. 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121218_armas_brasil_eua_violencia_mm.shtml>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- CONCEALED carry statistics. **Illinois State Police**. 2014. Disponível em: <<http://www.isp.state.il.us/docs/2014FSBCCLStats.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- DE BARROS, Ricardo Paes. Sobre a evolução recente da pobreza e da desigualdade. **IPEA**. Setembro de 2009. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/090924_compres30ricardo.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- DIREITO de posse de arma reduz criminalidade, afirma Harvard. **Epoch Times**. 04 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.epochtimes.com.br/direito-posse-de-arma-reduz-criminalidade-afirma-harvard/#.WgA3uBNSx1B>>. Acesso em 17 mar. 2019.
- ENTENDA o projeto de lei que revoga o Estatuto do Desarmamento. **Politize!**. 23 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/entenda-o-projeto-de-lei-de-revogacao-do-estatuto-do-desarmamento/>>. Acesso em: 17 mar. 2019.
- ESTADOS brasileiros com menos armas têm mais homicídios. **O Globo**. 03 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/estados-brasileiros-com-menos-armas-legais-tem-mais-homicidios-2797617>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- ESTATUTO do Desarmamento salvou 160 mil vidas, calcula estudo. **El País**. 13 de maio de 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/13/politica/1431545595_563619.html>. Acesso em: 18 mar. 2019.

- FIREARM violence, 1993 – 2011. **U.S. Department of Justice**. Maio de 2013. Disponível em:
<<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fv9311.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- HALBROOK, Stephan. **Gun control in the Third Reich**. Independent Institute, 2014.
- HISTORY of gun-control legislation. **The Washington Post**. 22 de dezembro de 2012. Disponível em:
<[legislationhttps://www.washingtonpost.com/national/history-of-gun-control-legislation/2012/12/22/80c8d624-4ad3-11e2-9a42-d1ce6d0ed278_story.html?utm_term=.fc877320325a](https://www.washingtonpost.com/national/history-of-gun-control-legislation/2012/12/22/80c8d624-4ad3-11e2-9a42-d1ce6d0ed278_story.html?utm_term=.fc877320325a)>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- HONDURAS – gun facts, figures and the law. **GunPolicy**. 06 de dezembro de 2016. Disponível em:
<<http://www.gunpolicy.org/firearms/citation/quotes/4243>>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- INGRAHAM, Christopher. There are now more gun than people in the United States. **The Washington Post**. 05 de outubro de 2015. Disponível em:
<https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/10/05/guns-in-the-united-states-one-for-every-man-woman-and-child-and-then-some/?utm_term=.03801b6b82d2>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- ISRAEL'S murder rate among lowest in the world. **The Jerusalem Post**. 26 de junho de 2008. Disponível em:
<<http://www.jpost.com/Israel/Israels-murder-rate-among-lowest-in-the-world-105691>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- LATEST crime statistics released. **FBI**. 26 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/news/stories/latest-crime-statistics-released>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- LOTT JR., Jhon. **Preconceito contra as armas**. São Paulo; Vide Editorial, 2014.
- NUHS, Salesio. Lei do Desarmamento põe na ilegalidade milhões de brasileiros honestos. **UOL**. 11 de maio de 2015. Disponível em:
<<https://noticias.uol.com.br/opiniaao/coluna/2015/05/11/lei-do-desarmamento-poe-na-ilegalidade-milhoes-de-brasileiros-honestos.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

- OS PAÍSES MAIS seguros do mundo, segundo levantamento. **InfoMoney**. 22 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/consumo/noticia/5190688/paises-mais-seguros-mundo-segundo-levantamento>>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- OS 10 MELHORES países para proprietários de armas. **Instituto Defesa**. 18 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.defesa.org/os-10-melhores-paises-para-proprietarios-de-armas/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- OS 20 PAÍSES mais pacíficos do mundo (e os 20 menos). **Exame**. 13 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/os-20-paises-mais-pacificos-do-mundo-e-os-20-menos/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- PELA 3ª VEZ no ano, atentados levam terror à Inglaterra e matam 7 pessoas. **UOL**. 04 de junho de 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/06/04/pela-3-vez-no-ano-atentados-levam-terror-a-inglaterra-e-matam-7-pessoas.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- PF-MG recebe 120 pedidos de registro de armas por semana. **O Tempo**. 03 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/pf-mg-recebe-120-pedidos-de-registro-de-armas-por-semana-1.1455675>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- POLÍCIA israelense recomenda que cidadãos com porte saiam com suas armas. **Uol**. 08 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2015/10/08/policia-israelense-recomenda-que-cidadaos-com-porte-saiam-com-suas-armas.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram pra mim sobre o desarmamento**. São Paulo; Vide Editorial, 2015.
- ROSENBAUM, Janet. Firearm access and ownership in Israel and Switzerland. **NCBI**. 01 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3267868/>>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- SÓ 5% DOS policiais usam armas. **DN**. 25 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/interior/so-5-dos-policias-usam-arma-atentado-em-londres-reabre-debate-5748227.html>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

TAXA de desemprego. **IPEA**. 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38401>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

THE MOST VIOLENT country in Europe: Britain is also worse than South Africa and U.S.. **Daily Mail**. 03 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1196941/The-violent-country-Europe-Britain-worse-South-Africa-U-S.html#ixzz2HQDkC3re>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

THE United States Bill Of Rights: first 10 amendments to the Constitution. **ACLU**. 16 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.aclu.org/united-states-bill-rights-first-10-amendments-constitution>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

URUGAY – gun facts, figures and the law. **GunPolicy**. 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.gunpolicy.org/firearms/region/uruguay>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

VENEZUELA just crushed 2.000 guns in public, but the country is still awash in weaponry. **Business Insider**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/r-venezuela-crushes-2000-guns-in-public-plans-registry-of-bullets-2016-8>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

VARIOS

**La Minería Urbana. Un análisis desde el ordenamiento
jurídico en Cuba.
Una apuesta al desarrollo sostenible desde la Economía
Circular^(*)**

**The Urbane Mining. An analysis from the juridical
organizing in Cuba.
A bet to the sustainable development from the Circular
Economy**

Alcides Antúnez Sánchez¹

Ilianys Matos Guerra²

Sumario: Proemio. **1.** La Minería Urbana. Origen, concepto, y desarrollo. **2.** El Derecho Ambiental y la minería urbana en el contexto del principio del desarrollo sostenible en pos de avanzar a la economía circular. **3.** La actividad minera en Cuba. Regulación y desarrollo en el ordenamiento jurídico. – Epílogo. – Bibliografía.

^(*) Recibido: 13/01/2020 | Aceptado: 04/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

- ¹ Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental y Derecho Internacional. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.
aantunez@udg.co.cu
- ² Licenciada en Derecho por la Universidad de Granma. Asesora Jurídica de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Provincia Granma. República de Cuba.
ilianys.mguerra@nauta.cu

Resumen: La constante innovación tecnológica y la cultura de consumismo hacen que las personas cada vez más quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos que utilizan por otros más avanzados, lo cual genera que cada año la basura electrónica incremente. Se busca que los residuos electrónicos, no terminen en un vertedero o incinerador, y que más países se unan al buen manejo y tratamiento final a través de la economía circular. La irrupción de la Revolución Científico Técnica y el proceso de internacionalización y de liberalización mundial, ha sido el suceso que ha originado nuevos desafíos políticos, económicos, culturales y sociales a los Estados. Ha traído consigo de forma lenta los paradigmas que caracterizaban a la sociedad industrial, y han ido cambiando al ritmo que ha marcado las continuas irrupciones en la innovación, apoyadas en la tecnología computacional y en la telemática en la 4ta Revolución Industrial. Surgen nuevos productos, nuevos servicios públicos, nuevos modelos de negocios, nuevas necesidades, nuevos retos que en definitiva cuestionan el formato y las claves competitivas de la industria del futuro, en continua construcción y evolución en un mundo global en el siglo XXI, donde “lo verde vende”. El artículo realiza una caracterización del ordenamiento jurídico cubano de la minería urbana, a partir del texto constitucional y su desarrollo normativo desde el Derecho Administrativo Ambiental desde la pertinencia del principio jurídico del desarrollo sostenible y su evolución a la economía circular. Para ello, han sido utilizados como métodos de la investigación: histórico lógico, análisis síntesis, inducción deducción, revisión bibliográfica.

Palabras claves: desarrollo sostenible, economía circular, minería urbana.

Abstrac: The constant technological innovation and the culture of consumerism do that people more and more want to substitute the electric and electronic apparatuses that they utilize for more advanced others, which generates than each year the electronic trash increment . One searches than the electronic residues, do not end up in a drain or cremator, and what else countries join up to the good handling and final treatment through the circular economy. The invasion of the Scientific Technical Revolution and the process of internationalization and of worldwide liberalization, it has been the event that has originated new political, cost-reducing, cultural and social challenges to the States. You have brought along the paradigms that were characterizing to the society industrial of slow form, and they have gone changing the rhythm that you have dialed continuous invasions in the invention, backed up in the computational technology and in the telematics in the 4ta Industrial Revolution.

New produces, new public services, new models of business, new needs, new challenges that definitively the format and the competitive keys of the industry of the future, at continuous construction and evolution in a global world in the century question XXI, where what's green sells happen.

Key words: Sustainable development, circular economy, urbane mining

Proemio

Desde los inicios de la Revolución Industrial, se aprecia como las prácticas y los avances tecnológicos han impactado en los hábitos de consumo y producción del hombre como ser social, pero también en el medio ambiente de una manera sin precedentes afectándolo de manera negativa. Actualmente, el problema ambiental ha derivado en lo que se conoce desde la palestra internacional como desarrollo sostenible desde el pasado siglo XX, donde se propone que los sistemas sociales y ambientales tengan la misma importancia que los sistemas económicos, provocando un cambio de paradigma que invita a analizar las formas de gestión en cómo las economías pueden producir y consumir bienes y servicios amigables con el ambiente, lo que les permitirá ser más competitivas.

En consecuencia, se valora como el desplazamiento forzado por los desastres naturales, el cambio climático, el agotamiento acelerado de los recursos naturales, la pérdida de la biodiversidad, la contaminación ambiental son algunos de los grandes retos a los que se encuentra enfrentada la humanidad en la actualidad desde el punto de vista ambiental, al decir desde sus estudios por LEFF.³

Desde la perspectiva jurídica, sobre la extracción de recursos naturales es posible hablar de una crisis del Derecho Ambiental y dentro de este al Derecho Minero, a través de la flexibilización de la normatividad jurídica. Para ello, se analiza como la crisis ambiental se representa en normas que contrario a los mandatos constitucionales y legales de protección del ambiente, se reproducen progresivamente hacia el deterioro ambiental, a la

³Véase, Leff, E. *et al.* (1991) *Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina*. UNESCO, México; Leff, E. (2008) *Discursos sustentables*. Editorial Siglo XXI. México.

extracción de minerales e hidrocarburos y a la vulneración de los derechos humanos de comunidades urbanas, rurales y de grupos originarios.

Hacen ya más de 30 años desde el pasado siglo XX, se acuñará una expresión que representaría una revolución en el mundo, al menos desde una dimensión teórica, en la conciencia de la sociedad del momento, en la protección jurídico-política al medio ambiente y en las bases del sistema socio-económico mundial, conocido como *el desarrollo sostenible*. *La esencia que propone es buscar un adecuado equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, de tal forma que, como se explica en el citado informe, se satisfagan las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.*⁴

Uno de los últimos pasos de esta evolución en la protección del ambiente, es lo que hoy se le conoce como economía circular (EC), como el método que busca no sólo una producción sostenible, sino un consumo responsable, que a criterio de los autores está vinculada con la empresa responsable. Como respuesta a este progreso, una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva, la cual actúa sobre las causas fundamentales de los desequilibrios; es pertinente significar sobre las actuales pautas económicas no solo de producción y consumo, denominada “economía verde”, ha constituido un eje fundamental en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Cumbre de Río +20) tal como ha quedado plasmado en su documento denominado “El Futuro que Queremos”.⁵

Se procedió para abordar el tema, partir de la revisión de la literatura científica, sustentada en dos criterios, el primero por temas como se desarrolla y el segundo de lo general a lo particular; se revisó la bibliografía jurídica especializada en materia de Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental. Dentro de ello, la minería urbana, la economía circular, el régimen de concesiones de recursos naturales por la multidisciplinariedad y transdisciplinariedad del tema.

⁴Consúltese, Piñar Mañas, J. (2003) *El desarrollo sostenible como principio jurídico*, Estudios de Derecho Público económico, Madrid, pp.185-204; Juste Ruíz, J. (2005) *El Desarrollo Sostenible y los Derechos Humanos, Protección Internacional de los Derechos Humanos: Nuevos desafíos*, Editorial Porrúa, México, p. 333; Pierri, N. (2005) *Historia del concepto desarrollo sustentable. ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*. Cámara de Diputados México, pp. 27-81

⁵Brundtland, G. (1987) *Informe Nuestro futuro Común*, ONU.

1. La Minería Urbana. Origen, concepto, y desarrollo

En el siglo XX, ante la constante innovación tecnológica y la cultura de consumismo hacen que las personas cada vez más quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos que utilizan por otros más avanzados, lo cual genera que cada año la basura electrónica se incremente. El reciclado de los residuos de los aparatos eléctricos y electrónicos o como se le denomina “Minería Urbana”, se aprecia que en el siglo XXI para los países tiene un doble impacto positivo, su uso está demostrado toda vez que permite recuperar metales o materiales que son cada vez más escasos y cuya obtención es de relevante importancia. La mayoría de los productos electrónicos están hechos por sus fabricantes de recursos valiosos, como los metales preciosos, plásticos y el vidrio. Muchos requieren energía desarrollada y los recursos de fabricar. Sin embargo, cuando los equipos electrónicos se destruyen, todos estos materiales valiosos también se descartan. En última instancia, generan más contaminación, ya que requiere que todos los nuevos recursos se utilicen para la fabricación de nuevos productos electrónicos.

GÓMEZ desde su postura valora “...*la minería urbana del término acuñado en los últimos años como Urban Mining (UM) como todas las actividades y procesos relacionados con la recuperación de compuestos, energía y elementos de productos, edificios y residuos generados a partir de ciclos urbanos...*”⁶

Cuando se habla de la minería, se pondera el aprovechamiento de todos los minerales e incluso a los hidrocarburos a través de un conjunto de etapas, es decir, la minería, es el proceso de explotación integrado que va desde la búsqueda de las sustancias mineras hasta su venta como materia prima al consumidor final.

Se demuestra en este sentido que, a través de la minería urbana se genera un alto impacto ambiental y social, y al mismo tiempo se frena el impacto que estos residuos agresivos generan en el ambiente al degradarse en los basureros o rellenos sanitarios, contaminando con ello las fuentes de agua, los suelos y el aire. Por consiguiente, se justiprecia como la actividad de la minería urbana requiere de un conocimiento adecuado acerca del proceso metabólico de los materiales dentro de los sistemas urbanos para poder planificar en el tiempo y el espacio de su momento de salida, potencial, reuso o reciclaje inmediato o posterior ante la obsolescencia programada de los

⁶Gómez, J. (2018) *Minería Urbana: Recuperación de Metales y Elementos Estratégicos de Ciclos Urbanos*. Tesis de Grado Ingeniero Industrial. Universidad de Barcelona. España.

equipos electrónicos tirados a la basura por quienes la ejecutan en las ciudades.

Demanda, para quienes se ocupan de realizar la minería urbana el manejo precautorio y planificado en el tiempo y el espacio, considerando cantidades, cualidades y complejidad de los residuos (en términos de las sustancias que los componen); además de una perspectiva distinta al típico manejo de residuos que se ocupa de gestionar los flujos inmediatos de residuos de manera lineal, procurando en un grado u otras ciertas medidas de reciclaje y recuperación de materiales y de energía incorporada (vía incineración, u otros mecanismos).

En este sentido, se considera que los medios de comunicación con el uso de las Tic revelan la preocupación y efectos a nivel mundial que está causando el calentamiento global, cambio climático, enfermedades y virus que se originan por nuevos impactos ambientales, cuyos factores, entre otros son la contaminación ambiental que se produce por desarrollo de la tecnología, industria, fertilizantes, fungicidas, a través de las redes sociales en este siglo XXI. De aquí que se pondere sea una necesidad estar capacitado en temas vinculados a esta actividad riesgosa a la salud humana, a causa de contener esta basura electrónica sustancias tóxicas tales como plomo, mercurio, cadmio, berilio; entre otros químicos peligrosos agresivos al hombre, es el papel de relevancia de la formación jurídico ambiental por la academia para desarrollar competencias profesionales.⁷

Con ello se justiprecia su vínculo con el Derecho Ambiental y sus principios que lo informan como el precautorio, prevención, responsabilidad, y legalidad. Aunque, otro principio vinculado al tema es el principio de la Responsabilidad Ampliada del Productor exige que los fabricantes acepten la responsabilidad de todas las etapas del ciclo de vida de un producto, incluida la gestión del final de su vida útil, de aquí la necesidad de cumplir con el principio de legalidad a través de cuerpos jurídicos que desde el Derecho Público lo establezcan.⁸

⁷Véase, Novo, M. y Murga, M. (2010) *Educación Ambiental y Ciudadanía Planetaria*. Revista Eureka sobre Enseñanza y Divulgación de las Ciencias. N° Extraordinario, España, pp.179-186; Molano, N. (2014) *La formación ambiental en la educación superior: una revisión necesaria*, Revista Luna Azul, N° 39, Colombia, pp.186-206; Antúnez Sánchez, A. (2018) *La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental*. Revista Murmullos del Sur, México.

⁸Confróntese, Cafferatta, N. (2004) *Los principios y reglas del Derecho Ambiental*. PNUMA. El Salvador; Caferrata, N. (2009) *Teoría de los principios del Derecho Ambiental*, Revista Abeledo Perrot, Argentina; Jaquenod De Zögön, S. (1991) *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Editorial Dykinson, España.

Para nadie es secreto que la era electrónica-digital llegó para transformar nuestras formas de vivir, ha impactado, no sólo en el modo de comunicarnos, sino que, también en el cómo, cuándo y dónde nos relacionamos, educamos, trabajamos y hasta en el uso de nuestro tiempo libre. Esta era está caracterizada por su evolución frenética tanto en el software (programas y soporte lógico) como el hardware (aparatos y dispositivos), los que evolucionan en todo momento.⁹

Se aprecia de esta manera, cómo se origina por la práctica llevada a cabo en muchos países, con la finalidad de reciclar los aparatos eléctricos y electrónicos, incluyen estos en su interior sus componentes, piezas o cables elaborados con materias primas las que son reciclables, aquí es donde entra a jugar su rol la minería urbana. Hay que señalar que ya algunos de estos materiales empiezan a ser hoy en día un bien escaso en el planeta, mientras que en otras ocasiones por el alto valor que están alcanzando en los mercados se ha fomentado la actividad de la minería urbana, como la base del modelo económico: la provisión de materiales para abastecer la incesante demanda de la sociedad de consumo.

Se tiene a bien observar lo dicho por GALEANO “...*Lo que me pasa es que no consigo andar por el mundo tirando cosas y cambiándolas por el modelo siguiente sólo porque a alguien se le ocurre agregarle una función o achicarlo un poco. (...) Lo más probable es que lo de ahora esté bien, eso no lo discuto. Lo que pasa es que no consigo cambiar el equipo de música una vez por año, el celular cada tres meses o el monitor de la computadora todas las navidades. Es que vengo de un tiempo en el que las cosas se compraban para toda la vida. Es más ¡Se compraban para la vida de los que venían después! (...) ¿Cómo quieren que entienda a esa gente que se desprende de su celular a los pocos meses de comprarlo?*”¹⁰

En contexto, con el propósito de gestionar los desechos electrónicos, la ONU con el Programa de Medio Ambiente, la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, algunas Universidades del mundo y empresas como Dell, Microsoft, HP y Philips, crearon la iniciativa “Solucionar el problema de la basura”. Este proyecto internacional ha buscado, entre otras cosas, homogenizar los procesos de reciclado en el mundo con el fin de que los componentes valiosos sean recuperados, vinculado a modo de ver por los

⁹Antúnez Sánchez, A. (2018) *El uso de las infotecnologías en la formación ambiental del ciudadano*. Revista Derecho y Cambio Social N°. 52, Perú.

¹⁰Galeano, E.

autores del artículo, con los instrumentos económicos, como es la contabilidad ambiental.¹¹

En consecuencia, ya se señalaba que algunos de los minerales que son encontrados en estos aparatos eléctricos y electrónicos son el litio, el cobre, el hierro, el aluminio, y el oro; materiales que pueden tras su recogida como materia prima para ser nuevamente utilizados y cuya extracción original llegará un día el momento en que se agoten. De aquí que se justiprecia que la actividad de la minería urbana tiene una serie de beneficios, al permitir evitar la dependencia del incremento de los precios de estas materias. Además, también se reducen las importaciones y se evita el agotamiento o escasez que se está comenzando a producir en determinadas materias primas en el mundo.

La minería urbana, se considera que permite incidir en el avance del concepto de EC ya que estas materias primas pueden volver de nuevo a utilizarse y tener otra vida útil en otros dispositivos u objetos como son los teléfonos celulares, en las computadoras, en televisores, etc. Otro de sus beneficios que se aprecian con la recuperación de materiales y el reciclado de metales en comparación con la minería en términos de uso de la tierra, de consumo de energía, emisión de sustancias peligrosas, generación de residuos y emisiones de dióxido de carbono (CO₂), principal gas de efecto invernadero. Con la misma se aprecia que los sujetos de gestión que la aplique tendrán un valor agregado en su empresa, con ello serán más competitivos en el mercado.

Lo cual es observado desde su posición por FARBIARZ MAS, al valorar desde el Derecho Internacional el Convenio de Basilea, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, al significar que es un tratado multilateral destinado a suprimir los patrones de comercialización de desechos peligrosos que son ambiental y socialmente perjudiciales.¹² Los desechos electrónicos, debido a su composición, a menudo contienen elementos peligrosos, la Convención afirma que, para proteger la salud humana y el medio ambiente, los desechos peligrosos no deben comercializarse libremente como los productos comerciales ordinarios, y, en consecuencia, establece un proceso de notificación y aprobación por escrito para todos los movimientos transfronterizos de

¹¹PNUMA (2015) *Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva*. Resumen ejecutivo. Ginebra.

¹²Farbiarz Mas, A. (2018) *Informe sobre tendencias de los RAEE a nivel mundial*. Residuos Profesional. Disponible en: <https://www.residuosprofesional.com/informe-tendencias-raee-nivel-mundial/>

desechos peligrosos. Pero la exención reglamentaria del Convenio de Basilea sobre equipos destinados a la reutilización es totalmente compatible con su principal objetivo ambiental para evitar la generación de residuos, ya que la reutilización prolonga el ciclo de vida de los AEE y, por lo tanto, mitiga la generación de residuos peligrosos, aquí se asevera por los autores del artículo su dimensión aplicativa.

Analizado este instrumento jurídico, al prolongarse la funcionalidad de la electrónica, su reutilización promueve la conservación de los recursos naturales y al menos temporalmente desvía la necesidad de reciclaje o eliminación. Sin embargo, la distinción de si algo es un desperdicio o no y, por lo tanto, está destinado a ser reutilizado, ello es un debate de larga duración en el marco del Convenio de Basilea. La Conferencia de las Partes (COP 13) no pudo llegar a un consenso final. Se conceptualiza entonces, que la Minería Urbana (industria de reciclado electrónico), o minería inversa, a criterio de los autores tiene una dimensión normativa que pondere el principio de legalidad.

La obsolescencia programada: u “obsolescencia planificada” a la programación del fin de la vida útil de un producto o servicio, de modo tal que tras un período de tiempo calculado de antemano por el fabricante o por la empresa durante la fase de diseño de dicho producto o servicio, éste se torne obsoleto, no funcional, inútil o inservible. Se ve claramente la importancia de pensar la obsolescencia programada y los sistemas actuales de producción en el marco de una reflexión sobre el concepto de sostenibilidad.¹³

La economía verde: un sistema de actividades económicas relacionadas con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que resulta en mejoras del bienestar humano en el largo plazo, sin, al mismo tiempo, exponer las generaciones futuras a riesgos ambientales y escasez ecológicas significativas.¹⁴ Es caracterizada por un substancial aumento de las inversiones en sectores verdes, apoyadas por reformas políticas que sean

¹³Consúltese, Gomes Bergstein, L. (2014) *Obsolescencia programada: práctica abusiva no mercado de consumo*, Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco N°. 11, Brasil; Ruiz Malbarez, M. y Romero González, Z. (2011) *La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada*, Revista Saber, Ciencia y Libertad, N° 1, Colombia; Slade, G. (2006) *Made to Break: Technology and Obsolescence in America*, Harvard University Press, Cambridge.

¹⁴Véase, PNUMA (2011) *Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza*. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas. New York; Martínez, A. y Porcelli, A. (2017) *Reflexiones sobre la economía verde*. El New Deal Ecológico Mundial. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas N°. 15, Perú.

instrumentales para esto. Estas inversiones ofrecen un mecanismo para la reingeniería de los negocios, de la infraestructura, de las instituciones y la adopción de procesos de producción y consumo sostenible. Dicha reingeniería conduce a una mayor participación de los sectores verdes en el Producto Interno Bruto, más y decentes empleos verdes, menor uso de energía y materiales en la producción, menor generación de desechos y contaminación y emisiones de gases de efecto invernadero muchas más bajas. Podemos entender a la economía verde, como aquella que incorpora al modo de producción actual variables medio ambientales y sociales, lo que no supone que esté directamente en contra de las ideas de libre mercado o de crecimiento como parte de los instrumentos económicos.

El concepto de “economía verde” queda claro que no sustituye al de “desarrollo sostenible”, pero si es un camino para alcanzarlo. Por consiguiente, la economía verde se puede entender como un conjunto de modos de producción, donde se premia la búsqueda de maximizar la producción, tomando en consideración variables que son ignoradas a la hora de establecer un negocio, como la conservación de los recursos naturales y la erradicación de la pobreza.¹⁵

En consecuencia, se asevera que la relación entre crecimiento y el deterioro del medio ambiente es compleja, y depende de varias variables en evolución. Las más importantes son la evolución del tamaño de la población humana, el patrón de consumo (sobre todo de los países ricos) y una mezcla entre el nivel tecnológico y el uso que se haga de este, lo cual requiere inversiones públicas y privadas en I+D+i para mejorar la fabricación industrial, el mantenimiento, el control de calidad, la logística, y la distribución tecnológica con la implementación de la quinta generación (5G).¹⁶

La economía lineal: sistema de producción vigente se basa principalmente en un proceso lineal de consumo de recursos. Bajo el paradigma “*take-make-waste*” (extraer-fabricar-consumir-eliminar), los bienes son producidos a partir de las materias primas, luego vendidos, utilizados y finalmente

¹⁵Martínez, A. y Porcelli, A. (2017) *Reflexiones sobre la economía verde*. El New Deal Ecológico Mundial. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas N°. 15, Perú. pp.361-408.

¹⁶Véase, Celaya, J. (2008) *La empresa en la web 2.0*, Editorial Gestión 2000, Barcelona; Torrent, J. (2008) *La empresa red. Tecnologías de la información y la comunicación, productividad y competitividad*, Editorial Ariel, España; Antúnez Sánchez, A. (2016) *La Empresa de Alta Tecnología*, Revista Fórum Administrativo N° 189, Brasil.

desechados como residuos, lo que ocasiona no solo el agotamiento de los recursos naturales sino también la generación de toneladas de basura.¹⁷

En consecuencia, pueden identificarse las siguientes limitaciones al modelo lineal como los riesgos de precios: hacia finales del milenio los precios de los recursos naturales comenzaron a ascender y mientras la población crecerá, la urbanización se incrementará y los costos continuarán en aumento; y las pérdidas económicas y residuos estructurales: la economía actual genera una gran cantidad de residuos. En este contexto analizado, cada vez son más los que reclaman un cambio de modelo industrial que desvincule los ingresos del consumo de materias primas y que sea capaz de ofrecer sistemas económicos resilientes: *a ello apunta la economía circular como nuevo paradigma*.¹⁸

La economía circular: en su evolución lógica en oposición a la lineal, el presente y el futuro del principio de desarrollo sostenible. Es cambiar del modelo lineal por uno circular, que devuelva lo que consideramos residuos a la categoría de materia prima y reutilizarlos hasta que realmente lo sean, es la esencia de ésta nueva estrategia. Es un paradigma que tiene como objetivo generar prosperidad económica, proteger el medio ambiente y prevenir la contaminación, facilitando así el desarrollo sostenible. Es por eso que este modelo se apoya en el principio de las 3 Rs (Reducir, Reusar, Reciclar), aplicable a todo el ciclo de vida de los productos.¹⁹

El origen de la Economía Circular (EC) no se remonta a una única fecha o un único autor. Desde finales de la década de los 70' del pasado siglo, sus aplicaciones prácticas en los sistemas económicos y procesos industriales modernos han cobrado impulso, han ido desarrollándose a lo largo de este tiempo y continuará en el futuro del siglo XXI. La EC se define a partir de las siguientes características fundamentales: los residuos se eliminan del diseño (basura=alimento); la diversidad genera solidez y la energía necesaria para impulsar la economía circular debe ser de carácter renovable, para reducir la dependencia de los recursos e incrementar la resiliencia de los sistemas; pensar en sistemas: muchos elementos del mundo real, como empresas, personas o plantas, forman parte de sistemas complejos en los que las distintas partes están fuertemente vinculadas entre sí.

¹⁷Bauman, Z. (2004) *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p.91

¹⁸García García, S. (2016) *Economía circular: La Unión Europea impulsa reformas sobre la base de un tema crucial, la gestión de residuos, con el fin de alcanzar mejoras económicas y medioambientales*. Revista Actualidad Jurídica Ambiental N°. 57, España, pp. 1-11.

¹⁹Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2019) *Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el Derecho medioambiental del siglo XXI*, Editorial Las Rosaz, España.

En la EC, estos vínculos se tienen en cuenta en todo momento; los precios deben decir la verdad: los precios u otros mecanismos de retroalimentación deben reflejar los costes reales ya que los precios actúan como mensajes; y reemplazo del concepto de consumidor por el de usuario: la EC trae aparejada una nueva relación entre los consumidores y las cosas. No es un concepto nuevo, aunque ha llamado la atención de la comunidad científica y empresarial en los últimos años, debido a su implementación como política estratégica para países desarrollados como Alemania, China, Japón, la Unión Europea, entre otros.

Hay que resaltar que en varios campos de estudio y disciplinas han sumado esfuerzos para impulsar el cambio del sistema económico lineal y clásico, al paradigma circular, algunas de ellas son: la Ciencia de la Administración, con el desarrollo de modelos de negocio alternativos y sostenibles; la Ingeniería, a través de la simbiosis industrial; el Diseño Industrial, con la estrategia "Cradle to Cradle" y la biomímesis, entre otros, de aquí que se pondere la transdisciplinariedad que tiene el tema que se aborda. También, puede afirmarse que la EC tiene como su gran aliada a las herramientas de las Tic y en especial a internet, ya que le permite la colaboración e intercambio de conocimiento más eficientes en la web 2.0, hoy potenciada a través de la quinta generación (5G). El uso de las Tic, las aplicaciones móviles y los sistemas de información geográfica (GPS) son algunos de los avances tecnológicos que posibilitan firmemente el surgimiento y el desarrollo de prácticas colaborativas. La EC hace referencia a prácticas de compartir e intercambio que desacoplan la posesión de un producto de su uso y suelen implicar la utilización de menos recursos.²⁰

En este escenario estudiado emerge la EC, la que se puede conceptualizar como una filosofía del diseño y de organización de sistemas. Inspirada en los seres vivos, emula con los ciclos de la naturaleza en la que los "desechos" de una especie se convierten en el "alimento" de otra y así sucesivamente en un sistema cíclico de autosuficiencia. Está concebida como un sistema industrial restaurador o regenerativo por intención y por diseño "ab initio", sustituye el concepto de "caducidad" por el de "restauración" distinguiendo entre ciclos técnicos y biológicos. Se desplaza hacia el uso de energías renovables, eliminando el uso de químicos tóxicos, que perjudican la reutilización y el retorno a la biosfera, es esta su finalidad para su aplicación por la Administración Pública.

²⁰Consúltese, Valero Torrijos, J. (2004) *Régimen Jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Editorial Comares, Granada; Shiller, D. (2014) *Internet y los negocios. Cambio: 19 ensayos fundamentales de como internet está cambiando nuestras vidas*, Editorial BBVA, Madrid.

Como se aprecia, la EC presenta una perspectiva ambiciosa, desafiante y más atrevida que la economía verde (una economía eficiente en recursos) puesto que requiere la transformación radical de los medios de producción, de las cadenas de suministro, de la cultura y de los hábitos de consumo a nivel planetario. En la EC, los recursos se regeneran dentro del ciclo biológico o se recuperan y restauran gracias a ciclos técnicos. Los componentes del ciclo biológico son biodegradables, por lo que se pueden introducir en la naturaleza después que su valor de uso ya no sea rentable. Los componentes de ciclos técnicos son poco aptos para volver de inmediato a la naturaleza, por lo que son reutilizados una y otra vez, aplicados dentro de la ciudad inteligente.²¹

Empero, para la transición a una EC las empresas pueden adoptar diferentes acciones: regenerate (regenerar), share (compartir), optimise (optimizar), loop (bucle), virtualise (virtualizar) y exchange (intercambiar), que juntas conforman el marco Resolve (por las siglas de las iniciales de las palabras inglesas). También se resumen las medidas existentes en ecodiseño y ecoetiquetas, sobre todo en dispositivos electrónicos y anunció una Guía para la Transición hacia una EC en referencia a las Mejores Técnicas Disponibles para varios sectores industriales.²² De aquí que se valore que es el salto de lo que se pondera con las empresas responsables o amigables con el ambiente como también se les conoce.²³

La EC supone un cambio radical de los sistemas de producción y consumo actuales. Esto evitará la creación de residuos e impactos negativos derivados, mitigando las externalidades negativas para el medio ambiente, el clima y la salud humana. Para el desarrollo sostenible, el objetivo ambiental de la EC es reducir el material virgen del sistema de producción-consumo y los insumos de energía y desechos y las emisiones (rendimiento físico) mediante

²¹Bouskela, M. et al. (2016) *La ruta hacia las Smart Cities: Migrando de una gestión tradicional a la ciudad inteligente*. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/La-ruta-hacia-las-smart-cities-Migrando-de-una-gestion-tradicional-a-la-ciudad-inteligente.pdf>

²²Martínez, A. y Porcelli, A. (2018) *El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria*. Revista Pensar en Derecho N.º 13, Colombia, pp.129-181

²³Confróntese, Chamorro Mera, A. (2003) Tesis doctoral: *El etiquetado ecológico, un análisis de su utilización como instrumento de marketing*, Universidad de Extremadura, España; Fernández de Gatta Sánchez, D. (2004) *Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*, Boletín Económico ICE No. 2824, España; *Libro Verde sobre la responsabilidad social empresarial* (2011) Bruselas; Antúnez Sánchez, A. y Díaz Ocampo, E. (2018) *La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba*, Revista Responsabilidad Social Empresarial, España.

la aplicación de ciclos de materiales y cascadas de energía basadas en energías renovables.²⁴

El objetivo económico de la EC es reducir los costes de materias primas y energía del sistema de producción-consumo económico, gestión de residuos y costes de control de emisiones, riesgos de la legislación / imposición (medioambiental) e imagen pública, así como innovar diseños de nuevos productos y oportunidades de mercado para negocios. El objetivo social es la economía colaborativa, y el aumento del empleo (empleos verdes).²⁵

Hay que resaltar que el concepto de EC viene de diversas fuentes referentes de la eco-inteligencia. Abarca todas aquellas empresas, propósitos e iniciativas que manejan una economía sostenible, en el cual su objetivo desarrolle el valor de los productos materiales y sus recursos se conserven en el círculo económico durante el mayor tiempo posible. La finalidad es alargar la vida útil de los desperdicios, perfeccionándolos en recursos para formalizar una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar. Por ello, luego de haber abordado los elementos referenciados sobre la EC, se valora la pertinencia de la aplicación de la gestión de calidad y gestión ambiental bajo la pertinencia de las normas técnicas ISO 9001 y 14001, respectivamente. Y por supuesto bajo la impronta del control público ambiental, a través de la función inspectiva y la auditora dentro de los instrumentos de gestión ambiental.²⁶

2. El Derecho Ambiental y la minería urbana en el contexto del principio del desarrollo sostenible en pos de avanzar a la economía circular

En la Conferencia de Rio de 1992 es el momento en que aparece con fuerza la idea del “desarrollo sostenible”. Veinte años después, aparece la idea de “economía verde”, en la Conferencia de las Naciones Unidas del 2012. Por ello, es una necesidad alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI, desde el Informe “Nuestro Futuro Común” en 1984, se señala como el mega

²⁴Sanz Larruga, F. (2016) *Derecho Ambiental para una economía verde*, Editorial Aranzadi, España.

²⁵PNUMA, OIT, OIE y CSI (2008) *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*. Nairobi.

²⁶Antúnez Sánchez, A. & Ramirez Sánchez, A. (2016) *La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano*, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters, N°. 967, Brasil.

principio del Derecho Ambiental, el paradigma es cómo establecer políticas públicas para concretarlo.²⁷

En consecuencia, se valora que alcanzar el *principio del desarrollo sostenible* es considerado en la actualidad como el paradigma más acuciante dentro del Derecho Ambiental, la lectura de la doctrina Hispanoamericana viene señalando que el desarrollo sostenible se encuentra en la base de la categoría de “*instrumentos de mercado de carácter cooperador*”, que compatibilice la tutela ambiental con el crecimiento de la economía, de aquí la articulación del Derecho Administrativo Ambiental y en su evolución con la EC. Estos elementos valorados, se justiprecia que han permitido que se vaya consolidando como principio general del Derecho Administrativo Ambiental, a partir de la actualización de las técnicas jurídicas de tutela ambiental con la gestión ambiental compartida.²⁸

En este sentido, se analiza el legado del profesor MARTÍN MATEO, el que en sus estudios sobre el mega principio -desarrollo sostenible- considera: *el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas) tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario, transparente y estable (Principio 26).*²⁹

En consecuencia, se aprecia que son dos puntos indispensables valorados por ser pertinentes para lograr alcanzar el *desarrollo sostenible*:

Primero, comprender que el crecimiento económico solo no basta para resolver los problemas del planeta: los aspectos económicos, sociales y ambientales de cualquier actividad están vinculados. Considerar únicamente uno de ellos a la vez da por resultado errores de juicio y de resultados insostenibles. Concentrarse sólo en los márgenes de utilidad, por ejemplo, históricamente ha causado daños sociales y ambientales que en el largo plazo

²⁷Véase, Loperena Rota, D. (2003) *Desarrollo sostenible y globalización*, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina; Santamaría Arinas, R. (2006) *Implicaciones del Desarrollo Sostenible para la Ciencia del Derecho Administrativo*, Revista Donostia, España, pp.631-638; Sanz Larruga, F. (2011) *Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible*, VI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca.

²⁸Consúltese, Jordano Fraga, J. (2007) *La Administración en el Estado Ambiental de Derecho*, Revista de Administración Pública, N° 173, España, pp.101-141; Lozano Cutanda, B. (2010) *Derecho ambiental administrativo*, 11ª edición, Editorial La Ley, Madrid; Parejo Alfonso, L. (2013) *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España.

²⁹Martín Mateo, R. (1991) *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Trivium, España.

le cuestan a la sociedad. Pero cuidar del medio ambiente y proporcionar los servicios que necesita la ciudadanía depende de los recursos económicos, al menos en forma parcial.

Segundo, la naturaleza intervencional del desarrollo sostenible requiere que se trasciendan fronteras, ya sean geográficas o institucionales, para coordinar estrategias y tomar decisiones adecuadas. Los problemas rara vez están circunscritos a jurisdicciones definidas previamente como una dependencia del gobierno o un vecindario particular; y las soluciones inteligentes exigen que haya cooperación como parte del proceso decisorio.

Empero, en el núcleo del desarrollo sostenible se justiprecia que está en la necesidad de considerar los tres pilares juntos: *la sociedad, la economía y el medio ambiente*. En el plano jurídico, se valora que la idea fundamental del desarrollo sostenible es la vinculación entre el bienestar de la generación actual y el bienestar de las futuras generaciones. En ello, se aprecia que los sistemas de valores no han tomado en cuenta a la naturaleza y se han desbocado en una irracional carrera por el consumismo como estilo de vida y desarrollo sin una adecuada responsabilidad ambiental por parte de los sujetos de gestión. El reto es desarrollar una sociedad ante los desafíos que se presentan para lograr el desarrollo sostenible como “...*aquel que satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de las generaciones futuras...*”³⁰

El Derecho Ambiental y el Derecho Minero en contexto

Derecho Ambiental: como parte del sistema jurídico y rama de las ciencias jurídicas, su origen se ubica en la década de los 70' del siglo pasado a partir de la Cumbre en Estocolmo, comienza a introducirse la normativa ambientalista en el ordenamiento jurídico de un gran número de países, siendo el punto de conexión con el Derecho Internacional. Al que también se le denomina Derecho del Medio Ambiente o Derecho Ecológico, definido por diferentes autores desde perspectivas distintas como MARTIN MATEO; BRAÑES BALLESTEROS; ORTEGA ÁLVAREZ; CAFERRATA; DE BESA ANTUNES, entre otros autores estudiosos de los temas ambientalistas.³¹

³⁰Cruz Sardiñas, T. (2013) *El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental*, CITMA, La Habana.

³¹Véase, Martín Mateo, R. (1991) *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Trivium, España; Brañes Ballesteros, R. (2003) *La fundación del Derecho Ambiental en América Latina*, PNUMA, Chile; Cafferata, N. (2004) *Introducción al Derecho Ambiental*, Editorial INE-Semarnat, México; Ortega Álvarez, L. (2012) *Concepto de medio ambiente*. Tratado de Derecho

Por consiguiente, se asevera que el Derecho Ambiental, se caracteriza por tener relaciones con otras ramas del Derecho, donde en esta interrelación de carácter dialéctico, le aportan elementos que desarrollan tanto del Derecho Ambiental, como al resto de las ciencias jurídicas que se relacionan con él. Regula las conductas humanas con implicaciones ambientales, recoge conocimientos científicos que se han generado en el Derecho Internacional como génesis, con el Derecho Constitucional, con el Derecho Administrativo, Derecho Mercantil, Derecho Económico, Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Financiero-Tributario, Derecho Agrario, Derecho de la Propiedad Industrial, entre otras; confiriéndosele una lectura distinta a la que otras ramas del Derecho pudieron haber hecho de los mismos, y luego de haberle dado el alcance que le corresponde, de acuerdo con su objeto los combina para formar un cuerpo nuevo y unificado que se materializan en el conjunto de categorías reguladas en el sistema normativo ambiental. Combina para formar un cuerpo nuevo y unificado que se materializan en el conjunto de categorías reguladas en el sistema normativo ambiental a través de un Código Ambiental.³²

En consecuencia, aún y cuando el Derecho Ambiental se manifiesta a través de los actos jurídicos que le son propios, mucha de su normativa legal se encuentra dispersa en el resto de las ramas que conforman el sistema jurídico. Lo que se justifica atendiendo a que ninguna norma jurídica pertenece de una manera exclusiva y excluyente a una rama del Derecho determinada, consideradas bajo diferentes enfoques que son válidos tanto para el Derecho Ambiental como para otras disciplinas jurídicas que la contengan, pues no resulta factible fijar exactos límites entre ellas; realmente puede existir una zona común en sus fronteras.³³

Al estudiarse la obra de la catedrática JACQUENOD DE ZSOGÖN, considera al Derecho Ambiental como “...la disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y la actividad antrópica, orientando la relación jurídica de las conductas y actitudes humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del medio ambiente...” En este mismo contexto, sigue señalando “...sería aventurado

Ambiental, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia; De Besa Antunes, P. (2013) *Direito Ambiental*. Editorial Atlas. Brasil.

³²Consúltese, Zeledón Zeledón, R. (1998) *Código Ambiental*, 1ª edición, Editorial Porvenir, San José; Parejo Alfonso, L. et al (2004) *Código de Medio Ambiente*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

³³Cañizares Abeledo, F. (1979) *Teoría del Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

afirmar que el derecho ambiental se perfila como una rama autónoma del ordenamiento jurídico, puesto que éste es un sistema de normas que no admite la existencia de regímenes totalmente separados; por tanto, adquiere relevancia en la medida en que se integra a un circuito de normas, a una interconexión progresiva de preceptos cuyo principio y fin es la construcción...” Además, tampoco podría decirse que forma parte de una rama especial del Derecho Público, ya que es difícil mantener la tradicional separación entre el régimen jurídico público y el privado debido a la infiltración de las instituciones jurídico-públicas en el régimen que rige las relaciones entre los particulares, y a una privatización de las reglas que presiden la organización y funcionamiento del Estado y sus instituciones. Para la autora estudiada, el Derecho Ambiental es definido como la disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y la actividad antrópica, orientando la regulación jurídica de las conductas y actitudes humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del ambiente. Algunos autores consideran que el Derecho Ambiental es una rama autónoma del Derecho, debido a que cumple con los requisitos que suelen apuntarse como necesarios para considerar que una disciplina es autónoma.³⁴

Desde el plano jurídico, se pondera que los elementos abordados son reforzados con el reconocimiento jurídico del pluralismo jurídico *De Jure*, al otorgarse derechos a la naturaleza como sujeto, la *pacha mama* dentro del *sumak kuasay* en los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador en la región de América Latina, como referentes en sus cartas políticas de este siglo XXI, lo diferencian con otras naciones donde el Derecho Ambiental tiene un mayor desarrollo dentro del concepto del buen vivir.³⁵ Implica, a criterio de los autores del artículo la necesidad de construir un *nuevo concepto de naturaleza*, superar su imagen cosificada como *res* extensa instaurada por el derecho positivo moderno; de una naturaleza susceptible de ser manipulada, sometida, dominada, controlada, explotada. Se trata de sustituir los principios inmovibles e inamovibles del Derecho Privado, por un proceso abierto al juego de valores e intereses sobre la conservación,

³⁴Confróntese, Jaquenod De Zsogon, S. (1991) *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Editorial Dykinson, Madrid; Jaquenod de Zsogon, S. (2001) *Derecho Ambiental en el nuevo milenio. Una estrategia para el Derecho Ambiental*, Revista de Estudios Locales Cunal, N° 1, España; Jaquenod de Zsogon, S. (2004) *Derecho Ambiental, información, investigación*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid.

³⁵Schavelzon, S. (2015) *Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, Editorial Adya-Yala, Quito.

uso y transformación de la naturaleza, con procedimientos jurídicos flexibles para dirimir conflictos de intereses contrapuestos y para alcanzar un bien público basado en el reconocimiento de sus diferencias, en este caso del Derecho occidental.

El Derecho Ambiental, al estudiar lo ponderado por los autores estudiados en la revisión bibliográfica, se arguye que hay similitudes en ponderar que no es sólo el conjunto de normas que aseguran el uso controlado de la naturaleza, sino aquel que regula los intereses en conflicto en torno a las estrategias diferenciadas de apropiación de sus recursos, donde se inscriben los derechos territoriales y culturales de los pueblos. El derecho a un ambiente sano es fundamental porque es humano. Significa que su valor fundamental no tiene fuente distinta a su consustancialidad con el ser humano, que, forjado en un crisol de avatares biológicos, históricos, sociales y axiológicos, irremediablemente perdería su condición humana si fuese despojado de sus derechos fundamentales, a partir de su reconocimiento entre los derechos de solidaridad.³⁶

Derecho Minero: representa la delegación que el Estado hace al privado de la operación de los recursos naturales, en este caso de las minas. Tiene que ser un acto expreso proveniente del Estado, que se materializa a través de una concesión minera. Es aquel que el Estado expresamente delega al particular, mediante el cual le brinda un derecho personal a conducir actividades mineras por intermedio de un título minero, que debe seguir ciertas solemnidades, tales como su inscripción en el registro minero. Así mismo, este título tiene restricciones en cuanto se refiere a la libertad de transferencia, puesto que es el Estado quien debe autorizar expresamente dicho acto.³⁷

³⁶Véase, Rosa Moreno, J. (2000) *El Derecho Ambiental en Latinoamérica*, Editorial McGraw-Hill, Madrid; Alenza García, M. (2002) *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad de Navarra, Pamplona; Bellorio Clabot, D. (2004) *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires; Astorga, E. (2007) *Derecho Ambiental chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile; Bustamante Alsina, J. (2010) *Derecho Ambiental*, Editorial Abeledo Perrot, Argentina; Soriano García, J. y Brufao Curiel, P. (2010) *Claves de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Iustel, España; Beltrao, A. (2011) *Direito Ambiental*, 3ª edición, Editorial Método, Brasil; Amparo Rodríguez, G. (2012) *Temas de Derecho Ambiental. Una mirada desde lo público*, 1ª edición, Editorial Universidad del Rosario, Colombia; Angulo, M. (2013) *Manual práctico de Derecho Ambiental. La Naturaleza como Sujeto de Derecho. Doctrina Práctica y Jurisprudencia*, Editorial Workhouse, Quito; Betancor Rodríguez, A. (2014) *Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Las Rosas, Madrid; Gómez Sánchez, N. (2014) *Derecho Ambiental*, 3ª edición, editorial Porrúa, México; Peña Chacón, M. et al. (2019) *Derecho Ambiental del siglo XXI*, 1ª edición, Editorial Isolma, Costa Rica.

³⁷Junceda Moreno, J. (2001) *Minería, Medio Ambiente y Ordenación del territorio*, Editorial Civitas, Madrid.

La actividad minera, como la gran mayoría de las acciones humanas, ocasiona daños inmediatos a la naturaleza, sin embargo, es una importante fuente de obtención de riquezas que contribuyen al logro de la sustentabilidad. Para adentrarnos en la minería urbana, tenemos a bien abordar de primer orden al Derecho Minero, quien para autores como GAY BARBOSA y GONZÁLEZ señalan “...ordenamiento jurídico autónomo que con contenido económico y político, regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad...”³⁸

En su expresión en el ordenamiento jurídico, con contenido económico y político, regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad.” Regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad.

El dominio público: el régimen general del dominio público señala las consecuencias de la demanialización y los objetivos que debe perseguir, esta ley ha de proceder no sólo a su separación del régimen general de Comercio si no queda de proporcionar a la categoría de bienes un régimen jurídico adaptado a esas necesidades que se proponen conseguir. Régimen que debes suponer la adaptación de los principios inspiradores a esta categoría de bienes. Sobre ello también se ha reconocido la competencia del Estado para proceder a su regulación como un mecanismo de restricción a su acceso y de cumplimiento de sus fines en relación con el derecho de la minería. Es la

³⁸Gay Barbosa, D. et al. (2014) *Conceptos de Derecho Minero*, Universidad Blas Pascal, Perú.

consecuencia lógica de haber sacado los bienes del comercio indicando que constituyen el rasgo más característico del dominio público y la nota que proyecta más consecuencias para el tráfico de estos bienes. La más inmediata es que los bienes de dominio público, mientras tengan el carácter de bien público, no se puede ni realizar por parte de los entes públicos ningún acto traslativo de dominio tenga la forma jurídica que tenga compraventa, donación o cualquiera otra ya sea este puro, condicional o a plazo. Es una consecuencia directa de que esté fuera del comercio de los recursos minerales.³⁹

3. La actividad minera en Cuba. Regulación y desarrollo en el ordenamiento jurídico

Para su mejor comprensión la actividad minera en la nación cubana, será analizada por etapas, a partir de la diversidad de procesos tecnológicos extractivos, relacionados con la recuperación de oro, cobre, plata, plomo y zinc, a partir de sus yacimientos minerales principales. En tal sentido, estos procesos extractivos provocan cambios de tipo ambiental y social, que es preciso tener en cuenta en el momento de diseñar políticas ambientales. Cuba, como nación tiene una larga trayectoria minera dado sus recursos que posee. A la llegada de los conquistadores españoles, los profesores TORRES-CUEVAS y LOYOLA-VEGA, señalan que los nativos de los pueblos originarios practicaban la llamada minería recolectora con la obtención de pepitas de oro directamente de los aluviones de los ríos. Permite justipreciar que, aunque los aborígenes cubanos reconocían los ríos como los sitios idóneos para su recolección, no es hasta la llegada de los conquistadores que en Cuba existió una verdadera actividad minera.⁴⁰

Colonia Española desde 1511-1898: La etapa inicial de la colonización se caracterizó por la extracción de oro, hecho histórico que ocurre en las zonas geográficas de la nación en Bayamo, Jobabo, Guáimaro, Arimao, Agabama y Jaruco.⁴¹

Con la neo colonia desde 1902-1958: en este periodo la pequeña minería del oro en Cuba se centró fundamentalmente en la región de Villa Clara y en Holguín, siendo esta última la de mayor importancia para el país. Aunque, hay que significar que la actividad minera en Cuba, se aprecia como

³⁹García, J. (2013) *Los Bienes de Derecho Público*. Editorial Foreword. España.

⁴⁰Torres-Cuevas, E. y Loyola-Vega, O. (2001) *Historia de Cuba 1492-1898. Formación y liberación de la nación*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

⁴¹Torres-Cuevas, E. y Loyola-Vega, O. (2001) *Historia de Cuba 1492-1898. Formación y liberación de la nación*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

comienza a desarrollarse a partir del 1902, al incrementarse la extensión de la mina “El Cobre”, en la localidad del mismo nombre, y con ello comenzar la explotación de hierro y manganeso en la región oriental. Posteriormente, se valora como comenzó la explotación del yacimiento de Matahambre en la antigua provincia de Pinar del Río (explotada desde 1913 hasta 1997). En la década del 40' del pasado siglo, se comienza la explotación de laterita para la extracción de níquel más cobalto y otros minerales.⁴²

Esta actividad extractivista, estimulada por el desarrollo de la Revolución industrial inglesa, se aprecia como la minería del cobre experimentó en Cuba un importante crecimiento en el segundo tercio del siglo XIX. Como consecuencia, la isla se convirtió en uno de los grandes productores mundiales de mineral. Aunque, el ciclo del cobre cubano del XIX fue relativamente breve: se inició en torno a 1830 y puede darse por finalizado en 1868.⁴³ Queda reflejado de esta manera que, la minería en Cuba se reguló dentro del ordenamiento jurídico con la promulgación de la Ley de Minas de 1859 y el Decreto Ley de Bases Generales para la Nueva Legislación de Minas de 1868, así como con más de 20 cuerpos jurídicos que hasta el año 1966 regularon la política jurídica en materia de Derecho Minero por el Estado, lo refleja la historia de la nación cubana.⁴⁴

A partir de 1959: se parte de la carta política cubana, la preocupación y ocupación del Estado cubano en cuanto a la protección de los recursos naturales, esta se consagró en el artículo 27 de la Constitución de la República, de 1976: “[...] *el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible. Para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras*[...]”.⁴⁵

En este texto jurídico superior, quedó clarificado que las minas son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo, así quedó recogido en el

⁴²Soto-González, L.D. (1981) *Apuntes sobre la historia de la minería cubana*, Editorial Oriente, Santiago de Cuba.

⁴³Consúltese, Salterain, P. (1883) *Breve reseña de la minería de la isla de Cuba*, Editorial La Publicidad, La Habana; Franco, J. L. (1975) *Las minas de Santiago del Prado y la rebelión de los cobreros, 1575-1800*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana; D. Soto González, L. (1981) *Apuntes sobre la historia de la minería cubana*, Editorial Oriente, Santiago de Cuba.

⁴⁴Guerrero, D. *La industria minera en Cuba. Área minera*. El sitio de la minería en Internet. Disponible en: <http://www.areaminera.com>

⁴⁵Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M. et al. (2002) *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, 2^{da} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002

artículo 15 de la Constitución de 1976, y le corresponde al Estado el dominio inalienable e imprescriptible del subsuelo, las minas y todos los recursos minerales, como declara el artículo 4 de la Ley N.º. 76 de 1994, Ley de Minas en cuanto a la forma de propiedad de los recursos naturales. No caben dudas que, con este elemento aquí se consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para intervenir en la protección ambiental inspirados en el *desarrollo sostenible*, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras, con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional.⁴⁶

Como se aprecia, el Estado cubano estableció un modelo institucional nuevo, sustentado en una instancia coordinadora de gestión ambiental, coexistiendo con la distribución de competencias previas respecto a los recursos naturales y a los sub sistemas ambientales, rectorados por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) cuando se creó dentro de los organismos de la Administración Pública en la década de los 90', del siglo pasado.⁴⁷

El derecho a un medio ambiente sano actúa como límite al ejercicio de los derechos. Dentro del ordenamiento jurídico cubano, de acuerdo a la Ley N.º. 59, Código Civil, todo derecho, incluido el de propiedad, debe ejercerse de acuerdo a su contenido social y finalidad, conforme a su destino socioeconómico (artículo 129), de modo racional (artículo 132), y dentro de los límites generalmente admitidos (artículo 170.2). De modo más preciso, refiriéndose específicamente a la protección del ambiente como límite al derecho de propiedad, se reconoce de forma explícita a lo dispuesto en la legislación ambiental, pues en el artículo 131.1, faculta al propietario del terreno para que haga en él obras, plantaciones y excavaciones, con las “limitaciones” establecidas en las disposiciones legales, haciendo especial referencia a las relativas a la “...protección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente”. En segundo apartado del propio precepto obliga al titular del predio a adoptar las mayores

⁴⁶Véase, Cánovas González, D. (2011) *Estudios sobre Derecho del Ambiente*, Editorial Hermanos Vadell, Caracas; Carballo Maqueira, L. (2014) *El derecho ambiental. Realidades y esperanzas*, Editorial Acuario Centro Félix Varela, La Habana.

⁴⁷Fernández Rubio Legrá, Á. (1985) *El proceso de institucionalización de la Revolución Cubana*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

precauciones a fin evitar todo “...*peligro, daño, contaminación o perjuicio a las personas o a los bienes*”.⁴⁸

Ya se señalaba que el derecho a un medio ambiente sano no está formulado de forma expresa en el texto constitucional, pero el mismo se hace explícito en la Ley de Medio Ambiente, Ley N.º. 81 de 1997, que lo recoge como uno de los principios que la inspiran, a partir del cual deben ser interpretados sus preceptos (artículo 4, inciso a) de este cuerpo jurídico. Norma Legal que actualiza principios, objetivos y conceptos básicos de la política ambiental cubana, el marco institucional y los instrumentos para su materialización, las atribuciones, funciones y deberes de los órganos y organismos estatales y en general, los derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas. La misma cubre un amplio espectro que incluye 163 artículos. Regula los "*principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los individuos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país*".

En el siglo XXI: la novedad aparece en el 2019, con el nuevo texto constitucional en su artículo 11, señala que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, inciso b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país. El artículo 16, sobre las relaciones internacionales de Cuba, se regula en el inciso f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo. En el artículo 23 se establece: Son de propiedad socialista de todo el pueblo: las tierras que no pertenecen a particulares o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, los yacimientos minerales, las minas, los bosques, las aguas, las playas, las vías de comunicación y los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica exclusiva de la República. El artículo 75, por su parte dispone: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la

⁴⁸Véase, Cánovas González, D. (2008) *Responsabilidad civil y licencia ambiental. Instrumentos al servicio del desarrollo sostenible*. Revista de Derecho Ambiental Abeledo Perrot, N.º. 16, Buenos Aires; Cánovas González, D. (2011) *Estudios sobre Derecho del Ambiente*, Editorial Hermanos Vadell, Caracas; Rey Santos, O. et al. (2017) *La Ley de medio ambiente: 20 años después*, Editorial UNIJURIS, La Habana

supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. También, en el artículo 90, se establece: El ejercicio de los derechos y libertades previstos en esta Constitución implican responsabilidades. Son deberes de los ciudadanos cubanos, además de los otros establecidos en esta Constitución y las leyes: inciso j) proteger los recursos naturales, la flora y la fauna y velar por la conservación de un medio ambiente sano.

En este particular, se analiza la postura de la catedrática CUTIE MUSTELIER, quien refiere sobre este texto constitucional, que actualiza, completa, amplía de manera significativa y sustancial el catálogo de derechos, se logra una ordenación coherente y sistémica, evitando la dispersión o atomización de estos por la preceptiva constitucional, al agruparlos bajo el rótulo de derechos sin adjetivos o sea elimina el calificativo de fundamentales y les confiere a todos los derechos igual jerarquía y valor pues todos independientemente de su naturaleza, de la generación a la que pertenecen y de las clasificaciones de orden metodológico e histórico que existen, son universales, indivisibles e interdependientes y están situados al mismo nivel, o sea ningún derecho es más importante que otro.

Prosigue la autora estudiada que, este texto constitucional declara el principio de progresividad de los derechos, con lo que se deja sentado, la condición evolutiva de los mismos, es decir la tabla de derechos no es un catálogo cerrado, sino que estos se ensanchan y amplían con el desarrollo de la sociedad, quedando la Constitución abierta a la recepción de nuevos derechos y a la interpretación y actualización del contenido esencial de los mismos a tono con las nuevas demandas y exigencias de la sociedad, el desarrollo legislativo de los derechos y la creación por parte del Estado de las condiciones materiales necesarias para su real disfrute y ejercicio. Refiere que se delinea y especifica en mejor medida los límites al ejercicio de los derechos, al establecer como fronteras, los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes. A su vez, introduce nuevos derechos o los llamados derechos de tercera generación tales como: el derecho al acceso a la información pública y a recibir información veraz, objetiva y oportuna, el derecho al agua, a la alimentación sana y adecuada, a la vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y el derecho de los consumidores.⁴⁹ Como se aprecia, prevalece el dominio del sector público en materia de Derecho Minero en el ordenamiento jurídico nacional,

⁴⁹Cutie Mustelier, D. (2019) *¿Por qué la Nueva Constitución cubana es Superior?* Red Jurídica UNJC, La Habana. Disponible en: <http://www.unjc.cu>

En el análisis de su progreso en el ordenamiento jurídico, su asidero legal ha partido del Derecho Constitucional económico; en la materia ambiental se aprecia que tiene su primera expresión en la Ley N.º. 33 de 1981, sustituida por la Ley N.º. 81 de 1997, la cual en su Título Sexto establece que las esferas de especial protección del medio ambiente son: la diversidad biológica; las áreas protegidas; las aguas y los ecosistemas acuáticos; los ecosistemas terrestres; la flora y la fauna silvestres; la atmósfera y los recursos minerales.⁵⁰ El Decreto-Ley N.º. 200 del 1999, regula las infracciones en materia de medio ambiente. En el Decreto Ley N.º. 201 de 1999, se establece la obligatoriedad de obtener una licencia ambiental por toda obra o actividad que se pretenda desarrollar en un área protegida o en su zona de amortiguamiento, salvo que esta resulte expresamente exenta de tal requisito, conforme con lo que se disponga en el plan de manejo.

Con rango de Resolución aparece la N.º. 132 de 2009, del CITMA, Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental; y la Resolución N.º. 103 de 2008, Reglamento de la Inspección Ambiental Estatal. Por ende, la licencia ambiental aludida, será solicitada para el desarrollo de la fase de investigación geológica, ya que desde esta fase se ejecutan actividades que modifican el terreno, el paisaje o afectan los diferentes ecosistemas terrestres presentes en las áreas sujetas a investigación y en los casos que corresponda se presentará el estudio de impacto ambiental para obtener la licencia ambiental en las fases de explotación y procesamiento, donde se conciben las mayores afectaciones al medio ambiente.⁵¹ En materia de salud, la Ley N.º. 41 de 1983, y Decreto N.º. 139 de 1988 como su reglamento, son aplicables vinculadas con los riesgos para la salud y el control de enfermedades, la inspección sanitaria estatal, la atención médica especializada, controlar la contaminación, la imposición de contravenciones. Además, vinculado al tema estudiado, el Decreto N.º. 54 de 1984, Disposiciones Sanitarias Básicas también es pertinente en las acciones de control sanitario epidemiológico. En relación al uso del suelo, se aprecia el Decreto Ley N.º. 179 de 1993, Protección, Uso y Conservación de los

⁵⁰Pérez Hernández, L. (2016) *La constitución económica en Cuba*. El Derecho Público en Perspectiva, Editorial UNIJURIS, La Habana.

⁵¹Consúltese, Cánovas González, D. (2010) *Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad*, El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI, Editorial de la Universidad de La Habana; Toledano Cordero, D. (2017) *Los Instrumentos de la Gestión Ambiental. Garantía de la Sustentabilidad en Cuba*, Florida Journal of International Law, Vol. 29, EUA.

Suelos y sus contravenciones. En materia de Derecho Administrativo Sancionador desde su referente teórico⁵², el Decreto N°. 222 de 1997.

Siendo válido aclarar que, como nota distintiva, en el ordenamiento jurídico de Cuba, el sistema contravencional, proveniente del Derecho Administrativo, ocupa el lugar predominante de todas las formas de exigencia de responsabilidad ambiental. No solo por la pluralidad de disposiciones jurídicas en cuerpos de Decretos Leyes y Decretos, sino por la variedad de esferas de protección ambiental vinculadas a la protección de los recursos minerales, en especial a la extracción de minerales, conocido dentro de la materia como Derecho Minero. Demuestran estos elementos estudiados por los autores del artículo que en el siglo XX en el ordenamiento jurídico cubano fueron promulgadas una serie de normas jurídicas dirigidas a la protección de los recursos naturales vinculadas al Derecho Minero, ello es otra nota a destacar desde el plano jurídico.

Este desarrollo jurídico analizado, se ha ido consagrando en el siglo XXI, con la actualización de la política fiscal a través de la Ley N°. 113 de 2012, Del sistema tributario, donde se establece un impuesto por la utilización y explotación de recursos forestales, naturales y artificiales, y de la fauna silvestre, independientemente de la actividad que se realice. También se establece el impuesto sobre las utilidades por la Explotación de Minas y Canteras.⁵³ Aquí se aprecia la implementación de los instrumentos de la política fiscal cubana, dirigida por el Ministerio de Finanzas y Precios a través de la Oficina Nacional Tributaria.

En materia de Derecho Laboral, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como encargado por la Administración Pública, actualiza la normativa legal, lo hace con la promulgación de la Ley N°. 116 de 2013, Código de Trabajo, establece la relación jurídica laboral en la actividad de la minería, y también

⁵²Véase, Rivero Ortega, R. (2000) *El Estado Vigilante*. Editorial Tecnos, España; Nieto, A. (2005) *Derecho Administrativo sancionador*, 4ª edición, Editorial Tecnos, Madrid; Bardaji Fuentes, J. (2005) *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Thomson Aranzadi. España; Nieto García, A. (2005) *Derecho Administrativo sancionador*. 4ª edición. Editorial Tecnos. España; Huergo Lora, A. (2007) *Las Sanciones Administrativas*. Editorial Iuestel Publicaciones, España; Alarcón Sotomayor, L. (2007) *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales*. 1ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España; Román Cordero, C. (2008) *Derecho Administrativo sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*, Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.107-141.

⁵³Díaz Legón, O. et al (2016) *Apuntes sobre la Ley N°. 113, Del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba*. Estudios Jurídicos, Editorial Loynaz, Pinar del Río.

ahora regula el sistema de protección e higiene en el trabajo.⁵⁴Vinculado a la Seguridad Social. Con posterioridad, la Ley N°. 118 de 2014, Ley de la Inversión Extranjera, establece que el Ministerio de Energía y Minas, puede promover propuesta de negocios con inversión extranjera. Aquí se aprecia también la implementación de instrumentos de la política fiscal cubana.

La Minería Urbana. Análisis de su regulación en el ordenamiento jurídico cubano

Ya se señalaba que la actividad minera en la nación cubana se ejecuta principalmente por la empresa pública del sector estatal, y que hay autorizadas concesiones administrativas a Compañías Extranjeras para la explotación de recursos naturales, al amparo de lo establecido en el texto constitucional, en la Ley N°. 76 de 1994, y en la Ley N°. 118 de 2014. En la materia ambiental, se preconiza que la Ley N°. 81 de 1997, no advierte en sus artículos pronunciamiento sobre la economía circular. En Cuba, el tratamiento jurídico y normativo de los residuos sólidos comunes y sus principios jurídicos se sustenta en la Ley N°. 81 de 1997. Existen normas jurídicas y normas técnicas que de forma complementaria regulan a los residuos y evidencian el postulado del principio de prevención. En el entramado de la Administración Pública nacional, se ha constituido una empresa que se ocupa de la recogida y el reciclaje de las materias primas. Aquí en esta actividad de recolección participan sujetos privados, los que recogen en las ciudades los desechos metálicos y no metálicos objeto de compraventa por la aludida empresa (aluminio, hierro, cobre, bronce, entre otros)

Epílogo

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible en el 2002, acepta de manera expresa “*la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos*” planteados para superar la supuesta dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos. En la cumbre Río+20, del 2012, sobre el paradigma del desarrollo sostenible, se avanzó en el logro de una “*economía verde*” en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, y el marco institucional para el desarrollo sostenible.

La minería urbana tiene su génesis en el Derecho Minero y este desde el Derecho Administrativo Ambiental, ha variado y evolucionado en el tiempo,

⁵⁴Viamontes Guilbeaux, E. (2005) *Derecho Laboral Cubano. Teoría y legislación*. Editorial Félix Varela, La Habana.

tiene un enfoque multidisciplinar desde su reconocimiento a partir del plano jurídico desde el Derecho Internacional, contextualizada su regulación en los textos constitucionales. Se ha desarrollado en los ordenamientos jurídicos a través de contenidos que integran desde el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental, el Derecho Mercantil, el Derecho Tributario, la Informática Jurídica, el Derecho Económico, el Derecho Laboral, el Derecho a la Seguridad y Salud laboral, entre otras, como dimensión normativa. Desde su dimensión transdisciplinaria se aprecia estar vinculada con la Historia, la Economía, la Contabilidad ambiental, las Ciencias Ambientales, la Ingeniería Ambiental, las Matemáticas, entre otras disciplinas y saberes.

La llegada del siglo XXI ha caracterizado el símbolo de la reconfiguración global de la cultura humana, señalada por una oleada de innovaciones tecnológicas sin precedentes en la historia. En el mundo el crecimiento de la contaminación ambiental en las ciudades, vinculada con el incremento del uso de dispositivos electrónicos en cifras significantes una vez estos lleguen al final de su vida útil, la población desconoce los términos como minería urbana, logística inversa, economía circular por su impacto socio ambiental al poner en riesgo la salud humana.

El modelo de economía circular se dirige hacia un nuevo paradigma, implica una nueva modalidad de hacer productos desde su mismo origen, desde su diseño, y permite hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos por la volatilidad e incertidumbre de precios de las materias primas y recursos energéticos. Es avanzar hacia una reconciliación con la naturaleza como continuidad del desarrollo sostenible, como parte de las políticas sociales, culturales, ambientales y económicas de la sociedad.

El ejercicio de la minería urbana no establece en el ordenamiento jurídico el uso de normas jurídicas que dispongan los procedimientos legales tales como la tramitación de licencias ambientales, su fiscalización y control; es realizado por sujetos privados que se dedican a la recolecta de residuos sólidos en las ciudades y los comercializan en establecimientos de la empresa de materia primas por un precio fijado por el Estado. Lo que tributa de alguna manera a la higienización de las ciudades y territorios para el desarrollo sustentable a través de la economía circular, no receptionada en el ordenamiento jurídico nacional.

La gestión ambiental por los actores económicos públicos y privados en Cuba deberá estar enfocada a cumplir el principio de legalidad bajo las normas técnicas ISO 9001 y 14001, necesitado de una actualización de la Ley Ambiental, la promulgación de una Ley de Empresas y una Ley de

Competencias en el ordenamiento jurídico cubano, donde se pondere la observación de la Economía Circular través de iniciativas que manejan una economía sostenible, donde se perfeccione el uso de recursos para formalizar una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar, en atención a la dimensión económica, política, tecnológica y sociocultural en la implementación del nuevo modelo económico y social.

El control público tendrá un elemento a ponderar en las actividades minero energéticas ejecutado por los órganos de control, exige de un profesional con amplios conocimientos, requiriendo una capacitación técnica y permanente de los agentes económicos afectados, y un conocimiento amplio de las regulaciones legales y aspectos técnicos del proceso de la auditoría, que permita certificar la calidad ambiental como empresa responsable con el ambiente como su finalidad.

La universidad en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental, el presente le exige educar para innovar e innovar para educar como protagonistas en nuevos modelos donde el hombre actúe de manera responsable en la protección del medio ambiente, y que lo haga con las competencias requeridas, ello tributara a alcanzar la armonía y equilibrio entre el desarrollo industrial, los avances tecnológicos y la naturaleza.

Bibliografía

- AA. VV. (2017) *Fundamentos y desafíos para el desarrollo minero*, Editorial SONAMI, Chile.
- AA. VV. (2015) *Antología de la Revista Cubana de Derecho Ambiental. Panorama del Derecho Ambiental Cubano*, Editorial GEOTECH-CITMA, La Habana.
- AA. VV. (2011) *Retos y tendencias del Derecho Ambiental contemporáneo*, Editorial ONBC, La Habana.
- AA. VV. (2007) *Derecho Ambiental cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA.VV. (2004) *Temas de Derecho Administrativo cubano*, 1ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA.VV. (2019) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, 1ª edición, Editorial Universidad Libre, Colombia.
- AA.VV. (2002) *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.

- AA. VV. (2009) *Minería y conflicto social*, 1ª edición, Editorial Biblioteca Nacional, Perú.
- Abdel, G. & Romo, D. (2004) *Sobre el concepto de competitividad*. Serie de documentos de trabajo en estudios de competitividad, Editorial ITAM, México.
- Agenda 2030. *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (2018) Una oportunidad para América Latina y el Caribe, CEPAL.
- Antúnez Sánchez, A. y Ramírez Sánchez, A. (2016) *La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano*, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters N°. 967, Brasil.
- Antúnez Sánchez, A. (2016) *La Empresa de Alta Tecnología*, Revista Fórum Administrativo N° 189, Brasil.
- Antúnez Sánchez, A. y Díaz Ocampo, E. (2018) *La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba*, Revista Responsabilidad Social Empresarial, España.
- Angulo, M. (2013) *Manual práctico de Derecho Ambiental. La Naturaleza como Sujeto de Derecho*. Doctrina Práctica y Jurisprudencia, Editorial Workhouse, Quito.
- Astorga, E. (2007) *Derecho Ambiental chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.
- Amparo Rodríguez, G. (2012) *Temas de Derecho Ambiental. Una mirada desde lo público*, 1ª edición, Editorial Universidad del Rosario, Colombia.
- Alenza García, M. (2002) *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad de Navarra, Pamplona.
- Álvarez Conde, J. (1957) *Historia de la geología, mineralogía y paleontología en Cuba*, (s.e.) La Habana.
- Ballesteros, J. y Pérez Adán, J. (1997) *Sociedad y medio ambiente*. Editorial Trotta, Madrid.
- Brañes Ballesteros, R. (2003) *La fundación del Derecho Ambiental en América Latina*, PNUMA, Chile.
- Bifani, P. (1999) *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Editorial IEPALA, Guadalajara.

- Bielsa, R. (1955) *Derecho Administrativo*, 5ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Bellorio Clabot, D. (2013) *El nuevo paradigma ambiental y jurídico*, V Foro ambiental Internacional, Argentina.
- Bellorio Clabot, D. (2004) *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Betancor Rodríguez, A. (2014) *Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Las Rosas, Madrid.
- Beltrao, A. (2011) *Direito Ambiental*, 3ª edición, Editorial Método, Brasil.
- Bustamante Alsina, J. (2010) *Derecho Ambiental*, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.
- Botassi, C. (1997) *Derecho Administrativo Ambiental*, Editorial Platense, Argentina.
- Brundtland, G. (1987) *Informe Nuestro futuro Común*, ONU.
- Déctor García, R. (2014) *Derecho Ambiental*, 1ª edición, editorial Flores, México.
- Cafferatta, N. (2004) *Los principios y reglas del Derecho Ambiental*. PNUMA. El Salvador.
- Cánovas González, D. (2011) *Estudios sobre Derecho del Ambiente*, Editorial Hermanos Vadell, Caracas.
- Cánovas González, D. (2010) *Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad*, El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI, Editorial de la Universidad de La Habana.
- Caraballo Maqueira, L. (2014) *El Derecho Ambiental. Realidades y esperanzas*, Editorial Acuario, La Habana.
- Carvalho, E. (2007) *Meio Ambiente e Direitos Humanos*. Editorial Juruá. Curitiba.
- Callejón, M. (2007) *I+D innovación y política pública: hacia una nueva política económica de innovación*, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento N° 4, España.
- Catalán Sender, J. (2001) *Urbanismo y minas, licencias municipales, planeamiento y tributos locales*, Editorial Bayer hermanos, España.
- Castán Pérez Gómez, S. (1996) *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, Editorial Dykinson, Madrid.

- Common, M. y Stagl, S. (2008) *Introducción a la Economía Ecológica*. Editorial Reverte. España.
- Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*, 7º congreso del Partido Comunista de Cuba (2016) Editorial Política, La Habana.
- Centeno, R. (1977) *Principios de Derecho Minero*. Fundación Gómez Pardo. Madrid.
- Coscolluela Montaner, L. y López Benítez, M. (2011) *Derecho Público Económico*, 4ª edición, Editorial Iustel. España.
- Da Silva, A. (2005) *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*, Editorial RT, São Paulo.
- De Guillebon, B. (2014) *Los 7 Pilares de la Economía Circular*. Boletín de la Confederación de Empresarios de Navarra N° 21 Medio Ambiente, España, pp. 4-5.
- De Besa Antunes, P. (2013) *Direito Ambiental*. Editorial Atlas. Brasil.
- De Arcenegui, I. (2002) *Derecho Minero*, Editorial Civitas, Madrid.
- Diez de Velasco, M. (2009) *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª edición. Editorial Tecnos, España.
- Diez-Picazo, L. (1954) *Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de frutos?* Editorial Librería A & M Jiménez, Madrid.
- Dios Vietiez, M. (2015) *Recursos mineros y ordenación del territorio*, Editorial Atelier, España.
- Dromi, R. (2001) *Derecho Administrativo*. 9ª edición actualizada. Editorial de Ciencia y Cultura. Argentina.
- Dromi, J. (1983) *Derecho Administrativo Económico*, 2ª. edición, Editorial Astrea, España.
- D' Estéfano Pisani, M. A. (1996) *Derecho Ambiental Internacional*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- D' Estéfano Pisani, M. A. (2003) *Breve Historia del Derecho Internacional*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Díaz Legón, O. et al (2016) *Apuntes sobre la Ley N°. 113, Del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba*. *Estudios Jurídicos*, Editorial Loynaz, Pinar del Río.
- Di Cagno, V. et al. (2005) *La protección del medio ambiente en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba.

- Escalabaltra, E. (1965) *El dominio del Estado sobre las minas*, Santiago de Chile.
- Esteve Pardo, J. (2014) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons, 4ª edición, España.
- Esteve Pardo, J. (2008) *Derecho del medio ambiente*, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España.
- Esteve Pardo, J. (1999) *La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible*, Revista de Administración Pública No. 149, España.
- Fraga, G. (2000) *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México.
- Franco Ferrán, J. (1975) *Las minas de Santiago del Prado y la rebelión de los cobreros, 1575-1800*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Foucault, M. (2007) *Nacimiento de la biopolítica*, Editorial Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires.
- Forsthoff, E. (1958) *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos. España.
- Fernández Protomastro, G. (2013) *Minería urbana y la gestión de los recursos electrónicos*, 1ª edición, Editorial Grupo Uno, Buenos Aires.
- Fernández Rubio-Legra, Á. (1999) *Derecho Ambiental Internacional*, Editorial AFR, La Habana.
- Fernández-Rubio Legrá, Á. (1999) *Ley N.º. 81 en más de 150 preguntas y respuestas*, Editorial MINJUS, La Habana.
- Fernández-Rubio Legrá, Á. (2000) *La legislación ambiental contemporánea: logros y fracasos, algunas reflexiones críticas*, Editorial Academia, La Habana.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. (2010) *El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales*, Documento TOL 1.436.850, España.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. (2008) *Derecho Ambiental*, Editorial Trivium, España.
- Fernández Zayas, J. (2011) *La investigación y desarrollo, nuevos paradigmas en la empresa*, Boletín II Energía e Industria, México.
- Fernández, P. (2009) *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Figueras, M. (1992) *La industrialización en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

- Font, M. et al. (2014) *Reformando el modelo económico cubano*, University of New York.
- Harlem Burtland, G. (1984) Informe Nuestro Futuro Común, ONU.
- Hauriou, M. (1925) *Principios de Derecho Administrativo y de Derecho Público*. 10ª edición. Editorial Recueil Sirey. Paris.
- Hoowr, T. (1946) *Economía Minera*, Editorial Fondo de Cultura Económica. México.
- Herrera Molina, P. (2000) *Derecho tributario ambiental*. Editorial Marcial Pons, España.
- Gay Barbosa, D. et al. (2014) *Conceptos de Derecho Minero*, Universidad Blas Pascal, Perú.
- García García, S. (2016) *Economía circular: La Unión Europea impulsa reformas sobre la base de un tema crucial, la gestión de residuos, con el fin de alcanzar mejoras económicas y medioambientales*. Revista Actualidad Jurídica Ambiental N°. 57, España, pp.1-11.
- García, J. (2013) *Los Bienes de Derecho Público*. Editorial Foreword. España.
- García Cortes, A. (2005) *Minería y Desarrollo Sostenible*, Instituto Geológico y Minero de España, Madrid.
- García De Enterría, E. (1999) *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, España.
- García Fernández, J. y Rey Santos, O. (2005) *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, Editorial Acuario. La Habana.
- Garcini Guerra, H. (1986) *Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.
- Galindo Camacho, M. (2000) *Teoría de la Administración Pública*, Editorial Porrúa, México.
- Gómez Sánchez, N. (2014) *Derecho Ambiental*, 3ª edición, editorial Porrúa, México.
- Gordillo, A. (2014) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación Derecho Administrativo, Argentina.
- Gutiérrez Nájera, R. (2014) *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*, 8ª edición, Editorial Porrúa, México.

- Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2019) *Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el Derecho medioambiental del siglo XXI*, Editorial Las Rosaz, España.
- Guaita, A. (1986) *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- Ramírez Ortiz, D. et al. (2014) *Derecho Ambiental y desarrollo sustentable*, 2ª edición, editorial Porrúa, México.
- Real Ferrer, G. (2016) *Residuos y sostenibilidad. El modelo europeo*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. N° 35, España.
- Rey Santos, O. et al. (2017) *La Ley de medio ambiente: 20 años después*, Editorial UNIJURIS, La Habana.
- Rey Santos, O. (2013) *Fundamentos del Derecho Ambiental*, Editorial CIABO, La Habana.
- Rebollo Puig, M. (2010) *Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Lex Nova, España.
- Rojas Orozco, C. (2003) *El desarrollo sustentable: nuevo paradigma para la administración pública*, Editorial INAP, México.
- Rodríguez, C. (2014) *Manual de Derecho Minero*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Rosa Moreno, J. (2000) *El Derecho Ambiental en Latinoamérica*, Editorial McGraw-Hill, Madrid.
- Ruiz-Rico, G. (2010) *El Derecho Constitucional del medio ambiente*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp.5-39.
- Rodrigo, A. J. (2015) *El desafío del desarrollo sostenible. Los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- Rivadeneira, L. (1997) *Derecho de Minas Colombiano*, Evolución y Crítica. 2ª edición. Editorial Pirámide. Bogotá.
- Lastres Berninzon, E. (2007) *Derecho de Minería y Energía*, 1ª edición, Editorial Primer Fuente, Perú.
- Leff, E. et al. (1991) *Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina*. UNESCO, México.
- Leff, E. (2008) *Discursos sustentables*. Editorial Siglo XXI. México.
- Leme Machado, P. (2010) *Direito Ambiental Brasileiro*, 18ª edición, Editorial Malheiros, Brasil.

- Lorenzetti, R. (2011) *El paradigma ambiental*, Ministerio de la Corte Suprema, Argentina.
- Lorenzetti, R. (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial Porrúa, México.
- Loperena Rota, D. (2003) *Desarrollo sostenible y globalización*, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina.
- López Sela, P. y Ferro Negrete, A. (2006) *Derecho Ambiental*, Editorial Iure, México.
- López Menudo, F. (2012) *El derecho a la protección del medio ambiente*, Universidad de Sevilla, España.
- Lozano Cutanda, B. (2014) *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial CEF. España.
- Lozano Cutanda, B. (2004) *Derecho Ambiental Administrativo*, 5^{ta} edición, Editorial Marcial Pos, España.
- Libro Verde sobre la responsabilidad social empresarial* (2011) Bruselas.
- Libro Blanco de responsabilidad ambiental* (2000) España.
- Libro Verde sobre la gestión de los biorresiduos en la Unión Europea* (2008) España.
- Le Riverend, J. (1971) *Historia Económica de Cuba*, Editorial Instituto Cubano del Libro, La Habana.
- Mantilla Pinilla, E. (2006) *Contabilidad ambiental en el desarrollo sostenible*, Revista Legis Internacional de Contaduría y Auditoría N° 25, Colombia.
- Martín Mateo, R. (1991) *Tratado de Derecho Ambiental*, 1^a edición, Editorial Trivium, España.
- Martínez, A. y Porcelli, A. (2017) *Reflexiones sobre la economía verde. El New Deal Ecológico Mundial*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas N° 15, Perú.
- Martínez, A. y Porcelli, A. (2018) *El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria*. Revista Pensar en Derecho N.° 13, Colombia, pp.129-181
- Martínez, V. (1982) *Derechos Reales en la minería*, Editorial Depalma, Argentina.

- Martín Retortillo Báquer, S. (1988) *Derecho Administrativo Económico*, Editorial La Ley, Madrid.
- Martín-Retortillo Báquer, S. (2006) *Derechos fundamentales y medio ambiente*, Universidad Complutense de Madrid, España.
- Marienhoff, M. (1965) *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina.
- Mayer, O. (1949) *Derecho Administrativo alemán*, Editorial Depalma, Argentina.
- Milaré, E. (2011) *Direito do Ambiente*. Editora Revista dos Tribunais. Brasil
- Morató, J. et al. (2017) *Situación y evolución de la economía circular en España*. Fundación COTEC para la Innovación, España.
- Moreno Plata, M. (2010) *Génesis, evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible*, Editorial Porrúa, México.
- Moreu Carbonell, E. (2001) *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Machado, M. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Contratos del sector público. Editorial Iustel, España.
- Meier, H. (2003) *El Derecho Ambiental y el nuevo milenio*, 1ª edición, Editorial Homero, Caracas.
- Nieto, A. (2005) *Derecho Administrativo sancionador*. 4ª edición. Editorial Tecnos, España.
- Parada, R. (1997) *Derecho Administrativo*, 9ª edición, Editorial Marcial Pons, España.
- Parejo Alfonso, L. (1992) *Las bases constitucionales del Derecho Administrativo*. Manual de Derecho Administrativo, 2ª edición, Editorial Ariel, España.
- Parejo Alfonso, L. (2013) *Lecciones de Derecho Administrativo, orden económico y sectores de referencia*, Editorial Tirand Lo Blanch, España.
- Parejo Alfonso, L. (2013) *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España.
- Pigretti, E. (1976) *Manual de Derecho minero y de la energía*. Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Argentina.
- Pigretti, E. (1997) *Código de Minería y Legislación de Hidrocarburos comentado*. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina.

- Pigretti, E. (2004) *Derecho Ambiental Profundizado*, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Pigretti, Eduardo A. (1965) *Teoría jurídica de los recursos naturales*, Editorial Platense, Buenos Aires.
- Piñar Mañas, J. (2003) *El desarrollo sostenible como principio jurídico*, Estudios de Derecho Público económico, Madrid, pp.185-204
- Pierri, N. (2005) *Historia del concepto desarrollo sustentable. ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*. Cámara de Diputados México, pp. 27-81.
- Peña Chacón, M. (2016) *Derecho Ambiental efectivo*, 1ª edición, Serie Derecho Ambiental, Costa Rica.
- Peña Chacón, M. et al. (2019) *Derecho Ambiental del siglo XXI*, 1ª edición, Editorial Isolma, Costa Rica.
- Posada, A. (1931) *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Editorial Madrid, España
- PNUMA. *Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*. New York, 2011.
- PNUMA. *Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva. Resumen ejecutivo*. Ginebra, 2015.
- Prieur, M. (1991) *Droit de l'environnement*. Editorial Dalloz, Paris.
- Triana, A. (1995) *Código de Minas, Compilado y Concordado*. 2ª edición, Editorial Leyer, Colombia.
- Jaquenod De Zsogon, S. (2004) *Derecho Ambiental*, 2ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- Jáimez, M. (2000) *Titularidades privadas sobre minas y minerales*. Editorial Tirant Monografías, España.
- Jordano Fraga, J. (2008) *Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible*. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. España.
- Juste Ruíz, J. (2005) *El Desarrollo Sostenible y los Derechos Humanos, Protección Internacional de los Derechos Humanos: Nuevos desafíos*, Editorial Porrúa, México, p.333 y ss.
- Juste Ruiz, J. (1999) *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Editorial Mac Graw Hill, Madrid.

- Junceda Moreno, J. (2001) *Minería, medio ambiente y ordenación del territorio*, Editorial Civitas, Madrid.
- Jinesta Lobo, E. (2007) *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.
- Uribe Herrera, A. (1968) *Manual de Derecho de minería*, 3ª edición, Santiago de Chile.
- Sánchez Morón, M. (2010) *Derecho Administrativo*, 6ª edición, Editorial Tecnos, España.
- Sanz Rubiales, I. (2000) *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*, Editorial Marcial Pons, España, pp.7-19.
- Sanz Rubiales, I. (2012) *El mercado de los derechos a contaminar*, Editorial Lex Nova, España.
- Saenz, O. (2007) *Las ciencias ambientales: una nueva área de conocimiento*, Editorial Digiprint, Colombia.
- Sampaio, R. (2011) *Direito Ambiental*. Editorial FGV Direito Rio. Brasil
- Sanz Larruga, F. et al. (2016) *Derecho Ambiental en tiempo de crisis*. Editorial Tirant lo Blanch. España.
- Sanz Larruga, F. (2016) *Derecho Ambiental para una economía verde*, Editorial Aranzadi, España.
- Schavelzon, S. (2015) *Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*, Editorial Adya-Yala, Quito.
- Simental Franco, V. (2010) *Derecho Ambiental*, 1ª edición, editorial LIMUSA, México.
- Soriano Garcia, J. y Brufao Curiel, P. (2010) *Claves de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Iustel, España.
- Soler Del Sol, A. (2013) *El Derecho al alcance de todos*, Ley No.81 Ley del Medio Ambiente, Editorial ONBC, La Habana.
- Silveira Da Rocha Sampaio, R. (2011) *Direito Ambiental*, Editorial Elsevier, Brasil.
- Ossa, J. (2007) *Tratado de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Ortega Álvarez, L. (2012) *Concepto de medio ambiente*. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

- Triana, A. (1995) *Código de Minas, Compilado y Concordado*. 2ª edición, Editorial Leyer, Bogotá.
- Triay León, A. (1951) *Derechos Reales*, volumen II, 3ª edición, Editorial Librería Martí, La Habana.
- Tunkin, G. (1979) *Curso de Derecho Internacional*, Editorial Progreso, Moscú.
- Quintana López, T. (2013) *Concesión de minas y medio ambiente*, Editorial Tirand Lo Blanch, España.
- Kuhn, T. (2001) *La estructura de las revoluciones científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- Kelsen, H. (1980) *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica*, Revista de Derecho UNAM. México.
- Valls, M. (2008) *Derecho Ambiental*, 5ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.
- Valenzuela Fuenzalida, R. (1983) *El Derecho Ambiental ante la enseñanza y la investigación*, Revista de Ciencias Sociales, No. 3, Chile
- Vergara Blanco, A. (2011) *Principios y Sistemas del Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Vergara Blanco, A. (2010) *Instituciones de Derecho Minero*. Editorial Thomson Reuters-Legal Publishing. Chile.
- Vercher Noguera, A. (2003) *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, Editorial ECOIURIS, Madrid.
- Verdes/ALE (2015) *La Economía Circular, un cambio de paradigma para todas*. Bruselas.
- Villa, H. (2015) *Derecho Internacional Ambiental*. Editorial Astrea. Medellín.
- Villar Palasi, J. (1968) *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid, España.
- Zamora Roselló, M. (2018) *La energía de los residuos: un paso más en la economía circular. Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*. Editorial Dykinson. España, pp. 395-410.

Zeballos De Sisto, M. (2000) *El Derecho Ambiental Internacional: Esquema de su evolución*, Editorial Estudio, Argentina.

Zumárraga, C. (2015) *Tendencias de la Minería Ecuatoriana*. Minería y Energía. 2ª edición. Quito.

**Estudio de políticas económicas que aceleran la extinción del
Estado de bienestar estatal (I):
salario mínimo interprofesional-SMI a juicio^(*)**

**Study of economic policies that accelerate the extinction of the
state welfare state (I):
minimum inter-professional salary-IMS to be judged**

Antonio Sánchez-Bayón¹

Sumario: Presentación: *confusión de confusiones*. – Evaluación: cuando el SMI iguala a la baja. – Conclusiones: el Sector Público gana, pero no tanto. – Bibliografía. – Anexos: gráficos ilustrativos.

Resumen: este artículo de economía aplicada, analiza uno de los posibles acelerantes del fin de la economía de bienestar estatal. Se revisa críticamente los fundamentos y relaciones político-

^(*) Recibido: 23/02/2020 | Aceptado: 03/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Antonio Sánchez-Bayón (Doctor en Derecho por UCM, en Humanidades-Teología por UMU, en Humanidades-RRII por UVA, en Filosofía por UCM), acreditado como Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF); ganador de diversos premios internacionales (v.g. *Limaclara*-Argentina), por su amplia producción (en 5 idiomas, medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Economía Aplicada en la Univ. Rey Juan Carlos. Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard, DePaul, Baylor*) y Latinoamérica (v.g. *IIDH, UCR, URL*). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y *Family Sapiens* en Venezuela); también colaborador en diversos medios de comunicación.
antonio.sbayon@urjc.es.

jurídicas y económico-sociales de la fijación e incremento del salario mínimo interprofesional, cuyo recurso genera unos resultados contraintuitivos: no se gana más, sino que todos pierden. Al aumentarse de manera indiscriminada y artificial los sueldos (sin base productiva, sólo regulatoria), su efecto inflacionario es pernicioso para el conjunto de los actores económicos, perdiéndose nivel de riqueza para toda la sociedad (incluidas las siguientes generaciones, quienes ganarán menos, en comparación al poder adquisitivo y el endeudamiento heredado). En definitiva, se trata de un impuesto a los más pobres, como se prueba en el artículo.

Palabras clave: salario mínimo interprofesional (SMI), inflación, economía de bienestar estatal, economía aplicada.

Abstract: This article on applied economics, analyzes one of the possible accelerators of the end of the state welfare economy. It critically reviews the political-legal and economic-social foundations and relations of the setting and increase of the minimum interprofessional wage, whose resource generates counter-intuitive results: no more is earned, but everyone loses. As wages are increased indiscriminately and artificially (without a productive base, only regulation), their inflationary effect is pernicious for all economic actors, and the wealth of society as a whole is lost (including the next generations, who will earn less, compared to the purchasing power and inherited debt). In short, it is a tax on the poorest, as the article proves.

Key words: minimum interprofessional wage (MIS), inflation, state welfare economy, applied economy.

Presentación: *confusión de confusiones*

Confusión de confusiones, puede considerarse como el proto-manual de finanzas (sobre todo, del mercado de valores, y algo de banca), escrito hacia el año 1.688 por José de la Vega, un judío español emigrado a Ámsterdam (cerca de 130 años, antes de que otro sefardí, también emigrado a los Países Bajos, escribiera su famoso y fundacional *Principios de Economía Política*, David Ricardo). Demostró tal pericia para las finanzas, que pudo legarlo a la postre en un ágil diálogo (al estilo platónico) entre un *filósofo agudo*, un *mercader discreto* y un *accionista erudito* (tal como retrata el subtítulo de la

obra)². Dicho proto-manual pone de manifiesto lo arriesgado que es jugar en bolsa sin conocer y aplicar sus reglas. *Mutatis mutandis*, cabe llamar la atención a todos aquellos Gobiernos y sus asesores que siguen aplicando recetas de economía de bienestar estatal (ya caducas, y sólo operativas tras la *II Guerra Mundial*, para reactivar las maltrechas economías europeas, pero que a finales de los años 70, nórdicos y anglosajones empezaron a abandonar –pasando de modelos ideológicos a gestión-, para poder volver a crecer)³. Pues bien, asistimos hoy a la confusión de confusiones, que esta vez (para este texto), se presta atención en el caso del *salario mínimo interprofesional* (SMI): ¿por qué una supuesta buena idea de unos pocos puede acarrear tantos problemas a tanta gente? (o dicho de otro modo, ¿por qué subir el SMI indiscriminadamente causa una aceleración del desempleo y un despunte de la inflación, reduciéndose la recaudación fiscal y debilitándose el poder adquisitivo de todos, además de intensificarse la extinción de las coberturas del Estado de bienestar?).

Evaluación: cuando el SMI iguala a la baja

Durante la década de 1880, con la *II rev. industrial*⁴, tiene lugar la desaparición de la mitad de los trabajos en el sector primario (por su

² Vid. De la Vega, J.: *Confusión de confusiones: diálogos curiosos entre un philosopho agudo, un mercader discreto, y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego, y su enredo* (Taller David de Castro: Ámsterdam, 1688; reediciones y trad., vid. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1958). Ricardo, D.: *On the Principles of Political Economy and Taxation*, London: John Murray, 1817.

³ Tras las crisis energéticas y laborales de principios de los años 70, difícilmente superables a lo largo de dicha época, por la rigidez regulatoria y de mercados, así como por el lastre del endeudamiento acumulado, tanto Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, sobre todo, cambiaron su modelo económico. Fue entonces cuando liberales y laboristas renunciaron a los postulados ideológicos, para centrarse en la gestión.

⁴ Sirva como síntesis de las revoluciones industriales y su impacto económico: a) *I revolución industrial* (aprox. 1750-1870, en Europa Atlántica): gracias al carbón y la máquina de vapor, se pasa del campo a los talleres urbanos (siendo uno de sus sectores de referencia el textil), con contratos civiles de arrendamiento de servicios (por jornadas y prestaciones pactadas); frena su avance los vestigios de estamentos y gremios; b) *II revolución industrial* (aprox. 1880-1950, en Europa, EE.UU. y Japón): gracias al petróleo, la electricidad y a la cadena de montaje, se pasa de los talleres a las fábricas (siendo uno de sus principales sectores el automovilístico), con contratos de trabajo propiamente (bajo un régimen *ius* laboral tuitivo); altera su avance (con aceleraciones y recesiones) las guerras y las intervenciones estatales; c) *III revolución industrial* (aprox. 1960-2008, en Occidente): gracias a la informática y la robotización, más la energía nuclear y renovables, se pasa de fábricas a sedes tecno-burocráticas centralizadas y módulos de producción y ventas deslocalizados, más la eclosión de *malls* o centros comerciales, con diversidad de relaciones laborales y empleabilidad (contratos civiles y mercantiles, laborales, funcionariales, etc.). Sigue alterando su avance las intervenciones estatales (es la era dorada de la economía de bienestar estatal); *IV revolución industrial y transición digital* (aprox. 2008-2030, mundial): gracias a internet, la programación (especialmente, *blockchain* desde 2009, gracias a Satoshi

mecanización), con grandes migraciones a las ciudades, dándose paso a nuevas profesiones en el *boom* del sector secundario y el despegue del sector terciario. También por entonces, fallece Marx (no así el marxismo o *socialismo de salón*, tan recurrente en las universidades, medios de comunicación y *think-tanks*), y comienza una nueva etapa socialista: el revisionismo o socialdemocracia (de Bernstein et al)⁵. Según la *segunda internacional*, ya no es necesaria la revolución del proletariado, sino el ascenso político dentro del sistema democrático de partidos y sindicatos de clase, que logren políticas públicas tuitivas para los trabajadores y su bienestar. También, en dicho periodo se refunda el *Ku Klux Klan* (KKK), ganando elecciones locales, con una medida estrella: el *salario mínimo interprofesional* (SMI) –para evitar que los afroamericanos recién emancipados pudieran acceder a trabajos, en competencia desleal (al aceptar bajos sueldos), provocándose a la postre su gran migración a las ciudades del Norte y Medio Oeste-. Dado el *pensamiento débil*, surgido durante las

Nakamoto –en realidad un alias- y el móvil (como oficina integrada), es la era de las redes sociales, las *apps & everywhere commerce-ewc* o comercialización continua virtual, dándose el regreso del profesional (*knowmads v. freeriders*), quien puede ser comisionista, facturador, afiliado, etc. (surgen nuevas fórmulas de regulación de relaciones laborales mixtas, v.g. *click-pay, flexecurity, part-time jobs mix*). También es el periodo de la emergencia de *smart-contracts & DAO* (contratos inteligentes, como códigos en la nube, cuyas partes son inteligencias artificiales, que operan desde Bolsa hasta la conducción sin chofer). De tal modo, no sólo se transita a la economía digital-ED en su *fase gig* o de bolos, sino que además se va esbozando el nuevo estadio del capitalismo, como es el *talentismo* (vid. supra). Vid. Sánchez-Bayón, A.: “Transición a la economía gig”, *Encuentros Multidisciplinares*, nº62, 2019: 1-19. “Claves de Derecho de Empresa: del fin de recursos humanos a la emergencia de talento en la posglobalización”, *Derecho y Cambio Social*, nº 58, 2019: 448-66. - “Problemas convergentes de derecho, economía y sociología en la posglobalización: transición entre la economía de bienestar y las economías colaborativas, circulares, autónomas y naranjas”, *Derecho y Cambio Social*, nº 57, 2019: 12-41. - “Una historia crítica de sociología del trabajo y de las organizaciones: de *trabajadores de cuello azul y blanco* a *Knowmads & freeriders*”, *Rev. Miscelania Comillas*, vol. 77, nº 151, 2019: 431-51. - “Retos jurídico-sociales relativos al fin de recursos humanos y la emergencia de talento”, *Revista Gral. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Iustel* (nº54), 2019: 424-40. - “Del fin de recursos humanos a la emergencia del talento”, *Encuentros Multidisciplinares*, nº63, 2019: 1-11. - “Revisión de fundamentos económico-empresariales en el entorno de la posglobalización” (p. 1-24), en Andreu, A., Sánchez-Bayón, A. (dir.): *Claves de Administración y Dirección de Empresas en la Posglobalización*, Madrid: Delta Publicaciones, 2019. Sánchez-Bayón, A., et al.: “Plan de acción frente al consumismo global de la *Nueva Economía*: Revelaciones sobre economía, empresa y consumo del s. XXI”, *Empresa y Humanismo*, vol. XXI, nº1, 2018: 69-93.

⁵ Vid. Bernstein, E.: *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, Stuttgart: J. H. W. Dietz, 1899. - *Zur Geschichte und Theorie des Socialismus gesammelte Abhandlungen*, Berlin: Akademischer Verlag für soziale Wissenschaften, 1901. - *Zur Theorie des Lohngesetzes und Verwandtes. Probleme des Socialismus. Socialistische Controversen*, Berlin: Dümmler, 1901. - *Ferdinand Lassalle*, Berlín: Akademischer Verlag für soziale Wissenschaften, 1904.

guerras culturales (1960-80) y generalizado tras la globalización (1990)⁶, resulta urgente y necesario el aclarar ciertas falacias generalmente aceptadas sobre SMI: no mejora las condiciones laborales, sino que las empeora, pues su beneficiario final es su impulsor, o sea, los poderes estatales, hoy llamados Sector público⁷. La experiencia de la socialdemocracia escandinava (durante las citadas guerras culturales, y que pronto tuvieron que cambiar, para volver a crecer)⁸, probó que el SMI no beneficiaba al trabajador, sino al Estado de bienestar, al pretender una mayor financiación vía retenciones salariales – que no fue tal, y además causó una pérdida de poder adquisitivo al trabajador

⁶ Vid. Sánchez-Bayón, A.: “Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización”, *Carthaginensia*, vol. XXXIII, n.º. 64, 2017: 411-58. “Apuntes para una teoría crítica humanista y su praxis económico-empresarial en la posglobalización”, *Rev. Miscelania Comillas*, vol. 75, n.º 147, 2017: 305-29. - “Prisma holístico para una teoría social posglobalizatoria”, *Cauriensia*, vol. XI, 2016: 675-96. Valero, J., Sánchez-Bayón, A.: *Balance de la globalización y teoría social de la posglobalización*, Madrid: Dykinson, 2018.

⁷ Sirva como aclaración preliminar, que en realidad el Estado es la moderna organización política basada en la racionalidad administrativa para el tránsito al Nuevo Régimen (sociedades libres y abiertas), por lo que más que un poder (como se ha venido identificando por buena parte de la doctrina), se trata del tablero de juego (de las relaciones socio-jurídicas), donde interactúan (conforme al contrato social), de un lado, los poderes públicos (en representación del Estado y como jugadores cualificados, con ciertas prerrogativas y también mayores restricciones de discrecionalidad), y de otro lado, la ciudadanía (en representación de sí mismos y de la sociedad civil, como contrapoder, contando con unas garantías extras en dicha relación, como son los derechos humanos). Pues bien, en la evolución de los poderes estatales, desde el s. XIX, estos pasaron de la matriz mínima de poderes horizontales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), de concentrados a descentralizados (tanto territorial como competencialmente), ampliándose sus administraciones de apoyo, por lo que se pasó a hablar de Administraciones Públicas. A inicios del s. XX, de manera complementaria, surgieron novedosos poderes estatales trasversales de vocación garantista (v.g. Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo). Y a mediados de siglo, se procuró el cambio de terminología, para restar violencia y procurar una legitimidad de conocimiento (de *potestas* a *auctoritas*), por lo que empezó a hablarse de Instituciones públicas y a sus representantes como Autoridades públicas –algo desconcertante, pues no se les obedece por su conocimiento, sino por su coercibilidad-. Finalmente, con el éxito del Estado de bienestar, se ha terminado instaurando el concepto difuso del Sector Público: agencias estatales (v.g. meteorología), institutos (v.g. estadística), confederaciones (v.g. hidrográficas), corporaciones (v.g. colegios profesionales), sociedades (v.g. consorcios energéticos y de transportes), etc. Vid. Sánchez-Bayón, A.: *Concordia constitucional*, Madrid: Delta Publicaciones, 2013. - *Derecho Constitucional*, Madrid: Ed. Roble, 2015. – *Derecho Público General*, Madrid: Delta Publicaciones, 2016. – *Lecturas fundamentales de Derechos Político y Constitucional*, Porto: Ed. Síndéresis, 2017. – *Sociología del poder*, Porto: Ed. Síndéresis, 2019. Sánchez-Bayón, et al.: *¿Ocaso estatal y de sus relaciones institucionales y protocolarias?* Porto: Ed. Síndéresis, 2017).

⁸ Así queda probado en las estadísticas de la OCDE y en índices internacionales, como *Doing Business* (DB) del Banco Mundial: los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca) se hallan entre los 10 principales de dicho índice (y de otros como IDH-ONU, percepción de la corrupción de la Fundación Transparencia, etc.); *mutatis mutandis*, cabe predicarse igualmente para los anglosajones, en especial (dentro de la *Commonwealth of Nations*) los casos de Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

y, a la postre, un gran endeudamiento nacional, vid. supra-. Por ello, hoy dicha los países nórdicos no gravan tanto la generación de renta, como sí lo hacen al consumo (de modo que se estimule una cultura del ahorro, en vez del endeudamiento, como sí parecen seguir buena parte de los países mediterráneos, donde la economía de bienestar estatal está más anclada en su direccionismo y clientelismo).

Sirva la mención telegráfica (no exhaustiva, sólo ilustrativa) de algunas negatividades del SMI: en un mercado laboral libre (como supuestamente postula el art. 35 de la Constitución española de 1978), el salario se establece en el cruce de la oferta y demanda (como precio de equilibrio); sin embargo, en un mercado regulado y con SMI, la oferta se contrae (hay menos contratación, al ser más cara y decrecer la utilidad marginal). De tal manera, la mano de obra no cualificada se vuelve un lastre (por suponer un coste fijo muy alto, en relación a su baja productividad), de ahí su sustitución por robótica y programación (como ya viene pasando en vigilantes de parkings, cajeros de supermercados y grandes superficies, camareros de franquicias de restauración, etc.). Con SMI se levanta una barrera legal de acceso a nuevos trabajadores (jóvenes, inmigrantes, etc.), incluso para aquellos en proceso de reconversión (mayores, parados de larga duración, etc.), debido a los altos costes fijos de Seguridad Social, IRPF, et al. –en parte, por eso se llama economía de bienestar estatal-. Más aun, con SMI se reduce el poder adquisitivo de todos: el trabajador no cualificado vive un espejismo, al creer que gana más, cuando en realidad pierde las ayudas por bajos ingresos (v.g. becas escolares, ayudas al transporte), las exenciones fiscales (v.g. no tributación de IRPF), y para colmo su dinero vale menos (por el efecto inflacionario, vid. supra). También se perjudica al trabajo cualificado, al ver recortada la parte variable de su salario (v.g. *bonus*), que es de donde se detrae para compensar la subida de SMI. Incluso, a medio plazo, el Sector público (impulsor de la subida de SMI), termina comprobando que no se alcanza la cuota de recaudación prevista (al disminuir la contratación y aumentar los despidos), de modo que para mantener tal gasto público no productivo asumido, se recurre a un aumento del déficit (que desajusta el presupuesto, para poder terminar el año fiscal) y un mayor endeudamiento (para abonar las prestaciones y subsidios por desempleo, las prejubilaciones, las ayudas sociales, etc.). El empobrecimiento y dependencia al que conduce el aumento de SMI, dado su efecto inflacionario, no sólo se observa en los trabajadores por cuenta ajena, sino que también se transfiere (por otra falacia,

como es la igualitarista) a los trabajadores autónomos⁹ –eso sí, no igualados en derechos- y pensionistas –dicho sea de paso, su sistema urge de un tránsito inmediato generalizado de reparto a capitalización-. Resulta que, lo que se presentaba como una mejora, en realidad constituye una precarización expansiva, ya que el SMI se vuelve el salario medio interprofesional: el *mileurismo* se manifiesta como la realidad dominante (amén de la economía sumergida), solo que valiendo menos. Téngase en cuenta que, dada la subida impuesta de SMI (sin sustento en la mejora de la productividad), la misma se repercute a los precios de los bienes y servicios, además de aumentarse así la presión fiscal (sobre la burbuja generada); al resultar insostenible un escenario así, por recortes laborales y caída de la recaudación, se incurre entonces en un mayor déficit y deuda para intentar cubrirlo, de tal suerte, al final se repercute todo ello a las siguientes generaciones, que no sólo serán las pagadoras, sino que se habrá consumido parte de la riqueza que les correspondía –de ahí la paradoja de la mayor cualificación con un menor nivel de vida)¹⁰. Baste recordar coyunturas pretéritas, como la española, de huelgas generales y disturbios sociales, que finalmente pudieron resolverse vía los *Pactos de la Moncloa* de hace cuarenta años (la subida indiscriminada de salarios disparó la inflación a un 27%: de ganar miles de pesetas se pasó a cientos de miles, pero igualmente ocurrió en el resto de precios, por lo que el poder adquisitivo se desplomó, siendo necesaria una regulación rígida, para evitar descontroles pasados, pero ello redujo la productividad, además de fijar un techo de cristal a la riqueza).

Conclusiones: el Sector público gana, pero no tanto

En definitiva, el SMI es una herramienta económica peligrosa (especialmente en manos populistas y con discursos de *pensamiento débil* – basados en el *pathos* o sentimiento colectivo, y no en el *ethos* o racionalidad

⁹ En una interpretación perversa del sistema –y sin suficiente respaldo legislativo (en todo caso, vía instrumentos asimilados, como los decretos-leyes, con déficits de legitimidad y validez)-, se obliga a los autónomos a aportar unas cotizaciones más elevadas, con mayores retenciones fiscales, como si hubiera un incremento de su salario; en realidad, se están inflando sus costes, reduciéndose su escaso margen de beneficio –y eso dando por sentada la ficción de que siempre ha de ganarse, cuando lo habitual es tener algún trimestre negativo, a compensar luego-. Otro error interesado es identificar al autónomo con el profesional liberal no colegiado, junto con el industrial y el comercial, pese a que en realidad dicha categoría comprende a otros muchos colectivos, más vulnerables aún, como son los agricultores, ganaderos, trabajadores de servicio doméstico y de cuidados, etc.

¹⁰ Vid. Sánchez-Bayón, A.: *Humanismo Iberoamericano. Una guía para transitar la globalización*, Guatemala: Cara Parens, 2012. – *Renovación de la filosofía social iberoamericana. orientaciones para salir del laberinto del Estado-nación y (re)humanizar la globalización*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. – *Problemas y retos para alcanzar la sociedad del conocimiento*, Madrid: Delta Publicaciones, 2016.

técnico-profesional-), pues genera falsas expectativas de crecimiento, que se realizan en un aumento de la inflación y de la fiscalización, así como un malbaratamiento del dinero (como denunciara ya el Padre Molina de la Escuela de Salamanca, calificando el bastardeo de la moneda como el impuesto a los pobres). A continuación, a modo de balance, permítase esbozar una síntesis mínima del efecto domino, que tiene el empleo de la subida indiscriminada del SMI, al darse lugar a un deterioro político-jurídico y económico-social en cascada: una de las primeras consecuencias es el aumento de la inflación (por subida generalizada de precios, con pérdida de poder adquisitivo), provocándose un desajuste del IPC (confirmándose dicha pérdida de poder adquisitivo); también se produce una mayor presión fiscal, cuya recaudación cae a medio plazo, por el *efecto Laffer* (al aumentarse los costes laborales, se reduce su oferta, por lo que hay menos posibilidad de gravar, por mucho que se suban los impuestos –moviéndose la economía de lo formal a lo informal-); otro efecto es el del levantamiento de barreras artificiales para los actores económicos, en especial, para quien venía a beneficiar (trabajadores poco cualificados y sin aportación de valor), pues el aumento de los costes fijos de factores no productivos sirve de incentivo para su sustitución vía digitalización (por lo que tras la fantasía de la subida salarial, su poder adquisitivo se pierde con la retirada de ayudas y el aumento de la presión fiscal, hasta que finalmente llegan los despidos, ya que es más barato y sostenible su sustitución por robotización y programas); ante la distorsión de mercados ocasionada, el Sector público pretende compensar los reajustes (conforme a su supuesta labor redistributiva), pero para ello ha de incumplir con el presupuesto y aumentar el déficit, de modo que se rompa el techo de gasto, fomentándose el mismo (eso sí, no el productivo, como son las inversiones y el fomento, sino las ayudas, acrecentando la dependencia y las redes clientelares), lo que en realidad lastra aún más la economía (acentuando y prolongando la tendencia del ciclo bajista, además de consumir la riqueza de las siguientes generaciones); con todo ello, al final, no sólo se ha causado una pérdida generalizada de poder adquisitivo y un mayor endeudamiento de la sociedad (extendiéndose intergeneracionalmente), sino que además se ha vuelto el trabajo una suerte de bien altamente gravado y escaso (dado el desempleo, prejubilaciones, informalidad o economía sumergida, etc., siendo sustituido por robótica y programación). Así que el SMI, aumentado de manera indiscriminada, a corto plazo (en un par de trimestres –según lo abierta que sea la economía-) puede parecer que beneficia al trabajador, pero a medio plazo (pasado un año) sólo ha parecido ganar el Sector público (al recaudar un poquito más y disponer de las ayudas que ya no han entregado en el corto plazo previo), para terminar disparándose precios, destrucción de empleo y aumento

exponencial del gasto, para compensar los efectos de la burbuja provocada (así ha sido en la Rep. Weimar en los años 30, en la Rep. Cuba desde los años 60, en la Rep. Camboya en los años 70, en la Rep. Argentina en 1989-90 y desde 2001, en la Rep. Venezuela desde 1999, etc.). Ni aun siendo un gran experto macroeconómico se llega a dominar el uso correcto del SMI como herramienta cortoplacista, para enfriar o calentar la economía, influyéndose en el consumo -rara vez sale bien la jugada de alquimista-. Lo que es seguro, es que el SMI, se sigue presentando –de manera anacrónica- como uno de los logros de la *economía de bienestar estatal-EB*, cuando en realidad está llamado a ser uno de sus sepultureros (por el populismo económico que pondrá fin a la ya de por sí caduca EB). Afortunadamente, en la *economía digital-ED* (al menos, en su *fase gig* actual, que comprende la *economía circular y colaborativa-ECC*, la *economía autónoma-EA* y la *economía naranja-EN*)¹¹, no tiene cabida el SMI, pues la facturación dependerá del talento de cada cual. Mientras se produce la transición de EB a ED (en el plazo mundialmente dado, como es Horizonte 2030), ¿tiene sentido un SMI generalizado y uniformizante? El SMI, los convenios sectoriales, etc., resultan herramientas de una EB de los años 60, en la que se tendía a la uniformidad y se expulsaba del sistema todo aquello que resultara diferente y disruptivo (cosa que hoy urge más que nunca). En economías más competitivas, como la estadounidense, poco a poco va desapareciendo el abanico de SMIs (según sector y territorio), resultando algo orientativo y residual. Así pasa también en los países nórdicos y helvéticos (Suiza, Italia y Austria), donde no existe el SMI, sino salarios más altos según productividad (vid. supra Anexos).

En definitiva, el SMI puede considerarse una idea cargada de buenas intenciones, aunque ha resultado a la postre una mala práctica, pues su incremento generalizado, sin base real y sólo regulatoria, únicamente ha supuesto un desestabilizador económico de efectos multiplicadores, con un buen número de trabas a la actividad económica y repleto de costes ocultos (en su mayoría, externalidades negativas): al final, todos pierden (algo lógico, sobre todo para los defensores de la economía de bienestar estatal, que la entiende como un *juego de suma cero*, por lo que se crea una burbuja para luego reventarla y socializar los costes).

¹¹ Se recuerdan aquí algunas notas mínimas sobre la economía digital (ED), máxime en su fase *gig* actual, que comprende: a) ECC, se basa en redes sociales, reciclando bienes y servicios compartidos (v.g. AirBnB, Uber); b) EA, se basa en *big-data*, *internet de las cosas-IoT*, *inteligencia artificial-IA*, *realidad aumentada*, *virtual* y *mixta-RA-RV-RM*, etc., articulándose mediante 5G, *block-chain*, *smart-contracts* y DAOs (v.g. fondos de inversión en flota de coches autónomos, *fintech*); c) EN, se basa en el talento y la creatividad aplicándose a la experiencia y el entretenimiento (v.g. gastronomía, turismo, videojuegos, festivales); vid. infra nota 4.

Más adelante (en otras contribuciones), se tratarán otros acelerantes de la extinción de la economía de bienestar estatal (esperándose el tránsito a otra economía de auténtico bienestar, pero de la sociedad civil, como se plantea con el *talentismo* en curso: un estadio novedoso del capitalismo, basado en el capital humano, como piedra de toque del sistema). Por tanto, se deja aquí la cuestión, no sin agradecer antes la atención y quedando a disposición de cualquier duda o comentario a resolver antes de continuar avanzando.

Bibliografía

- Bernstein, E.: *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, Stuttgart: J. H. W. Dietz, 1899.
- Bernstein, E.: *Zur Geschichte und Theorie des Socialismus gesammelte Abhandlungen*, Berlin: Akademischer Verlag für soziale Wissenschaften, 1901.
- Bernstein, E.: *Zur Theorie des Lohngesetzes und Verwandtes. Probleme des Socialismus. Socialistische Controversen*, Berlin: Dümmler, 1901.
- Bernstein, E.: *Ferdinand Lassalle*, Berlín: Akademischer Verlag für soziale Wissenschaften, 1904.
- De la Vega, J.: *Confusión de confusiones: diálogos curiosos entre un philosopho agudo, un mercader discreto, y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su ethimologia, su realidad, su juego, y su enredo* (Taller David de Castro: Ámsterdam, 1688; reediciones y trad., vid. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1958).
- Ricardo, D.: *On the Principles of Political Economy and Taxation*, London: John Murray, 1817.
- Sánchez-Bayón, A.: “Revisión de fundamentos económico-empresariales en el entorno de la posglobalización” (p. 1-24), en Andreu, A., Sánchez-Bayón, A. (dir.): *Claves de Administración y Dirección de Empresas en la Posglobalización*, Madrid: Delta Publicaciones, 2019.
- Sánchez-Bayón, A.: “Transición a la economía gig”, *Encuentros Multidisciplinares*, nº62, 2019: 1-19.
- Sánchez-Bayón, A.: “Claves de Derecho de Empresa: del fin de recursos humanos a la emergencia de talento en la posglobalización”, *Derecho y Cambio Social*, nº 58, 2019: 448-66.
- Sánchez-Bayón, A.: “Problemas convergentes de derecho, economía y sociología en la posglobalización: transición entre la economía de

bienestar y las economías colaborativas, circulares, autónomas y naranjas”, *Derecho y Cambio Social*, nº 57, 2019: 12-41.

Sánchez-Bayón, A.: “Una historia crítica de sociología del trabajo y de las organizaciones: de *trabajadores de cuello azul y blanco* a *Knowmads & freeriders*”, *Rev. Miscelania Comillas*, vol. 77, nº 151, 2019: 431-51.

Sánchez-Bayón, A.: “Retos jurídico-sociales relativos al fin de recursos humanos y la emergencia de talento”, *Revista Gral. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Iustel* (nº54), 2019: 424-40.

Sánchez-Bayón, A.: “Del fin de recursos humanos a la emergencia del talento”, *Encuentros Multidisciplinares*, nº63, 2019: 1-11.

Sánchez-Bayón, A.: *Sociología del poder*, Porto: Ed. Sindéresis, 2019.

Sánchez-Bayón, A.: *Lecturas fundamentales de Derechos Político y Constitucional*, Porto: Ed. Sindéresis, 2017.

Sánchez-Bayón, A.: “Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización”, *Carthaginensia*, vol. XXXIII, nº. 64, 2017: 411-58.

Sánchez-Bayón, A.: “Apuntes para una teoría crítica humanista y su praxis económico-empresarial en la posglobalización”, *Rev. Miscelania Comillas*, vol. 75, nº 147, 2017: 305-29.

Sánchez-Bayón, A.: “Prisma holístico para una teoría social posglobalizatoria”, *Cauriensia*, vol. XI, 2016: 675-96.

Sánchez-Bayón, A.: *Derecho Público General*, Madrid: Delta Publicaciones, 2016.

Sánchez-Bayón, A.: *Problemas y retos para alcanzar la sociedad del conocimiento*, Madrid: Delta Publicaciones, 2016.

Sánchez-Bayón, A.: *Derecho Constitucional*, Madrid: Ed. Roble, 2015.

Sánchez-Bayón, A.: *Renovación de la filosofía social iberoamericana. Orientaciones para salir del laberinto del Estado-nación y (re)humanizar la globalización*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

Sánchez-Bayón, A.: *Concordia constitucional*, Madrid: Delta Publicaciones, 2013.

Sánchez-Bayón, A.: *Humanismo Iberoamericano. Una guía para transitar la globalización*, Guatemala: Cara Parens, 2012.

Sánchez-Bayón, A., et al.: “Plan de acción frente al consumismo global de la *Nueva Economía*: Revelaciones sobre economía, empresa y consumo del s. XXI”, *Empresa y Humanismo*, vol. XXI, nº1, 2018: 69-93.

Sánchez-Bayón, et al.: *¿Ocaso estatal y de sus relaciones institucionales y protocolarias?* Porto: Ed. Sindéresis, 2017.

Valero, J., Sánchez-Bayón, A.: *Balace de la globalización y teoría social de la posglobalización*, Madrid: Dykinson, 2018.

Anexos: gráficos ilustrativos



Sobre la materia, para *confusión de confusiones*, existe una sobreabundancia de gráficas y tablas (aquellas sin autor y fecha, que se replican y se dan por buenas, sobre todo, para sostener discursos de pensamiento débil). Sirva como ejemplo el de la gráfica siguiente de la izquierda (a contrastar con el de su derecha):



¿De qué año es? Dado el desfase multianual de Eurostat (institución que, pese a su presupuesto de ocho millones de euros, no verifica, sólo compila y consolida los datos), y la cifra retratada para España es de 752 euros (lo cual no se corresponde con ninguna publicación del BOE, vid. gráfica de la derecha), habría de ubicarse hacia el año 2013 (bajo la Adm. Rajoy –que apostara por un incremento controlado de la inflación–), cuando el SMI estaba en 645,3 euros en 14 pagas (que prorrateado a 12 mensualidades sale a

752,8 euros al mes)¹². El resto de datos comparados resultan también cuestionables (hasta las denominaciones, v.g. Holanda es un provincia y el Estado es Países Bajos), pudiendo corresponderse –en el mejor de los casos- a ciertas estimaciones (v.g. en EE.UU. no hay un salario mínimo interprofesional, sino que depende de regulación federal y estatal, según sectores, y se tipifica por hora de trabajo); además, todo ello está computado en euros nominales, y no en reales (por lo que no se ha considerado la inflación). Quizá, mejor que atender a un supuesto SMI, habría que atender a la media salarial de los países con mayor productividad:



¹² Por cierto, a este respecto, en España se viene haciendo todo mal desde 1995 (incumplándose las reglas de derecho): la ley general del trabajo (el Estatuto de los trabajadores), según el art. 35 de la Constitución tiene reserva de ley, pero se viene tipificando mediante un instrumento jurídico asimilado (un Decreto-legislativo). Igualmente, la subida de SMI se ha realizado mediante instrumento jurídico inferior, como es un reglamento (llamado en este caso Real Decreto). A su vez, si se tipifica un beneficio como un derecho, entonces no puede cobrarse menos de lo establecido, por lo que no se trata de una cuantía bruta, sino neta, así que contablemente serían cuantías muy superiores en realidad. La práctica recurrente ha sido la pactada del *espejismo compartido*: en un acuerdo renovado periódicamente entre Gobierno, patronal y sindicatos, se ha ido anunciado la subida del SMI y del resto de sueldos, para compensar la constante pérdida de poder adquisitivo debido a la inflación subyacente acumulada –así todos pueden ponerse una “medallita”, pese a su pésima gestión-.

As Entidades de Infraestrutura Específica (*claims resolution facilities*) como mecanismo para a efetivação das políticas públicas: uma análise à luz das decisões estruturantes^(*)

The Claims Resolution Facilities as a mechanism to effective public policies: an analysis based on structural injunctions

Las Entidades de Infraestructura Específica (*claims resolution facilities*) como mecanismo para la efectividad de las políticas públicas: un análisis a la luz de las decisiones estructurales

Gustavo Felipe da Cruz Lago¹

Lucas Salles da Silveira Rosa²

Sumário: Introdução. **1.** Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. **2.** As Entidades de Infraestrutura Específica (*claims resolution facilities*) e sua aplicabilidade para efetivação das Políticas Públicas. **3.** Liquidação e Execução de Sentença relativa a Direitos Difusos e Coletivos em sentido estrito. **4.** Liquidação e Execução de Sentença relativa a Direitos Individuais Homogêneos. **5.** A intervenção de terceiro na atividade executiva: avanço ou retrocesso? A necessidade do controle público. **6.** A Fundação Lava-Jato e a crítica de Antonio do Passo Cabral: *se tal instrumento pode trazer mais eficiência,*

(*) Recibido: 12/02/2020 | Aceptado: 09/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/7299651254372750>
dacruzlag@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/6415424939098752>
lssr071096@gmail.com

por que tanta resistência? 7. O futuro das Políticas Públicas: da Constitucionalidade e da Conveniência do Projeto de Lei 8.058/2014. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: o presente artigo visa analisar a figura das entidades de infraestrutura específica (*claims resolution facilities*), nova espécie de intervenção de terceiros, na efetivação dos direitos coletivos, sobretudo na fase executiva, em especial nos litígios que demandam maior complexidade para a resolução ou que envolvam políticas públicas. Destaca-se que o presente trabalho, através da metodologia exploratória, com base em pesquisa bibliográfica e à luz do Direito Comparado, busca apresentar solução à ausência de previsão legal das *claims resolutions facilities*.

Palavras-Chave: tutela coletiva, entidades de infraestrutura específica, políticas públicas.

Abstract: the present article aims to analyze the figure of claims resolution facilities, a new type of third party intervention, in the realization of collective rights, mainly in the executive phase, especially in litigations that require greater complexity for resolution or involving public policy. It is noteworthy that the present work, through the exploratory methodology, based on bibliographic research and in the light of Comparative Law, seeks to present a solution to the absence of legal provision for claims resolution facilities.

Key words: collective tutelage, claims resolution facilities, public policies.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la figura de las entidades de infraestructura específicas (*claims resolution facilities*), un nuevo tipo de intervención de terceros, en la aplicación de los derechos colectivos, especialmente en la fase ejecutiva, especialmente en disputas que exigen una mayor complejidad para la resolución o que involucran políticas públicas. Cabe destacar que el presente trabajo, a través de la metodología exploratoria, basada en la investigación bibliográfica y a la luz del Derecho Comparado, busca presentar solución a la ausencia de disposición legal de las *claims resolution facilities*.

Palabras clave: tutela colectiva, entidades de infraestructura específica, políticas públicas.

Introdução

A tutela dos direitos coletivos é de fundamental importância para a proteção do interesse público primário e, assim sendo, o estudo e aprimoramento dessa tutela é fundamental para que a resposta do judiciário seja mais adequada a cada situação jurídica protegida.

Nessa ótica, a adaptabilidade, com fundamento na adequação dos procedimentos, se justifica ainda mais, nos danos ambientais, os quais, em sua essência possuem grande complexidade³. Nesses casos, a flexibilização das regras previstas para o procedimento das ações coletivas é oportuna. Com efeito, a doutrina sinaliza que a Ação Civil Pública, espécie de ação coletiva, possui importância singular para a proteção das pretensões reparatórias advindas de um dano ambiental⁴.

Nesse sentido, um instrumento que pode servir para a adequação dos procedimentos previstos nas ações coletivas, bem como a efetivação de direitos decorrente dessas, são as *claims resolution facilities*, entidades que possuem como objetivo dar tratamento diferenciado a demandas que seriam processadas pela forma comum da tutela de direitos coletivos⁵.

1. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas

Em início, é importante deixar claro que o processo coletivo trata de demandas que não versam somente sobre direitos individuais, ao contrário, nesta forma de tutela, o que é levado como situação jurídica, são direitos que ultrapassam a esfera individualista para avançar naquelas que abarcam a sociedade como um todo⁶.

Dessa forma, os professores Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr⁷ entendem que a tutela estatal, positivada no sistema processual civil, deve ir além da mera finalidade de pacificação de conflitos. Com efeito, propõe a citada

³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p.538.

⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 153

⁵ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019. p. 3.

⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, op. cit., p. 49, nota 3.

⁷ Ibid., p. 50.

doutrina, que o processo civil seja um instrumento concretizador do interesse público primário.

Nesse sentido, corrobora Siqueira Jr.⁸, tendo em vista que entende serem instrumentos para efetivação da cidadania, previstos de forma expressa na Constituição Federal, a Ação Civil Pública e a Ação Popular. Arremata, ainda, que a tutela coletiva dialoga de forma direta com o Estado Democrático de Direito, pois tratam, essas ações, da proteção do interesse público primário. Assim sendo, a tutela coletiva tem, como princípio, dar mais eficácia ao processo⁹.

Por esse ângulo, lembra Ada Pellegrini Grinover¹⁰ que a Constituição Federal prevê direitos fundamentais de aplicação imediata que, por muitas vezes não são aplicados por omissão dos outros poderes, em especial a Administração Pública.

Consequentemente, a própria Magna Carta prevê meios que são eficazes para constranger o poder público a realizar determinada política pública. Entre as formas de fazer com que o poder político cumpra seu papel, estão as ações coletivas que, em determinados casos, como a declaração de forma difusa da inconstitucionalidade pelo juiz de primeiro grau, terá eficácia *erga omnes* sem, contudo, infringir a separação de poderes e a organização do estado¹¹.

Aliás, ressalte-se a Emenda Constitucional nº 45/2004 e as legislações posteriores, as quais possibilitaram que decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, vinculasse todos da administração pública¹².

Com todas essas considerações, demonstrar-se-á que a tutela coletiva pode ser adaptada para se dar melhor efetividade às políticas públicas, notadamente em casos os quais versam sobre grandes desastres ambientais.

⁸ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Cidadania e Políticas Públicas*. Revista dos Tribunais Online, 2006. p. 8.

⁹ Ibid., p. 9.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.424.

¹¹ Ibid., p.424.

¹² BERNARDO, Leandro Ferreira. *Políticas públicas e judiciário: a necessidade de aprimoramento do sistema processual de tutela coletiva brasileiro voltado ao controle jurisdicional de políticas públicas*. Revista Eletrônica de Direito Processual v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, p.250-287, jan a abr/2019. p. 269.

Com efeito, como dito pelos processualistas Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr¹³, o caso Rio Doce, por exemplo, por ser um caso de alta complexidade e conflituosidade, a demanda processual coletiva comum tende a ser demasiadamente demorada e de alto custo. Uma solução para esses casos, e que será abordado a frente, é a utilização das Entidades de Infraestrutura Específica para o auxílio da implementação das decisões judiciais tomadas em casos como do Rio Doce¹⁴.

1.1. Decisões Estruturantes

1.1.1 Conceito

Na esteira do quanto consignado, o público deve ser definido não em contraposição ao privado, mas ao individual, indicando aqueles interesses pertencentes à generalidade das pessoas¹⁵, isto é, a coletividade agregada em um grupo, categoria ou classe de indivíduos.

Nesse ínterim, o objeto da litigância estruturada coletivamente ganha contornos singulares ao vindicar a efetivação de políticas públicas expressas em lei ou decorrentes de valores constitucionalmente assegurados, tornando a atividade judicial mais próxima de uma justiça distributiva¹⁶. É usual ao judiciário a análise do enquadramento jurídico retrospectivo, com a simples moldura bilateral “credor-devedor” utilizados nos litígios individuais¹⁷.

Dessa forma, nas lições de Didier Jr e Zaneti Jr, as chamadas decisões estruturantes, ou ainda decisões em cascata (*structural injunction*), objetivam efetivar, ou melhor, dar verdadeira concretude a um direito fundamental, através das chamadas reformas estruturais (*structural reform*), seja em entes, organizações ou instituições, com o fito de deslindar litígios que envolvam múltiplos interesses sociais divergentes, ou mesmo para dar cumprimento a

¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p. 538-539.

¹⁴ Ibid., p. 540.

¹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 194.

¹⁶ Ibid., p. 209.

¹⁷ COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.463.

uma política pública, como no emblemático caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*¹⁸.

Dentre as principais características dos provimentos estruturantes, destaca-se a intervenção do Poder Judiciário nos conflitos de interesses públicos ou particulares, levados à apreciação, o que permite o manuseio das ditas medidas judiciais executivas atípicas durante o processo de execução (art. 139, IV c/c art. 536, §1º, CPC).

1.1.2. Modelo Processual Atual

A chamada constitucionalização do processo parte da premissa de que a própria cultura da sociedade influencia nos institutos do direito processual e, partindo dessa lógica, a visão privatista e completamente voltada para a técnica deve ser abandonada, para que os ideais democráticos e constitucionais do Estado Democrático de Direito possam ser efetivos¹⁹.

Com efeito, as regras processuais elaboradas para atender às necessidades dos processos individuais, apesar de se portarem à luz da *Lex Mater*, não são adequadas aos processos que discutem políticas públicas, pois os direitos sociais são, regra geral, essencialmente difusos, de natureza indivisível e sua titularidade é impossível determinar²⁰.

Portanto, a revisão de alguns conceitos próprios das demandas individuais precisa ser realizada²¹, tais como a regra da congruência objetiva externa, a interpretação do pedido (art. 322, §2º c/c art. 493, CPC), as regras de participação de sujeitos no processo, etc.

1.1.3. É possível a efetivação de Políticas Públicas mediante Decisões Judiciais? uma análise no Estado Democrático Constitucional de Direito

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, vol. 4. p.455.

¹⁹ ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9-11.

²⁰ COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas - Relatório Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 374.

²¹ Sobre uma abordagem mais incisiva do tema, indispensável a leitura de DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, vol. 4. p.454-464.

Os direitos fundamentais sociais positivados na Carta Magna de 1988, sobretudo no art. 6º, os quais correspondem obrigações prestacionais do Estado, envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado.

Nesse ínterim, a fruição de direitos como à saúde, à educação, à habitação, ao trabalho, ao meio ambiente sadio dependem, assim, da organização do Estado que fixa e implementa políticas públicas, por atuação da função legislativa, com o devido processo de construção de leis, e por intermédio da função administrativa, com o planejamento e ações de implementação das mesmas²².

Portanto, percebe-se que as políticas públicas estão diretamente relacionadas às demandas sociais dirigidas ao poder público pela sociedade²³. Trata-se, na verdade, da apreciação e eventual efetivação dos anseios sociais levados ao crivo do Poder Judiciário pelas camadas menos favorecidas da sociedade, as quais devem ser ouvidas, seja por meio das chamadas audiências públicas, intervenção de terceiros *amicus curiae*, dentre outros; certo é que um indivíduo deve ter a oportunidade de decidir se pretende fazer parte de um processo que afeta seus direitos sob a lei substantiva, bem como seu respectivo direito de representação nos processos²⁴.

Dessa forma, a clássica objeção à judiciabilidade das políticas públicas advinda da separação dos poderes pode ser afastada pelo reconhecimento da necessidade de apreciação jurisdicional não só das finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins²⁵. Seria o caso, por exemplo, de uma política estadual ou municipal de saúde pública desligada do sistema nacional único (SUS), em afronta ao art. 198 da Constituição Federal.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.424.

²³ BERNARDO, Leandro Ferreira. *Políticas públicas e judiciário: a necessidade de aprimoramento do sistema processual de tutela coletiva brasileiro voltado ao controle jurisdicional de políticas públicas*. Revista Eletrônica de Direito Processual v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, jan a abr/2019. p.253.

²⁴ HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies*. Oxford: Hart, 2018. p. 156. Tradução livre.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 46.

1.1.4. Adaptabilidade do Procedimento para demandas de diferentes complexidades e conflituosidade à luz da tese de Edilson Vitorelli

A mudança paradigmática vivenciada pela Lei 13.105/2015 com a constitucionalização do processo impôs no campo dos litígios a necessária observância da solução consensual dos conflitos, como se pode inferir da positivação da norma fundamental processual no art. 3º.

Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição²⁶, há uma transição para uma justiça preocupada com a solução e pacificação dos conflitos sociais, de modo a permitir que os litigantes retornem, na medida do possível, ao *status quo ante*.

Nos processos coletivos não é diferente. A incidência substancial da justiça multiportas em litígios de alta complexidade se faz presente desde que haja observância dos devidos regramentos de cunho constitucional e legal.

Dada a complexidade das demandas coletivas, na seara da tipologia desses litígios - o devido processo legal construído na ótica dos conflitos -, partindo das variáveis do grau de conflituosidade e complexidade, torna-se estritamente necessária uma releitura dos instrumentos processuais das ações individuais, permitindo-se uma flexibilização mais incisiva quando na fase de cumprimento das sentenças ou dos termos estipulados em sede autocompositiva, principalmente quando no cumprimento das demandas que busquem a implementação de políticas públicas, considerando carecerem de um rito processual estabelecido em lei.

A problemática, todavia, não queda adstrita apenas aos aspectos meramente procedimentais, pois a tutela dos direitos coletivos também exige uma releitura do próprio conteúdo dos direitos e garantias encampados na ordem jurídica para que sejam tutelados no plano coletivo, alijando-se da lógica individualista-liberal²⁷.

A necessidade de releitura dos institutos processuais do direito individual se visualiza naquele considerado o maior desastre ambiental da história do Brasil: o rompimento e transbordamento das barragens da empresa Samarco Mineração S.A. sitas, respectivamente, em Fundão/ES e Santarém/MG, com

²⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p.356.

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2019. p. 109.

o transbordamento de rejeitos minerais²⁸ e seus consequentes reflexos no meio ambiente local.

Diante desse contexto, criou-se a Fundação Renova, uma entidade de infraestrutura específica, para obter a mediação individual dos danos sofridos pela falta de água e reparação geral nos chamado Programa de Indenização Mediada - PIM²⁹. Nesse cenário, o procedimento executivo tende a ser manejado de forma a se possibilitar o adequado tratamento dos clamores sociais, permitindo a celebração de negócios processuais atípicos (art. 190 e 200, CPC), desde que o ente celebrante disponha de legitimação negocial ativa, tornando possível, com isso, a implementação, cumprimento ou satisfação dos direitos coletivos, conforme os arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC.

Situações como essas são envoltas de alta conflituosidade e complexidade, variáveis ínsitas aos litígios coletivos, pois a partir do conflito torna-se possível chegar a numerosos resultados para o corpo social afetado pelo ilícito e para o próprio desfecho do processo, tendo ainda que se considerar em meio a essa sociedade a existência de vozes destoantes, muitas vezes antagônicas, conforme sentença Edilson Vitorelli³⁰.

Por derradeiro, apesar das devidas considerações, a lógica individualista do processo coletivo apresenta-se tão arraigada que não se visualiza a sujeição desse tipo de processo a mesma principiologia dos processos individuais³¹, impossibilitando o adequado tratamento de demandas ontologicamente multifacetadas.

2. As Entidades de Infraestrutura Específica (*claims resolution facilities*) e sua aplicabilidade para efetivação das Políticas Públicas

²⁸ LINO, Daniela Bermudes. *Competência territorial adequada nas ações coletivas socioambientais: considerações sobre o CC 144.922/MG no desastre do rio doce*. Revista dos Tribunais Online, 2018. p. 03.

²⁹ Para mais informações: [https://www.fundacaorenova.org/noticia_tag/pim/#]. Acesso em: 19 jun. 2019.

³⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016. p. 88.

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 478.

Segundo os Professores Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr., as *claims resolution facilities* podem ser definidas como entidades que são construídas para a resolução de conflitos coletivos os quais seriam processados no procedimento genérico da tutela coletiva, isto é, ou na forma de casos repetitivos ou como ações coletivas³².

De outro lado, as EIE são uma forma genérica de nomear entidades que servem para processar e resolver demandas contra um grande fundo de financiamento³³. Geralmente, essas entidades surgem no contexto em que várias demandas estão surgindo e que precisam de rápida solução. Elas podem, por exemplo, serem utilizadas em casos de grandes desastres naturais facilitando o processamento da demanda e as soluções que o Estado poderá dar para essas causas.

Uma outra característica interessante a respeito das *claims resolution facilities* relaciona-se quanto às finalidades. Essas finalidades geralmente estão previstas no termo de acordo que a criaram e, eventual indenização, será devida para aqueles que integrem demanda com situação jurídica semelhante a que justificou a criação da Entidade de Infraestrutura Específica³⁴.

Além disso, é preciso lembrar que essas Entidades não podem ser vistas como institutos *sui generis*. Na verdade, elas se assemelham aos órgãos que tem como objetivo o pagamento de benefícios, como por exemplo, previdenciários, para trabalhadores que perderam a capacidade laborativa. Dessa forma, os criadores dessas entidades devem funcionar como gestores, lidando com questões administrativas³⁵.

Assim sendo, considerando tudo acima, é forçoso concluir que essas entidades podem ser uma ferramenta para adaptabilidade do procedimento de tutela coletiva, principalmente nos casos em que os litígios possuem alta complexidade e conflituosidade, nos termos da teoria de Edilson Vitorelli, uma vez que possibilitará procedimentos diferenciados para situações

³² CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019. p. 3.

³³ MCGOVERN, Francis E. *The What and Why of Claims Resolution Facilities*. Stanford Law Review, v. 57, 2005. p.1361-1362. Tradução Livre.

³⁴ HENSLER, Deborah R. *Alternative Courts? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities*. Stanford Law Review, v. 57, 2005. p. 1430-1431. Tradução Livre.

³⁵ *Ibid.*, p. 176. Tradução Livre.

jurídicas que não serão atendidas de forma adequada na via comum da tutela coletiva³⁶.

Aliás, consideram os processualistas Antonio Passos Cabral e Hermes Zaneti Jr. a maior qualidade das *claims resolution facilities* a possibilidade de adaptabilidade do procedimento, pois, diferentemente da opção judicial, as regras impostas para o funcionamento das *claims* são altamente flexíveis, passíveis de revisão pelos interessados na aplicação eficiente das dessas entidades³⁷.

2.1. Formas de Criação

As formas de criação dessas entidades são variadas. No Brasil, podem ser criadas por lei, decisão judicial, por ato administrativo ou por convenção das partes, com fundamento no art. 190 do CPC³⁸.

Nesse sentido, a forma de criação terá relação primordial com o objetivo que se quer atingir com a formação da entidade de infraestrutura específica, bem como a adaptabilidade do procedimento³⁹. Dito isso, Cabral e Zaneti Jr. dão como exemplo que a criação estatal dessas entidades dará mais confiabilidade aos litigantes em relação ao procedimento de pagamento. De modo contrário, no caso de o pagamento ser feito por entidade que foi criada por fundo privado, as limitações de indenizações tendem a não serem bem recepcionadas⁴⁰.

Dialogando com essas premissas, as Entidades são criadas por motivo específico, para resolução de um problema que afetou diversas pessoas de maneira particular, de modo que exige a criação de um sistema adaptado a determinada demanda.⁴¹ Portanto, como dito anteriormente, a forma de

³⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p. 538-540.

³⁷ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019. p. 10-11.

³⁸ Ibid., p. 5.

³⁹ Ibid., p. 5.

⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019. p. 6.

⁴¹ HENSLER, Deborah R. *Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know*. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, 1990. p.175. Tradução livre.

criação adotada influenciará, em grande medida, as funções exercidas pelas *claims resolution facilities*.

Pensando nisso, Hensler⁴², dividiu as formas de modelo de compensação, relativamente a dois binômios: as regras relativas ao valor das indenizações e as que tratam sobre forma de processamento.

Nesse sentido, e levando em consideração esse binômio, foram encontradas três formas de modelo de compensação: Administrativo, Adjudicatório e misto⁴³.

O sistema administrativo tem como vantagem a centralização das *claims* o que facilita o controle de entrada e saída de caixa e possuem sistemas de avaliações pré-definidas para se definir o valor devido em indenizações⁴⁴. Esse modelo é mais indicado em casos os quais os valores de indenizações são limitados, pois, a partir do momento que já há a estimativa de litigantes, já se sabe o quanto poderá ser pago para cada um deles em relação ao cronograma de pagamento⁴⁵.

O sistema adjudicatório é importante para casos os quais se necessita de regras mais flexíveis e se dá mais ênfase a resolução consensual do conflito o qual as partes definem, entre si, os valores indenizatórios devidos⁴⁶. Nesse sistema, se não há acordo entre as partes, o litígio volta ao sistema comum de litigação que, analogamente no Brasil, seria o retorno ao sistema processual comum⁴⁷.

Por fim, como já foi visto, a vantagem dessas entidades de infraestrutura específica é a possibilidade de unificar procedimentos, e assim sendo, também foi verificado pelo autor da classificação trazida acima que nada impede a forma sincrética dos sistemas adjudicatórios e administrativos, dependendo do litígio a ser resolvido e, essa forma sincrética, é chamado de sistema misto⁴⁸.

⁴² Ibid., p.181. Tradução livre.

⁴³ Ibid., p.181-183. Tradução livre.

⁴⁴ Ibid., p.182. Tradução livre.

⁴⁵ Ibid., p.182. Tradução livre.

⁴⁶ HENSLER, Deborah R. *Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, 1990. p.182. Tradução livre.

⁴⁷ Ibid., p.182. Tradução livre.

⁴⁸ Ibid., p. 182. Tradução livre.

2.2. As Entidades de Infraestrutura Específica como via para adaptabilidade do procedimento de execução da sentença

Como já foi amplamente debatido, as ações coletivas devem ser analisadas a partir do conflito de interesses. Em razão disso, pela teoria de Vitorelli, os procedimentos devem ser adaptados em razão da conflituosidade e complexidade da situação jurídica a ser tutelada.

Levando isso em consideração, não é para menos que os desastres ambientais necessitam de maior adaptabilidade dos procedimentos, pois esses desastres, tipicamente, possuem maior complexidade e conflituosidade em sua composição⁴⁹.

De fato, levando em consideração que os desastres ambientais lesam, inclusive os direitos humanos, por serem entendidos como tais pelas cortes internacionais de justiça⁵⁰, é importante que a tutela desses direitos seja realizada de forma a se ter a melhor performance possível.

Nesse sentido, já está sendo sinalizado na doutrina que as Entidades de Infraestrutura Específica podem ser uma via para adaptabilidade dos procedimentos relativos às ações coletivas⁵¹.

Dialogando com esse entendimento, sabe-se que as Entidades de Infraestrutura Específica podem servir para o pagamento de indenizações, efetivação de tutela específica ou resultado prático equivalente⁵². Isto é, servem para efetivação de medidas que seriam tomadas em procedimento de execução.

Aliás, já é princípio da execução, a atipicidade dos meios para a efetivação da tutela executiva, assim sendo, a doutrina já discorre sobre o assunto, afirmando que, por consequência da proteção dos direitos sociais advindas da promulgação da Constituição Federal de 1988, é necessário e salutar que o magistrado tenha maior participação nos procedimentos executivos,

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p.538.

⁵⁰ HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. (coord.). *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014.p. 19. Tradução livre.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p.540.

⁵² CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019, p. 7.

inclusive, para a melhor tutela judicial dos direitos⁵³. Nesse sentido, cabe ao magistrado, ao analisar o caso concreto, a aplicar a medida executiva mais adequada para o caso.

Nessa perspectiva, levando em consideração que o magistrado deve-se utilizar do meio executivo mais adequado a cada caso e, que as *claims resolution facilities* podem ser criadas por decisão judicial, nada impede que o juiz, analisando o caso concreto, entenda ser recomendável a criação dessas entidades⁵⁴.

Assim sendo, cabe mencionar, como caso paradigmático no país, a Fundação Renova. Essa Entidade de Infraestrutura Específica foi criada mediante termo de ajustamento de conduta firmado entre as Empresas geradoras do dano ambiental e a União, Estados e municípios atingidos pelo dano⁵⁵.

Com efeito, a Fundação Renova tem como objetivo indenizar as vítimas do desastre ambiental, bem como executar os planos socioeconômicos e ambientais, conforme o art. 6º do estatuto desta fundação⁵⁶. Ressalte-se que é importante que as entidades que atuem em casos complexos, como o que a Renova atua, possuam algum sistema de flexibilização da própria estrutura da entidade, para que se tenha maior adaptabilidade às necessidades do caso a ser tratado⁵⁷.

Na verdade, a utilização das *claims resolution facilities* no direito comparado não é nova, tendo essas entidades papel importante em casos de desastres que obtiveram repercussão mundial⁵⁸.

Por fim, é importante algumas menções quanto fatores determinantes para a efetiva atuação das *claims resolution facilities*. Em primeiro lugar, é

⁵³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 6ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 61.

⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes, op. cit., p. 5, nota 52.

⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019, p. 6.

⁵⁶ Estatuto da Fundação Renova disponível em [<https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao>]. Acesso em: 26 de jun. 2019.

⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. op cit., p. 10, nota 55.

⁵⁸ A título de exemplo, cite-se o caso do *World Trade Center* no qual foi criado fundo para indenização dos familiares das vítimas. Para maiores informações sobre o caso ver: Robert L. Rabin, *The September 11th Victim Compensation Fund: A Circumscribed Response or an Auspicious Model?*, 53 DePaul L. Rev. 769 (2013). Disponível em: [<https://via.library.depaul.edu/law-review/vol53/iss2/17>].

importante que as vítimas tenham participação nos procedimentos adotados por essas entidades, aliás, a participação popular em qualquer demanda que trate sobre direitos coletivos, principalmente em processos estruturantes, é de fundamental importância, servindo inclusive para quebrar o paradigma de contraditório passado o qual o réu somente resistia a pretensão do autor, de outro modo, esse amplo debate serve para que se chegue em um consenso a qual melhor medida deve ser aplicada, verificando os interesses dos lesados e do réu⁵⁹.

De fato, os autores e réus devem buscar, sempre que possível, um acordo, uma vez que deve-se deixar de lado a visão de senso comum que os autores são sempre pessoas com pouca instrução e os réus sociedades empresárias que sempre querem lucrar às custas do bem-estar e da saúde das pessoas⁶⁰, do contrário, é importante que se veja ambos como partes que possuam potencial para autocomposição.

3. Liquidação e Execução de Sentença relativa a Direitos Difusos e Coletivos em sentido estrito

A liquidação da sentença em relação aos direitos Difusos e Coletivos em sentido estrito pode ter dois caminhos a depender da execução: se for execução coletiva, seguirá os procedimentos de liquidação comum previstos no Código De Processo Civil, em contrapartida, se a execução for individual, tendo como título executivo a ação coletiva, o procedimento irá seguir o previsto para liquidação de sentença dos direitos individuais homogêneos⁶¹, o qual as disposições serão estudadas a seguir.

4. Liquidação e Execução de Sentença relativa a Direitos Individuais Homogêneos

A codificação consumerista estabelece nos arts. 95 a 100 a sistemática responsável pela satisfação e efetivação da tutela jurisdicional dos direitos

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 481

⁶⁰ MULLENIX, Linda S.. *Ending Class Actions as We know them: Rethinking the American Class Action Rule*. In: Public Law and Legal Theory Research Papers Series. n. 565, v. 64, 2014. p. 406-407. Tradução Livre.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p. 515.

individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III), aqueles decorrentes de origem comum, criados por uma ficção jurídica.

Nesse sentido, a execução desses direitos poderá assumir a feição individual ou coletiva, tendo em vista que a lei confere legitimidade individual para as vítimas e os seus sucessores, bem como aos legitimados elencados no art. 82 do CDC e no art. 5º da Lei nº 7.347/85, desde que, neste caso, haja liquidação individual prévia (art. 98, CDC), para a promoção da liquidação e execução da sentença genérica, conforme estabelece o art. 97 da Lei nº 8.078/90.

É oportuno, todavia, citar a crítica da doutrina sobre a prioridade que o sistema de tutela coletiva dos direitos impõe a execução individual em detrimento a que seria feita coletivamente, isto porque, um dos objetivos das ações coletivas é justamente evitar a proliferação de demandas individuais e a partir do momento que há o estímulo da execução pela via individual, existe, novamente o abarrotamento do judiciário com demandas que poderiam ser tratadas de forma coletiva⁶². Com efeito, nesses termos seria conveniente que a legislação tivesse previsto formas alternativas da execução desses créditos individuais, e assim, desestimulando a execução individual⁶³.

Feita a crítica, a execução individual pressupõe, geralmente, a liquidação de sentença, tendo em vista que, em regra, a sentença é condenatória genérica (art. 95, CDC). Essa liquidação de sentença pela habilitação dos interessados é diferenciada, pois abrange o dano, a relação de causalidade e o *quantum* do dano⁶⁴. Contudo, o mais correto é pensar que isso é apenas um comando geral⁶⁵, tendo em vista que não há que se falar em liquidação quando o valor mínimo do *quantum* é pré-fixado pelo próprio magistrado e aceito pela vítima.

Nesse ínterim, é importante mencionar as peculiaridades que se apresentam na liquidação dessa espécie de direito coletivo, tornando-a necessária, pois nesta fase se apresentam em juízo as particularidades dos titulares dos

⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 60-61.

⁶³ Ibid., p. 62.

⁶⁴ ALMEIDA, Gregório de. *Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas*. Disponível em: [<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf>]. Acesso em: 19 jun. 2019.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p. 513.

direitos individuais⁶⁶. Destarte, segundo o Min. Teori Zavascki em voto exarado no julgamento do RE 631.111/GO, é possível, nesses direitos provenientes de uma origem comum, identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo-se uns dos outros, quando na ação de cumprimento da sentença genérica (margem de heterogeneidade)⁶⁷.

Estipulou-se o prazo de um ano para a habilitação dos interessados, findo o qual, caso não existam interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados dar cabo a liquidação e a execução da indenização devida (*caput* do art. 100)⁶⁸, cujo produto poderá ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos, previsto, dentre outros, no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. Entrementes, é de extrema importância destacar que esse prazo legal não fulmina o direito de a vítima proceder ao cumprimento da sentença genérica⁶⁹.

Com isso, o titular do direito subjetivo fica habilitado a requerer a promoção dos atos que visem à efetiva e definitiva satisfação da prestação devida. É a fase de execução, com procedimento delineado no CPC, estando subordinado, como comumente ocorre, à natureza da prestação devida⁷⁰.

Por conseguinte, caso a ação de cumprimento da sentença genérica contenha prestação de fazer ou não fazer, ou de entregar coisa, as atividades executivas são promovidas na mesma relação processual da ação de cumprimento (arts. 536 a 538 do CPC). Noutro vértice, em se tratando de pagar quantia certa, a execução obedecerá ao procedimento previsto nos arts. 523 a 526, e o título executivo será formado pela sentença genérica proferida na ação coletiva e

⁶⁶ Ibid., p. 514.

⁶⁷ A íntegra do voto pode ser lida em: [\[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7100794\]](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7100794). Acesso em: 18.06.2019.

⁶⁸ ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 103.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, op. cit., p. 518-519, nota 65.

⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 189.

pela decisão específica proferida na ação de cumprimento, que a complementou, em verdadeiro retorno ao juízo cognitivo⁷¹.

Nesse ensejo, é imperioso mencionar a possibilidade de delegação das atividades executivas para entidades de infraestrutura específica (EIE), uma vez delineado o multifacetado número de interessados e seus respectivos interesses, bem como a complexidade da demanda, próprias aos litígios coletivos.

5. A intervenção de terceiro na atividade executiva: avanço ou retrocesso? A necessidade do controle público

A ínsita natureza dos litígios coletivos, constituída por sua complexidade e conflituosidade, desvelam pretensões que envolvem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de interesse de todo o corpo social⁷².

Dito isso, é bem verdade que existe uma necessidade inerente e, em certa medida, um anseio social, em verem essas demandas complexas resolvidas de maneira que se prestigie o devido processo legal, com sobretudo a entrega do bem da vida aos jurisdicionados. Ainda, é de se destacar que os litigantes geralmente estão mais interessados em participar na decisão do seus casos, apresentando suas visões sobre os problemas e quaisquer soluções propostas, e, ademais, em ter suas ponderações consideradas pelos decisores⁷³.

Por consectário, a lógica do contraditório, com sobretudo diálogo entre as partes e a possibilidade de influenciar no convencimento do órgão julgador, não incide apenas na construção do comando sentencial. Bem por isso, o cumprimento da sentença deve ser realizado com o auxílio de um terceiro interventor, público ou privado, mas sobretudo independente, em um palco processual substancialmente flexível, em diálogo com o judiciário para que sejam obedecidos os planejamentos elaborados pelo Poder Público⁷⁴.

Assim, a delegação da atividade executiva para terceiro interveniente em processos estruturais permite além das adaptabilidades procedimentais às

⁷¹ Ibid., p. 189.

⁷² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p. 537-538.

⁷³ TYLER, Tom R. *A Psychological Perspective on The Settlement of Mass Tort Claims*. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, 1990. p. 201. Tradução livre.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.446.

peculiaridades do caso *sub judice*, o design de procedimentos com a garantia de flexibilização. Nesse vértice, em termos de efetivação da tutela jurisdicional, se comparadas com a atuação do Judiciário estatal para a efetivação dos pleitos do atores processuais nesse litígio, as *claims resolution facilities* também se destacam ao ampliarem a sua participação de forma a efetivar seus interesses⁷⁵.

Nesse sendeiro, a participação do judiciário, em nítida observância ao princípio do inquisitivo, bem como dos órgãos de controle, em atividade delegativa de atividade executiva às entidades de infraestrutura específica, deve garantir o “consenso informado” das partes, como verdadeira condição para que a renúncia à tutela jurisdicional seja considerada válida⁷⁶. Do contrário, criar-se-ia um paradoxo nos litígios de interesse público⁷⁷, pois um ambiente especulativo eventualmente seria formado, com a consequente exigência de reanálise daquilo que outrora fora aventado e, sobretudo, com um aumento dos custos transacionais.

Dito isso, talvez seja correto dizer que os processos que lidam com políticas públicas jamais podem existir sem audiências públicas e que esse tipo de ato é o motor desses processos. Não se deve tolerar e permitir que as partes realmente interessadas no litígio sejam afastadas das audiências autocompositivas ou ainda das dialéticas travadas em juízo⁷⁸.

Não se pode olvidar, todavia, que apesar da diminuição de gastos transacionais, quando as vítimas são alocadas em grupos ou faixas de indenização, com a limitação do valor a ser reparado, enseja disparidades no que concerne à indenização, pois faz com que vítimas que sofreram menores danos sejam compensadas de maneira quantitativamente superior àquelas que sofreram danos mais severos⁷⁹.

⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019. p. 11.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4. p. 544.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 544.

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 489.

⁷⁹ AYRES, Ian. *Optimal pooling in claims resolution facilities*. Law and Contemporary Problems, v. 53, 1990. p. 160.

A título exemplificativo, cabe mencionar o acordo de governança que reestruturou a Fundação Renova, o qual estipula de forma expressa instrumentos democráticos para a (re) estruturação do canal dialético com as vítimas do ilícito, visando angariar um maior engajamento da sociedade, e elucidando, com isso, o rumo a ser observado nos ditos litígios de massa⁸⁰.

6. A Fundação Lava-Jato e a crítica de Antonio do Passo Cabral: *se tal instrumento pode trazer mais eficiência, por que tanta resistência?*

Distintamente da constituição das demais entidades de infraestrutura específica, a construção da Fundação Lava-Jato para gerir recursos destinados à iniciativas sociais, com ampla transparência e prestação de contas públicas, recursos esses provenientes do acordo norte-americano relacionado a falhas de controles internos que a Petrobrás reconheceu publicamente perante as autoridades estrangeiras envolvidas no fatídico episódio político-econômico-social das operações contra à corrupção, causa espanto no cenário brasileiro, levantando questionamentos acerca da licitude de sua estruturação.

Todavia, com o objetivo precípua de remeter parte dos valores para a satisfação de eventuais condenações ou acordos com acionistas minoritários da Petrobras e a outra metade para a sociedade civil, que são partes potencialmente prejudicadas pelo grande esquema de corrupção, a constituição desse Fundo não deve ser tido como ilícito; trata-se de uma das novas intervenções de terceiros na forma de entidades de infraestrutura específica. Ora, *“mas se tal instrumento pode trazer mais eficiência, por que tanta resistência”*⁸¹? possivelmente, o estranhamento social possa ser

Com o objetivo junto à Fundação Renova, empreendeu-se a Operação Meandros, destinada a apurar as denúncias sobre a solicitação de registro de pescador profissional para obter da Renova indenizações por conta dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. Para mais informações: [<http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/operacao-meandros-mpf-investiga-fraudes-de-pescadores-para-receber-indenizacoes-da-fundacao-renova-no-es>]. Acesso em: 22.06.2019.

⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019. p. 9.

⁸¹ Esse questionamento foi realizado pelo Professor Antônio do Passo Cabral em artigo de opinião publicado no site *O Globo*. Para maior compreensão sobre o tema ver: [<https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-nada-de-ilicito-em-fundacoes-como-da-lava-jato-23720420>]. Acesso em: 13.06.2019.

justificado à luz dos escândalos surgidos da Operação Lava-Jato - o que não nos afigura irrazoável -, ou até que esse mesmo corpo social não tenha compreendido a função fiscalizatória exercida pelo Ministério Público nessas novas figuras de intervenção de terceiros⁸².

Antes que se indague, dentre as opções aventadas para a destinação dos recursos, cogitou-se a hipótese de destinação para o Fundo Federal de Direitos Difusos (FDD), estabelecido no art. 13 da Lei nº 7.347/85, e também no art. 5º da Resolução 175/2017 do CNMP. Contudo, algumas razões desfavorecem a opção por esse fundo, sobretudo o contingenciamento dos recursos a ele destinados; pois muito embora formado para indenizar a sociedade, ele acaba nunca chegando à sociedade, mas sendo revertido para a União para gerar superávit e pagar juros.

Neste particular, vale menção a ação civil pública nº 5008138-68.2017.4.03.6105⁸³, ajuizada com o objetivo de apurar a efetiva aplicação das verbas no FDD na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, e eventual hipótese de aplicação indevida das verbas do fundo para fins de arrecadação no orçamento geral. A essa conduta de “contabilidade criativa” da União – termo cunhado por Edilson Vitorelli -, os recursos do FDD não disponibilizados pela Lei Orçamentária ficam vinculados à União como créditos contábeis. É como se, no papel, o dinheiro estivesse na “conta corrente” do Fundo.

Entretanto, os recursos obtidos pelo FDD, depositados na Conta única do Tesouro Nacional, não são destinados aos fins sociais previstos, sobretudo para a aplicação na tutela de direitos transindividuais, mas acabam servindo de mecanismo simulatório orçamentário da União que, por sua vez, se utiliza de toda a verba contingenciada para induzir superávit. Apenas em 2016, 99,5% dos valores foram contingenciados⁸⁴.

⁸² CABRAL, Antonio do Passo. Nada de ilícito em fundações como a da Lava-Jato. *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 jun. 2019. Disponível em: [\[https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-nada-de-ilicito-em-fundacoes-como-da-lava-jato-23720420\]](https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-nada-de-ilicito-em-fundacoes-como-da-lava-jato-23720420). Acesso em: 13.06.2019.

⁸³ A íntegra da Ação Civil Pública nº 5008138-68.2017.4.03.6105, ajuizada pelo Procurador Edilson Vitorelli Diniz Lima, pode ser lida em: [\[http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/00-peticiao-inicial-acp-fdd.pdf\]](http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/00-peticiao-inicial-acp-fdd.pdf). Acesso em: 27 jun. 2019.

⁸⁴ Para mais informações: [\[http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-procuradores-esclarecem-duvidas-sobre-acordo-com-a-petrobras\]](http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-procuradores-esclarecem-duvidas-sobre-acordo-com-a-petrobras). Acesso em: 29 jun. 2019.

Por último, é importante deixar claro que não há qualquer hipótese de caracterização das receitas do FDD como tributos, a comporem o orçamento primário da União, por absoluta incompatibilidade com o conceito positivado no art. 3º do Código Tributário Nacional. Assim, não há desrespeito aos princípios orçamentários constitucionais, sobretudo ao estabelecido no art. 167, IX da CRFB. O FDD é um fundo especial, criado por lei e vinculado a um propósito específico, portanto as receitas são decorrentes de fontes não-tributárias.

7. O futuro das Políticas Públicas: da Constitucionalidade e da Conveniência do Projeto de Lei 8.058/2014

O controle jurisdicional de políticas públicas constitui uma realidade irreversível em nosso país, assim como em diversos outros⁸⁵. Dito isso, é preciso que haja a fixação de parâmetros seguros para a remodelagem de um novo processo, com natureza colaborativa, cognição e contraditório ampliados, bem como a intervenção do Poder Público e da sociedade, com vistas à tutela jurisdicional dos litígios de ordem pública.

Neste sendeiro, surgiu o Projeto de Lei nº 8.058, de 2014, resultado de trabalho coletivo presidido, primeiramente, por Kazuo Watanabe, e em seguida por Ada Pellegrini Grinover, levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Paulo Teixeira.

Dentre as suas disposições, encontra-se no art. 19 do PL 8.058/14 a previsão de nova figura de intervenção de terceiros, como ente colaborador ou uma pessoa, para auxiliar o Estado-Juiz no cumprimento da sentença⁸⁶. Trata-se do comissário, inspirado no direito administrativo italiano, e também existente no ordenamento norte-americano, qualificado como um auxiliar do juiz, tendo como características a autonomia e a terceiridade⁸⁷. Pode-se dizer

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei n. 8058/2014 - Considerações Gerais e Proposta de Substitutivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 609.

⁸⁶ “Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.”

⁸⁷ BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta nel processo amministrativo italiano*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE,

que o Projeto de Lei nº 8.058/2014 visa positivar, assim, a figura das entidades de infraestrutura específica (*claims resolution facilities*), como meio efetivo para o controle e intervenção em litígios de interesse público.

Considerações finais

De todo o exposto, percebe-se a necessidade inerente de releitura dos institutos processuais frente à lógica dos processos multifacetados, considerando suas ínsitas variáveis da complexidade e conflituosidade que, sob a ótica do devido processo legal coletivo, demanda uma análise coletivista, ou seja, pautada nos valores sociais que permeiam o Estado Democrático Constitucional de Direito, visando à efetivação da tutela jurisdicional com a consequente entrega do bem da vida.

Nesse sentido, a delegação de atividades executivas para o manto das entidades de infraestrutura específica (*claims resolution facilities*), nova modalidade de intervenção de terceiros, seja de natureza administrativa, adjudicatória ou até híbrida, possibilita a formação de um ambiente democrático no corpo social lesionado, criando, a partir da flexibilização procedimental e da releitura lógica dos direitos e garantias fundamentais, um palco propício para a reta ordem dos processos coletivos, sobretudo àqueles que envolvam políticas públicas.

Assim, no intento de consolidar de vez a realidade no direito, o Projeto de Lei nº 8.058/2014, ainda em trâmite no Congresso Nacional, visa instituir um processo especial para controle e intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, em especial a partir da positivação da figura do comissário, espécie de auxiliar do juízo atuante na fase de execução da sentença. Portanto, caso aprovado, será um novo marco para a tutela dos direitos coletivos.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório de. *Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Algumas considerações reflexivas. Disponível em:

[<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf>]. Acesso em: 19 jun. 2019.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas*. 2012. Tese (Doutorado em

Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 335-339. Tradução livre.

Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

AYRES, Ian. *Optimal pooling in claims resolution facilities*. Law and Contemporary Problems, v. 53, 1990.

BERNARDO, Leandro Ferreira. *Políticas públicas e judiciário: a necessidade de aprimoramento do sistema processual de tutela coletiva brasileiro voltado ao controle jurisdicional de políticas públicas*. Revista Eletrônica de Direito Processual v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, p. 250-287, jan a abr/2019.

BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta nel processo amministrativo italiano*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. Nada de ilícito em fundações como a da Lava-Jato. *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 jun. 2019. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-nada-de-ilicito-em-fundacoes-como-da-lava-jato-23720420>]. Acesso em: 13.06.2019.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Revista dos Tribunais Online, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São*

- Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas - Relatório Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 4.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei n. 8058/2014 - Considerações Gerais e Proposta de Substitutivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. (coord.). *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014.
- HENSLER, Deborah R. *Alternative Courts? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities*. *Stanford Law Review*, v. 57, 2005.
- HENSLER, Deborah R. *Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know*. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, 1990.
- HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies*. Oxford: Hart, 2018.
- LINO, Daniela Bermudes. *Competência territorial adequada nas ações coletivas socioambientais: considerações sobre o CC 144.922/MG no desastre do rio doce*, v. 92, p. 285-303, 2018.
- MCGOVERN, Francis E. *The What and Why of Claims Resolution Facilities*. *Stanford Law Review*, v. 57, 2005.

- MULLENIX, Linda S. *Ending Class Actions as We know them: Rethinking the American Class Action Rule*. In: Public Law and Legal Theory Research Papers Series. n. 565, v. 64, 2014.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 6ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Cidadania e Políticas Públicas*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v.18/2006, Jul - Dez/2006, p. 199-223.
- TYLER, Tom R. *A Psychological Perspective on The Settlement of Mass Tort Claims*. Law and Contemporary Problems, v. 53, n. 4, 1990.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

**Alienação Parental:
A necessidade de equipe multidisciplinar para determinar a
sua ocorrência e auxiliar na condução de suas consequências
em juízo^(*)**

**Parental Alienation:
The need for a multidisciplinary team to determine its
occurrence and assist in the conduct of its consequences in
court**

**Alienación parental:
La necesidad de un equipo multidisciplinario para determinar
su ocurrencia y ayudar en la conducción de sus consecuencias
en juicio**

Bárbara Ewellin Siqueira da Veiga¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1.** Considerações sobre a alienação parental. **2.** As práticas mais comuns emanadas do alienador. **3.** O tratamento jurídico dado para a alienação parental. – Conclusão. – Referências.

(*) Recibido: 26/11/2019 | Aceptado: 20/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Graduanda em Bacharelado em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife. barbaraveiga.veiga@hotmail.com

² Mestre em Perícias Forenses pela Universidade de Pernambuco – UPE. diogoramos.adv@gmail.com

Resumo: O respectivo estudo tratou acerca da “Alienação parental: a necessidade de equipe multidisciplinar para determinar a sua ocorrência e auxiliar na condução de suas consequências em juízo”. O objetivo geral visou conhecer os fatores mais comuns que levam a identificação da alienação parental e as principais medidas aplicadas pelo Poder Judiciário para afastar os prejuízos ocasionados pela sua incidência. Os objetivos específicos buscaram: a) demonstrar os principais atributos da alienação parental; b) mostrar os direitos prejudicados dos menores; c) e analisar as medidas mais usadas pelo Poder Judiciário para restabelecer os laços afetivos entre os envolvidos. Justificou-se essa abordagem em virtude da alienação parental ainda ser muito praticada principalmente nos fins de relacionamentos conjugais. Para o desenvolvimento do tema, foi aplicada a pesquisa bibliográfica, usando-se o procedimento dedutivo. Os resultados alcançados foram que o Poder Judiciário, inclusive o pernambucano, utiliza muito os pareceres técnicos psicológicos ou biopsicossociais para estabelecer a melhor decisão, sempre buscando o melhor interesse da criança e do adolescente. 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.

Palavras-chave: alienação parental, equipe multidisciplinar, Lei da Alienação Parental, Poder Judiciário.

Abstract: The respective study dealt with "Parental alienation: the need for a multidisciplinary team to determine its occurrence and assist in the conduct of its consequences in court". The general objective was to know the most common factors that lead to the identification of parental alienation and the main measures applied by the Judiciary to remove the damages caused by its incidence. The specific objectives sought to: a) demonstrate the main attributes of parental alienation; b) show the prejudiced rights of minors; c) and analyze the measures most commonly used by the Judiciary to reestablish affective ties between those involved. This approach was justified because parental alienation is still widely practiced mainly for the purposes of marital relationships. Bibliographic research was applied to develop the theme, using the deductive procedure. The results achieved were that the Judiciary, including the Pernambuco, uses psychological or biopsychosocial technical opinions to establish the best decision, always seeking the best interest of the child and adolescent. As reference sources for theoretical basis, articles from journals were used, in addition to electronic data captured in

academic Google and Scielo, as well as in books that deal with the theme, contributing to the correct formation of the proposed content for analysis.

Key words: parental alienation, multidisciplinary team, Law of Parental Alienation, Judiciary Power.

Resumen: El estudio, del cual deriva el presente trabajo, trató sobre "La alienación parental: la necesidad de un equipo multidisciplinario para determinar su ocurrencia y ayudar en la conducción de sus consecuencias en juicio". El objetivo general era conocer los factores más comunes que conducen a la identificación de la alienación parental y las principales medidas aplicadas por el Poder Judicial para eliminar los daños causados por su incidencia. Los objetivos específicos buscaban: a) demostrar los principales atributos de la enajenación parental; b) mostrar los derechos perjudicados de los menores; y c) analizar las medidas más utilizadas por el Poder Judicial para restablecer los lazos afectivos entre los involucrados. Este enfoque se justificaba porque la enajenación parental se sigue practicando ampliamente, principalmente a efectos de las relaciones conyugales. Se aplicó la investigación bibliográfica para desarrollar el tema, utilizando el procedimiento deductivo. Como fuentes de referencia para la base teórica se utilizaron artículos de revistas, además de datos electrónicos captados en Google académico y en Scielo, así como en libros que tratan del tema, contribuyendo a la correcta formación del contenido propuesto para el análisis.

Palabras clave: alienación parental, equipo multidisciplinario, Ley de Alienación Parental, Poder Judicial.

Introdução

O presente trabalho trata sobre a “Alienação parental: a necessidade de equipe multidisciplinar para determinar a sua ocorrência e auxiliar na condução de suas consequências em juízo”. O objetivo geral visa conhecer quais são os fatores mais comuns que levam a identificação da alienação parental e as principais medidas aplicadas pelo Poder Judiciário brasileiro para afastar os prejuízos ocasionados pela sua incidência.

Já os objetivos específicos buscam: a) demonstrar as principais características da alienação parental; b) mostrar os direitos prejudicados das

crianças e dos adolescentes por serem impedidos de conviver com o genitor não guardião; c) e analisar as medidas mais recorrentes empregadas pelo Poder Judiciário para restabelecer os laços afetivos entre os envolvidos.

Justifica-se essa abordagem em razão da alienação parental ainda ser uma conduta muito praticada sobre tudo nos fins de relacionamentos conjugais. Desse modo, é importante conhecer as principais circunstâncias que evidenciam essa situação no meio social.

Além disso, é necessário destacar que, embora o genitor visitante tenha seus direitos violados por estar sendo impedido de transmitir integralmente o seu afeto aos filhos menores, os maiores prejudicados são as crianças e os adolescentes.

Por essa razão, buscar-se-á compreender como a esfera forense tem identificado esses casos e como tem lidado para fazer cessar os obstáculos criados pelo alienador, para recuperar os laços afetivos dos filhos menores com o genitor visitante, quando já estiver prejudicado.

Para o desenvolvimento deste artigo, selecionou-se a pesquisa bibliográfica, usando-se o procedimento dedutivo. Compreende-se que com essa metodologia será possível obter as informações atinentes para apresentar as conclusões adequadas ao tema escolhido.

Desse modo, o capítulo primeiro trará considerações sobre a alienação parental, apresentando os sujeitos envolvidos e a distinção entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Por sua vez, o segundo capítulo abordará acerca das práticas mais comuns emanadas do alienador, qual seja, falsas memórias e a manifestação de abuso sexual contra o menor praticada pelo alienado.

Por último, o capítulo terceiro fará menção sobre o tratamento jurídico dado para a alienação parental. Por esse motivo, é imperioso tratar sobre a Lei da Alienação Parental e apresentar julgados do Poder Judiciário que versaram acerca da alienação parental. Ao final, serão feitas as manifestações finais do tema alusivos aos resultados alcançados.

1. Considerações sobre a alienação parental

As rupturas conjugais nem sempre são feitas de modo amigável, muitas vezes, ficam algumas mágoas entre os ex-consortes. Porém, isso com o passar do tempo tende a diminuir e até acabar, ainda mais quando as partes possuem filhos em comum. Todavia, é necessário ressaltar que existem pessoas que não aceitam muito bem o fim da relação conjugal e usa meios

para se vingar do outro, difamando-o, agredindo-o e em alguns casos mais graves até matando.

Nesse inconformismo, surge o fenômeno denominado como alienação parental (AP), quase manifesta com maior frequência justamente na separação do casal e perdura no tempo, se configurando quando um genitor embaraça de algum modo a convivência afetiva do outro genitor com o filho. Madaleno e Madaleno fazem uma síntese sobre esse fenômeno nocivo:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 42).

É importante frisar que essa conduta também pode ser realizada por todos aqueles que possuem o menor sob sua autoridade, guarda ou vigilância, conforme estabelece o *caput* do artigo 2º, da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, conhecida como Lei da Alienação Parental (LAP):

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

[...] (BRASIL, 2010, *on-line*).

Desse modo, é notável que essa conduta é vedada à terceiros como avós, tios, tutores, padrinhos e todos aqueles que procurem prejudicar o genitor não guardião, por exemplo: difamando-o; negando informações sob o menor; dificultando visitas; explanando falsas acusações de abuso sexual; ou implantando falsas memórias (FREITAS, 2015).

É inquestionável que esse tipo de prática já permeava a sociedade de certa maneira e após esse assunto ser largamente debatido, sobretudo pela esfera psicológica e em seguida pelo âmbito jurídico, o legislador brasileiro entendeu ser necessário editar a LAP regulamentando esse tão fenômeno prejudicial para as famílias e que pode acarretar sequelas no menor, problemas psicológicos que podem se prolongar até mesmo na fase adulta.

1.1 Sujeitos

Na alienação parental é possível identificar três sujeitos distintos: a) o alienante ou alienador: sendo o sujeito ativo, que possui a guarda do menor; b) o alienado ou vítima: que é o sujeito passivo, que é aquele que sofre com

os atos do alienante; c) e a vítima: representada pelo menor, que também figura no polo passivo.

1.1.1 Alienante ou alienador

O alienante geralmente é aquele que possui a guarda do menor, comumente representado por um dos genitores. Ele busca afastar o máximo que puder o convívio com o alienado (o genitor visitante). Porém, também podem figurar nessa posição (alienador) os avós, os tios, ou quem estiver com essa responsabilidade.

O discurso do alienador é sempre no sentido de que está pensando o melhor para a criança ou adolescente. Desse modo, quando não é feita uma análise mais detalhada da situação, as verbalizações fazem todos acreditarem que ele está verdadeiramente preocupado em manter o menor próximo ao genitor. Todavia, ao aferir a situação, nota-se que se trata de um discurso que possui a finalidade de continuar manipulando a situação de controle e que os comportamentos não combinam com aquilo que está sendo dito (BUOSI, 2012).

Outra prática comum realizada pelo alienante é denegrir a imagem do alienado para o menor contando com riquezas de detalhes todas as más experiências e sentimentos negativos vividos com o genitor alienado, com o escopo da criança ou adolescente se sensibilizar e se ver compelida a defender o alienante (SILVA, 2018).

Importante destacar que, quando o alienador é a mãe, algumas frases são frequentes, por exemplo, “Cuidado ao sair com o seu pai, ele quer roubar você de mim”; “Seu pai abandonou você”; “Seu pai vive me perseguindo”; “Você deveria ter vergonha do seu pai”; “Seu pai é violento, inútil, vagabundo” (SILVA, 2018).

Assim, o genitor alienante busca ofender os sentimentos da criança ou adolescente em relação ao genitor não guardião, para influenciar seu comportamento e pensamentos de forma negativa, gerando a sensação de rejeição e ódio no filho (BUOSI, 2012). O parágrafo único do artigo 2º, da LAP, apresenta situações exemplificativas para que os profissionais envolvidos, inclusive do Direito, possam identificar essa prática:

Art. 2º [...]:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010, *on-line*).

A campanha difamatória é um dos principais sintomas apresentados pelo alienador. Ainda, se não cessada o mais breve possível, tende a se agravar, pois o filho menor vai assimilando tudo o que ouve e passa a não aceitar outros fatos ou argumentos além daqueles apresentados pelo alienante.

1.1.2 Alienado ou vítima

O alienado é o genitor visitante que padece com todas as artimanhas do guardião do menor, que busca formas de não ser afetado por aquelas condutas para manter uma convivência saudável com filho que ainda é criança ou adolescente. Jesus delimita a figura do alienado:

O alienado é aquele que, após a ruptura da relação conjugal, não detém a guarda do menor e sofre as consequências dos atos praticados pelo alienador, que visa, em regra, afastá-lo dos filhos, bem como denegrir sua imagem. Suas piores consequências psicológicas são ficar desestruturado, inseguro emocionalmente, com baixo rendimento profissional, devido à falta de concentração por conta da situação vivida. O alienado passa por uma fase muito delicada, pois, se vê obrigado a travar uma luta contra os efeitos negativos gerados pelo alienador, ou seja, passa a enfrentar enormes obstáculos para manter o vínculo afetivo com o menor, muitas vezes sem sucesso. Além de buscar sempre agradá-lo, desfazer a imagem distorcida que foi falsamente implantada e sobretudo aceitar a rejeição do menor (JESUS, 2018, p. 18).

Como é possível observar, o alienado sofre consequências severas em virtude da AP, por esta razão, também é visto como vítima. As implicações

são tão duras que podem chegar ao ponto de ter sua vida profissional atingida, em função da desestruturação emocional em virtude de o vínculo afetivo com o filho estar sendo destruído por outrem.

1.1.3 Vítima

A outra vítima da AP é sem dúvidas o menor. Pessoa ainda em desenvolvimento, que pelas suas condições intrínsecas apresenta vulnerabilidade em praticamente todos os aspectos e por esse motivo necessita ser protegido por todos, até mesmo contra atos do guardião.

Desse modo, a alienação parental pode fazer com que o filho, enquanto menor, adquira sentimento de rejeição em face do genitor não guardião. Circunstância que pode fazer com que o mesmo se recuse a manter uma relação com um dos pais, podendo até excluí-lo definitivamente de seu convívio, situação que certamente ocasionará diversos problemas emocionais e psicológicos à criança ou ao adolescente (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

Os resultados da alienação parental são claramente nefastos. Pessoas vítimas dessa prática se mostram predispostas a atitudes antissociais, violentas, padecem com depressão e podem até chegar a cometer suicídio. Ainda, o menor quando atinge a fase adulta geralmente acaba convivendo com o sentimento de remorso pelo desprezo desnecessário feito ao genitor alienado (DIAS, 2017).

Desse modo, quando os menores começam a se recusar a conviver com um dos pais e se ninguém intervir nessa família em tempo hábil, a situação costuma se agravar. Pois, quanto mais tempo durar a AP, mais o conflito vai se enraizando e uma resolução vai se tornando cada vez mais difícil (SILVA, 2018). Pinho sintetiza os principais sintomas ocasionados no menor, vítima da AP:

- 1) Isolamento-retirada: A criança se isola do que a rodeia e centra-se nela mesma, não fala com quase ninguém e se o faz, é de forma muito concisa, preferindo estar sozinha no seu quarto, em vez de brincar com outras crianças, mormente se filho único, perdendo o único outro referencial e passando a viver somente com o pai ou com a mãe, sentindo-se literalmente sozinha e abandonada, abandono e vazio a que nos referimos que não pode ser suprido por qualquer figura senão a do próprio pai.
- 2) Baixo rendimento escolar: Por vezes associado a uma fobia à escola e à ansiedade da separação - a criança não quer ir à escola, não presta atenção nas aulas, mas também não incomoda os seus companheiros, não faz os deveres com atenção, apenas quer sair de casa, a apatia que mostra relativamente às tarefas que não são do seu agrado alarga-se a outras

áreas... e isto é detectado a posteriori, não de imediato, mormente quando na fase das visitas.

- 3) Depressão, melancolia e angústia: Em diferentes graus, mas em 100% dos casos ocorre e infelizmente é recorrente.
- 4) Fugas e rebeldia: Produzem-se para ir procurar o membro do casal não presente, por vezes para que se compadeça do seu estado de desamparo e regresse ao lar ou pensando que será mais feliz ao lado do outro progenitor.
- 5) Regressões: Comporta-se com uma idade mental inferior à sua, chama a atenção, perde limites geralmente impostos pela figura paterna, perde o referencial, e mesmo pode regredir como defesa psicológica em que a criança trata de 'retornar' a uma época em que não existia o conflito atual, e que recorda como feliz.
- 6) Negação e conduta antissocial: ocorrem em simultâneo - por um lado a criança, (e mesmo as mães quando em processo de separação ou recém separadas, o que pode levar até mais de 5 anos para 'superar em parte') nega o que está a ocorrer (nega que os seus pais se tenham separado apesar da situação lhe ter sido explicada em diversas ocasiões e finge compreender e assimilar e mesmo negar e ignorar mas internaliza), e, por outro lado sente consciente ou inconscientemente que os seus pais lhe causaram danos, o que lhe dá o direito de o fazer também, provocando uma conduta antissocial.
- 7) Culpa: Por mais de 75% das vezes, a criança se sente culpada, hoje ou amanhã, em regra mais tarde, pela situação, e pensa que esta ocorre por sua causa, pelo seu mau comportamento, pelo seu baixo rendimento escolar, algo cometido, e pode chegar mesmo a auto castigar-se como forma de autodirigir a hostilidade que sente contra os seus pais, inconscientemente.
- 8) Aproveitamento da situação-enfrentamento com os pais: Por vezes, a criança trata de se beneficiar da situação, apresentando-a como desculpa para conseguir os seus objetivos ou para fugir às suas responsabilidades ou fracassos. Por vezes, chega mesmo a inventar falsas acusações para que os pais falem entre si, apesar de saber que o único resultado destas falsas acusações será piorar o enfrentamento entre os seus genitores. E se o 'exemplo' vem de casa, o que dizer de uma mãe que nem sequer tenta dialogar e tentar conciliar em prol do filho...
- 9) Indiferença: A criança não protesta, não se queixa da situação, age como se não fosse nada com ela, sendo esta outra forma de negação da situação.
- 10) 72% de adolescentes que cometem crimes graves e homicídios delinquentes vivem em lares de pais separados;
- 11) 70% dos delinquentes adolescentes e pré-adolescentes problemáticos cresceram distantes de um genitor;

- 12) Crianças sem a presença do pai têm 2 vezes mais probabilidades de baixo rendimento escolar e desenvolverem quadros de rebeldia a partir da 3ª infância;
- 13) Em crianças e adolescentes com comportamento rebelde ou alterações emocionais o fato é 11 vezes mais provável em face de distanciamento da figura do pai;
- 14) A taxa de suicídio (ou tentativa, para chamar a atenção ou suprir a carência paternal e tentativa de reaproximar os pais ou simplesmente vê-lo 'fora dos dias de visitação' e se sentir verdadeiramente amada) entre 16 e 19 anos de idade triplicou nos últimos 5 anos, sendo que de um em cada quatro suicídios ou tentativas de autoextermínio, três ocorreram em lares de pais ausentes ou distantes;
- 15) Crianças na ausência do pai estão mais propensas a doenças sexualmente transmissíveis;
- 16) Crianças na ausência do modelo do pai estão mais propensas ao uso de álcool e tabagismo e outras drogas;
- 17) Filhas distantes de pai têm 3 vezes mais chances de engravidarem ou abortarem ao longo da adolescência ou durante os anos de faculdade;
- 18) Crianças na ausência do pai são mais vulneráveis a acidentes, asma, dores, dificuldade de concentração, faltar com a verdade e até mesmo desenvolver dificuldades de fala;

[...] (PINHO, 2010, p. 2-3).

Portanto, é óbvio que o alienado sofre com as consequências da alienação parental, sobretudo quando se trata de genitor que quer se fazer presente e transmitir afeto. Contudo, a criança ou adolescente são nitidamente os mais afetados, correndo o risco até de sofrer e carregar sequelas emocionais e psicológicas por toda a vida.

1.2 Distinção entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental

A alienação parental e a síndrome da alienação parental (SAP) por mais que suas definições sejam parecidas, não é possível confundi-las, porque na prática a AP pode se transformar na SAP, pois esta é consequência daquela.

Assim, a AP é a campanha denegritória realizada pelo alienante com a finalidade de afastar os filhos do alienado. Já a SAP, versa nos problemas comportamentais, emocionais e em toda desordem psicológica que atingem o menor depois do afastamento e da desmoralização do genitor visitante (alienado) (PEREIRA *et al*, 2019).

Portanto, a SAP é um conjunto de sintomas, de sequelas provocadas pela AP, representando uma verdadeira lavagem cerebral realizada no filho menor, fazendo-o agir como inimigo do genitor não guardião.

Nesse sentido, o menor passa a denigrir o alienado com linguagem imprópria e forte comportamentopositor, muitas vezes, usando os mesmos argumentos do alienante e não dela própria. Também pode fazer declarações de que ela sozinha teve a ideia de difamar o alienado. Esse fenômeno é conhecido como “pensador independente”, caracterizado quando o menor assegura que ninguém lhe disse aquilo (SILVA, 2018).

Por sua vez, o filho normalmente apoia e sente a obrigatoriedade de proteger o alienante. Diante dessa conduta, é imposto de forma irracional um pacto de lealdade com o alienador em virtude da dependência emocional e material, evidenciando medo em desagradar ou se colocar em posição contrária a ele (SILVA, 2018).

Igualmente, pode fazer alusões a locais em que jamais esteve, relatar suposta agressão física/sexual ou descrever situações nunca vividas, circunstância que se manifestam em razão da implantação de “falsas memórias”. Outro fruto da SAP, é possibilidade de o ódio atingir outras pessoas do convívio do alienado, como amigos e membros da família deste, como avós, primos, tios, madrasta etc. (SILVA, 2018). Desse modo, todas as vezes que existir alguém buscando manipular a criança ou adolescente contra um genitor, haverá a ocorrência da AP. Todavia, quando o filho fica afetado por essa prática e em decorrência decide se afastar do alienado em razão do ódio que passa a nutrir por este, fica caracterizada a SAP.

2. As práticas mais comuns emanadas do alienador

O alienador geralmente segue práticas comportamentais comuns que são identificadas na maioria dos casos, sendo elas: a) a implantação de falsas memórias no menor; b) e a denúncia ou calúnia de abuso sexual praticada pelo alienado contra o filho (vítima).

Antes de versar sobre essas questões, salienta-se que alguns autores costumam tratá-los como sinônimos ou inserem o abuso sexual na implantação de falsas memórias. Contudo, este trabalho fará abordagem separando essas condutas.

2.1 Considerações preliminares sobre falsas memórias

O ser humano se destaca pela inteligência que possui, se comparado aos demais seres. Incluído nisso está a grande capacidade de memorização. E nesta parte que o alienante atua assiduamente sobre o menor, sempre com o escopo de fazê-lo ter repulsa contra o genitor alienado.

Assim, a memória humana pode ser definida como a forma pelo qual a pessoa recorre às suas experiências passadas com a finalidade de utilizar essas informações no presente, isto é, refere-se a um processo de mecanismos dinâmicos vinculados à retenção e recuperação da informação (STERNBERG *apud* ALVES; LOPES, 2007).

Todavia, a memória também pode apresentar problemas, pois, muitas vezes, um fato pode ser distorcido, outro esquecido e há aqueles que nunca são esquecidos. O estudo destes problemas provocados por erros da memória é tão importante quanto fascinante. O fenômeno das falsas memórias é uma espécie dessa classe de erros (ALVES; LOPES, 2007).

Desse modo, as falsas memórias podem ser conceituadas como lembranças de situações que não aconteceram, de eventos não presenciados, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de determinado acontecimento (ROEDIGER III; MCDERMOTT *apud* ALVES; LOPES, 2007).

Destarte, essas irrealidades presentes na memória podem ser formadas pela junção de lembranças verdadeiras e de sugestões provenientes de outras pessoas, sendo que durante este processo, a pessoa fica suscetível a esquecer a fonte da informação ou elas se originariam quando se é interrogado de modo evocativo (LOFTUS *apud* ALVES; LOPES, 2007).

Portanto, como pode ser observado, nem sempre o ser humano retém informações verídicas, podendo acreditar que algo ocorreu sem ter acontecido nada naquele sentido. Isso ainda se mostra mais suscetível se a pessoa for jovem, sobretudo quando essas falsas memórias forem produzidas por um adulto de sua confiança, por exemplo, um dos genitores.

2.2 Implantação de falsas memórias pelo alienador

Na alienação parental a implantação de falsas memórias ocorre quando há a indução da criança ou do adolescente a crer em mentiras que não aconteceram, fazendo com que o mesmo acredite em fatos irreais, ou seja, acerca de fatos distorcidos ou de fatos que jamais existiram.

O menor, muitas vezes, não sabe exatamente o que está ocorrendo, em virtude da tenra idade e sobretudo por estar sob influência do alienante, o que acaba fazendo com que passe a acreditar nas afirmações ditas por ele, prejudicando a sua formação psicológica e afastando-o ainda mais do genitor visitante (NEVES, 2018).

Esse é um processo que é repetido firmemente, em que o alienador conta ao menor fatos, induzindo-o a crer que tudo aconteceu conforme dito, levando-

o a “lembrar” sensações e impressões de momentos que nunca existiram. Essa situação é claramente facilitada em razão das histórias fantasiosas e deturpadas serem feitas por alguém que o menor possui extrema confiança e, por conta disso, a mente dela tem maior facilidade de absorver falsas recordações (STIMAMILIO, 2018).

Importante ressaltar que, as falsas memórias se distinguem das mentiras, pois, quando se mente, geralmente há vontade e consciência da irrealidade das alegações. Já as falsas memórias, a criança ou adolescente não possui condições de perceber se viveu ou não tais fatos, mas acredita piamente que são verídicos (STIMAMILIO, 2018).

Ainda, é muito difícil perceber no início as falsas memórias, fazendo com que o juiz ao receber uma denúncia, mesmo que não esteja confirmado se o fato aconteceu, acabe tendo que suspender o direito de visita do alienado, até que se comprove a inocência dele (STIMAMILIO, 2018). Lins assevera sobre os efeitos causados ao menor:

Os sintomas entre acusação falsas e reais são parecidos, mas nos casos em que esta não é verdadeira, os sintomas aparecem de forma menos intensa. Esses comportamentos e sentimentos geram prejuízo ao desenvolvimento da personalidade da criança, como: baixa autoestima, insegurança, culpa, depressão, medo, afastamento de outras crianças, resultando graves consequências na vida afetiva, sexual e psicológica do menor de forma permanente, afinal eles irão enfrentar, como se verdade fosse, um abuso que nunca ocorreu (LINS, 2017, p. 17).

Dessa maneira, a alienação parental é uma prática muito nociva para todos os envolvidos, principalmente para a criança ou adolescente, acarretando uma série de efeitos colaterais prejudiciais que poderão atrapalhar o seu desenvolvimento e trazer consequências lesivas para o resto da vida.

2.3 Denúncia ou calúnia de abuso sexual feita pelo alienante

Outra forma muito identificada como alienação parental é quando o alienador afirma para o menor que o alienado abusou sexualmente dele, fazendo-o acreditar que foi vítima desse tipo de conduta tão nefasta.

Ressalta-se que, estudos asseveram que há um alto índice desse tipo de acusação. Ainda, os efeitos para a criança do abuso sexual real ou falso são quase iguais. Isso evidencia a relevância do conhecimento sobre o tema por profissionais que irão lidar e intervir nesses casos (BUOSI, 2012).

Em situações verídicas desse tipo de abuso existem indicativos físicos, tais como lesões, infecções, que não podem ser confundidos pelos avaliadores com irritações triviais, e até transtornos de sono e alimentação, enquanto no abuso fictício não existem tais ocorrências (BUOSI, 2012).

Além disso, outra distinta que precisa ser observada é que o menor que foi verdadeiramente abusado sente mais vergonha ou culpa pela situação ocorrida. Já na falsa acusação, isso normalmente aparece com menor incidência e com menos intensidade (BUOSI, 2012).

Todavia, é importante frisar que em ambos os casos de abuso (real ou imaginário), costuma haver a incidência de atrasos escolares e a redução das notas, agressividade com colegas, dificuldade de memorização/aprendizado e concentração escolar (BUOSI, 2012).

Reforçando, havendo abuso sexual, nota-se que o menor passa a ter conhecimento sexual inadequado para idade, as brincadeiras passam a ter conotação libidinoso e, a partir de então, acontece confusão com as relações sociais. Os sintomas depressivos são muito fortes, podendo levar até mesmo a tentativa de suicídio (MADALENO; MADALENO, 2013).

Em outro sentido, nos casos de alienação parental, o conhecimento sexual geralmente é condizente com a idade, não existindo indicativos físicos de agressão, embora alguns alienadores provoquem hematomas para dar veracidade ao fato descrito. Também não é comum apresentação de distúrbios funcionais, muito menos de sentimento de culpa (MADALENO; MADALENO, 2013). Lins alude acerca dessa prática nociva proveniente do alienante:

Uma das armas mais danosas em se tratando de alienação parental é a acusação falsa de abuso sexual, que infelizmente são realizadas com frequência, com a intenção de eliminar o outro genitor da vida da criança.

É visto que muitos alienadores denunciam o outro por abuso sexual, mesmo se tal prática nunca veio a ocorrer, apenas impulsionado pelo sentimento de ódio e vingança, não se importando com as consequências que essas acusações geram para a vida do menor.

Considerando o que se chama de verdade psíquica, que são memórias que ficam armazenadas na mente da criança como se realmente tivessem ocorrido, uma falsa acusação de abuso sexual poderá deixar marcas tão cruéis como a de um abuso real.

[...].

O abuso sexual é uma vivência determinante, causadora de diversos fatores emocionais na estrutura da personalidade jurídico-infantil. As consequências de abuso sexual real e falso são quase as mesmas, deixando um alerta dobrado para aqueles que são responsáveis por investigar e diagnosticar tal situação; pois, diante de uma denúncia, o Juiz, frente à uma acusação gravíssima terá que expedir ordem, determinando, no mínimo, a suspensão temporária de visitas ou visitas reduzidas mediante monitoria de outra pessoa (LINS, 2017, p. 14-15).

Como notado, por medida de cautela, o magistrado inicialmente tolhe o direito de visitas do alienado ou reduz as visitas que passam a ser fortemente monitoradas, situação que perdura enquanto se apura a verdade dos fatos para evitar que o suposto abuso sexual continue ocorrendo.

Ressalta-se que, existe um quadro elaborado pelo psicólogo espanhol, Jorge Manuel Aguilar, que apresenta as características e comportamentos exibidos pela criança ou adolescente alienado, com a finalidade de facilitar a identificação da alienação parental pelos profissionais envolvidos. Nas palavras de Jesus:

O psicólogo espanhol, Jorge Manuel Aguilar, elaborou um quadro com características e comportamentos do menor para facilitar o reconhecimento se o fato ocorreu ou houve implantação de falsas memórias, entretanto, se percebe que houve abuso sexual quando a criança lembrar do fato ocorrido, sem auxílio relata, descreve com segurança e conhece de atos sexuais inapropriados para sua idade como ereção, ejaculação e excitação, indicadores de abuso físico como lesões e infecções, isolamento social, atraso educativo, sente culpa e vergonha ao narrar o fato. Já quando se trata de falsa memória o menor precisa relembrar o que seu genitor programou, não consegue detalhar o ocorrido, não passa credibilidade, muitas vezes se contradiz, não possui atrasos educacionais, sua conduta social se mantém inabalada, não possuem indicadores físicos e não sentem culpa ou vergonha. Apesar deste quadro colaborar para a identificação se houve ou não abuso, existe uma grande dificuldade de constatar o abuso sexual, muitas vezes mesmo com a perícia que na maioria das vezes muito demorada, o laudo pode ainda não ser conclusivo (JESUS, 2018, p. 16).

Portanto, é nítido que a AP costuma provocar situações extremas e precisa ser identificada o mais breve possível para que seja cessada. Essa rapidez na configuração do quadro tem como fito evitar que os efeitos nocivos decorrentes dessa conduta se tornem permanentes.

Assim, em virtude da gravidade e da recorrência desse fenômeno social, o legislador brasileiro resolveu positivar a questão, criando mecanismos legais específicos para que o Poder Judiciário possa tratar sobre esses casos e corrigi-los de modo apropriado.

3. O tratamento jurídico dado para a alienação parental

Atualmente os julgadores estão plenamente habilitados pela legislação para determinar que uma equipe multidisciplinar realize perícia psicológica ou biopsicossocial quando houver indícios de atos de AP, com a finalidade de identificar a sua incidência. Igualmente, esse laudo poderá demonstrar se o menor já está padecendo com a síndrome de alienação parental.

3.1 Considerações sobre a Lei da Alienação Parental

A alienação parental adentrou na esfera jurídica por meio da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, com a finalidade de proteger os direitos das crianças e adolescentes, entre eles, o de conviver com o genitor visitante.

De acordo com o caput do artigo 2º, dessa Lei, todo ato promovido ou induzido por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, que interferir na formação psicológica do menor de idade para que repudie o genitor não guardião ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, comete alienação parental (BRASIL, 2010).

Já parágrafo único, do artigo 2º, da LAP, apresenta um rol exemplificativo de situações que podem configurar atos de AP, que podem ser declarados pelo magistrado ou constatados por perícia: a) realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor visitante no exercício da paternidade ou maternidade; b) dificultar o exercício da autoridade parental; c) dificultar contato do menor com o genitor; d) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; e) omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre o filho, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; f) apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com o menor; g) e mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, com o objetivo de dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Além disso, essa Lei, em seu artigo 3º, estabelece que a AP fere direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável, prejudicando o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar vinculado a este, constituindo um verdadeiro abuso moral contra o menor e descumprimento os deveres intrínsecos da autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010). Por sua vez, o artigo 4º, da LAP, determina que:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (BRASIL, 2010, *on-line*).

Quando existir indício de AP, em ação autônoma ou incidental, o magistrado, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. Assim, será confeccionado um laudo pericial, abrangendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame do modo como o menor se manifesta sobre eventual acusação contra o genitor (conforme § 1º e *caput* do artigo 5º, da LAP) (BRASIL, 2010).

Ainda, a perícia será feita por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados para diagnosticar atos de AP, que serão designados para verificar se realmente isso está ocorrendo no prazo de 90 dias com a apresentação de um laudo. Porém, esse prazo pode ser prorrogado mediante autorização judicial fundamentada em justificativa (§§ 2º e 3º, do artigo 5º, da LAP) (BRASIL, 2010).

Se constatada a AP ou qualquer conduta que dificulte a convivência do menor em se relacionar com o genitor o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais capazes de inibir ou atenuar seus efeitos, de acordo com a gravidade do caso: a) declarar a ocorrência de AP e advertir o alienador; b) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; c) estipular multa ao alienante; d) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; e) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; f) determinar a fixação cautelar do domicílio do menor; g) e declarar a suspensão da autoridade parental (incisos I ao VII e *caput* do artigo 6º, da LAP) (BRASIL, 2010). Já os artigos 7º e 8º, da Lei nº 12.318/2010, determinam que:

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Como é possível notar, a LAP traz diversos instrumentos e determinações que permitem aos magistrados brasileiros averiguar e atestar a ocorrência da alienação parental e de sua síndrome. Também traz um rol de medidas que podem ser tomadas para proteger os direitos da criança e do adolescente contra a conduta do alienante, podendo puni-lo

3.2 Julgados do Poder Judiciário que trataram sobre a alienação parental

A Lei nº 12.318/2010 trouxe uma nova realidade para o Poder Judiciário quando se trata da alienação parental e da síndrome da alienação parental. Essa conduta é tão nefasta para o menor que pode inclusive acarretar danos irreparáveis ao convívio familiar com ambos genitores. Esse é o caso que pode ser visto a seguir, de um menino que passou a viver em definitivo com uma família substituta em virtude de não conseguir mais se reconciliar plenamente com o genitor alienante e nem com o genitor alienado:

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELOS TIOS PTERNOS DO MENOR. INSURGÊNCIA INTERPOSTA PELA GENITORA. FILHO AFASTADO DE SEU CONVÍVIO. EM RAZÃO DE EVIDÊNCIAS DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONTRA O PAI BIOLÓGICO DO MENINO. ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL SUPOSTAMENTE PERPETRADO CONTRA O DESCENDENTE, O QUE, ALÉM DE NÃO TER SIDO CORROBORADO PELA INVESTIGAÇÃO REALIZADA, FOI POSTERIORMENTE, DESMENTIDO PELO PRÓPRIO GAROTO. SITUAÇÃO QUE ACABOU GERANDO DESGASTE NO RELACIONAMENTO ENTRE MÃE E FILHO, QUE, INCLUSIVE, PASSOU A RECUSAR RESPECTIVA VISITAÇÃO. APELANTE QUE SE SUBMETEU A TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER MUDANÇA EM SUA CONDUTA. MANIPULAÇÃO PERSISTENTE DA VERDADE DOS FATOS, COM O PROPÓSITO DE PREJUDICAR A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL. FATO QUE DEMONSTRA INCAPACIDADE PARA PROMOVER O SADIO DESENVOLVIMENTO DO MENOR. INFANTE QUE ENCONTRA-SE SOB OS CUIDADOS DE SEUS GUARDIÕES HA MAIS DE 5 ANOS, ESTANDO BEM ADAPTADO, ENCONTRANDO NA FAMÍLIA SUBSTITUTA ACOLHIMENTO E PROTEÇÃO. RESTANDO ATESTADO PELA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR, SUA CONSIDERÁVEL EVOLUÇÃO NO PERÍODO, MOSTRANDO-SE O AMBIENTE FAVORÁVEL À SUA FORMAÇÃO. REALIDADE QUE DEVE SER PRESERVADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO DE VISITAÇÃO GARANTIDO A AMBOS OS GENITORES, OBJETIVANDO O RESTABELECIMENTO E FORTALECIMENTO DOS RESPECTIVOS VÍNCULOS DE AFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO, *EX OFFICIO*, PARA QUE O ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DA FAMÍLIA PROSSIGA NA ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2014, *on-line*).

Essa decisão deixa nítida a importância do acompanhamento psiquiátrico, pois, em razão da alienante não ter mudado a sua conduta alienante, segundo parecer técnico, o juiz entendeu que era melhor para o menor permanecer em família substituta, por ser um ambiente mais favorável para o desenvolvimento dele.

Outro julgado que demonstra a relevância dos estudos psicossociais para orientar o julgador a aplicar a melhor decisão, quando não estiver comprovado a violência alegada pelo genitor guardião, não haverá motivos para a suspensão do direito a visitas do outro genitor:

AGRAVO REGIMENTAL - INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO FORMULADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR - AUSÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFICAM O INDEFERIMENTO DA LIMINAR NESTA INSTÂNCIA RECURSAL - RISCO DE ALIENAÇÃO PARENTAL - QUESTÃO QUE DEPENDE DE MINUCIOSA ANÁLISE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.1) Como é cediço, a suspensão do poder familiar é medida extrema e deve ser feita com extrema cautela, a fim de evitar consequências graves a criança e ao genitor, máxime quando os autos indicam que pode estar ocorrendo hipótese de alienação parental.2) *In casu*, inobstante as razões do Recorrentes que podem estar sendo vítimas de maus-tratos ou violência sexual, a prova dos autos indicam situação inversa, já que os estudos psicossociais apontam o convívio harmônico entre o Recorrido e os seus filhos, não havendo razões para a proibição do direito de visita, a qual será supervisionada, conforme as condições estabelecidas pelo Juízo de origem, o que afasta qualquer situação de risco aos menores e justifica a manutenção do decism até o julgamento do mérito recursal (MATO GROSSO, 2014, *on-line*).

Além disso, os pareceres técnicos elaborados por profissionais capacitados podem evidenciar que é melhor para a criança ou adolescente o restabelecimento do contato com o genitor não guardião para o fortalecimento dos laços afetivos que foram prejudicados pela AP:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - manutenção da guarda unilateral por parte da genitora - não cabimento - necessidade de se preservar o bem-estar do menor - guarda compartilhada que é capaz de prover um maior contato entre filho e pai que perderam intimidade por um grande período de tempo devido a alienação parental da genitora - Pareceres técnicos que reconhecem a existência de um situação conflitiva e recomendam reaproximação gradual do pai - regulamentação de visitas inicialmente sem pernoites, ampliando-se o período com o passar do tempo - sentença modificada neste particular - Recurso parcialmente provido (SÃO PAULO, 2019, *on-line*).

A justiça de Pernambuco também tem seguido o mesmo entendimento apresentado por outros Tribunais pátrios, qual seja, não existindo qualquer comprovação de alguma violência sofrida pelo menor, não existirá justificativa para a manutenção da suspensão da convivência do genitor não guardião:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELARINOMINADA. RECURSO DE APELAÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. ABUSO SEXUAL NÃO DEMONSTRADO. SINDROME DE ALIENAÇÃO

PARENTAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. CAUTELAR INOMINADA. REQUISITOS. *FUMUS BONI JURISEPERICULUM IN MORA*. AUSÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR ORIGINÁRIA IMPROCEDENTE. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNANIME. 1. O interesse da menor deve ser atendido em primazia, a fim de garantir o que lhe seja mais favorável e conveniente para um desenvolvimento físico e emocional sadio. 2. Não comprovado nos autos a alegação de abuso sexual, judiciousa é a decisão que regulamentou o direito de visita do pai à filha menor. 3. Manobras realizadas pelo cônjuge mulher a fim de impedir o contato entre o cônjuge varão e filha menor, configura-se como síndrome de alienação parental. 4. Nas ações em que se discute guarda e visita de filho, visando o melhor interesse do menor, o julgador não está adstrito ao pedido inicial (art. 167 ECA). 5. Inexistindo provas capazes de infirmar o suposto abuso sexual, não se mostra plausível o deferimento acautelatório perseguido pelo cônjuge mulher (PERNAMBUCO, 2014, *on-line*).

Portanto, no Brasil, os julgadores buscam afastar a alienação parental e a síndrome de alienação parental. Ainda, quando o convívio com o genitor visitante coadunar com o melhor interesse da criança e do adolescente, será buscado o seu restabelecimento.

Isso ocorre porque é inegável que a continuidade desse contato é benéfica para permitir que os laços afetivos não sejam interrompidos e que o menor não se desenvolva enganado pelas inverdades ditas pelo alienante.

Conclusão

Diante do estudo realizado, conclui-se que, a Lei nº 12.318/2010 tem o objetivo de auxiliar os julgadores sobre a melhor forma de identificar e combater a alienação parental, além de proteger os direitos da criança e do adolescente referente à convivência com o genitor visitante.

Por meio desse convívio a expectativa é de que os menores terão um desenvolvimento muito mais saudável e poderão desfrutar livremente do afeto que o genitor não guardião tem para oferecer ainda que não convivam no mesmo lar.

Nesse sentido, ficou claro que o auxílio de outros profissionais, distintos da esfera jurídica, corroboram com a decisão judicial, em alguns casos, de forma determinante, sempre com o escopo de estabelecer o melhor interesse para o menor.

Também ficou demonstrado que o Poder Judiciário pernambucano segue na mesma linha de entendimento dos outros Tribunais brasileiros, qual seja, se os pareceres técnicos psicológicos ou biopsicossociais não evidenciarem a

violência alegada pelo guardião, não existirá fundamento para a suspensão do direito de visitas do genitor visitante.

Por último, sugestiona-se em trabalhos futuros que versem sobre tema semelhante, se a Lei da Alienação Parental pode de algum modo desvirtuar o ordenamento jurídico protetivo referente à criança e ao adolescente, submetendo-os a pais abusadores.

Referências

- BRASIL. **Lei da Alienação Parental**. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.
- BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: uma interface dos direitos e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**. Comentários à Lei 12.318/2010. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- JESUS, Andrieli Almeida de. **Alienação Parental: instrumento de vingança para os pais e prejuízo para os filhos**. 50f. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://tcconline.utp.br/media/tcc/2018/08/ALIENACAO-PARENTAL-INSTRUMENTO-DE-VINGANCA-PARA-OS-PAIS-E-PREJUIZO-PARA-OS-FILHOS.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.
- LINS, Nayara Maria Moura Lira. **Alienação parental e as possíveis soluções para os conflitos familiares**. 2017. 36f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2017. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/13760/1/PDF%20-%20Nayara%20Maria%20Moura%20Lira%20Lins.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2019.
- LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. In: ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. **Paidéia**, 2007, n. 17, p. 45-56. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2019.

- MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MATO GROSSO. **Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental nº 0093865-12.2014.8.11.0000. Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Clarice Claudino da Silva. Cuiabá. Julgado em: 20 ago. 2014. Publicado em: DJE 26 ago. 2014. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364498408/agravo-regimental-agr-938651220148110000-93865-2014>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- NEVES, Thamylle Lopes. **A responsabilidade civil nos casos de alienação parental**. 2018. 69f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/27452/1/THAMYILLE%20LOPES%20NEVES..pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.
- PEREIRA, Marina Alves *et al.* **Alienação Parental**. Publicado em: 31 maio 2019. Disponível em: <<https://maripereira13.jusbrasil.com.br/artigos/715494014/alienacao-parental>>. Acesso em: 15 set. 2019.
- PERNAMBUCO. **Tribunal de Justiça**. Apelação nº 0009839-52.2010.8.17.0001. Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Francisco Manoel Tenório dos Santos. Recife. Julgado em: 10 abr. 2014. Publicado em: 28 abr. 2014. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159628440/apelacao-apl-2899218-pe>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- ROEDIGER III, Henry. L.; MCDERMOTT, Kathleen B. Distortionsofmemory. In: ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. **Paidéia**, 2007, n. 17, p. 45-56. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2019.
- SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 2011.093186-4. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis. Julgado em: 26 mar. 2014. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25028564/apelacao-civel-ac-20110931864-sc-2011093186-4-acordao-tjsc>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 1011643-52.2016.8.26.0009. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Álvaro Passos. São Paulo. Julgado em: 5 nov. 2019. Publicado em: 6 nov. 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777802519/apelacao-civel-ac-10116435220168260009-sp-1011643-5220168260009>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SILVA, Denise Maria Perissinida. **Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

STERNBERG, Robert J. In: ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. **Paidéia**, 2007, n. 17, p. 45-56. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2019.

STIMAMILIO, KetlynStefany. **Alienação Parental**. 2018. 40f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://tcconline.utp.br/media/tcc/2018/08/ALIENACAO-PARENTAL.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

A (in) eficácia do trabalho da polícia militar através da Ronda Maria da Penha no enfrentamento à violência contra mulher^(*)

The (in) effectiveness of military police work through the Ronda Maria da Penha in confronting violence against women

La (in) eficacia de la labor de la policía militar a través de la Ronda Maria da Penha para abordar la violencia contra la mujer

Acácia Gardênia Santos Lelis¹

Fabíola Goes dos Santos²

Sumário: Introdução. **1.** Histórico da violência contra a mulher. **2.** Manifestação da violência contra a mulher e suas consequências. **3.** A iniciativa pioneira da Patrulha Maria da Penha no Rio Grande do Sul e sua ampliação para outros Estados.

^(*) Recibido: 16/09/2019 | Aceptado: 30/12/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Advogada, Doutoranda em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela PUC (PR), do Programa de Direito Econômico e Socioambiental; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe; Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (SE); Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SE; Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE); Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE) e da Faculdade Pio Décimo e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE).

aglelis@infonet.com.br

² Graduada em Direito pela Faculdade Pio Décimo.

biola.goes@hotmail.com

4. Ações contra a violência à mulher em Sergipe e perspectivas de enfrentamento. – Considerações Finais. – Referências.

Resumo: O presente tem como objetivo analisar os dados de violência doméstica no Brasil e em Sergipe, através das experiências de patrulhamento específico como forma de combate a essa forma de violência. A partir de análise da pioneira experiência da Patrulha Maria da Penha, na cidade gaúcha de Porto Alegre, e do estudo das experiências implementadas pelas Polícias Militares dos Estados da Bahia e do Maranhão, busca compreender as contribuições dessas iniciativas no combate à violência de gênero. O estudo explora as análises críticas e práticas das forças policiais específicas na atuação da proteção das vítimas de violência e se debruça sobre os dados, ainda superficiais, dos índices de violência contra a mulher em Sergipe para justificar a necessidade de amadurecer o debate em torno do aperfeiçoamento e especialização da atividade policial no atendimento a essa demanda específica.

Palavras-Chave: Violência de gênero, feminicídio, Sergipe, Lei Maria da Penha.

Abstract: The present aims to analyze the data on domestic violence in Brazil and Sergipe, through the experiences of specific patrols as a form of combating this form of violence. Based on the analysis of the pioneering experience of Patrulha Maria da Penha, in the gaúcho city of Porto Alegre, and the study of the experiences implemented by the Military Police of the states of Bahia and Maranhão, it seeks to understand the contributions of these initiatives in the fight against gender violence. The study explores the critical analyses and practices of specific police forces in the protection of victims of violence and focuses on the still superficial data on the rates of violence against women in Sergipe to justify the need to mature the debate around the improvement and specialization of police activity in meeting this specific demand.

Key words: Gender violence, femicide, Sergipe, Maria da Penha Law.

Resumen: Este documento tiene como objetivo analizar datos sobre violencia doméstica en Brasil y en Sergipe, a través de las experiencias de patrullaje específico como una forma de combatir esta forma de violencia. A partir del análisis de la experiencia pionera de la Patrulla Maria da Penha, en la ciudad de Porto Alegre, de Rio Grande do Sul, y del estudio de las experiencias

implementadas por la Policía Militar de los Estados de Bahía y Maranhão, busca comprender las contribuciones de estas iniciativas en la lucha contra la violencia de género. El estudio explora los análisis críticos y prácticos de fuerzas policiales específicas en la protección de las víctimas de la violencia y se centra en los datos aún superficiales sobre la violencia contra las mujeres en Sergipe para justificar la necesidad de madurar el debate en torno a mejora y especialización de la actividad policial para satisfacer esta demanda específica.

Palabras clave: Violencia de género, feminicidio, Sergipe, Lei Maria da Penha.

Introdução

O combate à violência contra mulher no Brasil teve um grande marco jurídico-institucional com a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, cuja finalidade é garantir a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial das mulheres ao proporcionar instrumentos para coibir, prevenir e erradicar a violência de gênero, caracterizada pela violência doméstica e familiar contra a mulher.

O objetivo da medida no momento de sua implementação é dotar de mais rigor as punições para esses crimes ao tipificar práticas relacionadas à violência de gênero. Esse rigor na forma da lei, entretanto, não foi acompanhado de uma redução significativa da incidência dessas práticas uma vez que pode ser percebida uma lacuna na criação de medidas suplementares às inovações jurídicas da Lei Maria da Penha, cuja importância é internacionalmente reconhecida.

Um desses mecanismos que visam a possibilitar uma efetivação no cumprimento dessa lei – e cujo cumprimento seja acompanhado pela inibição das práticas violentas previstas na legislação – está na Polícia Militar e no papel que essa tem a desempenhar no atendimento às vítimas da violência de gênero. No que diz respeito à atuação da corporação, é enorme o potencial preventivo através do policiamento com diretrizes específicas para potencializar a fiscalização das medidas protetivas previstas.

Dessa forma, através do presente estudo, pretende-se analisar a eficácia do cumprimento da lei através da aproximação do policial à comunidade e não apenas na repressão dos delitos já cometidos. Assim, serão apresentadas

medidas que buscaram inserir a atividade policial militar nesta rede de atendimento à mulher.

A relevância para que esse estudo venha a ser realizado, que serve de justificativa para seu desenvolvimento, encontra-se no caráter histórico e cultural da violência de gênero no Brasil, uma realidade presente e estatisticamente endêmica em todo o território nacional e nas mais diversas classes econômicas. Após a promulgação da Maria da Penha, apesar a clara tipificação como violência doméstica e familiar enquanto qualquer “ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (Lei 11.340/2006. Art. 7º), a proteção integral das vítimas desse tipo de violência encontra barreiras na continuidade das medidas protetivas previstas pela legislação.

1. Histórico da violência contra a mulher

A trajetória das medidas legais de proteção à integridade física, mental e emocional da mulher passou por diversas etapas e evoluções inconstantes na história jurídica no Brasil e do mundo. É um histórico antigo, visivelmente perceptível nos estudos sobre o tema uma vez que frequentemente o termo ‘gênero’ é usado de forma concomitante ao estudo da violência. Segundo Bergesch (2004, p. 202)

Para compreender o significado da violência de gênero, é imprescindível o entendimento de certos pressupostos, que embasam as relações de poder e submissão entre o sexo masculino e o feminino. A condição sexual em que o indivíduo se encontra, é que determina a participação distinta do homem e da mulher nos diversos segmentos da sociedade. Porém, não se trata de uma simples distinção, mas sim do universo de desigualdades, desencadeando padrões hierárquicos que “induzem relações violentas entre os sexos e indicam que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. (Apud FADIGAS, 2006, p. 1).

Por vezes, definido como um crime de ódio, a violência de gênero caracteriza-se pela apropriação dessa relação de poder estabelecida na sociedade patriarcal de modo que é caracterizado como todo ato que resulte em lesão física, sexual ou psicológica de mulheres ou a morte. Entre esses atos de violência, podem ser apontados estupros, violência doméstica ou familiar, assédio sexual, coerção reprodutiva, infanticídio feminino, aborto seletivo e violência obstétrica, bem como costumes ou práticas tradicionais nocivas, como crime de honra, feminicídio relacionado ao dote, mutilação genital feminina, casamento por rapto, casamento forçado e violência no trabalho, que se manifestam através de agressões físicas, psicológicas e sociais. Algumas formas de violência são perpetradas ou toleradas pelo estado, como estupros de guerra, violência sexual e escravidão sexual

durante conflitos, esterilização forçada, aborto forçado, violência por autoridades, apedrejamento e flagelação. Formas de violência contra a mulher como o tráfico de mulheres e a prostituição forçada, muitas vezes, são perpetradas por organizações criminosas.

Segundo Fadigas (2006, p. 3), uma das primeiras e fundamentais discussões jurídicas acerca dos direitos básicos à integridade da mulher figura no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, uma vez que este deu notoriedade aos chamados “crimes silenciosos” ao tratar da subnotificação de crimes contra a mulher no mundo inteiro, em detrimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “que trouxe às Nações um caráter humanitário para a elaboração das legislações subsequentes ao período do pós-guerra de 1948”.

Essas premissas deram bases aos movimentos feministas no Brasil que, no período da redemocratização do país após a Ditadura Militar, uniram forças com organizações de direitos humanos e utilizou-se de postulados humanitários internacionais para dar as bases da legislação específica de proteção à mulher presente na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Trata-se de uma das mais importantes pressões da sociedade civil organizada diante do Estado brasileiro para que esse adotasse um conjunto coeso de documentos legais para tratar do assunto.

Na Constituição Federal de 1988 já aparece um quadro favorável à proteção dos direitos da mulher, uma vez que há em seu texto, no artigo 226, § 8º, o compromisso do Estado em assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Já no artigo 98, inciso I da CF/88, ficou estabelecido que é função dos entes federados a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Já em 1994, o Brasil recepcionou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, cujos acúmulos puderam, no ano seguinte, dotar o Poder Judiciário com os fundamentos legais em processos judiciais nesse tema. Isso influenciou a jurisprudência até que, tardiamente, em 2004, na reforma do artigo 129 do Código Penal Brasileiro, fosse imputado o texto de que “as condutas que implicassem em agressão física, psíquica e sexual contra mulheres, sob o ponto de vista da violência doméstica, se configurariam como delito”. (FADIGAS, 2006, p. 6).

No âmbito internacional, o Brasil apresenta atualmente dados alarmantes, figurando entre os países com maior incidência de violência doméstica, notadamente o feminicídio. Estudos apontam que “a cada dois segundos uma

mulher sofre uma agressão física ou verbal em nosso país conforme o instrumento “Relógios da Violência”, do Instituto Maria da Penha”³.

Conforme levantamento apresentado na 261ª Sessão ordinária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016 mais de um milhão de processos referentes à violência doméstica contra a mulher tramitaram na justiça do país, correspondendo, em média, a um processo para cada cem mulheres brasileiras, sendo que pelo menos 13,5 mil destes são casos de feminicídio.

Tabela 1 – Taxa de homicídio de mulheres (por 100 mil)

País	Ano	Taxa	Posição
El Salvador	2012	8,9	1º
Colômbia	2011	6,3	2º
Guatemala	2012	6,2	3º
Rússia	2011	5,3	4º
Brasil	2013	4,8	5º

Fonte: Mapa da violência 2015

Ainda de acordo com pesquisas do Mapa da Violência⁴ de 2015 – homicídios de mulheres no Brasil foi demonstrado que dos 4.762 assassinatos de mulheres registrados em 2013, 50,3% foram cometidos por familiares, sendo que em 33,2% destes casos, o crime foi praticado pelo parceiro e que essas quase 5 mil mortes representaram uma média de treze feminicídios diários no Brasil, colocando o país em 5º lugar no ranking de países com esse tipo de crime, com uma taxa de 4,8 assassinatos a cada cem mil mulheres.

Em 2006, a intensa luta de Maria da Penha Maia Fernandes pela punição de seu agressor resultou num grande avanço para a efetivação da rede de proteção à mulher no Brasil. Após anos de agressões, seu então marido, tentou assassiná-la duas vezes em 1983, deixando-a paraplégica. Ao tomar coragem para denunciar seu agressor e devido seu intenso empenho em garantir sua devida punição diante de um letárgico sistema judiciário

³ O instituto Maria da Penha – IMP é uma organização não governamental sem fins lucrativos, com sede em Fortaleza, que foi criada a partir da história de vida de Maria da Penha e tem como missão criar mecanismos para o enfrentamento a violência doméstica e familiar contra mulher e resgatar os valores humanos na sociedade. As informações e os números apresentados nos relógios da violência têm como referência a pesquisa Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizada e divulgada em 2017.

<https://www.relogiosdaviolencia.com.br>

⁴ O primeiro mapa foi realizado em 1998 e já foram divulgados cerca de 27 estudos. Inicialmente a cada dois anos, posteriormente anual e, desde 2011, mais de um a cada ano. O foco global é sempre violência letal relacionada com a juventude, mas com abordagens temáticas diferenciadas como mulher, América Latina, acidentes de trânsito, infância e adolescência, entre outras. O sociólogo Júlio Jacobo Waiselfisz é o responsável pela pesquisa.

brasileiro no tocante à inibição da violência à mulher, Maria da Penha teve o nome apelidando a Lei 11.340/2006, proposta pelo Poder Executivo e sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva após aprovação no Congresso Nacional. A lei alterou o Código Penal, como a introdução do § 9º, do Art. 129, possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada.

Apesar de ter resultado em uma redução de cerca de 10% na taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas, os números de agressões e de feminicídios continuam a crescer no Brasil. De acordo com números de 2005.

(...) 23% das mulheres brasileiras estão vulneráveis à violência doméstica; sendo que uma mulher é violentada a cada quatro minutos, e, em 85,5% desses casos, a agressão é oriunda dos próprios parceiros. O estudo demonstrou, ainda, que o País perde 10,5% do seu PIB em consequência da violência doméstica. (FADIGAS, 2006, p. 2).

Em estudo realizado pelo Senado Federal, publicado no Panorama da Violência contra as mulheres no Brasil (2018) esses índices tiveram aumento entre 2006 e 2015. Na proporção de assassinatos de mulheres para cada 100 mil habitantes, o estudo estatístico apontou o número de 4,2 em 2006, registrando aumento para 4,6 em 2014 e apresentando ligeira redução para 4,4 em 2015.

No que diz respeito aos relatos de violência registrados pelo Ligue 180, serviço oferecido pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM/PR), de acordo com o Balanço 2015 – Ligue 1804, foram realizados 749.024 atendimentos em 2015, em comparação a 485.105 atendimentos realizados em 2014. Dentre os atendimentos realizados em 2015, cerca de 10% (76.651) se referiram a relatos de violência contra as mulheres. Destes relatos de violência, 50,16% corresponderam a violência física; 30,33%, a violência psicológica; 7,25%, a violência moral; 2,10%, a violência patrimonial; 4,54%, a violência sexual; 5,17%, a cárcere privado; e 0,46%, a tráfico de pessoas. (SENADO FEDERAL, 2018, p. 11).

Esses números bem como os inúmeros relatos registrados nas delegacias especializadas em todo o país, denotam a urgente necessidade de suplementar esses fundamentos jurídicos e todo o progresso na incrementação das estruturas institucionais de proteção à mulher com uma atuação preventiva mais intensa, o que pode ser alcançado com a implementação das iniciativas de patrulhamento.

As experiências de sucesso já em andamento, bem como os projetos em desenvolvimento apontam justamente para necessidade de fortalecer o atual

quadro jurisdicional para que a lei seja cumprida, aperfeiçoada e que possa aproximar do ideal de erradicação da violência contra a mulher, cujas consequências de suas mais diversas manifestações são danosas a toda a sociedade.

2. Manifestação da violência contra a mulher e suas consequências

A violência contra a mulher não se atrela apenas aos casos em que há agressão física. Há diversas formas de violência em manifestações e gravidades diversas e sua incidência é endêmica na sociedade brasileira.

A violência é um fenômeno social que atinge a população e o governo, tanto no âmbito global quanto no âmbito local, na esfera pública e na privada. Em seu significado mais frequente, refere-se ao uso da força física, intelectual ou psicológica, a fim de submeter outrem a fazer algo contra a sua própria vontade. (OLIVEIRA, 2015, p. 11).

São cinco formas de constrangimento que a Lei Maria da Penha reconhece como violência doméstica e familiar: a violência patrimonial, a moral, a psicológica, a sexual e a física, podendo haver sua ocorrência de forma isolada ou concomitante.

No texto da Lei 11.340/2006, em seu artigo 7º, estão expressas as definições de cada uma dessas violências conforme o entendimento jurídico vigente. Quanto à violência psicológica, esta é compreendida como

qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (GOVERNO FEDERAL, 2006).

Trata-se de um tipo de agressão que visa afetar a pessoa mantendo a ameaça física em segundo plano e se estabelece a partir de uma relação desigual de poder. A autoridade simbólica exercida pelo agressor faz com que esse submeta sua vítima à sujeição ao aplicar-lhe maus tratos mentais e psicológicos de forma intencional e contínua. Uma vez que não há dor física no momento de seu exercício, a violência psicológica provoca, através da humilhação muitas vezes de maneira cotidiana, estresse e angústia que podem deixar danos psicológicos permanentes.

Não raro, mulheres vítimas de tortura psicológica requerem tratamento psicológico e é comum a incidência de pessoas que se afastam de convívio social ou mesmo que cometem suicídio.

Já a violência patrimonial, que é mais nitidamente e frequentemente percebida, por exemplo, em situações de divórcio. Sua incidência, porém, é muito mais comum. Trata-se, segundo o texto da Lei Maria Penha, por

qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (GOVERNO FEDERAL, 2006).

É comum, quando há manifestação de interesse em divorciar-se por parte da mulher, que o ex-companheiro ou ex-marido danifique bens materiais e objetos pessoais, bem como esconda certidão de casamento, passaporte e outros documentos. Essa tentativa de punição visa inibir a decisão de romper o vínculo, coagindo à manutenção da convivência. Também é comum que muitos homens se utilizem de sua condição financeira para perturbar ou prejudicar a vida da ex-companheira.

Durante a união do casal, ela pode ser percebida quando o homem se apropria de dinheiro ou bens que uma mulher economizava ou quando administrava sozinho o patrimônio que pertencia a ambos.

Registrar todos os bens do casal exclusivamente em nome do homem ou registrá-los de outros familiares, para burlar a legislação e garantir a partilha injusta na separação, também são práticas comuns, bem como não reconhecer que o trabalho doméstico e cuidado dos filhos contribuiu efetivamente para a construção do patrimônio comum, uma vez que foram empenhados força de trabalho e tempo à atividade.

Outra forma de exercício de violência é a violência moral. Humilhar, xingar e agredir verbalmente a mulher com o intuito de diminuir sua autoestima, além da desvalorização moral ou deboche público enquadram-se nesse campo em que a Lei Maria da Penha especifica como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”. Expor a vida íntima, falar sobre a vida do casal sem o consentimento da parceira, também é considerado uma forma de violência moral, bem como vazar fotos íntimas da vítima nas redes sociais como forma de vingança.

Um dos tipos mais abjetos, mas igualmente suprimido do debate público é a violência sexual no âmbito doméstico. Há um senso comum a ser combatido de que em uma relação de casamento o marido tem “direitos” no que diz

respeito à vida sexual. Nesse aspecto, a lei é clara a versar como violência sexual,

qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (GOVERNO FEDERAL, 2006).

A violência física geralmente se configura também como uma das derradeiras formas de manifestação de opressão do homem na sociedade patriarcal. Em seu artigo 7º, a Lei 11.340/2006 que essa forma de violência é “entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”. Assim, muito além de casos de espancamentos ou agressões mais severas, manifestações menos radicais também devem ser punidas. Atirar objetos, ainda que não atinjam a vítima, empurra, sacudir e apertar os braços, configuram este tipo de violência.

Considera-se violência física, mesmo que esta agressão não tenha deixado marcas aparentes, o uso da força física que ofenda a saúde ou o corpo da mulher. Caracteriza-se por ser uma espécie de contato físico, o qual provoque dor, podendo ou não resultar em lesão ou causar marcas no corpo. Têm-se como exemplos desta violência: beliscões, mordidas, puxões de cabelo, tapas, cortes, chutes, queimaduras, socos, entre outros. (OLIVEIRA, 2015, p. 20).

Essas definições e especificações, entretanto, não são taxativas e limitantes, a jurisprudência deve estar aberta ao reconhecimento de outras formas de violência. A Lei Maria da Penha define, nesse aspecto, as formas mais comuns de violência e, por isso, especificadas em seu texto.

3. A iniciativa pioneira da Patrulha Maria da Penha no Rio Grande do Sul e sua ampliação para outros Estados

A Patrulha Maria da Penha foi criada pela Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul, chamada de Brigada Militar, no ano de 2012, atuando inicialmente apenas nos quatro Territórios da Paz da capital, Porto Alegre, instalados nos bairros Lomba do Pinheiro, Rubem Berta, Restinga e Santa Tereza por possuir altas taxas de violência e mortes. A implementação reduzida deveu-se ao fato de ter sido um projeto piloto e de haver, inicialmente, poucos policiais capacitados para trabalhar nas patrulhas.

O projeto foi idealizado em virtude da busca de atendimentos mais completos, continuados e eficientes dentro da grande rede de enfrentamento a violência doméstica e familiar, tendo em vista, os vários assassinatos de

mulheres mesmo com o deferimento das medidas protetivas de urgência pelo judiciário. Portanto, o projeto objetivava fazer a prevenção após o delito, evitando reincidências de agressões às vítimas, além de fiscalizar o cumprimento das decisões judiciais de abusos já cometidos.

As Patrulhas Maria da Penha são grupos de três a quatro policiais militares com treinamento específico para fiscalizar o cumprimento das medidas protetivas determinadas pelo poder judiciário, inserindo a atividade policial militar nesta rede de atendimento à mulher, depois de ela já ter sido vítima de violência, sendo que estas patrulhas foram criadas especialmente para esta finalidade e em funcionamento inicial junto aos Territórios da Paz em Porto Alegre. (SPANIOL 2015).

Deste modo a “Patrulha Maria da Penha” nada mais é que a presença do estado, através da Polícia Militar, na casa das vítimas, prestando o apoio necessário a essas mulheres em situação de vulnerabilidade, além de colher informações importantes que serão constadas em um relatório específico de visita e que poderão ser anexado ao inquérito policial e/ou processo. As visitas são efetuadas através de rondas realizadas por guarnições específicas da brigada militar e com a presença de ao menos uma policial do sexo feminino, sendo de grande importância para que as vítimas se sintam menos constrangidas e a vontade para relatar os fatos. Outra missão das patrulhas é fiscalizar o cumprimento das medidas protetivas de urgência sempre que não houver chamado de uma vítima em perigo.

A Patrulha possui um roteiro com o nome de todas as vítimas em situação de violência e utiliza uma viatura exclusiva para visitá-las, com um adesivo no vidro traseiro, em cor lilás, para uma fácil identificação de sua atividade junto à comunidade, assim fortalecendo o vínculo com a vítima e sua família, bem como incentivando outras mulheres vítimas de violência a denunciarem os seus agressores.

Os policiais que atuam nesta modalidade de policiamento também são diferenciados. Antes de integrarem o efetivo da “Patrulha Maria da Penha” os policiais devem participar de processo de capacitação, imprescindível para atuarem com mais sensibilidade e, sobretudo, para entenderem as limitações que uma mulher vítima de violência doméstica e familiar apresenta no momento de denunciar seus agressores.

Todas as ações de fiscalização da Patrulha Maria da Penha são devidamente registradas nesse banco de dados e inseridas no Sistema de Informações Gerencias da Polícia Militar (SIGBM), para que possa ser acessado e controlado, em diferentes níveis de gestão, para o melhor e mais célere atendimento à vítima. Esses dados visam robustecer os inquéritos policiais e até mesmo decisões judiciais. (GERHARD, 2014)

O trabalho da Brigada Militar é realizado em conjunto com a DEAM que repassa todas as ocorrências registradas com as Medidas Protetivas de Urgência solicitadas pelas vítimas, antes mesmo de estas serem encaminhadas e concedidas pelo juizado especial, para a sede administrativa da “Patrulha Maria da Penha”, onde os dados serão processados e subsidiarão a elaboração do roteiro de visita e fiscalização a ser seguido durante a ronda, otimizando o tempo e seguindo uma ordem de prioridade conforme o grau de risco de cada caso.

Com o acompanhamento sequencial das vítimas, é elaborado um “Relatório, de Fiscalização de Medidas Protetivas”, no qual são descritos os fatos relacionados às visitas e o relato da vítima, os casos mais graves são repassados imediatamente à Polícia Civil e ao Juizado de Violência e Familiar, anexando-os ao inquérito civil. Os agressores na maioria das situações não chegam a manter contato, justamente por haver a fiscalização, por outro lado algumas vítimas optam pela desistência do programa Patrulha Maria da Penha, fazendo a tentativa de reunir a família, dando uma segunda chance, mas a Patrulha só desiste de seu objetivo desde que estas vítimas sintam – se seguras e que os ânimos familiares estejam contidos. (SPANIOL, 2015).

Conforme divulgado pela Secretaria de Segurança do Estado do Rio Grande do Sul, nos primeiros cinco anos do programa, cerca de 100 policiais, espalhados por 27 municípios, realizaram mais de 50 mil visitas em cumprimento de Medidas Protetivas de Urgência e cadastraram cerca de 45 mil vítimas, reduzindo significativamente os índices de feminicídios no Estado.

Porém, apesar dos brilhantes números apontados acima houve um grande número de mulheres que apesar de atendidas pela “Patrulha Maria da Penha” resolveram voltar a conviver com seus companheiros.

Nos vinte e quatro meses de atuação deste projeto foram realizadas 4.489 (quatro mil, quatrocentos e oitenta e nove) visitas e deste total, 2.447 (duas mil quatrocentos e quarenta e sete), foram de atendimento e cadastro a mulheres vítimas de violência de gênero, sendo que desse quantitativo, 217 (duzentos e dezessete) mulheres voltaram para seus companheiros. (SPANIOL, 2015).

Conforme o que preconiza o Art. 10, da Lei 11.340/2006, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis nos casos de prática de violência doméstica e familiar contra a mulher ou da sua iminência.

A lei consagra a ideia de que a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher deve ser realizada através de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios e de ações não-governamentais”, incluindo a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, criando uma verdadeira rede de enfrentamento, que conta ainda com a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher.

No entanto a interpretação jurídica entende que autoridade policial é a pessoa revestida pelo cargo de delegado, policial civil, portanto, encontra-se na Lei Maria da Penha a particularização dos serviços e diretrizes que devem ser seguidos pelas delegacias especializadas, principalmente as relacionadas ao atendimento e acolhimento às vítimas, a qualificação de seus integrantes para a devida orientação das mulheres em situação de risco e quanto aos procedimentos criminais que devem ser adotados, conclusão do inquérito e acompanhamento das ocorrências.

No Brasil, a principal política específica de combate à violência contra a mulher ocorreu pela via da segurança pública, através da implantação e expansão das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM). Em que pese a grande repercussão e relevância dessa política ao longo da atuação dessas instituições, os estudos apontaram ambiguidades nos papéis desenvolvidos pelas autoridades policiais e pelas próprias vítimas, indicando as dificuldades para se tratar esta questão no âmbito exclusivo da justiça criminal. Contudo, desde a sua criação, essas delegacias passaram por transformações e, apesar de sua importância como política pública, não constituem homogeneamente um campo de investigação da violência contra a mulher (MORAES; GOMES, 2009).

Embora, muitas vezes a polícia militar seja a primeira a ser acionada pelas vítimas e, portanto, os primeiros a ter contato com essas mulheres, a Lei Maria da Penha não especifica as atribuições desta instituição no enfrentamento a esse tipo de violência. Assim, o trabalho da Polícia Militar fica restrito à integração do sistema de segurança pública através do devido encaminhamento, após a prestação de socorro, se necessário, das ocorrências atendidas envolvendo mulheres em situação de violência, às delegacias especializadas para o devido registro, exigindo na lei a capacitação permanente da Polícia Militar quanto às questões de gênero, de raça ou etnia, o que, via de regra, efetivamente não ocorre.

Porém, nem tudo é como deveria ser quando se fala da aplicabilidade desta lei, pois há um hiato entre ela, como instrumento “de direito”, e outro “de

fato”. Estes entraves à sua aplicação estão no cotidiano da gestão pública e são tanto de ordem institucional como política. (Spaniol; Grossi, 2014).

Contudo, apesar da particularização dos serviços realizados pelas delegacias especializadas e da integração de vários órgãos públicos no combate a violência doméstica e familiar, percebe-se que há a necessidade de aproximação de todo esse aparato às mulheres em situação de vulnerabilidade, algo que contribua de maneira efetiva para a aplicabilidade de todos os artifícios criados e tipificados em lei, como as medidas protetivas, de forma prática, ostensiva e preventiva. É nesta seara que pode ser inserido o trabalho da Polícia Militar, através de rondas que garantam todos os direitos conquistados através da Lei Maria da Penha, entendendo que o atendimento policial adequado constitui medida imprescindível diante das possibilidades de novas agressões.

Apenas recentemente, com a necessidade de atuação em rede, na busca de um atendimento mais completo e eficiente às mulheres vítimas de violência e diante de dezenas de mulheres assassinadas após o deferimento das medidas protetivas determinadas pela Lei Maria da Penha, criou-se na Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul; com atuação da Brigada Militar, as Patrulhas Maria da Penha, numa clara intenção de fazer a prevenção pós-delito, e também de difundir seu caráter pedagógico, evitando reincidências nas agressões às mulheres, bem como fiscalização do fiel cumprimento das decisões judiciais acerca de violações já sofridas. (Spaniol; Grossi, 2014).

De acordo com Bibiana Beck Menezes, Capitã da Polícia Militar do Rio Grande do Sul e coordenadora regional do Vale do Rio dos Sinos da Patrulha Maria da Penha, “a patrulha [...] tem por missão fiscalizar o cumprimento de medida protetiva expedida pelo judiciário”. Ela (2018) defende que um dos papéis mais importante realizados pela ronda consiste justamente no empoderamento através da informação, possível através não apenas da atuação de policiamento, mas também por meio de palestras e reuniões, uma vez que

a informação salva vidas e é a partir das informações que divulgamos que as mulheres se percebem vítimas e se encorajam a denunciar seu agressores. Muitas só denunciam porque tem a Patrulha Maria da Penha, se sentem muito seguras. (MENEZES, 2018. Transcrição de entrevista no Apêndice C).

Dessa forma, o policiamento específico configurou o ponto decisivo para a melhoria da situação das mulheres vítimas de violência por apresentar uma perspectiva de proteção real e Menezes (2018) é taxativa em afirmar que a Patrulha no Rio Grande do Sul “é imprescindível tanto para o Estado no

controle da violência quanto da vítima para sua segurança. Atualmente, não tem como imaginar a não existência de uma patrulha”.

A Lei Maria da Penha é motivo de comemoração para as mulheres que sofrem neste país, criada como instrumento capaz de proporcionar o enfrentamento a violência de gênero, sem dúvidas considerada uma das formas mais inquietantes de violência. As estatísticas revelam que na maioria das vezes este tipo de violência se revela no ambiente familiar, local onde se promove a educação dos filhos, influenciando o comportamento dos mesmos no meio social, através da transferência de valores morais geração após geração, fatos que explicam a perpetuação ao longo do tempo desse tipo de violência.

A violência cometida contra a mulher é um fenômeno histórico que dura milênios, pois a mulher era tida como um ser sem expressão, uma pessoa que não possuía vontade própria dentro do ambiente familiar. Ela não podia sequer expor o seu pensamento e era obrigada a acatar ordens que, primeiramente, vinham de seu pai e, após o casamento, de seu marido. (MELLO, 2007)

Contudo a edição da Lei 11.340/2006, assim como normas anteriores, permaneceu no plano abstrato e não solucionou o problema da discriminação e violência contra a mulher. Despontando que o trabalho estatal, na essência, não deve ocorrer apenas no plano das leis, mas através de medidas de educação e conscientização dos valores humanos. Na prática, apesar das tentativas de solução do problema como a criação de instituições específicas para combater a violência doméstica, a proteção da família permaneceu fora do alcance efetivo das normas jurídicas.

Após a experiência no Rio Grande do Sul outros estados seguiram o caminho trilhado para a criação de policiamento específico para proteção de mulheres em situação de violência. Uma dessas iniciativas foi da Polícia Militar do Maranhão (PMMA), que criou a Patrulha Maria da Penha (PMP) através do decreto nº 31.763, de 20 de maio de 2016, atrelando o funcionamento desta ao Comando de Segurança Comunitária (CSC). O objetivo da PMP é acompanhar e atender as mulheres em situação de vulnerabilidade, vítimas de violência doméstica e familiar, bem como fiscalizar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, buscando orientar, prevenir, proteger e contribuir com as políticas públicas de enfrentamento da violência contra mulheres.

No estado da Bahia, a Ronda Maria da Penha foi criada a partir da articulação da Secretaria de Políticas para as Mulheres junto à Secretaria de Segurança Pública e foi igualmente inspirada na Patrulha Maria da Penha da Brigada

Militar do Rio Grande do Sul. O termo de cooperação que a criou, assinada entre a Secretaria da Segurança Pública, o Ministério Público Estadual, a Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça da Bahia e a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Bahia, prevê que a Operação Ronda Maria da Penha (ORMP) tem como objetivo primordial prestar atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar que já possuem Medida Protetiva de Urgência expedida em seu favor, enfatizando a necessidade que as vítimas deem encaminhamento ao devido processo legal para assegurar a proteção do estado baiano e a salvaguarda da vida e a garantia dos direitos humanos em casos de violência dessa natureza.

4. Ações contra a violência à mulher em Sergipe e perspectivas de enfrentamento

O organismo estadual responsável pela articulação que visa garantir a igualdade de gênero é a Coordenadoria Estadual de Políticas para as Mulheres do Tribunal de Justiça, que tem por missão a promoção de equidade de gênero e todas as formas de autonomia das mulheres sergipanas para promover o enfrentamento à violência contra a mulher. No entanto, a efetividade das ações, com todos os esforços das equipes envolvidas, trava justamente no acompanhamento mais aproximado do cotidiano das vítimas. Em Sergipe, essa lacuna de um policiamento específico desenha um quadro em que as estatísticas de violência são alarmantes. De acordo com Iracy Ribeiro Manguiera Marques, juíza de direito e Coordenadora da Mulher do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, o quadro profissional do sistema jurídico que lida com a questão percebe que

ainda sente falta, no estado, de uma implementação da Patrulha Maria da Penha, inclusive essa patrulha gera algumas divergências em relação ao seu escopo e área de atuação, que na verdade seria o acompanhamento das mulheres que estão com medida protetiva deferida. (MARQUES, 2018. Transcrição da entrevista no apêndice B).

Ao avaliar o tipo de violência com a qual se lida nessa questão, a juíza Iracy Marques acredita que é importante haver um tratamento diferenciado por parte do aparato jurídico e de segurança pública uma vez que há diferenciação com outras formas de crime devido ao seu fator simbólico na sociedade brasileira.

Por isso, ainda de acordo com Marques, o papel da Patrulha Maria da Penha fornece uma segurança também do ponto de vista simbólico, já que “a presença da patrulha e da viatura específica traz uma simbologia muito grande para essa mulher vítima de violência e para as pessoas que estão no entorno dessa mulher que observam que tem alguém de olho”.

Frente aos dados de feminicídio em Sergipe, que em 2018 alcançou a marca de 69 casos, conforme relatório da Coordenadoria da Mulher em Sergipe (2018), Marques aponta para a perspectiva de que é preciso atentar para a subnotificação, assim como ocorre nos casos de agressão. Para ela,

o grande problema do feminicídio é que muitas vezes ele é autuado como se fosse homicídio, então como é uma qualificadora precisamos conscientizar as pessoas sobre a necessidade de autuar o processo corretamente para que possamos ter um dado confiável. Na última reunião das coordenadorias estaduais, em Brasília, foi apresentado uma ferramenta que seria uma tentativa de existir uma alimentação e uma parametrização dos dados relacionados à violência doméstica a partir de uma plataforma exclusiva, gerando um dado da violência doméstica único e não um dado da Polícia, um dado do judiciário, um dado do ministério público. (MARQUES, 2018. Transcrição da entrevista no apêndice B).

Essa perspectiva de dados mais precisos, somados à ação específica de policiamento em situações de violência doméstica, visa a fortalecer uma rede multiprofissional de amparo às vítimas e combate a uma forma de crime endêmica na sociedade brasileira.

Dados da Coordenadoria de Estatística e Análise Criminal – CEACRIM, da Secretaria de Segurança Pública, mostram que somente nos municípios de Aracaju, Estância, Itabaiana e Lagarto, cidades que possuem Delegacias de atendimento à mulher no Estado de Sergipe, até o mês de outubro de 2018, cerca de 610 mulheres tiveram suas queixas enquadradas como lesão corporal, 1.106 como ameaça e 948 enquadradas como violência doméstica de forma genérica, suscitando o questionamento quanto a padronização das notificações nas diversas Delegacias do ente federado. Esses números representam apenas as ocorrências mais cadastradas entre os municípios citados, dessa forma o número da violência doméstica e familiar no estado é ainda maior e expressivo. Estes dados impressionam e levantam o questionamento sobre o andamento da política de enfrentamento em Sergipe.

O Estado de Sergipe, apesar de apresentar uma extensão territorial pequena em relação a outros estados, tem apresentado números alarmantes de casos de violência e feminicídio. As estimativas do mapa da violência apontaram um aumento de 64,7% no número de mulheres que foram assassinadas entre os anos de 2003 e 2013. O estado possui a 16ª maior taxa, no país, de homicídios de mulheres a cada 100 mil habitantes e a terceira maior do Nordeste.

Considerações finais

Diante dos resultados colhidos pode-se perceber que a implementação de policiamento específico trouxe efetividade para a Lei Maria da Penha, através da fiscalização das medidas protetivas. Percebe-se ainda que este

trabalho trouxesse o empoderamento necessário às mulheres em situação de violência doméstica. Porém, faz-se importante ressaltar que este trabalho se tornou efetivo após o fortalecimento de toda rede de enfrentamento, pois as necessidades das vitimadas extrapolam a seara da segurança pública, sendo, portanto, o programa de assistência à mulher estendido para áreas da saúde, educação, amparo jurídico, entre outras.

Este trabalho, portanto, deve ser contínuo buscando, analisar as políticas de enfrentamento à violência doméstica e familiar no Estado de Sergipe, Deve-se incrementar a atuação da Polícia Militar do Estado, através do policiamento preventivo, na rede de enfrentamento a delitos desta natureza para dar mais efetividade destas atuações.

Diante do exposto, pode-se perceber que além de possibilitar o cumprimento prático da Lei 11.340/2006, a implementação de policiamento específico tende a possibilitar a expansão de conhecimentos para que cada vez mais mulheres sergipanas tenham acesso à informação e que seus direitos, garantidos por lei, sejam efetivados para enfim, ter a oportunidade de escolha a uma vida sem abusos.

A Ronda Maria da Penha em Sergipe, portanto, consistiria na formação de um grupamento da Polícia Militar, devidamente treinado e habilitado para o atendimento específico à mulher vítima de violência doméstica e familiar e de fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência. A patrulha formada para este fim realizaria visitas às residências das mulheres vítimas da violência de gênero, de forma rotineira e coordenada, atuando de forma preventiva, com o intuito de coibir as possíveis investidas do agressor. A medida proporciona um acompanhamento próximo à vítima e a seus familiares, com a presença policial inibindo a aproximação desses homens, e caso contrário realizará a prisão dos agressores que ultrapassem os limites impostos.

Inspirada nas experiências no Rio Grande do Sul, Maranhão e Bahia, Essa unidade irá encorajar as mulheres vitimadas por violência doméstica a denunciarem seus agressores, fazendo crescer as solicitações de medidas protetivas. Isso irá representar uma atuação mais próxima também do sistema judiciário, contribuindo para reduzir a subnotificação, tanto conscientizando, através de palestras e reuniões, as comunidades onde estará inserida, como também demais unidades de policiamento do estado. A violência tenderá a diminuir, bem como os feminicídios, uma vez que o agressor saberá que a Polícia Militar estará presente próximo à vítima, assim como aconteceu nas localidades em que foi implementada conforme explicitado no capítulo 4.

Muito além de ter um papel coadjuvante, atuando apenas no atendimento da ocorrência, essa unidade deve representar uma forma de enfrentar a violência doméstica, prestando apoio às vítimas de forma substancial e sistemática. Os policiais que integrarão esta unidade devem passar por uma formação específica, adquirindo a capacitação necessária para intervir nas diversas situações da violência doméstica.

Sendo assim, os policiais capacitados que compõem a Ronda Maria da Penha deverão compreender que a violência doméstica é um crime e assim deve ser tratado, bem como devem ser capacitados quanto à relevância das ações integradas e interdisciplinares. Desta forma, orientam as vítimas quanto aos procedimentos que devem ser adotados caso haja o descumprimento de ordem judicial, esclarecem dúvidas e encaminham as mulheres à Rede de Atendimento Municipal ou Estadual.

Por fim compreende-se que o projeto “Ronda Maria da Penha” faz valer os esforços de enfrentamento à violência de gênero advindos principalmente após a vigência da Lei 11.340/2006, por alcançar o empoderamento de muitas mulheres que se tornam mais autoconfiantes para romper o ciclo da violência, a partir do momento em que percebem que não estão mais sozinhas. Embora não represente o fim da violência contra a mulher, sua aplicação situa-se no escopo do enfrentamento a essa modalidade de crime como forma de contribuir para a superação dessa cultura de violência através de um novo modelo, de modo que a polícia deve sempre se reinventar, para estar em consonância com as demandas e possibilidades da sociedade.

Referências

- BERGESCH, Karen. **Violência contra a mulher: uma perspectiva foucaultiana. À flor da pele: ensaios sobre gênero e corporeidade** / Organizadores Marga J. Ströher; Wanda Deifelt; André S. Musskopf. Rio Grande do Sul: Sinodal;CEBI, 2004, p. 206.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 28 dez. 2019.
- CEACRIM. 10 maiores ocorrências criminais das delegacias da mulher do Estado 2017 a 2018 – até outubro de 2018.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O Poder Judiciário na aplicação da lei Maria da Penha**. CNJ. 2017. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em 28 de dez. 2019.
- COORDENADORIA DA MULHER. **Relatório de Gestão 2017/2018**. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe - Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/Bi%C3%AAnio%202017%20e%202018.pdf>. Acesso em: 28 de dez. 2019
- Documento da Ronda Maria da Penha publicado no site do TJBA <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/ronda-maria-da-penha.pdf>
- FADIGAS, Amanda Braga de Melo. **Violência contra a mulher: a importância do exercício da cidadania no combate ao crime silencioso**. Revista Ártemis. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2102/1860>>. Acesso em: 28 de dez. 2019.
- GERHARD, Nadia Rodrigues Silveira. **Patrulha Maria da Penha**. 1. ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014.
- GERHARD, Nadia Rodrigues Silveira. **Patrulha Maria da Penha: Polícia comunitária e enfrentamento a violência de gênero**. Relatório Lilás. Porto Alegre, Assembleia Legislativa, p. 86-91, 2013.
- GERHARD, Nadia Rodrigues Silveira. **Revista da Brigada Militar**, Publicação comemorativa aos 175 anos da corporação, ano II, nº 03, novembro de 2012.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Relógios da Violência**. Disponível em <<https://www.relogiosdaviolencia.com.br/#>>. Acesso em 28 de dez. 2019.
- MELLO, Adriana Ramos de. **Aspectos gerais da lei. Violência Doméstica e familiar contra a mulher**. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- MORAES, Aparecida Fonseca; GOMES, Carla de Castro. **O caleidoscópio da violência conjugal: instituições, atores e políticas públicas no Rio de Janeiro**. In: MORAES, Aparecida Fonseca; SORJ, Bila (Org.). Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira. Rio de Janeiro: Sete letras, 2009. p. 75-109.

- OLIVEIRA, Andressa Porto de. **A Eficácia Da Lei Maria Da Penha No Combate À Violência Doméstica Contra A Mulher.** Unisc. Disponível em:
<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/851/1/Andressa%20Porto%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher.** Pequim, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 28 de dez. 2019.
- Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.** Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em 28 de dez de 2019.
- POLÍCIA MILITAR DO MARANHÃO Relatório das atividades da patrulha maria da penha. CEL QOPM Maria AUGUSTA de Andrade Ribeiro- Comando de Segurança Comunitária – CSC, 28/12/2019.
- Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.** Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em 28 de dez de 2019
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Anotações preliminares à lei 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais.** Disponível em:
<http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/ARTIGO%20FAVOR%20C3%81VEL%20AUDI%20C3%8ANCIA%20PRELIMINAR.pdf>. Acesso em: 28 de dez. 2019.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela.** Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.
- SENADO FEDERAL. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais.** N. 2. Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência. Brasília, 2018. Disponível em

<<http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>>. Acessado em: 28 de dez. 2019.

SPANIOL, Marlene Inês. Patrulhas Maria da Penha: **Análise dos avanços e desafios dos dois anos de implantação desta política pública de prevenção à violência de gênero, nos Territórios da Paz, em Porto Alegre**. Sistema Penal e Violência, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 30-48, jan.-jun. 2015.

SPANIOL, Marlene Inês; GROSSI, Patrícia Krieger. **Análise da Implantação das Patrulhas Maria da Penha nos Territórios da Paz em Porto Alegre: avanços e desafios**. Textos e Contextos, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 398 - 413, jul./dez. 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

Justiça restaurativa e mediação como forma de solução de conflitos^(*)

Restorative justice and mediation as a way of conflict resolution

La justicia restaurativa y la mediación como medio de resolución de conflictos

Ester Pimentel Gonçalves¹

Marlene Soares Freire Germano²

Sumário: Introdução. **1.** A crise da Justiça Tradicional. **2.** Justiça restaurativa: conceito e origem. **3.** Justiça Restaurativa e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. **4.** A mediação como um dos dispositivos de aplicação da justiça restaurativa. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar a nova metodologia jurídica aplicada no direito brasileiro, denominada Justiça Restaurativa. Este modelo tem como principal característica uma técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas. A problemática a ser tratada, terá como ponto de partida as mudanças no binômio social-jurídico.

(*) Recibido: 28/01/2020 | Aceptado: 10/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu/Campus V.
esterpimentel95@gmail.com

² Mestre em Educação, Professora de Filosofia do Direito da Universidade Iguazu/Campus V. Docente integrante do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana.
marlene.sgermano@gmail.com

Mudanças que culminaram com a necessidade da busca de novas, porém eficazes estratégias, não apenas para a solução dos conflitos, mas de seus desdobramentos na comunidade, suas consequências tanto para vítima, quanto para o autor/infrator, de forma a evitar a recorrência do ato ilícito, bem como conscientizar sobre suas implicações, frear o excesso de novas ações e assim diminuir a morosidade do judiciário. Dentre os diferentes mecanismos de aplicação da Justiça Restaurativa, destaca-se a Mediação, uma técnica que tem por finalidade alcançar um entendimento satisfatório e célere de uma demanda, sem, contudo, que haja a necessidade de submeter-se ao desgaste financeiro e emocional de um processo judicial. O estudo foi de natureza qualitativa.

Palavras-chave: justiça restaurativa, resolução de conflitos, metodologia jurídica, mediação

Abstract: The present article aims to analyze the problematic involving the relationship of the figure of a secular State with the religiosity of the people under its tutelage and the idea of an apparent paradox. Such a relationship will be approached from the point of view of the motivation for conception of the norm, historically delineating the influence of religion on juridical construction, its relation with the authority of the State, as well as the positive and negative factors of this relation until the rupture. The bibliographical and documentary researches were the methodological contributions that outlined the concepts for the understanding of this paradox. It was understood, therefore, that the Philosophy of Law and Legal Hermeneutics play a fundamental role in the dialogue between the secular state, the religious position and society. And in Brazil, the Constitution of the Federative Republic of 1988, by ensuring freedom of belief and worship, promotes an inclusive, pluralistic and tolerant aspect of the different thoughts. Therefore, the Brazilian constitutional interpreter, in the figure of his Federal Supreme Court as legitimator of the norm, has decided in consonance with the religiosity of the people and the prestige of the sociological model of interpretation of the norm, seek the end of the apparent paradox of the lay state and religious people, reaffirming their commitment to the Democratic Rule of Law.

Key words: restorative justice, conflict resolution, legal methodology, mediation

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la nueva metodología legal aplicada en la ley brasileña, llamada Justicia Restaurativa. La característica principal de este modelo es una técnica para resolver conflictos y violencia que se guía por la

creatividad y la sensibilidad basadas en escuchar a los delincuentes y las víctimas. El punto de partida del problema que se abordará serán los cambios en el binomio social-legal. Cambios que culminaron en la necesidad de buscar estrategias nuevas pero efectivas, no solo para la solución de conflictos, sino también para su desarrollo en la comunidad, sus consecuencias tanto para la víctima como para el autor/delincuente, a fin de evitar la recurrencia de actos ilícitos, así como crear conciencia sobre sus implicaciones, frenar el exceso de nuevas acciones y así reducir la lentitud del poder judicial. Entre los diferentes mecanismos para aplicar la Justicia Restaurativa, destaca la Mediación, una técnica que tiene como objetivo lograr una comprensión satisfactoria y rápida de una demanda, sin tener que sufrir el estrés financiero y emocional de Un proceso judicial. El estudio fue de naturaleza cualitativa.

Palabras-clave: justicia restaurativa, resolución de conflictos, metodología jurídica, mediación.

Introdução

Com o avanço da sociedade, dos ideais da modernidade pós Constituição da República de 1988 (CRRFB/19), o direito a cada momento é colocado em prova quanto à sua capacidade de se adequar às necessidades humanas, principalmente no que diz respeito à eficácia em balancear as relações pessoais, num momento em que estas relações se modificam de forma muito rápida e complexa e que a norma positivada já não alcança todas as suas nuances.

Neste sentido o presente trabalho tem como finalidade demonstrar o novo paradigma em crescimento no Direito Brasileiro: A Justiça Restaurativa. Sua prerrogativa e maior destaque se encontram na ideia de que é possível os envolvidos em um conflito tomarem a frente em sua resolução, sendo personagens principais destas. Assim é possível a resolução pacífica, a partir do diálogo, sem o estigma do processo judicial, o que por sua vez contribui para a eficiência do poder judiciário, uma vez que uma de suas consequências é a diminuição do número de demandas processuais.

Para a sustentação metodológica o estudo de valerá de pesquisa em obras referentes ao tema, artigos científicos, guias e cartilhas dos Tribunais, além de a própria legislação do ordenamento jurídico brasileira, com destaque

para a Constituição, o Código de Processo Civil e a Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Destacando-se dentre os autores que embasaram este estudo Juan Carlos Vezula (2005); Cessare Beccaria (2015); Marcelo Gonçalves Saliba (2007); Howard Zehr (2008); Fred Didier Jr. (2018).

1. A crise da Justiça Tradicional

A visão de acesso aparentemente ilimitado à justiça, tem como intuito introduzir a problemática de um Estado cada vez mais demandado por políticas de punição efetiva, uma população com cada vez mais vias de acesso ao judiciário para garantir a manutenção de seus direitos e este poder cada vez mais sobrecarregado com inúmeras e repetitivas demandas. O modelo tradicional de justiça se torna então palco de uma crescente crise de efetividade

A partir do acesso constitucional ao judiciário, criou-se a visão de justiça pautada na visão popular dos fóruns abarrotados, profissionais do direito e processos sem fim, como a única forma de atingi-la.

O Poder Judiciário, como um dos três poderes, vem assumindo cada vez mais a função dentro do Estado Democrático de Direito de garantidor dos direitos individuais e coletivos.

Após o processo de globalização, descrito por Waters (1999, p.1083), como “um processo no qual os limites geográficos dos arranjos sociais e culturais regridem e no qual a pessoas tornam-se cada vez mais conscientes que tais limites estão regredindo”, houve uma forte influência de fenômenos culturais no aspecto jurídico.

Não se delimitando a este contexto as interações humanas foram modificadas nos âmbitos físicos, sociais, econômicos, políticos e culturais, tornando as demandas judiciais cada vez mais complexas, necessitando, portanto, de uma fundamentação que por vezes não está tutelada na lei tradicional.

Se por um lado o Judiciário é assolado por uma crise de numerosas e cada vez mais conflituosas de complexas demandas, por outro este não pode se negar a delibera-las, uma vez que é um dos poderes garantidor do Estado Democrático de Direito e, nas palavras de José Afonso da Silva (1988, p.23) “a tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a Justiça Social”.

Entretanto esta problemática vai muito além do número de demandas e a morosidade que causam no judiciário, mas sim das consequências trazidas

pelo estigma da ação judicial nas partes envolvidas, que entregam ao judiciário a missão de dar solução ao litígio.

Os envolvidos também possuem uma expectativa de que esta via de alguma forma traga uma espécie de transformação social, o que na maior parte dos casos é frustrada, uma vez que o modelo tradicional de justiça é pautado na aplicação “fria” da lei sobre aquele que deu motivo, sem, contudo, se preocupar em solucionar os motivos que o levaram a ter a conduta delitiva.

Nesse contexto conflitante entre o modelo tradicional de justiça e as transformações sociais, surge necessidade da busca e implementação de uma nova via de busca pela justiça, culminando com a introdução legal da lei de mediação, alteração na lei de arbitragem e do método de Justiça Restaurativa, a partir da Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, a ser devidamente introduzida e explicada a seguir.

2. Justiça restaurativa: conceito e origem

Como apresentado, a crise no judiciário não é derivada de acontecimentos recentes, mas sim de uma longa tradição da aplicação quase exclusiva do modelo de Justiça Retributiva, sem que as consequências da mesma fossem calculadas para longo prazo ou pensadas para evoluírem conjuntamente com a sociedade em que estava inserida.

Entretanto, Saliba (2007) reconhece ser impensável a abolição total desse sistema, uma vez que pelo fato de que na era pós-moderna os conflitos sociais exigem uma aplicação severa da lei e das penalidades de forma a garantir liberdades e direitos individuais dentro de uma sociedade.

Cessare Beccaria (2015) no século 18, em sua renomada obra “Dos Delitos e Das Penas”, já afirmava que a necessidade de prevenir a desordem ao se instituir a sociedade foi o que culminou com todos os códigos legais, entretanto o autor reconhece que apesar de toda a positivação, os avanços da sociedade culminaram com infinitudes de situações que a lei não previa, convidando à reflexão de seu pensamento:

Mas os vínculos cada vez mais íntimos entre os homens e o progresso de seu conhecimento fizeram nascer um número infinito de necessidades e pactos mútuos de amizade entre membros da sociedade. Essas necessidades não foram previstas pela lei e não podiam ser satisfeitas pelo poder de cada indivíduo (BECCARIA, 2015, p. 32).

Nesse cenário de impossibilidade de extinção total das sanções, pode-se vislumbrar ainda uma segunda problemática: como reparar os danos e consequências do comportamento ilegal na sociedade e nos indivíduos alvos, de forma não só a conscientizar, mas diminuir a reincidência de delitos?

Neste momento surge a necessidade da aplicação da Justiça Restaurativa, não como forma substituta de combate à transgressão, mas como medida alternativa e complementar de forma a garantir o Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange o bem estar de seus cidadãos.

Howard Zehr (2008), pioneiro e maior referência no que diz respeito à pesquisa e aplicação prática da Justiça Restaurativa, defende que este método tem como característica colocar as necessidades da vítima no ponto de partida do processo. A responsabilidade pelo ato lesivo e a obrigação de corrigir a situação devem ser assumidas pelo ofensor, que assim deixa de ser um criminoso estigmatizado para se tornar um protagonista.

Com esta caracterização cria a teoria da “troca da lente”, isto significa que, o crime somente é visto pela “lente” retributiva, aquela em que o Estado é o ofendido ao transgredir a lei por ele positivada, ignorando os motivos do ofensor e as necessidades da vítima. Nasce assim o dever da criação de uma nova perspectiva de justiça, ou uma nova “lente” (ZEHR, 2008). Grifos do autor.

Nas palavras do autor “a lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos” (ZEHR, 2008, s/p.).

Raffaella Pallamolla (2009, p.54) afirma ainda que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”.

Neste mesmo raciocínio, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) corrobora que a “justiça restaurativa é uma técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas” (CNJ, 2014, p).

Em análise aos conceitos citados, percebe-se que todos se preocupam em alcançar um objetivo comum, uma maior participação da sociedade, principalmente vítima e infrator, de forma a sanar, restaurar os desdobramentos do ato lesivo e evitar que o mesmo se repita, modificando de forma significativa os moldes do judiciário.

Para Zehr (2008) a justiça restaurativa apresenta papel modificador não apenas para a vítima, mas insere o ofensor na equação não somente como sujeito a ser julgado e penalizado pelo estado, mas como parte legitimada a reparar o dano, sendo assim diretamente responsabilizado. Entretanto, não cabe ao ofensor nas esferas (Justiça tradicional e restaurativa) ocupar somente a posição de reparador, como principal intuito desse método, aquele

que comete o ato ilícito também possui seu ponto de vista analisado. O que o levou a cometer o crime? Qual o meio em que este sujeito está inserido? Na sociedade em que vive este comportamento é visto como uma transgressão? A que condições, durante seu desenvolvimento, este indivíduo foi exposto ou ainda, quais lhe faltaram? Nas palavras do autor, o crime representa um relacionamento dilacerado em que vítima e ofensor, mesmo que não tenham um relacionamento prévio, criam vínculo hostil, podendo ser um agravo tanto a um quanto a outro. Nesta relação, muitos buscam validação e empoderamento, portanto, o crime passa a ser utilizado como forma de gritar por socorro e afirmar-se como pessoa. É neste contexto que nasce a Justiça Retributiva.

Verifica-se, pois, que não se trata apenas da restauração de um equilíbrio desfeito, após o acontecimento do crime, mas busca entender os fatores por trás da violação daquela interação social que deveria ser harmoniosa.

Ao ofensor é oferecida a oportunidade da oitiva e do diálogo e a vítima cerca-se de apoio e empoderamento, uma vez que é parte diretamente integrante do procedimento restaurativo e não apenas um componente “acessório” do sistema de punição estatal.

Conforme demonstrado a Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça que visa remodelar as relações sociais prejudicadas pela violência, visando a oitiva dos integrantes do fato e a restauração do equilíbrio.

Apesar do modelo atual de aplicação de justiça restaurativa ser de desenvolvimento recente, as práticas restaurativas possuem vestígios em diversas sociedades como “Código de Hammurabi (1700 a. C.), o de Lipid-Ishtar (1875 a. C.) que prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens. O Código Sumeriano (2050 a. C.) e o de Eshunna (1700 a. C.) prevendo a restituição nos casos de crimes de violência” (JACCOUD APUD PRUDENTE, 2015).

Entretanto com a vanguarda do Estado e a concentração de poderes, a solução de conflitos passou a ser desenvolvida diretamente por este, reduzindo consideravelmente estas formas de justiça negociada entre os indivíduos.

Os primeiros experimentos datam da década de 1970, na Nova Zelândia e no Canadá como resultado de tradições pautadas em discursos pacificadores e construtores de seus povos ancestrais, como os dos aborígenes maoris.

Para o acadêmico Howard Zehr a justiça restaurativa tem origem nas tradições indígenas, em suas palavras, “a justiça restaurativa representa a

validação de valores e práticas que são característicos de muitos grupos indígenas” (ZEHR, APUD BRAGA e SOARES, 2014, p.142).

Ousadamente, alguns anos após as primeiras experiências, a Nova Zelândia se tornaria a primeira nação a implantar o método e institucionalizá-la como meio de solução à delinquência juvenil em 1989 (MELO, 2014, p.8), reformulando todo o seu sistema de justiça da infância e juventude segundo princípios restaurativos, com impacto favorável já no primeiro ano de implantação.

O termo em questão foi desenvolvido e utilizado pela primeira vez por Albert Eglash, em 1977, “denominado Beyond Restitucion: Creative Restitucion, inserido na obra escrita por Joe Hudson e Burt Gallaway, Restitucion in a Criminal Justice, nasce num contexto internacional de crise de legitimidade do modelo de justiça penal até então utilizado, o modelo retributivo” (VASCONCELOS, 2017, s/p.).

Por ocasião de uma conferência sobre os processos penais nos países europeus, alguns participantes perceberam de fato o surgimento de um novo modelo de justiça – restaurativa – cujo nome foi criado para diferenciá-la dos modos convencionais: a retributiva, baseada na punição e a distributiva, focada na reeducação.

Com isso a Justiça restaurativa passa a ganhar espaço, principalmente no que concerne aos diversos debates sobre o crescente fracasso da aplicação isolada da chamada Justiça retributiva, num sistema que não apenas falhava em seu papel de diminuir as reincidências delitivas, como também na reinserção dos ofensores na sociedade.

Cabe destacar que o Movimento Restaurativo sofreu influência de outro igualmente importante, a vitimologia, movimento com destaque nos Estados Unidos, nos anos de 1980, que procurava devolver à vítima do crime seu devido papel no processo penal, com a defesa de seus legítimos interesses.

Acreditava-se que o processo penal contemporâneo se esqueceu da vítima ao focar apenas na figura do criminoso e na proteção de bens jurídicos. Posto isso, nota-se que a vitimologia contribuiu apenas parcialmente para a formação dos postulados da Justiça Restaurativa, que engloba interesses de outros participantes do processo, não exclusivamente os da vítima (PALLAMOLLA APUD BEZERRA, 2017).

A explosão do movimento restaurativo acontece nos anos 90, nos Estados Unidos, a partir das ideias de Howard Zehr, principalmente na área criminal, e suas críticas ao sistema penal e penitenciário, em especial no que dizia respeito à ideia de que,

tanto a pena de prisão quanto as alternativas se apoiam numa mesma compreensão de crime e justiça, que abrange os seguintes pressupostos: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime (ZEHR *APUD* PALLAMOLA, 2009, p. 34).

Houve, então, naquele país, duas propostas político-criminais: uma sugeria um retribucionismo renovado (teoria do just desert), enquanto outra propunha uma mudança de orientação no Direito Penal, focado agora na vítima do delito (movimento reparador) (PALLAMOLLA, 2009. p. 35).

A organização das Nações unidas reconheceu a importância da Justiça Restaurativa através da Resolução n. 1999/26, em 28 de julho de 1999, e possuía como principal objetivo o desenvolvimento e aplicação de medidas de mediação e justiça restaurativa no âmbito da Justiça Criminal.

Igualmente, a ONU editou ainda a Resolução n. 2000/14, de 27 de julho de 2000, que se preocupou com a formulação dos princípios básicos para a utilização dos programas restaurativos em matérias criminais (MAIA, 2018).

Em 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, na cidade de Ottawa foi promovido pelo Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa, por meio da Organização das Nações Unidas, debates e trabalhos, oportunidade em que as deliberações foram registradas no relatório do Secretário-Geral, o que contribuiu para a formação de elementos teóricos e práticos entorno da ideia concebida como justiça restaurativa (MAIA, 2018).

Mas a consolidação no âmbito internacional, como uma ideia de justiça com potencial de resolução de conflitos, de forma restaurativa, somente ocorreu quando foi editada a Resolução da Assembleia Geral n. 56/261, no ano de 2002, cujo conteúdo versava sobre o “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e Um” (MAIA, 2018).

Sua suma importância é caracterizada como o reconhecimento, das mudanças de paradigma da justiça e dos interesses da sociedade pela busca da justiça, mas também como a necessidade da busca de vias alternativas às medidas impostas pelo Estado.

3. Justiça Restaurativa e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro

Como já verificado a Justiça Restaurativa aflorou primeiramente em países da Europa e América do Norte, e, portanto, o modelo Restaurativo aplicado no Brasil passou por algumas modificações, uma vez que, segundo Brandão (2010, s/p.), são “países que adotam o *commom Law*, e em tais países o

princípio da oportunidade inerente ao sistema de justiça é compatível com o ideal restaurativo”.

Os acontecimentos cotidianos político e econômico demonstram o papel cada vez mais relevante do Judiciário como uma espécie de poder moderador, cuja atuação coopera de forma imensurável para a paz social, principalmente no que se refere à concretização dos direitos fundamentais previstos na CRFB/1988.

Conforme exemplificado a justiça resumiu-se a “ampliação do poder estatal de punir como a única proposta viável para debelar os problemas relativos às pessoas envolvidas em situações de violência e em conflito com a lei” (MELLO, 2016, p. 18).

Na ótica do autor,

a Justiça Restaurativa não chega apenas como um método de solução de conflitos – apesar de contar com rol deles –, mas traz uma verdadeira revolução social, voltada à cultura de paz, pois visa, primordialmente, à mudança dos paradigmas em todas as dimensões da convivência – relacional, institucional e social –, ou seja, à construção de um poder com o outro, em que todos e cada qual sejam alçados à posição de “sujeito transformador”, igualmente corresponsáveis pela transformação, rumo a uma sociedade mais justa e humana (MELLO, 2016, p. 20).

Diante da crescente demanda por Justiça, surge a necessidade da mudança de mentalidade dos magistrados na busca de formas alternativas de solução de conflitos, não privilegiando apenas o ajuizamento de processos judiciais.

A busca de formas efetivas diante da percepção de que o processo tradicional era acometido de diversos e graves problemas de justiça, principalmente no tocante à celeridade do procedimento, à eficácia da execução penal e à satisfação do indivíduo vitimizado, deu origem a um importante e significativo marco a instituição da Lei n. 9.099/1995.

A referida lei que implantou os Juizados Especiais, Cível e Criminal (JEC e JECRIM) possuía como proposta uma via alternativa de tutela de justiça, dando início, desta forma, a um modelo mais popular e participativo de justiça. Nas palavras de CUNHA (2011, s/p.) “representa de fato uma adequação do desejo de uma justiça rápida, sem custas e sem formalismos, adequando-se ao que Cappelletti chamava de terceira onda do movimento em torno do acesso efetivo à Justiça. Pelo menos teoricamente”.

O objetivo destes Juizados Especiais não é de solucionar definitivamente o problema do Poder Judiciário, mas resolver mais rapidamente os litígios de menor complexidade (valor de causa até quarenta salários mínimos vigentes). Considerando a crescente demanda do judiciário, de forma a

atender uma população cada vez mais esclarecida de suas garantias constitucionais. Os juizados atuam com rapidez e segurança, para assegurar o acesso à Justiça à fração da sociedade com menores condições de ajuizar e arcar com suas custas, atendendo assim o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Vislumbrando a atuação dos juizados como primeiro vestígio de um método restaurativo eficaz na legislação brasileira, uma vez que concretiza a promessa constitucional de acesso ao judiciário, com uma rigidez reduzida, o que faz com que a parte ofendida se torne, de fato, a protagonista da ação.

Segundo informa a Cartilha de Justiça Restaurativa, editada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016, a Justiça Restaurativa integra oficialmente a agenda do Judiciário, desde agosto de 2014, ocasião em que o Conselho assinou um termo de cooperação com a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e outras instituições, visando à difusão dessa modalidade de solução de conflitos em todo o país “as primeiras experiências na aplicação do método Restaurativo tiveram início, no Estado de São Paulo, com os Juízes Egberto de Almeida Penido e Eduardo Rezende Melo; no Rio Grande do Sul, com o Juiz Leoberto Narciso Brancher; e, em Brasília, com o Juiz Asiel Henrique de Souza” (CNJ, 2016, p. 20).

O ministro Ricardo Lewandowski, presidente do CNJ, à época da edição reforçou a necessidade de um novo paradigma de justiça, afirmando que, “o século XXI é o século do Poder Judiciário, em que a humanidade, bem como o povo, o homem comum, descobriu que tem direito e quer efetivá-lo” (CJN, 2016, s/p). Estabeleceu ainda, a Justiça Restaurativa como meta estratégica de gestão do biênio 2015/2016, nos termos da Portaria de 16 de fevereiro de 2015, dando origem em seguida, a Meta n. 08, para todos os Tribunais, nos seguintes termos “Implementar práticas de Justiça Restaurativa – Justiça Estadual: Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31.12.2016(CNJ, 2016, p.21).

Para a concretização desta, foi instituído pelo CNJ um grupo de trabalho, “composto por magistrados com vivência em práticas restaurativas, com incumbência a elaboração de uma proposta de ato normativo para colocar em movimento, essa iniciativa em âmbito nacional” (CNJ, 2016, p.12). O resultado materializou-se na Resolução n. 225/2016, aprovada pelo CNJ em maio de 2016.

A Resolução n. 225 dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, contendo diretrizes para sua aplicação e difusão da

prática restaurativa. Em seu primeiro artigo, especialmente nos três primeiros incisos, verificam-se as diretrizes basilares utilizadas:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas, e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (RESOLUÇÃO 225/2016, CNJ, 2016).

O mesmo artigo traz ainda em seu § 1º, definições claras sobre algumas modalidades aplicáveis de prática restaurativa, sendo: Prática restaurativa, procedimento restaurativo, caso, sessão restaurativa e enfoque restaurativo.

Conforme aborda o texto:

§ 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se:

I– Prática Restaurativa: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo;

II– Procedimento Restaurativo: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo;

III– Caso: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas;

IV– Sessão Restaurativa: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo;

V– Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos: a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; c) reparação dos danos sofridos; d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido (RESOLUÇÃO 225/2016, CNJ, 2016).

Ainda que um dos objetivos da Justiça Restaurativa seja a diminuição de novas ações nas comarcas, de forma a dar maior celeridade aos processos, deve atentar para o fato de que a resolução observa estritamente o princípio da inafastabilidade jurisdicional. De acordo com o texto do art. 2º, § 2º da resolução em tela, para que ocorra a prática restaurativa, “é condição fundamental o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, asseguradas a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo” (RESOLUÇÃO 225/2016, CNJ, 2016).

A aplicação do método restaurativo pode acontecer por meio de programas organizados em fóruns nas comarcas ou outros projetos sociais. Além de práticas com características voltadas ao método restaurativo, como a mediação, tem-se o chamado Circulo Restaurativo “são círculos de construção de paz, que integram a chamada justiça restaurativa, que, como o próprio nome diz, atua para restaurar as relações rompidas pelo conflito ou, ao menos, minimizar os danos provocados por algum ato ou comportamento ilícito” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2018, S/P).

O círculo restaurativo é conduzido, na presença dos envolvidos, por um coordenador, que procura fazer com que cada pessoa possa falar e ser ouvida, com respeito, esclarecendo suas dúvidas e anseios sobre o fato que iniciou o conflito. O encontro é conduzido da seguinte maneira, segundo procedimento descrito pelo CNJ (2016, p.74-75):

Inicialmente, acontece o Pré Circulo que é o momento quando as partes primárias e secundárias são atendidas em sessões individuais, com o intuito de serem ouvidas de forma empática, por meio de uma escuta livre de qualquer preconceito ou julgamentos, dando-lhes a oportunidade de expressar seus sentimentos e necessidades.

A seguir, acontece o Círculo Restaurativo, que oferece aos envolvidos no litígio uma oportunidade de diálogo e compreensão mútua, coordenada pelo facilitador, cujo papel não é de destaque, agindo de forma sutil na condução do encontro, visando criar empatia entre as partes, por meio da expressão de sentimentos.

Finalmente, chega-se ao Pós Círculo Restaurativo, quando as partes, acompanhadas do facilitador, irão verificar o cumprimento ou não do acordo. Nos casos de descumprimento, analisará suas razões, podendo ser ajustado um novo acordo ou, então, o encaminhamento da solução do caso via sistema de justiça tradicional.

Durante os encontros é sempre reforçado que o objetivo do círculo não é apontar vítimas ou culpados, ou reconciliação, mas sim a percepção de como as ações cometidas afetam aqueles que a praticaram e os outros envolvidos.

Entretanto, Mezzalira (2018, s/p), averte que “em situações em que não seja obtido êxito através de práticas restaurativas, o processo judicial pode ser retomado na fase em que foi suspenso, ficando proibida a utilização desse insucesso como fator para a majoração de eventual sanção penal”. Sendo proibida a utilização de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova processual (Art. 2º, §1º, Resolução 225/2016).

Desta forma, é assegurada às partes, fazerem opção, se desejam submeterem-se a acordos e os planos de homologação pelos magistrados da justiça restaurativa, quando os procedimentos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos (MEZZALIRA, 2018).

4. A mediação como um dos dispositivos de aplicação da justiça restaurativa

Abordada anteriormente, a Justiça Restaurativa pode ser definida como um método que visa estimular a utilização de um procedimento em que a vítima e o ofensor ou demais membros da comunidade afetados pelo crime, colaborem na resolução de questões originárias da infração.

Ressalta-se que no modelo de Justiça Restaurativa, os métodos de aplicação dos procedimentos podem incluir diferentes instrumentos, sendo a mediação de conflitos o instrumento mais utilizado e difundido.

Portanto, o papel da mediação não se restringe a modernidade, ou às ideias de Justiça Restaurativa concebidas no final do século XX. Angelo Volpi Neto explica que o papel da mediação nas relações interpessoais teve início em conjunto com a cultura mercantil e com os primeiros tabeliões, com a função, até então de “regular os negócios, formalizando a vontade das partes, estabelecendo condições, regras” (APUD VEZZULA, 2005, p.73). Neste contexto, vislumbra-se um primeiro indício da prática mediativa, e sua principal característica, a imparcialidade.

Com este diferencial, a atividades destes profissionais se tornaria dotada de fé pública e passaria a ser imprescindível para a legalidade dos fatos, revestindo seus atos de função social, importante característica e outro elo com a mediação, que é a busca da paz social (VOLPI NETO APUD VEZZULA, 2005).

No Brasil, a mediação é classificada como uma forma de autocomposição de conflito. Segundo Fred Didier Jr (2018, p.201) “é a forma de solução de

conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio”.

Para o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), a mediação pode ser conceituada como um instituto que se assenta sobre a autonomia das partes, na busca do consenso, da boa fé, portanto, do equilíbrio entre as partes conflitantes, sem dar ensejo ao processo. Na realidade busca-se a restauração dos relacionamentos, pois as partes são fortalecidas nessa relação, na propagação da cultura de que ambas as partes saem ganhando.

A morosidade judiciária, em conjunto com as crescentes demandas judiciais foram tópicos importantes para a abertura de projetos de Justiça Restaurativa. A mediação vem como principal recurso na tentativa de sanar esses pontos.

Juan Carlos Vezzula (2005, p. 58) conceitua a mediação como “um procedimento que deve ser flexível, contemplando as necessidades e os tempos que os mediados precisam para se relacionarem e poderem, finalmente, chegar ou não a um acordo”.

Importante destacar também a visão de Eduardo Vieira (2017) que explica a importância da mediação, pois a mesma garante a autonomia do indivíduo, educando as disputas para a tomada de decisões, sem interferência de terceiros, consolidando assim a democracia e a cidadania, princípio básico do Estado.

A própria lei de mediação (Lei n.13.140) traz em seu texto, princípios que regem a prática como a imparcialidade, a isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade entre as partes, busca pelo consenso, confidencialidade e boa-fé. Além destes, ainda apresenta uma conceituação própria para o termo:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (LEI N. 13.140 DE 2015).

No Brasil, a autocomposição foi estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça a partir da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos na Resolução n. 125/2010. Importante entender que o este estímulo “deve ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do

poder- no caso o poder de solução dos próprios litígios” (DIDIER JR, 2018, p.319).

Vale destacar, ainda, esta Resolução, pois até a edição do Código de Processo Civil de 2015, a referida resolução caracterizava-se como “o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação” (DIDIER JR, 2008. p.320). Adverte o autor mencionado que os pontos mais importantes da resolução são: a instituição da política pública de tratamento adequado aos conflitos de interesses (art. 1º); a imposição da criação pelos tribunais, de centros se soluções de conflitos e cidadania (art. 7º); regulamentação da atuação do mediador e do conciliador (art. 12º), inclusive com a criação de um código de ética próprio, entre outras medidas.

Com o advento da Lei n. 13.140/2015, que instituiu a Lei da Mediação e a inauguração no mesmo ano de um Novo Código de Processo Civil, esta modalidade passou a protagonizar e disciplinar questões até então pouco discutidas, uma vez que conduziu os operadores do direito a importantes reflexões sobre a utilização do meio consensual para solucionar os conflitos. Importante destacar o texto do art. 3º, em seus §§ 2º e 3º, pois estes contêm as normas fundamentais do processo civil, no que diz respeito à autocomposição, conforme os parágrafos do CPC:

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos;

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Código de Processo Civil, 2015)

Ao mediador cabe apenas servir de veículo de comunicação entre os interessados, ainda segundo Didier “é um facilitador do diálogo entre eles, buscando auxiliar às partes, para que possam por si mesmos, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (2018, p.323). Isto é, o mediador não interfere nas negociações diretas entres os conflitantes, não tem poder decisório sobre as partes.

Acerca do objetivo da mediação, ressalta Vezulla (2005) que é a busca harmoniosa de conflitos de humanos, de forma a serem expressas as dificuldades, buscando a melhor resolução destas e o entendimento de suas origens. Portanto, o objetivo da mediação não é vigiar o cumprimento dos acordos após a resolução do conflito, mas “observar os valores nele envolvidos e a melhor estratégia para perceber as identidades que se encontram comprometidas no processo de mediação sem as penalizar ao ponto de se sentirem desrespeitadas ou ignoradas” (VEZZULA, 2005, p.23).

Quanto aos indivíduos aptos a exercerem a função de moderadores, o art. 11 da Lei n. 13.140/2015 (lei de Mediação), adverte que poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

A mediação, prezando o princípio da informalidade, pode ocorrer pela via extrajudicial, ou judicialmente quando já existir o procedimento jurisdicional, sendo o mediador neste caso um auxiliar da justiça. No caso da primeira modalidade, “as sessões de mediação podem ocorrer em câmaras públicas institucionais, serventias extrajudiciais, associação de moradores, escolas ou Ordem dos Advogados do Brasil” (DIDIER JR. 2018, p.322), mas sempre de forma a prezar por um ambiente onde as partes se sintam seguras e que seja propícia ao diálogo franco e equilibrado. Segue a seguinte jurisprudência como exemplo de sua aplicabilidade

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS FORMULADO EM SEDE DE AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO. ACORDO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO A QUO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. ENUNCIADO N.º 21, DO FÓRUM NACIONAL DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO (FONAMEC). TRANSAÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTE DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. O artigo 6º, da Lei n.º 5.478/68 (Lei de Alimentos), não exige a presença de advogados em audiências de conciliação e julgamento. 2. O enunciado n.º 21, do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (FONAMEC) prevê que nas sessões de conciliação ou mediação, inclusive naquelas relacionadas ao Direito de Família, não é obrigatória a presença de advogado. 3. Assim, considerando inexistirem prejuízos que iligam a idoneidade do acordo homologado e a preservação de direitos, tampouco demonstrada a ocorrência de eventuais prejuízos materiais impingidos aos interesses dos menores, impõe-se a manutenção da sentença vituperada. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA

(TJ-GO - Apelação Cível (CPC): 01791856920178090072, Relator: SANDRA REGINA TEODORO REIS, Data de Julgamento: 27/03/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 27/03/2019)

Ainda que o instituto da mediação seja difundido de forma mais ampla nos casos regulamentados pelo processo civil, não se restringe funcionalmente a estes, podendo ser aplicados conjuntamente em demais áreas do Direito brasileiro, como será discutido a seguir.

Vê-se, pois, que a justiça restaurativa tem como principal propósito não somente a solução dos conflitos, mas também de seus desdobramentos individuais e na coletividade.

E, o Código de Processo Civil possui dispositivos significativos no auxílio à aplicação de métodos restaurativos. Entretanto esta compilação legal não é a única a prezar pela utilização de práticas restaurativas, como por exemplo, o Código Penal nos crimes de menor potencial ofensivo.

No âmbito Processual Penal destaca-se a premissa do mesmo, “que é a tentativa de ressocialização do apenado, para que ao retornar do cumprimento de sua pena tenha condições de restabelecer os laços afetivos, outrora rompidos pela condenação criminal e reclusão ao cárcere” (NEVES e BONFIM, 2017, s/p).

Entretanto, são notáveis os índices de reincidência das práticas criminosas, uma vez que os indivíduos continuam em contato com a criminalidade dentro dos presídios durante o cumprimento da pena, e ao término destas muitos se tornam estigmatizados pelo crime cometido sem oportunidade de inserção social. Zaffaroni e Pierangeli, neste sentido defendem que “fazem parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravencionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo” (2004, p.69).

Deve-se ter em mente, que apesar dos inúmeros benefícios trazidos pelas práticas restaurativas no âmbito processual penal, com o defende Hueso (2015, p.52) a aplicação do tema deve ser amena, de forma que abarque inicialmente crimes sem violência ou grave ameaça, em que seja possível individualizar a vítima, uma vez que os chamados crimes vagos (aqueles em que o ofendido é a sociedade) geram dificuldades em especificar o alvo da violência ou até mesmo o grupo social (como um todo) em que este está inserido, o que iria de encontro aos ideais da Justiça Restaurativa.

Em determinados crimes como, por exemplo, os casos de violência doméstica, onde é possível a individualização do ofendido, “com a aplicação do método restaurativo é possível à ofendida ouvir do agressor os reais motivos que o levaram a cometer a violência, responsabilizando o agressor por seus atos com o objetivo de restituir a confiança da ofendida e restaurar suas feridas emocionais, excluindo dela o sentimento de culpa que acreditava possuir” (BONFIM E NEVES, 2017, s/p).

A mediação nestes casos é defendida por Mark Umbreit (2001, p.142) como:

o processo que proporciona às vítimas de crimes contra a propriedade (*property crimes*) e crimes de lesão corporal leve (*minor assaults*) a

oportunidade de encontrar os autores do fato (*ofensores*) em um ambiente seguro e estruturado com o escopo de estabelecer direta responsabilidade dos ofensores enquanto se proporciona relevante assistência e compensação à vítima.

Enquanto nas causas cíveis a mediação tem como principal objetivo a busca por um acordo entre as partes, na mediação vítima-ofensor nas causas penais o objetivo é de “estabelecer um diálogo efetivo entre vítima e ofensor com ênfase em restauração da vítima, responsabilização do ofensor e recuperação das perdas morais, patrimoniais e afetivas” (CNJ, 2016, p. 145).

A aplicabilidade da Justiça Tradicional no ordenamento jurídico brasileiro, em âmbito penal, ainda que em estágios iniciais, já é uma alternativa aplicada nos tribunais como demonstra a seguinte jurisprudência.

CORREIÇÃO PARCIAL. ENCAMINHAMENTO DO FEITO, PELO JUÍZO A QUO, DE OFÍCIO, AO CEJUSC, PARA TENTATIVA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. ART. 7º DA RESOLUÇÃO Nº 225/2016 DO CNJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. A medida adotada pelo ilustre magistrado da origem encontra amparo expresso no artigo 7º da Resolução nº 225/2016 do CNJ, não havendo qualquer violação ao sistema acusatório ou à condição do Ministério Público de titular da ação penal, porquanto eventual solução do litígio será levada à consideração das partes, antes da homologação. Assim, não ocorrendo erros ou abusos, que importem em inversão tumultuária de atos processuais, por parte da titular da 1ª Vara Criminal do Foro Regional do Partenon da Comarca de Porto Alegre, que justifiquem a presente Correição Parcial, deve ser desacolhido o pedido. CORREIÇÃO PARCIAL JULGADA IMPROCEDENTE. (Correição Parcial Nº 70076789809, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 28/03/2018). (TJ-RS - COR: 70076789809 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 28/03/2018, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/04/2018)

Ainda que o método da medição tenha uma maior aplicabilidade em crimes de menor potencial ofensivo, existe a tendência e uma recomendação retratada na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas no sentido de “se estabelecerem estudos de meios em políticas públicas referentes à aplicação dos princípios da Justiça Restaurativa em crimes de médio e acentuado potencial ofensivo” (CNJ, 2016, p. 144).

Atenta-se para o fato de que, em âmbito penal, ainda que a diminuição do número de processos das comarcas possa ser uma consequência, em virtude de sua filosofia de combate a reincidência, este não é seu principal objetivo.

Cabe ressaltar os pontos essenciais destacados pela Cartilha de Justiça Restaurativa do CNJ (2016, p. 149) que destaca o principal objetivo da Justiça Restaurativa que visa empoderamento das partes, de forma que estas passem a tomar decisões quanto às formas satisfatórias de resolver os conflitos em que são partes.

“Compor parte de seus conflitos futuros e realizar o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando a uma aproximação real e consequente humanização do conflito decorrente da empatia” (CNJ, 2016, p. 149).

Conclusão

Com o estudo pode-se verificar que a chamada Era dos Direitos, vem se consolidando não somente como aquela onde as garantias individuais e coletivas estão em seu auge, mas também como a era da informação e da transformação do meio social. O método tradicional de aplicação de justiça não mais satisfaz uma sociedade agora consciente de seus direitos, e tão necessitada de ver seus princípios e valores prejudicados pelo crime, não somente pela lente da punição estatal.

Averiguou-se ainda que a Constituição da República federativa do Brasil de 1988 foi fundamental para a abertura social na busca do que é justo, pois consubstanciou princípios tão inerentes ao ordenamento jurídico, como o acesso à Justiça. Princípio este que, como visto, facilitou o acesso ao judiciário a toda camada da população, entretanto causou um aumento desmedido do número de ações, freando assim a celeridade nos andamentos processuais. Assim, o judiciário, em busca de novos métodos de resolução dos conflitos recorre à aplicação da Justiça Restaurativa.

Esta modalidade de justiça mostra-se como importante instrumento no auxílio, não apenas na diminuição de demandas repetitivas, mas como forma de reparar as relações sociais comprometidas com a prática ofensiva. No Brasil sua evidência se faz presente com a Lei de Mediação (lei n. 13.140), no Código de Processo Civil, ao regular sua prática em métodos de autocomposição, bem como a Resolução 225/16 do Conselho Nacional de Justiça, que fortemente recomendou aos Tribunais a implantação de práticas restaurativas em seus territórios.

Como foi aludido neste artigo, a Justiça Restaurativa se faz cada vez mais necessária, devendo, portanto, ser difundida pelo Poder Judiciário na solução, não somente dos conflitos em si, mas de seus desdobramentos individuais e na coletividade.

Apropriando-se das palavras de Fredie Didier Jr, a finalidade da mediação é dar início a uma transformação cultural, da cultura da sentença à cultura

da paz. É, portanto, imperioso que diante das mudanças sociais e dos constantes conflitos de uma sociedade desigual, que o judiciário, precisa validar a aplicabilidade da mediação em busca de uma justiça social.

Referências

- BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Hunter, 2012.
- BRANDÃO, Delano Câncio. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em jun 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>.
- CARAVELLAS, EMCTM. **Justiça restaurativa**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. Disponível em <http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-11.pdf> - acesso em 31/03/2019 civil;V.1)
- CORREA, Mayara de Oliveira Ayres. **Justiça restaurativa e sua possível aplicação no Brasil**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37963/justica-restaurativa-e-sua-possivel-aplicacao-no-brasil>. Acesso em maio de 2019.
- CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. Os juizados especiais e o acesso à Justiça . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8928>. Acesso em jun 2019.
- DIDIER JR., Fred. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador. Editora JusPodium, 2018.
- HUESO, Cauê Costa. **Aplicabilidade da Justiça Restaurativa no Direito Penal Brasileiro**. DISSERTAÇÃO (Mestrado em Direito Penal), PUC São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6967/1/Caue%20Costa%20Hueso.pdf>. Acesso em junho de 2019.

- JUSTIÇA RESTAURATIVA (2005, BRASÍLIA – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). Disponível em:
https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pdf
- MAIA, Diego Dall' Agnol. A ideia de uma justiça restaurativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XXI, n. 169, fev 2018. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20065&revista_caderno=15>. Acesso em jun 2019.
- MALCOM, Waters. **Globalização**. Oieras (PT): Editora Celta, 1999. Disponível em
https://www.jstor.org/stable/41011409?seq=1#page_scan_tab_contents, *acesso em 28 de abril de 2019*.
- MEZZALIRA, Ana Carolina. **A justiça restaurativa e sua normatização no Brasil**: a Resolução 225 do CNJ, 2018. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/65804/a-justica-restaurativa-e-sua-normatizacao-no-brasil-a-resolucao-225-do-cnj>. Acesso em junho de 2019.
- PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça Restaurativa da Teoria a Prática**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- RESOLUÇÃO 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL**, 2002.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa Como Perspectiva Para a Superação do Paradigma Punitivo**. DISSERTAÇÃO (Mestrado Em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR, 2007. Disponível em:
<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1935-marcelo-goncalves-saliba/file>, acesso em 15 de maio de 2019.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- VASCONCELOS, Rayan. **Justiça restaurativa: um novo paradigma**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59792/justica-restaurativa-um-novo-paradigma>. Acesso em maio de 2019.
- VASCONCELOS, Rayan. **Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em

<https://direitounininvest.files.wordpress.com/2016/04/direito-civil-vol-1-parte-geral-venosa-sc3advio-de-salvo-13ed-2013-1.pdf>.
Acesso em 31 de março de 2019.

VEZZULA, Carlos Juan. **Mediação Teoria e Prática**. 2. ed. Argentina: Editora Agora Comunicação, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**. (tradução de Tônia VanAcker). Palas Athena Editora, 2008. Disponível em:
<http://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2019.

A atuação do psicopedagogo nas avaliações periciais do setor multidisciplinar da justiça brasileira^(*)

The performance of the psycho-pedagogue in the expert assessments of the Brazilian multidisciplinary justice sector

El desempeño del psicopedagogo en las evaluaciones periciales del sector multidisciplinario de la justicia brasilera

Thais Santos Ramos de Albuquerque¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Marcus Vitor Diniz de Carvalho³

Evelyne Pessoa Soriano⁴

Adriana Conrado de Almeida⁵

Reginaldo Inojosa Carneiro Campello⁶

Magaly Bushatsky⁷

(*) Recibido: 04/12/2019 | Aceptado: 13/01/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



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

- ¹ Mestranda do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. thaisramos.prof@gmail.com
- ² Presidente da Comissão de Perícias Forenses da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco. Professor da Faculdade Imaculada Conceição do Recife. diogo.silva@p.ficr.edu.br
- ³ Professor do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. marcus.carvalho@upe.br
- ⁴ Professora do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. evelyne.soriano@upe.br
- ⁵ Professora do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. adriana.almeida@upe.br
- ⁶ Professor do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. reginaldo.inojosa@upe.br
- ⁷ Professora do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. magaly.bushatsky@upe.br

Gabriela Granja Porto Petraki⁸
Mariana Vilela Duarte Clemente⁹

Sumário: Resumo. Introdução. **1.** A Perícia Psicossocial. **2.** O Pedagogo e o Psicopedagogo no Judiciário. **3.** A Participação do Psicopedagogo na Perícia. **4.** Aspectos Legais. **5.** Aspectos Jurisprudenciais. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo tem como foco apresentar a atuação do psicopedagogo nas avaliações periciais do setor psicossocial da Justiça Brasileira. Para isso, mostra a importância da participação do psicopedagogo nas equipes de avaliação psicossocial relativos a processos familiares, com o objetivo de verificar a atuação do perito psicopedagogo nas equipes psicossociais do judiciário brasileiro e as discussões à repercussão da perícia com a participação deste profissional. A equipe multidisciplinar para este tipo de atuação abrange diversos núcleos composto por psicólogos, pedagogos e assistentes sociais que atuam nos diversos tribunais de justiça brasileiros, auxiliando nas ações judiciais que envolvem crianças e adolescentes. O artigo apresenta ainda uma análise de caráter bibliográfico, legal e jurisprudencial, e se debruçará na investigação sobre a importância da participação do psicopedagogo com o foco na prevenção judicial, podendo tal profissional influenciar eficazmente na decisão do juiz e evitar dificuldades na aprendizagem de crianças e adolescentes, algo comum nas demandas do judiciário. Como fontes de referências para bases teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam o tema, contribuindo para formulação correta do conteúdo proposto para análise.

Palavras-chave: psicopedagogo, perícia, pedagogo, judiciário, psicossocial.

Abstract: This article focuses on presenting the psychopedagogue's performance in expert evaluations of the Brazilian Justice psychosocial sector. It shows the importance of the

⁸ Professora do Programa de Mestrado em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco - UPE. gabriela.porto@upe.br

⁹ Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Salgado de Oliveira - Pernambuco. gestor.direito@re.universo.edu.br

psycho-pedagogue's participation in the psychosocial evaluation teams related to family lawsuits, with the objective of verifying the psycho-pedagogue's performance in the psychosocial teams of the Brazilian judiciary and the discussions to the repercussion of the expertise with the participation of this professional. The multidisciplinary team for this type of action includes several nuclei composed of psychologists, pedagogues and social workers who work in the various Brazilian courts of justice, assisting in lawsuits involving children and adolescents. The article also presents a bibliographic, legal and jurisprudential analysis, and will focus on the investigation of the importance of psycho-pedagogue participation with a focus on judicial prevention, such professional being able to effectively influence the judge's decision and avoid learning difficulties for children and adolescents, something common in judicial demands. As sources of references for theoretical bases, articles from journals were used, in addition to electronic data captured in Google Academic and Scielo, as well as in books dealing with the subject, contributing to the correct formulation of the content proposed for analysis.

Key words: psycho-pedagogue, expertise, pedagogue, judiciary, psychosocial.

Resumen: Este artículo se centra en la presentación de la actuación del psicopedagogo en las evaluaciones periciales del sector psicosocial de la Justicia brasileña. Muestra la importancia de la participación del psicopedagogo en los equipos de evaluación psicosocial relacionados con los juicios de familia, con el objetivo de verificar el desempeño del psicopedagogo en los equipos psicosociales del Poder Judicial brasileño y las discusiones a la repercusión de la pericia con la participación de este profesional. El equipo multidisciplinario para este tipo de acción incluye varios núcleos compuestos por psicólogos, pedagogos y trabajadores sociales que trabajan en los diversos tribunales de justicia brasileños, asistiendo en los juicios que involucran a niños y adolescentes. El artículo también presenta un análisis bibliográfico, jurídico y jurisprudencial, y se centrará en la investigación sobre la importancia de la participación del psicopedagogo con un enfoque de prevención judicial, ya que dicho profesional puede influir eficazmente en la decisión del juez y evitar dificultades en el aprendizaje de los niños y adolescentes, algo común en las demandas judiciales. Como fuentes de referencia para las bases teóricas se utilizaron artículos de revistas, además de datos electrónicos captados en Google Academic y Scielo, así como en libros sobre el tema,

contribuyendo a la correcta formulación del contenido propuesto para el análisis.

Palabras clave: psicopedagogo, pericia, pedagogo, judicial, psicosocial.

Introdução

Por vezes, é necessário que o juiz se utilize dos serviços de profissionais técnico-especializados em outras áreas do conhecimento, estranhas ao Direito, para formar o seu convencimento. Com o advento da Constituição Federal de 1988 observou-se a inegável inserção de mandamentos constitucionais voltados para a promoção da imparcialidade jurisdicional na ascensão dos meios de prova adotados no processo, com vistas à concretização do próprio direito, permitindo ao jurisdicionado uma decisão pautada também nas regras lógicas da ciência aplicada, uma vez que a prova pericial permite o embasamento jurídico através de um parecer individualizado, extirpador de dúvidas e fornecido por profissional idôneo (DIDIER, 2016).

A atuação do perito é fundamental na Justiça brasileira, pois o mesmo tem expressiva colaboração no reconhecimento do nexo causal, configuração de alienação parental, constatação de assédio, verificação do abandono material ou moral, por exemplo. Tudo com a finalidade de aplicar a correta norma à situação, proporcionando ao poder judiciário a aplicação da exata medida da justiça ao caso concreto. A influência da carta magna nos processos judiciais foi fundamental para a fixação de parâmetros de isonomia na formulação das provas periciais e inevitavelmente exigiu do judiciário algumas mudanças na postura judicante, de uma forma generalizada (FABRÍCIO, 2004).

Na retaguarda, faz-se mister analisar um fenômeno original deste mesmo meio de prova processual, pois, dados os pilares para o formação do convencimento do magistrado, é crucial a determinação da perícia quando exigida pela lei (critério legal), quando a prova depender de conhecimento especial de técnico (perícia obrigatória), ou ainda, quando necessária para o esclarecimento dos fatos da causa (perícia facultativa). Daqui, nasce outro mister, pois é necessário guardar extrema vigilância entre o interesse na proposta de cada demanda processual (MARINONI; ARENHANT, 2006), e a possibilidade em determinar a perícia para o esclarecimento de determinados fatos, seja a análise legal, obrigatória ou mesmo facultativa.

O fato atrai o destaque por conta de um efeito extremamente importante, afinal, estaria o magistrado adstrito as conclusões da prova pericial? A lei claramente estabelece que não, porém a sua não vinculação deverá ser fundamentada, especialmente na atualidade, onde o Poder Judiciário utiliza o Novo Código de Processo Civil, lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, e este estabelece na redação do artigo 370 que o juiz indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento, excluindo a possibilidade de “livre apreciação da prova”, da redação do código anterior, de 1973. Ou seja, da exegese da lei, verifica-se que o legislador preocupa-se cada vez mais em estabelecer parâmetros lógicos na avaliação dos meios de prova que instruem o processo, especialmente na seara familiar.

Este artigo investigou, então, a importância da atuação do psicopedagogo nas avaliações periciais do setor psicossocial da Justiça Brasileira, avaliando as suas contribuições como elemento de concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 (DIDIER, 2016) e da legislação esparsa, reduzindo assim, ao máximo as ilegalidades, que culminam numa série de impactos sociais e familiares envolvendo crianças e adolescentes em disputas judiciais.

Neste diapasão, o artigo apresentado se propõe a avaliar a temática, através de um acervo legal e jurisprudencial, pois fundamental a concretização dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à prova pericial em processos de família, chamados de direitos pessoais, admitindo-se a perícia como instrumento de consecução de tais direitos, pois introduzida na interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico como meio eficaz de alcance e destinação social da norma como um todo, efetivando a lei, como norma de ordem pública.

1. A Perícia Psicossocial

A princípio, é extremamente importante destacar que a família é a forma primária de convivência humana, é na base familiar que se ensaia a comunicação social, sendo assim, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações no direito familiar, inserindo na família brasileira o preceito de igualdade, solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana, não só como garantia, mas como fundamento da República Federativa do Brasil.

É extremamente relevante que o magistrado utilize diversos recursos no deslinde das decisões judiciais. Tais expedientes coadunam em meios de provas que dão sustentação as decisões dos juízes, assegurando o cumprimento da lei e o estreito laço entre a demanda e os preceitos legais. No direito de família, é comum ao julgador a utilização dos serviços de profissionais técnico-especializados em outras áreas do conhecimento,

estranhas ao Direito, para formar o seu convencimento, uma vez que as questões familiares demandam análises que extrapolam o conhecimento do magistrado, como ocorre em uma avaliação do setor psicossocial. Neste diapasão, a perícia se dá quando requisitada a um profissional com conhecimento técnico e científico da área objeto do estudo ou discussão judicial, para que se forneça parecer detalhado sobre sua área de atuação, na grande maioria das vezes, convertendo a linguagem científica para uma comunicação universal, sendo essa a maior relevância da perícia ao magistrado, pois dá subsídio para formação da sua convicção.

Segundo os autores Jesus Velho, Gustavo Geiser e Alberi Espindula (2017), a perícia cível trata dos conflitos judiciais na área patrimonial, pecuniária ou privada. O tipo de exame ou conhecimento científico a ser aplicado dependerá da necessidade específica de cada exame realizado.

Sendo assim, a atuação do perito é fundamental nas Varas de Família da Justiça Cível Brasileira, pois o mesmo tem expressiva colaboração no reconhecimento das melhores condições das partes que disputam a guarda e /ou regulamentação de visitas de crianças e adolescentes, por exemplo. Atualmente, os principais aspectos avaliados são a capacidade de oferecer à criança ou adolescente a melhor convivência através da estrutura física, psíquica, moral, social, financeira e educacional. Tudo com a finalidade de aplicar a correta norma à situação, proporcionando ao poder judiciário a aplicação da exata medida da justiça ao caso concreto.

Segundo Fávero et al., (2005) a atuação do assistente social e do psicólogo nos Tribunais de Justiça tem sido, prioritariamente, a de oferecer subsídios aos magistrados, por meio de um fundamentado relatório ou laudo, com Parecer Técnico, que irá se constituir em peça processual. Tal intervenção tem se expandido e se revelado de extrema importância na estrutura judiciária, colaborando imperiosamente para o mais justo desfecho judicial.

Assim, a perícia revela-se um instrumento fundamental a correta aplicação da Justiça, servindo como peça de consagração dos direitos fundamentais previstos na própria Carta Magna brasileira, como claro exemplo do princípio do devido processo legal. Ainda neste contexto, questiona-se: dispendo o juiz de conhecimentos técnicos (exemplo: além de bacharel em direito, o magistrado é médico), poderia ele dispensar a realização da perícia, aplicando o seu próprio saber técnico para a formação do seu conhecimento? Da leitura das leis brasileiras, de plano, conclui-se que não. Do contrário, o juiz acumularia a função de perito, impossibilitando a adoção do correspondente procedimento probatório e amputando as partes a oportunidade de participar dele da forma que a lei assegura. Em comparativo,

da mesma forma que o juiz-testemunha é vedado no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz-perito é recusado (DIDIER, 2016).

Não se estaria assim, usurpando a atuação funcional do juiz, pois ao perito não cabe intrometer-se na tarefa da hermenêutica, opinando sobre questões jurídicas, interpretando leis, citando jurisprudência ou doutrina jurídica. Sua situação é eminentemente técnica e recai tão somente, sobre os fatos. Só deverá emitir juízos, baseados em sua especialidade profissional, sobre questões de fato, conforme a inteligência da legislação processual civil brasileira, aplicada sem maiores dúvidas (art. 473, § 2º, CPC).

Moacyr Amaral dos Santos (2016) ainda contribui, doutrinando que, normalmente, a perícia recai sobre fatos permanentes e atuais, mas os fatos transitórios e pretéritos que deixem rastros e vestígios, eventualmente, podem ser examinados e reconstituídos por peritos, de forma a tornarem-se atuais para o juiz da causa.

Desta forma, a participação do perito psicopedagogo no processo nas varas da família é elemento essencial para a consecução de direitos, permitindo ao magistrado, a correta medida da justiça na análise do caso concreto, evitando assim, desvios nas decisões do poder judiciário.

2. O Pedagogo e o Psicopedagogo no Judiciário

A autora Gidair Santos (2015) relata que durante o início do seu trabalho como pedagoga jurídica no Brasil, encontrou dificuldades, o que corroborou a classificação de uma atividade nada fácil, já que a mesma confessa que para entender a importância do Pedagogo na área Psicossocial foi necessário fazer algumas reflexões, como: “O que seria um setor psicossocial do Judiciário?”.

Segundo a autora, essa questão foi respondida através de textos jurídicos e opiniões dos funcionários da mesma unidade de trabalho. Diante da indagação através deste questionamento, conclui-se que o setor psicossocial representa uma equipe, formada por psicólogos e assistentes sociais, que auxiliam a autoridade jurídica em suas decisões a partir da averiguação das condições psicossociais das famílias envolvidas na lide processual.

A mesma profissional afirma que esse questionamento teve como objetivo o tratamento com uma visão mais ampla sobre a atuação do psicólogo e do assistente social que compõem equipes técnicas, os quais, a partir de uma abordagem interdisciplinar pautada no diálogo entre si e com profissionais de outras áreas, poderão lograr maior êxito em seu trabalho no Poder Judiciário, já que todo esse mister consiste em assegurar direitos e contribuir para o desenvolvimento das crianças e adolescente.

Outra reflexão importante da respectiva autora foi avaliar a atuação do pedagogo nas varas do judiciário brasileiro. Para Gidair Santos (2015), ao fundamentar suas argumentações nesse sentido, as discussões no setor passaram a conter posicionamento de renomados autores, como: Paulo Freire e Erick Erickson, que tratam, em suas abordagens e métodos, dos processos psicossociais como aspectos a serem observados e considerados no processo educativo. Nesse contexto, ficou claro que o papel do pedagogo na equipe psicossocial estava sendo desenhado a partir de uma intervenção meramente pedagógica junto as seus pares, considerando a dialogicidade proposta por Freire (2005), que possibilitou a mesma em apresentar seus conhecimentos a partir da discussão respeitosa e do diálogo franco. Segundo Gidair Santos, percebe-se que as questões terminológicas foram superadas com a denominação interprofissional e/ou multiprofissional, dando-se maior importância ao caráter da abordagem em equipe, que passou a ser também “psicossociopedagógica”.

De acordo com a reflexão do Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior (2006), o ponto de contato entre a atividade da magistratura e a obra Pedagogia da Autonomia, título do educador Paulo Freire, reside no caráter essencialmente humano da prática judiciária. O Poder Judiciário existe para resolver conflitos interpessoais, tanto é que estará onde houver sociedade. A atividade judicial ocorre, então, em intenso contato com as pessoas que lá vão buscar seus direitos, assim como o ato de ensinar se dá em contato com o educando. Substitua-se, no raciocínio, a figura do professor pelo juiz e a do educando pelo jurisdicionado, assim, o discurso de Paulo Freire passa a ter grande relevância para a atuação do juiz.

Segundo Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior (2006) o ponto de vista do professor Paulo Freire, apesar de criticar o dogmatismo e o cientificismo, como visão acrítica das teorias dominantes, tem profundo respeito pela técnica, ao afirmar que ensinar exige rigor metódico e pesquisa, além de competência profissional e segurança.

Seria como o juiz passar a julgar em total desatenção às leis, unicamente de acordo com o seu conceito subjetivo de justiça. É certo que as leis devem ser interpretadas de modo humano e crítico, consentâneo com o tempo em que aplicadas e levando em conta as peculiaridades locais e do fato para que não se chegue a uma injustiça. Isso não significa, porém, que o juiz possa simplesmente ignorar todo o esforço daqueles que lhe antecederam na tentativa de solucionar problemas que muitas vezes se repetem.

Ou seja, não se pode desprezar toda a experiência histórica, a tradição, todo o avanço da ciência jurídica em nome de uma noção individual de justiça, certamente comprometida pela ideologia do próprio julgador. Não se admite,

tampouco, que um juiz que não decida, que não transmita aos cidadãos a segurança de quem está preparado para o exercício de seu mister. Queremos dizer, o conhecimento da dogmática, a segurança e a competência profissional, temperadas pela visão crítica, são essenciais para o bom juiz, e isso se torna mais cristalino, com a retórica da prova técnica pericial.

De acordo com Wliane Ribeiro (2015), existe fundamental importância e necessidade do trabalho interdisciplinar no estudo apresentado pelas áreas da Pedagogia, Psicologia e Serviço Social, já que a partir de seus saberes específicos, em um exercício constante de reflexão, discussão e elaboração, complementam-se, fomentando um discurso singular acerca da demanda judicial, apresentado sob a forma de pareceres e manifestação verbal, contribuindo com as decisões judiciais acerca da infância e adolescência.

Mediante as pesquisas realizadas pelos autores Gidair Santos e Simony Melo, e com base nos dados coletados, observa-se que o número de pedagogos é consideravelmente inferior ao dos demais técnicos lotados nas equipes interprofissionais. De acordo com a autora Lilian Araújo (2013) afirma que:

Segundo pesquisa realizada no site do TJPA este tem jurisdição em todo o estado do Pará, possuindo atualmente 108 Comarcas³, as quais atendem os 143 municípios paraenses, acolhendo demandas sociais, psicológicas e pedagógicas. É, portanto, nesse espaço territorial que atuam pedagogos, junto às Varas da Infância e Juventude, VJVDFCM, VEPMA, Varas da Família, Setor Social.

Com relação à importância do pedagogo, devemos traçar o real perfil do pedagogo, ou seja, tudo que é voltado a um olhar educativo. Dando continuidade as análise, segundo as autoras Marcella Pereira, Maria Helena Ocioly e Ana Cristina Baptistella (2010) afirmam:

Através de uma análise de resultados realizado no Tribunal de Justiça de Pernambuco que o trabalho dos pedagogos abrange diversos núcleos, onde cada um atua com sua equipe interdisciplinada, composta também por psicólogos e assistentes sociais. Foi analisando que entre os pedagogos não existe nenhum deles com especialidade em psicopedagogia.

Com relação a atuação dos pedagogos os mesmos desenvolvem múltiplas funções dentro de cada núcleo, como: elaboram projetos e matérias educativos, fiscalizam locais que possam trazer algum dano ou risco para crianças ou adolescentes que estejam presentes, trabalham com o apadrinhamento emocional e financeiro de crianças e adolescentes que estão em abrigo, analisando e fazendo coleta de informações sobre os candidatos a adoção, conhecendo os abrigos e as crianças e adolescentes que

esperam ser adotados. Além de trabalharem também com capacitações de profissionais dentro do Tribunal.

Os pedagogos não tiveram nenhuma formação para atuar dentro do seu núcleo, onde alguns tiveram capacitação dentro do próprio Tribunal, ou seja, são trabalhados de acordo com suas experiências vividas no seu âmbito de trabalho. Ressaltando que não há documentação regulamentando as atividades, e não há uma formação específica de tal atividades. Sendo assim, os profissionais sentem dificuldades na questão de estabelecimento de suas atribuições. Com relação a sua importância alegam que são importantes, pois tudo que envolvem criança e adolescente, a educação e o desenvolvimento do ser humano, o olhar e trabalho do pedagogo tem que estar presente.

Já a autora Laylla Lopes (2016) ressalta que o Tribunal de Justiça do Estado do Estado de Goiás é um órgão do Poder Judiciário, com sede na cidade de Goiânia e jurisdição em todo o território estadual. Nessa instituição, as atribuições do pedagogo estão especificadas no Provimento nº 14/2015 do TJGO, as quais estão abaixo especificadas:

Implementar, avaliar e coordenar a construção de projetos pedagógicos relacionados às atividades do Poder Judiciário e assessorar as atividades de ensino, pesquisa e extensão. Executar, avaliar e coordenar projetos pedagógicos relacionados às atividades do Poder Judiciário. Assessorar atividades de ensino, pesquisa e extensão. Realizar perícias, judiciais ou não. Supervisionar, fiscalizar e desempenhar atividades técnicas na sua área de competência e em suas especializações. Prestar serviços de consultoria na sua especialidade, quando solicitado pelo Tribunal de Justiça. (2016, p. 03)

Afirma-se que os pedagogos desenvolvem múltiplas funções dentro de cada núcleo do Tribunal, porém todos eles envolvem a criança e o adolescente.

Dentre as atividades são semelhantes as que foram destacadas do Tribunal de Justiça de Pernambuco, onde os pedagogos também há certa dificuldade em realizar o trabalho proposto. Os profissionais que compõe as chamadas equipes interprofissionais, as quais são compostas por Assistentes Sociais, Psicólogos e Pedagogos. A sua importância também tem haver com tudo que envolve criança e adolescente, educação e desenvolvimento do ser humano, o olhar e o trabalho do pedagogo tem que estar presente.

3. A Participação do Psicopedagogo na Perícia

Mediante as observações realizadas pelos respectivos autores nota-se que é de sua importância a atuação do pedagogo no campo jurídico, uma vez que o trabalho pedagógico desenvolvido neste espaço visa à educação social do indivíduo nas ações que envolvem crianças e adolescentes.

Portanto, é de suma importância ressaltar que de fato não existem psicopedagogos atuando nas equipes de avaliações psicossocial, pois os trabalhos realizados são compostos por pedagogos, psicólogos e assistentes sociais, onde cada um atua com sua equipe interdisciplinar.

Segundo a pesquisa bibliográfica até aqui levantada neste artigo, não foram encontrados dados sobre a atuação específica de psicopedagogos e sim, apenas de pedagogos.

Sendo assim, qual seria a importância do psicopedagogo nos processos judiciais? Um ponto interessante seria a reflexão do olhar de um pedagogo e de um psicopedagogo.

O pedagogo é um profissional preparado para atuar a favor de um pleno desenvolvimento do ser humano, considerando diferentes culturas e formas de aprender do ser humano, preocupado com a sua formação de forma integral, tanto intelectual quanto emocional, e por isso seu campo de atuação só se amplia, uma vez que estamos numa sociedade que se transforma muito rapidamente, cada vez mais globalizada e tomada por um número enorme de informações.

A Psicopedagogia é a área do conhecimento que trabalha diretamente com as dificuldades das pessoas relacionadas à aprendizagem, pois estuda como se dá esse processo. Em geral, o psicopedagogo é procurado quando as dificuldades já estão presentes, e seu papel é avaliar e estabelecer um plano de intervenção. No entanto, a Psicopedagogia não se caracteriza apenas como uma área que atua quando já existe o problema ou dificuldade, mas pode atuar também de forma preventiva, no intuito de evitar que elas se instaurem.

Diante a importância da atuação do psicopedagogo nas avaliações periciais do setor psicossocial da Justiça, teria um efeito positivo, pois investigaria a análise das possíveis mudanças nos processos cognitivos, emocionais e pedagógicos que porventura possam bloquear a aprendizagem, agindo assim, com prevenção na fase da demanda judicial, podendo influenciar eficazmente na decisão do juiz e evitar dificuldades na aprendizagem de crianças e adolescente, onde o mesmo teria a responsabilidade de operacionalizar a intervenção psicopedagógica através de sondagens e pareceres, facultando ao magistrado à correta aplicação da norma ao caso concreto.

Neste sentido, temos o posicionamento similar dos estudiosos Diogo Severino Ramos da Silva e Carolina Rocha dos Santos (SILVA e ROCHA, 2019, p. 254), que no trabalho intitulado *Alienação parental e o papel da perícia multidisciplinar no judiciário brasileiro*, lecionam:

Observa-se que o legislador dispõe da opção do laudo pericial ser realizado por um profissional ou por uma equipe multidisciplinar. No judiciário brasileiro é crítico o sistema pericial realizado face às suspeitas de alienação parental. Como visto, a regulamentação legal apresenta duas opções, e esta possibilidade em si gera inúmeros riscos aos resultados apresentados, já que incalculáveis vezes, o Estado por optar em não investir dinheiro público na contratação de profissionais qualificados, tem como resultado conclusões imprecisas, e a partir delas, consequentes efeitos danosos à vida do menor alienado. Paralelo ao descaso com os padecedores desse crime ocorre à morosidade do judiciário e a fragilidade jurídica das aplicações resultantes das análises malfeitas com as vítimas e seus familiares. A interferência do profissional na peritagem é de extrema importância, devendo não haver apenas um profissional, e sim vários, visto ser um tema de grande complexidade, não sendo possível ser exaurido com a visão unicamente de um técnico da área de saúde, que é o que comumente se constata, principalmente em comarcas de interiores. A realidade é que a falta de investimento público faz com que haja somente o conselheiro tutelar e o psicólogo jurídico para atuação em todas as fases de análises em que ocorrem os processos de AP, não se percebendo a atuação da figura importantíssima do psiquiatra forense e toda sua bagagem de estudos psíquicos

Portanto, utilizando a respectiva citação como analogia, reafirmamos que o psicopedagogo além de executar as atividades que já são realizadas por pedagogos, com sua visão de forma integral seja ela intelectual ou emocional, abrange um novo olhar voltado às formas preventivas em proteção à criança e adolescente.

4. Aspectos Legais

A revisão e seleção do teor normativo foi realizada através de sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de Pernambuco (<http://www.tjpe.jus.br>) e processos disponibilizados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE. A classificação bibliográfica complementar ao estudo normativo foi realizada através das análises de livros especializados, de artigos publicados pertencentes às bases de dados: MEDLINE (Literatura Internacional em Ciências da Saúde), LILACS (Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde) e SciELO (Scientific Electronic Library Online), todas acessadas a partir do sítio eletrônico da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), através do endereço eletrônico <http://www.bireme.br>. Utilizamos como descritores: “Psicopedagogo”, “Perícia”, “Pedagogo” e “Judiciário”.

O período adotado para o levantamento do conteúdo normativo será de 2002 (ano de publicação do Código Civil Brasileiro, que representou o primeiro documento legal a elencar um rol de direitos pessoais que ensejam a participação do psicopedagogo em perícias do setor psicossocial) a 2018 (compreendendo-se um intervalo de 16 anos).

Realizou-se a leitura do conteúdo dos textos legais, fichamentos para determinar as espécies normativas por meio de palavras-chave e recortes de trechos importantes acerca da temática. A partir daí, foi possível determinar a codificação dos documentos legais analisados. A fase de exploração do material consistiu em agregar as diferentes normas, realizando-se a sua contextualização interpretativa, a partir da literatura pertinente e da reflexão crítica dos seus conteúdos.

5. Aspectos Jurisprudenciais

O conteúdo jurisprudencial de interesse social e familiar disponível sobre o tema “Perícia Psicossocial” foi coletado no Tribunal de Justiça de Pernambuco, onde foram avaliados conforme critérios técnico-jurídicos de adequação ao tema.

Ressalta-se que foram pesquisadas jurisprudências correspondentes aos descritores “Psicopedagogo”, “Perícia”, “Pedagogo” e “Judiciário”.

Como critério de inclusão, as jurisprudências contiveram obrigatoriamente os descritores anteriormente mencionados, além de apresentarem decisão proferida pelo Tribunal nos últimos 2 anos (período compreendido entre 2017 e 2019), que foi estabelecido como parâmetro de busca no presente estudo.

Para a análise de conteúdo das jurisprudências selecionadas, foi utilizada a padronização de unitermos, correspondentes aos descritores em saúde para o assunto em foco, presentes no sítio eletrônico da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), através do endereço eletrônico <http://www.bireme.br>.

O objetivo maior foi proporcionar uma atenção específica aos aspectos preventivos e uma melhora na análise pericial que abranjam disputas judiciais envolvendo a guarda, convivência e a tutela de crianças e adolescentes no âmbito da justiça brasileira.

Considerações Finais

Nas situações apresentadas nos processos avaliados, a avaliação dos fatos envolvidos na causa requereu conhecimentos técnicos especializados da equipe multidisciplinar do Tribunal de Justiça de Pernambuco, pois um juiz médio – assim considerado aquele quem tem experiência comum, de cultura média – não possui conhecimento técnico-científico em áreas de apoio psicossocial, e ainda que possuindo tal especialização, por formação ou experiência, o que é notório na formação da juíza titular da unidade jurisdicional pesquisada, a escusa no deferimento de análise da equipe

multidisciplinar não se justificaria, pois conforme exposições anteriores, trata-se de uma disposição legal.

Diante de tal cenário, por força de lei, da jurisprudência e dos próprios costumes, o órgão jurisdicional valeu-se da prova pericial, pois a prova técnica é aquela em que a elucidação do fato ocorrerá com o auxílio de um *expert*, chamado de perito, que é um especialista em determinada área do saber científico (DIDIER, 2016). Através da perícia, o perito registra sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial, que poderá ser objeto de discussão pelas partes e os respectivos assistentes técnicos.

Cândido Rangel Dinamarco (2003), um dos mais respeitados processualistas do país justifica que se chama perícia, em “alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem esses exames são confiados”. A perícia é, então, indispensável, sempre que as noções técnicas requeridas no processo para a elucidação dos fatos extrapolem o conhecimento esperado de um homem-médio.

Nos processos avaliados, a juíza dispôs da prova técnica para obter, basicamente, o conhecimento técnico, previsto no artigo 375 do novo Código de Processo Civil, que é o saber técnico e científico que detém um homem que não é profissional daquele campo do saber, nem é especializado – ex.: o juiz pode ter noções de psicologia, sem ser psicólogo, pode ter uma ideia de pedagogia, sem ser químico, algum conhecimento de assistencialismo e procedimentos sociais, sem ser assistente social, etc. Trata-se de conhecimento que, embora técnico, está ao alcance de todos, mas as causas avaliadas ultrapassam os limites do que é esperado do *homo medius*, de cultura comum e média, adentrando o campo dos princípios, teorias, conceitos e fórmulas própria da ciência psicossocial, sendo indispensável a perícia. Onde termina o campo acessível ao homem de cultura comum ou propício às presunções judiciais, ali começa o das perícias.

Em todos os casos, a avaliação da equipe multidisciplinar foi utilizado como meio de prova, considerada como uma averiguação das observações feitas pelo perito, em substituição a magistrada. Sucede que o meio de prova é, em verdade, a técnica desenvolvida para se extrair a prova de onde ela jorra, da sua fonte – daí que a perícia enquadra-se perfeitamente como meio de prova.

Neste diapasão, é certo revelar que em nenhum dos casos houve a participação do psicopedagogo, o que inviabilizou, de forma técnica, a avaliação sobre a capacidade de instrução educacional de um dos pólos de divergência processual, não permitindo: 1) a simples percepção técnica, ou seja, declaração do perito da ciência psicopedagógica sobre os fatos que só podem ser percebidos por apurado sentido técnico, aquele educacional e/ou instrucional; 2) a afirmação de juízo técnico, ou seja, formulação de parecer

ou opinativo embasado com características próprias da ciência da formação educacional; e 3) pela conjugação das duas atividades anteriores, de percepção e afirmação de juízo, o que é mais comum.

Assim, a equipe multidisciplinar colaborou com sua aptidão técnica de conhecimento e verificação dos fatos (percepção técnica) relacionados exclusivamente a aspectos sociais que envolvem o processo, sendo inclusive, esse o procedimento metodológico referenciado no início de todos os relatórios sociais (esse é o nome dado ao parecer técnico). A equipe multidisciplinar substitui, pois, a juíza, por determinação oficial, naquelas atividades de inspeção que exijam o conhecimento de um profissional especializado. Nesses casos, a inspeção judicial é substituída por uma inspeção pericial, mas percebe-se uma carência no aprofundamento educacional, o que ofusca a análise da capacidade de condução do processo educacional das crianças e adolescentes envolvidos, que naturalmente pode acarretar em prejuízos no diagnóstico do potencial de assimilação educacional dos menores envolvidos.

No entanto, destaca-se que a equipe multidisciplinar não se coloca no lugar da juíza na atividade de avaliação da prova, pois em todos os casos cabe exclusivamente a juíza analisar e valorar o resultado da perícia, bem como todos os outros meios de prova, para considerá-la, ou não, em seu julgamento, conforme dispõe o artigo 479 do Código de Processo Civil - CPC (BRASIL, 2015). Ou seja, a equipe de avaliação multidisciplinar pode, no seu trabalho, dizer o seu parecer de avaliação técnica, mas cabe a juíza, e somente a ela, valorar essa informação e definir as suas consequências jurídicas. Em todos os casos observados, a juíza considerou a perícia.

Mas, se a participação do psicopedagogo ocorresse em todos os casos, a perícia revelar-se-ia como instrumento fundamental a correta aplicação da Justiça, servindo como peça de consagração dos direitos fundamentais previstos na própria Carta Magna federal, como é o caso do direito/dever de provimento da educação de crianças e adolescentes. Percebe-se, que a juíza acumula a função de analisar tais aspectos, com auxílio das partes e procuradores, exercendo a tarefa da hermenêutica, opinando sobre questões jurídicas, interpretando leis, citando jurisprudência ou doutrina jurídica, tratando a situação como eminentemente técnica e recaindo tão somente, sobre os fatos. Desta forma, a participação do psicopedagogo no processo é elemento de consecução de direitos, permitindo ao magistrado, a correta medida da justiça na análise do caso concreto, evitando assim, desvios nas decisões do poder judiciário.

Referências

- AMARGO, Bárbara Khristine.; TAVARES, Maria Silvaneide.; BARBOSA, Tania Mara Alves. A Contribuição da Perícia Psicossocial para a decisão judicial em 2ª Instância. *Revista Esmat*. Palmas, Ano 5, nº 6, pag. 123 a 162 - jul/dez 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Casa/Downloads/60-177-1-SM.pdf>>. Acesso em: 11 Jul. 2018
- ARAÚJO, Lilian Cristina Santos. A atuação do pedagogo no campo jurídico. [S.L.:s.n.].2013.Disponível em:<[file:///C:/Users/Casa/Downloads/aatuacaopedagogonocampojuridico%20\(11\).pdf](file:///C:/Users/Casa/Downloads/aatuacaopedagogonocampojuridico%20(11).pdf)>. Acesso em: 20 Jul. 2018
- ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 506.
- BARDIN, L. A análise de conteúdo. 3. ed. Lisboa: Edições 70; 2004.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- CHIARA, KAIMEN, et al. Guia da Monografia. 2018. Disponível em:<<https://guiadamonografia.com.br/pesquisa-bibliografica>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.
- CHRISTOVÃO, Eleison Diettrich. As diversas formas de atuar do pedagogo: uma visão contemporânea. *Revista Gestão Universitária*. 2011. Disponível em:< <http://gestaouniversitaria.com.br/artigos/as-diversas-formas-de-atuar-do-pedagogo-uma-visao-contemporanea--2>>. Acesso em: 05 Jul. 2018
- CINTRA, A. C. A. Comentários ao Código de Processo Civil. 4. Ed. São Paulo: Jus Podivm; 2015. p. 201.
- DIDIER JUNIOR, F. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 11. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm; 2016.
- FABRICIO, A. F. Fatos Notórios e Máximas da Experiência. 1. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense; 2014.
- FREITAS, Clarice do Nascimento; CORSO, Helena Vellinho. A Psicopedagogia na Educação Infantil: O papel das brincadeiras na prevenção das dificuldades de aprendizagem. *Revista psicopedagogia*.

Vol, 33. 101. ed. 2016. Disponível em:

<[http://www.revistapsicopedagogia.com.br/detalhes/490/a-psicopedagogia-na-educacao-infantil--o-papel-das-brincadeiras-na-prevencao-das-dificuldades-de-aprendizagem](http://www.revistapsicopedagogia.com.br/detalhes/490/a-<u>psicopedagogia-na-educacao-infantil--o-papel-das-brincadeiras-na-prevencao-das-dificuldades-de-aprendizagem</u>)>. Acesso em: 11 Jul. 2018

GODOY, A. S. Pesquisa Qualitativa – Tipos Fundamentais. Revista de Administração de Empresas, 1995; 35:20-29.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. *A Pedagogia da Autonomia de Paulo Freire e a Atividade da Magistratura*. Seção Judiciária. Rio Grande do Sul. 2006. Disponível em:<<http://portal-des.jfrs.jus.br/a-pedagogia-da-autonomia-de-paulo-freire-e-a-atividade-da-magistratura/>>. Acesso em: 07 Jul. 2018

LOPES, Laylla. *Pedagogia Jurídica: As práticas do Pedagogo n Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*.Pesquisar. 2016

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Manual de Processo de Conhecimento. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2006.

MELO, Simony; SANTOS, Gidair. *Pedagogia Jurídica: As práticas do Pedagogo no judiciário*. Recife: UFPE, 2015

NEVES, J. L. Pesquisa Qualitativa – Características, Usos e Possibilidades. Caderno de Pesquisas em Administração, 1996;1:1-5.

PEREIRA, Marcella.; ACIOLY, Maria Helena.;BAPTISTELLA, Ana Cristina. *Ampliando os horizontes: O pedagogo no Tribunal de justiça de Pernambuco*. [S.L.:s.n.].2010. Disponível em:<[file:///C:/Users/Casa/Downloads/ampliando%20os%20horizontes%20o%20pedagogo%20no%20tjpe%20\(15\).pdf](file:///C:/Users/Casa/Downloads/ampliando%20os%20horizontes%20o%20pedagogo%20no%20tjpe%20(15).pdf)>. Acesso em: 10 Jul. 2018

RODRIGUES, M. S. P.; LEOPARDI, M. T. O método de análise de conteúdo: uma versão para enfermeiros. Fortaleza: Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura; 1999.

RIBEIRO, Wliane. *Pedagogia Jurídica: As práticas do Pedagogo no judiciário*, p 183. Recife: UFPE, 2015

SANTOS, M. A. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4, Editora Jus Podvim, 2016.

SARAIVA. Vade Mecum / Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti – 13º edição atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2012.

VELHO, Jesus; GEISER, Gustavo; ESPINDULA, Alberi. *Ciências Forenses: uma introdução às principais áreas da criminalista moderna*. 3a. ed. São Paulo: Millennium, 2017

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Radicalización violenta: Vías para la acción preventiva^(*)

**Violent radicalization:
Avenues for preventive action**

Sergio García Magariño¹

Dunia Donaires León²

(Coordinadores)

Recensión a cargo de:

Sergio Cámara Arroyo

Prof. Dr. Derecho penal y Criminología UNED

scamara@der.uned.es

GARCÍA MAGARIÑO, S., DONAIRES LEÓN, D. (Coords.):
Radicalización violenta: Vías para la acción preventiva. Madrid:
Editorial Sínderesis, 1ra. edición diciembre 2019; 150 páginas.
ISBN: 978-84-18206-03-0

^(*) Recibido: 07/03/2020 | Aceptado: 10/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/ 2020.



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

¹ Doctor en Sociología y especialista en Educación y Desarrollo Social. I-Communitas, Institute for Advanced Social Research (Universidad Pública de Navarra)
sergio.garciam@unavarra.es

² Abogada. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos.
coordinador@derehoycambiosocial.com

SERGIO GARCÍA y DUNIA DONAIRES nos presentan una obra colectiva, editada por Sindéresis (Madrid, España), con una temática sumamente atractiva para el ámbito penal y criminológico: la radicalización violenta y su relación con el fenómeno del terrorismo. Por si la materia no fuera lo suficientemente llamativa, los autores participantes en el volumen se internan en una de las materias que más interés ha suscitado en la última



década, con la proliferación de ataques terroristas de corte yihadista, como es el complejo concepto de radicalización desde una vertiente multidisciplinar. No obstante, se va más allá, lo que es “radicalmente” -permítaseme la nota de humor- importante, puesto que los autores que participan en el libro no se circunscriben exclusivamente al concepto de terrorismo de corte radical, propio de la denominada cuarta ola (RAPOPORT, 2004) en la que la religión se convirtió en una fuerza para el terrorismo, sino que también aluden a otras formas de radicalización de corte no fundamentalista (TAMAYO, pp. 23

y ss.).

Debe valorarse la oportunidad y originalidad de la obra, que se encuentra fundamentalmente enmarcada en el área sociológica y de la prevención, donde no abundan estudios en cuestiones de radicalización terrorista³, sin descuidar otros campos como el estrictamente criminológico, los derechos fundamentales e, incluso, cuestiones de política económica internacional.

Ciertamente, el radicalismo ha ocupado las páginas de las revistas especializadas de Derecho penal y Criminología en los últimos tiempos y en

³ Pueden citarse, no obstante, loables excepciones, algunas de ellas promovidas por autores participantes en la obra reseñada. Así, por ejemplo: ANTÓN MELLÓN, 2015; MORERAS, 2015; LABBÉ, 2016; TAMAYO SÁEZ & CARRILLO BARROSO, 2019; DE LA CORTE IBÁÑEZ, 2019, entre otros.

muchas de las facetas relacionadas con estos campos de estudio: entorno *online*, entorno carcelario, etc. No obstante, el propio término de radicalización no se encuentra aún plenamente definido y perfectamente diferenciado de otros que, en no pocas ocasiones, se utilizan a la ligera como análogos (por ejemplo, extremismo, dogmatismo, fundamentalismo).

Al respecto, expone MORENO HUERTA (2017) que la radicalización debía entenderse como un proceso, una sucesión gradual de diferentes fases o estadios cada vez más cercanos a ideas radicales y próximos al activismo. Asimismo, debe diferenciarse entre una radicalización cognitiva y otra conductual, o lo que es lo mismo, a diferenciar entre un extremismo a secas y un extremismo violento. El primero de ellos puede ser un comportamiento legítimo, mientras que el segundo encontrará la oposición de los medios de control social formal y penal.

Hechas estas sucintas precisiones, sin más dilación paso a adentrarme en la recensión de la obra propiamente dicha, en la que participan un total de diez autores, coordinados por los dos ya precitados que prologan y rubrican el conjunto. La obra tiene una sistemática, que considero absolutamente correcta, dividida en tres partes: de lo más general, comenzando con la fenomenología de la radicalización, pasando por los factores y el contexto en el que se produce; hasta concluir con un tercer acto -el más extenso- íntegramente dedicado al foco preventivo antes mencionado.

Ya en el prólogo nos advierten que el libro nace con una vocación didáctica y pedagógica, fruto de un proceso de reflexión que inició a finales del 2018, con un seminario sobre prevención de la radicalización violenta organizado por la Oficina de Asuntos Públicos de la comunidad bahá'í de España, el Centro Universitario de Estudios Superiores adscrito a la URJC y otras organizaciones. Desde el primer momento, se deja claro que el concepto de radicalización del que se va a tratar no se circunscribe exclusivamente a la dinámica del fundamentalismo religioso, sino que se explorarán otros factores que coadyuvan al proceso, tales como la marginalidad, la identidad, los problemas de integración o las deficiencias de los mecanismos de seguridad y de defensa. Se aúnan, de este modo, los dos principales enfoques que han orientado los estudios sobre la materia -el religioso y el que prescinde por completo de este factor para internarse en derroteros socioeconómicos y políticos-, al que bien podría añadirse el exclusivamente penal y criminológico que se contenta con analizar las tipologías delictivas relativas al terrorismo radical y los perfiles de sus perpetradores. Parece claro que el enfoque holístico y combinado se impone en la obra, sin merma de la homogeneidad de la misma.

Una vez hecha la presentación de la obra de la mano de GARCÍA MAGARIÑO, el lector se adentra en la primera de las partes de la obra con el primero de los artículos que la componen, firmado por SANT MASSARRAT (pp. 11-22), dedicado al propio concepto de radicalización. La autora dedica las primeras páginas del volumen a construir un marco general sobre la definición de la radicalización y su tipología. Y lo hace con una sistemática impecable: del concepto neutro de radicalización, a la radicalización violenta para, posteriormente, internarse en las diferentes etapas del proceso.

La polémica acerca de la definición, antes anotada, es tratada por la autora con pluma ágil y sintética (p. 12), diferenciando entre radicalización positiva y negativa. Da paso a otra cuestión conceptual problemática (p. 13), aproximándose al concepto de radicalización violenta para, acto seguido, internarse en el proceso por el cual una persona pasa a convertirse en un “radical” (pp. 14 y ss.). Lo importante de este primer capítulo, resumido brillantemente en las conclusiones de la autora (pp. 20 y 21), es diferenciar pensamiento radical o crítico de integrismo ideológico y, finalmente, del concepto de radicalización violenta. Uno de los aspectos destacables es cómo afecta la situación personal y social del individuo durante el proceso de inmersión en la radicalización. El conocimiento de estos aspectos es la antesala de cualquier estrategia preventiva, además de eliminar prejuicios acientíficos que determinarían políticas sociales y criminales erráticas.

El siguiente episodio del volumen colegiado pertenece a TAMAYO, director de la Cátedra de Teología y Ciencias de las Religiones Ignacio Ellacuría de la Universidad Carlos III, quien nos habla de un interesantísimo tema que ha sido dejado al margen en muchas de las obras que trabajan el concepto de radicalismo, precisamente por el foco mediático puesto en la cuestión yihadista: el fundamentalismo no religioso. En efecto, hay que convenir con el autor en que, actualmente, el concepto de fundamentalismo se ha desmarcado de la religión para adentrarse, peligrosamente, en otros terrenos, como el político, el social o el económico. Loable es la crítica al neoliberalismo exacerbado que realiza el autor (p. 23), pero mucho más desconocidos son otros conceptos tratados por él como el fundamentalismo patriarcal, el cultural, el estatal e, incluso, para preocupación de todos aquellos que nos dedicamos a la Academia, el fundamentalismo científico.

Especialmente importantes, desde una visión crítica muy actual, es la crítica a los fundamentalismos democráticos (p. 25), concepto que bien podría aproximarse o conjugarse con el de “democracias militantes”, con el que ya están entrando en fricción valores y derechos tan fundamentales para la propia construcción de los Estados sociales democráticos y de Derecho como es la libertad de expresión (CÁMARA ARROYO, 2017).

La conclusión del autor debe tenerse en cuenta: todos los fundamentalismos, de uno y otro corte, tienen puntos en común que deben identificarse; y lo que es más importante, de ellos deben apartarse las instituciones, laicas o religiosas, que pueden prodigar sus postulados a la población libre (p. 26).

Finaliza la primera parte y comienza la segunda con un aspecto más penológico, entroncando con el derecho a la libertad religiosa. El autor GARCÍA GARCÍA, profesor titular de Derecho eclesiástico, se interna en el complejo concepto del terrorismo islámico haciendo hincapié en el modo de expansión, sobre todo entre los jóvenes mediante las TIC, del pensamiento radical de esta clase de organizaciones criminales (pp. 29-33).

Me gustaría destacar la alusión al modo de captación de los jóvenes y menores que realiza el autor, muy próximo, aunque expresada probablemente con mayor autoridad por el autor del capítulo, a la que utilicé -permítaseme, modestamente y sin merma alguna para el mérito del que rubrica el título reseñado, la vanagloria- hace algunos años cuando estudiaba, desde una perspectiva criminológica, a los denominados “Cachorros del Califato”: dignificación del menor como gancho para su alistamiento en organizaciones terroristas (CÁMARA ARROYO, 2016).

Lo que en mi aproximación no era más que un concepto anecdótico, necesitado de una mayor investigación, queda perfectamente clarificado en las palabras del autor, que no me resisto a reproducir: “la radicalización se configura como una salida para la realización personal ante la sociedad a la que no consiguen acceder y, sin embargo, para el Califato se convierten en estrellas” (p. 32).

Continúa GARCÍA GARCÍA con otro concepto interesante para la Criminología, por tratarse de un perfil criminal particular en los supuestos de terrorismo, como es el de los *foreign fighters* (pp. 35 y ss.). Debe destacarse positivamente los esfuerzos de conceptualización realizados por el autor, que no escatima en definiciones legales y doctrinales, clarificando un término difícil de abarcar.

En este punto es donde se producen asperezas con el concepto religioso y, por tanto, con el derecho fundamental que lo sustenta en los Estados de Derecho: la libertad religiosa. Advierte el profesor de Derecho eclesiástico que, si bien las creencias religiosas (podría ampliarse, no obstante, a las ideológicas) son inseparables de los *foreign fighters*, quienes frecuentemente la utilizan como excusa para justificar sus actos violentos, hay que partir de un concepto amplio y vaporoso de religión, que abarca tanto las creencias, como el estilo de vida o la identidad (pp. 37 y 38).

Tras estas precisiones, el autor se interna en la concepción de un perfil del combatiente extranjero, apoyado en estudios estadísticos y datos de relevancia, que los criminólogos bien podrían tomar en buena consideración -por lo profuso y completo- en sus estudios sobre terrorismo (pp. 38 y ss.).

El último tramo se encuentra dedicado a ahondar en la conflictiva cuestión de la libertad religiosa (consagrada en España en el art. 16 CE), haciendo una magnífica exégesis de su contenido (pp. 47-51). Finalmente, se pronuncia el autor de modo crítico acerca de la tipificación del mal llamado terrorismo yihadista (expresión que yo mismo he utilizado en este texto, pero que, en realidad, solamente hace referencia a una de las manifestaciones de la Yihad). Es fácil, por lo poderoso de los argumentos doctrinales que recoge, convenir con el autor en la crítica que realiza a la confección del tipo penal regulado en el art. 575 del Código penal español (pp. 56 y ss.).

En efecto, el art. 575 CP regula un conjunto heterogéneo de conductas: hetero/auto adoctrinamiento, hetero/auto adiestramiento, acceso a contenidos terroristas en Internet, tenencia de determinada documentación terrorista y traslado al extranjero con finalidad de cometer delitos de terrorismo o colaborar con organización terrorista.

El delito de autoadoctrinamiento o adoctrinamiento pasivo sanciona a quien tiene el propósito de capacitarse para cometer cualquier delito de terrorismo. El castigo del autoadoctrinamiento no es más que el castigo de actos preparatorios -también denominados protopreparatorios- con el que se reconoce por primera vez en nuestro Código penal la posibilidad de sancionar actos preparatorios con una naturaleza estrictamente individual (CADENA SERRANO, 2019). Se trata, sin embargo, de un delito completamente novedoso a nivel de Derecho comparado, que no encuentra parangón en la normativa internacional. La falta de cobertura en los instrumentos internacionales y la amplitud de esta clase de conducta ha dado lugar a un intenso debate acerca de la posible vulneración de derechos fundamentales, tales como la libertad ideológica y de expresión, así como el derecho a la información. En su normativa, el Consejo de Europa lo rechaza incluso de manera explícita (SSTS 354/2017, de 17 mayo; 734/2017, de 15 de noviembre; 140/2019, de 13 marzo; 306/2019, de 11 junio). De ahí que su interpretación por parte de los tribunales españoles haya sido, como advierte el autor, complicada y restrictiva (pp. 62 y 63).

La conclusión del texto nos lleva nuevamente a la problemática de los límites de la libertad religiosa en esta clase de combatientes, más allá de la línea infranqueable del orden público (pp. 65 y ss.). Supone un magnífico colofón

que dota de originalidad al capítulo, enlazando doctrina eclesíasticista, constitucional y penal.

A las narrativas en los procesos de radicalización le dedica su capítulo AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, que escribe en calidad de Analista Principal del Instituto Español de Estudios Estratégicos. El análisis crítico del discurso y de la opinión pública es fundamental para entender el proceso de radicalización pues existe en él un elemento emocional que bien nos recuerda el autor (p. 77-79). Todo buen aficionado a la literatura y, en concreto, a la que se embarca en las distopías futuristas -y el que escribe esta reseña lo es- agradecerá al autor su brillante repaso por la narrativa, con la intención de poner en conocimiento la importancia del pensamiento hegemónico y del discurso en la degradación del concepto de verdad (pp. 79 y 80). El poder del lenguaje, de la nueva narrativa, de la deconstrucción y reconstrucción de realidad, con la intencionalidad de conseguir un impacto emocional en el receptor en las nuevas sociedades de la posverdad, es tratada por el analista (pp. 83-86), para introducir la cuestión de su impacto en relación con la nueva ola de terrorismo.

Relaciona, de este modo el autor, el discurso utilizado por los abanderados de la radicalización violenta con el modelo de captación (pp. 87 y ss.). La conclusión es contundente en clave preventiva: “la paz no puede construirse sólo con el fin de la violencia, sino que se sustenta también sobre el fin de las narrativas que sirven a su justificación” (p. 90).

El cofundador del *Diario El País*, FRAGUAS DE PABLO, dedica su capítulo a la prevención del terrorismo desde la óptica que domina: el periodismo y los medios de comunicación. Dedicar las primeras páginas a la siempre intrincada definición del terrorismo (pp. 91 y 92), cuya interpretación no es pacífica en ninguna de las áreas en las que ha sido formulada. Pero lo que verdaderamente preocupa al autor es el paso del pensamiento idealista al acto terrorista. A ello le dedica sus siguientes párrafos, comentando el proceso de desocialización -esto es, desconexión con la realidad- del futuro terrorista. Para evitar tal proceso, se propone una estrategia de prevención tripartita (p. 92): el primer grado atinente a los factores generativos en la germinación de la personalidad narcisista (personal, familiar y comunitario o sociopolítico); el segundo caracterizado por los medios de control social formal; y, por último, el tratamiento del duelo colectivo para mitigar el dolor causado.

Además de estas materias, el punto más interesante del artículo se sitúa, a mi juicio, en el discurso autocrítico realizado por el autor sobre el papel de los medios de comunicación en la difusión de las noticias sobre el fenómeno terrorista (p. 93).

La tercera parte del libro comienza con el capítulo de ALARCÓN GALINDO Y PRIETO-FLORES, sobre la mentoría social como estrategia de prevención de la radicalización violenta. Se trata de un concepto, la relación que se establece entre un adulto y un joven, entre los cuales no hay ningún parentesco, sumamente práctico desde una perspectiva pedagógica y como método de prevención. Buen ejemplo de ello son algunas de las experiencias prácticas que se han construido en el marco de las instituciones de internamiento de menores en España, con la figura del mediador cultural, para aquellos jóvenes inmigrantes en conflicto con la ley penal (RODRÍGUEZ BLANCO, 2014).

Tras la definición del concepto y sus variantes -mentoría informal y formal- proceden los autores a desgranar su importancia como herramienta de intervención social (pp. 99 y 100), especialmente importante en las personas migrantes (pp. 101 y 102). Especialmente interesante para el trabajador social y lector español es el apartado dedicado a su implementación en España, especialmente en la Comunidad Autónoma de Cataluña (pp. 103 y ss.).

Llega el punto álgido de la temática con la excelente presentación y desglose del programa de mentoría de referencia en Europa para la desradicalización violenta, de creación danesa (Aarhus, en 2012), probablemente aún desconocido para el lector iberoamericano (pp. 105 y ss.). Los autores, teniendo en cuenta los aún escasos estudios empíricos de evaluación existentes, consideran prometedor la incorporación de este tipo de programas dentro de los planes estratégicos de prevención de la radicalización violenta.

En cuestiones de índole económica se introduce CZUBALA OSTAPIUK, con un sugerente -por lo novedoso- artículo sobre el impacto de los criterios de gobernanza económica europea y el marco financiero plurianual en materia de prevención de la radicalización violenta. Así, la dimensión presupuestaria de la UE, en especial del ámbito de la dotación de los mecanismos de seguridad y defensa, conformaría uno de los puntos a tener en cuenta en lo que el autor considera parte de una respuesta multidimensional al fenómeno de la radicalización violenta (p. 112).

Tras la necesaria aclaración de conceptos sobre el marco financiero plurianual -que los legos en la materia agradecemos encarecidamente-, el autor se interna en la determinación del gasto (pp. 113 y ss.) deteniéndose en las cifras relativas a las partidas presupuestarias de seguridad. Finalmente, en las conclusiones se hace un llamamiento a la consideración de una política económica europea que cuente con un mayor respaldo en la financiación

proporcionada centrada no solamente en combatir los efectos de la radicalización violenta, sino también en prevenirlos (p. 122).

En el siguiente capítulo, VALENTÍN COTOBAL presenta el PEN-LCRV (Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta), haciendo alusión a los antecedentes de estrategias contra esta clase de riesgo a nivel internacional (pp. 125 y 126). Además de hacer hincapié en la siempre importante cuestión de la legitimación de esta clase de estrategias, el autor realiza un desglose pormenorizado del contenido del Plan (pp. 128 y ss.): estructura, organigrama y ámbitos de actuación. Habrá que estar, como menciona finalmente, a la evaluación del mismo para comprobar, año tras año, su efectividad en la difícil misión a la que se encuentra encaminado.

Cierra el volumen PERDU HONEYMAN, Profesor Titular de Filología Inglesa en la Universidad de Almería, quien dedica sus páginas a la prevención de la radicalización violenta mediante el sistema adoptado por el Fundador de la Fe bahá'í, Bahá'u'lláh, encaminado a erradicar toda violencia de la religión. Nuevamente, pues no es cuestión baladí, el autor se arroga en los posicionamientos que tratan de desvincular el fenómeno de la radicalización de un falso y unívoco contexto religioso (pp. 133 y 134). Posteriormente, se interna en los postulados del sistema bahá'í, en el que se rechaza la violencia como modo de promoción de la religión y, en particular, supone un alejamiento del reiterado concepto de la Guerra Santa (pp. 135 y ss.). Desde esta perspectiva, puede comprobarse, siguiendo el desglose del autor, cómo muchas de las enseñanzas y premisas de la fe insertas en los principios bahá'ís suponen un revulsivo definitivo a los procesos de radicalización violenta amparados en la religión. Más aún, muchos de ellos parecen perfectamente compatibles con los principios fundamentales que inspiran los principales sistemas jurídicos modernos: "inciden no solo en la prevención de la radicalización sino en la promoción de una cultura de valoración de las diferencias entre la población diversa" (p. 149).

En conclusión, debo recomendar la lectura de este magnífico ejemplar escrito en clave de foro abierto -no se trata de un monográfico monolítico, ni es necesario que lo sea-, puesto que en la multidisciplinariedad de sus componentes radica su virtud. En efecto, estamos ante una obra parcelaria, pero completa, en la que la virtud de cada trabajo radica en el todo que componen. He encontrado en su lectura muchas, y muy interesantes, ideas acerca de los procesos de radicalización violenta y los métodos para su prevención que provienen de ciencias y dimensiones diferentes a las que habitualmente me aproximo en mis estudios de Criminología y Derecho penal. Ahí, precisamente, encuentro la valía de la obra que me enorgullezco

de reseñar. Invito al lector interesado en este fenómeno, desde prácticamente cualquier perspectiva, a aproximarse a sus páginas. Del mismo modo, también propongo a aquellos/as que se encuentran en nuestras instituciones a tenerla en consideración para conformar los modernos sistemas y estrategias de prevención de la radicalización violenta. Encontrarán, sin lugar a duda, una herramienta bibliográfica útil.

Sergio Cámara Arroyo

Prof. Dr. Derecho penal y Criminología UNED

Notas bibliográficas

- ANTÓN MELLÓN, J. (2015). *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- BAZAGA FERNÁNDEZ, I. & CARRILLO BARROSO, E. (2019). “La política española de prevención de la radicalización violenta”, en BERMEJO CASADO, R. (Ed. Lit.) & BAZAGA FERNÁNDEZ (Ed. Lit.). *Radicalización violenta en España: Detección, gestión y respuesta*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 169-184.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. (2019). “Dilemas de la radicalización terrorista. Problemas para prevenir la radicalización: (Mesa Redonda)”, en *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, N.º 8, (Ejemplar dedicado a: El terrorismo yihadista en la encrucijada: oportunidades y riesgos tras el derrumbe del Califato), pp. 36-43.
- CADENA SERRANO, F.A. (2019). “Delito de colaboración con organización terrorista (Yihadista)”, *Diario La Ley*, N.º 9466, edición digital.
- CÁMARA ARROYO, S. (2016). “Los cachorros del Califato: terrorismo yihadista y delincuencia juvenil”, en *Derecho y Cambio Social*, N.º 46, edición digital.
- CÁMARA ARROYO, S. (2017). “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LXX, pp. 139-225.
- LABBÉ, P. (2016). “Enfoques nacionales en la prevención de la radicalización”, en *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, N.º. 2, (Ejemplar dedicado a: Terrorismo internacional: análisis de la radicalización y estrategias para la prevención), pp. 167-175.
- MORENO HUERTA, J.D. (2017). “Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LXX, pp. 329-386.
- MORERAS, J. (2015). “Políticas de prevención de la radicalización”, en *Afkar ideas: Revista trimestral para el diálogo entre el Magreb, España y Europa*, N.º. 45, pp. 30-31.

- RAPOPORT, D.C. (2004). “Las cuatro oleadas del terror insurgente y el 11 de septiembre”, en ELORZA, A. (Comp.) & REINARES NESTARES, F. (Comp.): El nuevo terrorismo islamista: del 11-S al 11-M. Temas de Hoy, Madrid.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M. (Dir.) (2014). La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento. Comares, Granada.
- TAMAYO SÁEZ, M. & CARRILLO BARROSO, E. (2019). “Europa en la prevención de la radicalización”, en BERMEJO CASADO, R. (Ed. Lit.) & BAZAGA FERNÁNDEZ (Ed. Lit.). Radicalización violenta en España: Detección, gestión y respuesta. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 145-168.

Mayor referencia sobre el libro:

https://editorialsinderesis.com/producto/radicalizacion-violenta-vias-para-la-accion-preventiva?fbclid=IwAR2JVRKIfdsB9MeXENbGwbLcHapnrWuwXkzQnU-gMikFw_pzjbwrNw3cCnE

**Sociología del poder:
Relaciones institucionales en el sector público y con actores
sociales^(*)**

**Sociology of power:
Institutional relations in the public sector and with social
actors**

Antonio Sánchez-Bayón¹

Reseña bibliográfica a cargo de:

Félix Fernández Castaño²

(*) Recibido: 13/02/2020 | Aceptado: 04/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/ 2020.



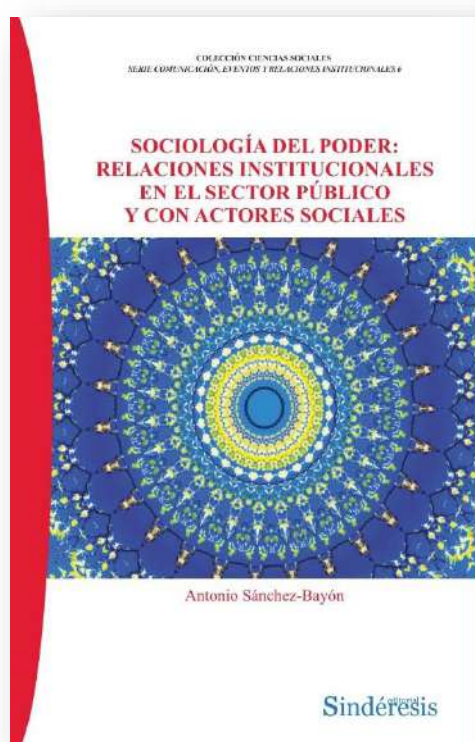
Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ (Doctor en Derecho por UCM, en Humanidades-Teología por UMU, en Humanidades-RRII por UVA, en Filosofía por UCM), acreditado como Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF); ganador de diversos premios internacionales (v.g. *Limaclara*-Argentina), por su amplia producción (en 5 idiomas, medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Economía Aplicada en la Univ. Rey Juan Carlos. Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard, DePaul, Baylor*) y Latinoamérica (v.g. *IIDH, UCR, URL*). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y *Family Sapiens* en Venezuela), y colaborador en diversos medios de comunicación.
antonio.sbayon@urjc.es

² Profesor en el Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad de Granada. Doctor en Sociología, Licenciado en Teoría de la Literatura y Literatura Comparada, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad de Granada. Máster Oficial Universitario en Problemas Sociales: Dirección y Gestión de Programas Sociales y Máster Oficial Universitario en Filosofía Contemporánea por la Universidad de Granada.
felixfernandez@ugr.es

Sánchez-Bayón, Antonio (2019). *Sociología del poder: Relaciones institucionales en el sector público y con actores sociales*. Madrid: editorial Sindéresis. 307 páginas. ISBN: 978-84-16262-94-6.

El poder que nos vino a definir Max Weber como la capacidad de imponer la propia voluntad cualquiera que sea el fundamento de tal capacidad. Antonio Sánchez-Bayón viene a tratar este concepto del poder, desde las relaciones entre las esferas sociales, los regímenes político-jurídicos y sus



relaciones institucionales en los sistemas democráticos, en particular entre las autoridades públicas y los actores sociales. El autor expone desde el poder ejecutivo y sus distintas cualificaciones como responsable de la gestión diaria del Estado, concibiendo e implantando políticas públicas, la nación y sus relaciones diplomáticas, remarcando su función política, administrativa y de regulación, enfocando algo novedoso y que demuestra el atrevimiento intelectual de Sánchez-Bayón mostrándonos nítidamente la diferencia entre los regímenes democráticos y totalitarios. El papel y la función de la Monarquía, el Gobierno y su

función, cualificaciones y estructura así como la Administración General del Estado están aquí bien explícitas, como la referencia a la Administración Pública de España como forma burocrática de la actuación del Gobierno en diversos aspectos jurídicos y a diversos niveles. Por tanto, nuestro autor nos indica “la Sociología lo hace desde el “ser” (lo que ocurre en la realidad social)” (P13). Veamos, pues, cuál es el camino que traza el autor para identificar que la Sociología del poder es una disciplina de conexión entre las distintas Ciencias Sociales.

En el primer capítulo, titulado “Sociología del poder: numen, esferas sociales y relaciones institucionales” (pp. 13-47), Sánchez-Bayón identifica a Maquiavelo y Hobbes como articuladores de la Teoría del Estado llevándonos a la afirmación de que ambos autores eran partícipes de la idea del monopolio de la violencia legítima por parte del Estado. No obstante, Sánchez-Bayón haciendo un recorrido por la creación de los Estados- nación y desembocando en el Estado del Bienestar en donde se confunde política y economía, más concretamente en el caso español se denomina sector público “La evolución de las corporaciones, agencias y demás entes públicos, del Sector público, ha tendido hacia la dispersión y un mayor riesgo, por volverse un poder líquido y difuso, que sólo se manifiesta cuando ejerce su fuerza (reglamentaria, sancionadora, etc.)” (P 16).

El Régimen democrático de 1978 y sus relaciones institucionales, ya otras autoras y autores se refieren con el término “régimen” al periodo que se establece tras la muerte del General Franco y la ratificación tras referéndum de la Constitución Española el 6 de diciembre de 1978. Entendemos que esta obra pretende, de cara a un nuevo paradigma “la posglobalización”, y surgido como periodo de realización del Pacto mundial para Horizonte 2030, pudiendo así ofrecer un modelo viable de ordenación de la vida social y sus relaciones institucionales, con esto Sánchez-Bayón se aleja del llamado “pensamiento débil” de Gianni Vattimo y del periodo posmoderno.

Nuestro autor nos dice “así, con la globalización, se abre una profunda crisis sistémica, afectándose a prácticamente todas las esferas sociales” (P34) coincide con esta misma visión Sánchez-Bayón con autores tan referentes para la sociología como Richard Sennett, junto a Ulrich Beck y Zygmunt Bauman a los que se le considera figuras claves para entender la sociedad posmoderna y las consecuencias del capitalismo contemporáneo. Sus temas recurrentes son la redefinición de la identidad y los nuevos espacios culturales, centrándose en la relevancia del trabajo y la nueva organización social.

El segundo capítulo aborda “Claves dogmáticas: esencias que trascienden los sistemas y regímenes” (pp. 49-75), y aquí Sánchez-Bayón trata de reconstruir elementos dogmáticos de la Constitución Española del 78, que abarca la noción de Estado español como Monarquía parlamentaria democrática y de derecho, con un sistema autonómico y su sistema de fuentes e instituciones, ya en el S XVI Maquievalo se refiere a una realidad política de carácter nacional el stato y a partir de Bodino se introduce el concepto de soberanía y la idea de Maquievalo el stato es complementada por Francisco de Vitoria “la comunidad perfecta”. Nos adentra nuestro autor en un concepto realmente alto conflictivo en su conceptualización, tal vez a

los estudiosos del tema nos suene al razonamiento de lo que nos enseñó Kelsen es decir, la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relación entre estas dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía, desembocando en la transición democrática española y régimen de 1978.

No obstante, sus razonamientos sobre este tema dejan entrever ideas un tanto conflictivas, cualquier diagnóstico que quiera hacerse sobre el desarrollo de la etapa democrática en su conjunto o de algún aspecto específico de la misma, como en este caso es el tema de la ciudadanía, no puede realizarse en profundidad sin referirse a la influencia determinante ejercida por la transición y a la repercusión que aún hoy sigue teniendo, en tanto marco de referencias significativas en torno al que se construye la vida democrática. Autores como Santos Julia ya nos advierten que el consenso, la superación de las dos Españas, la reconciliación entre los españoles o el valor simbólico de la Constitución, reaparecen con singular fuerza en el discurso de los medios de comunicación, de los partidos o en el de los líderes políticos, mostrando su condición de códigos culturales que marcan el campo de posibilidades dentro del que deben y pueden moverse los actores en la etapa del transición española. Además, Sánchez-Bayón nos adentra en un recorrido por los símbolos oficiales “son aquellos elementos físicos (en cuanto exteriores), que representan al sujeto soberano de España, como es la nación/pueblo español” (P70) hasta derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas, derechos constitucionales derechos familiares y subjetivos y deberes, formando una formulación muy concienzuda que permite una mejor comprensión entre los sistemas, regímenes e instituciones.

El tercer capítulo aborda “Poderes estatales clásicos: la fórmula decimonónica” (pp. 77-192), cuestiones como el papel y la función de la Monarquía, el Gobierno y su función, cualificaciones y estructura así como la Administración General del Estado están aquí bien explícitas, como la referencia a la Administración Pública de España como forma burocrática de la actuación del Gobierno en diversos aspectos jurídicos y a diversos niveles, separación entre Gobierno y Administración, la Administración exterior, el empleo público y su establecimiento a través del Estatuto Básico del Empleado Público, fijándose cuatro clases generales de empleados públicos: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual, nos adentra en el poder Legislativo y el bicameralismo existente en España con sus dos cámaras Congreso de los Diputados y El Senado. Sánchez-Bayón, además refiere la importancia de la organización territorial. El Estado español se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en

municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónoma, cuestión esta de la organización territorial que para algunos autores aún no está resuelta. El autor nos hace transitar por el Poder judicial a través de instituciones como Ministerio Fiscal, la Fiscalía General del Estado.

El cuarto capítulo nos presenta “Instituciones públicas de refuerzo: desarrollo durante el s. XX” (pp. 193-214), nuestro autor nos adentra en instituciones públicas de refuerzo que han servido para reforzar el Estado-nación, llegando a multiplicarse con el Estado de Bienestar. El autor nos describe con precisión el Tribunal Constitucional “Partiendo de que la Constitución es la Norma Suprema del Estado y que el resto de normas se supeditan a ella, el sistema de Justicia constitucional se crea como un medio eficaz para arbitrar el control de la constitucionalidad de las leyes que emanan del Poder Legislativo (193). Además de otras instituciones como el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo señalando que “En los países hispanohablantes se denomina comúnmente Defensor del Pueblo, mientras que en los países francófonos suele llamarse Médiateur de la République. Algunos países también lo han titulado Defensor de los Ciudadanos” (208).

El quinto capítulo aborda “Instituciones públicas territoriales” (pp. 215-245), Sánchez-Bayón establece con sencillez y maestría pedagogía que la división territorial de Administraciones públicas en España es básicamente: La Administración General del Estado: unitaria y con competencias sobre todo el territorio nacional; La Administración autonómica: son diecisiete Comunidades Autónomas “En 1978 la CE previó la organización territorial del Estado español en municipios, provincias y Comunidades Autónomas (CCAA). Dicha configuración administrativa singular (entre el Estado unitario y el compuesto o federal) se ha llamado Estado de las autonomías (P 217) y dos Ciudades Autónomas: Ceuta y Melilla “En España, las ciudades autónomas son Ceuta y Melilla, ubicadas geográficamente en el Norte de África y limítrofes con Marruecos. Estas dos ciudades, desde 1995, poseen competencias superiores a las de un municipio (pueden decretar regulaciones ejecutivas) pero inferiores a las de una CCAA (puesto que no tienen cámaras legislativas propiamente dichas)” (232); La Administración local: está formada por entes diversos, con personalidad jurídica propia (desde las cincuenta provincias, pasando por los más de ocho mil ayuntamientos, hasta los centenares de concejos existentes –como unidad administrativa territorial más pequeña-); Un apartado muy novedoso es el que nuestro autor dibuja de la “Capitalidad de Madrid” el desarrollo histórico/ comparativo que vemos en la obra a través de la historia y constitución de distintas capitales en el mundo, nos hace destacar que

algunas sociólogas y sociólogos tienen puntos de vista contradictorios sobre Madrid como capital de España “Madrid tiene el estigma de haber sido la capital de la dictadura y eso sigue pesando”, opina Olivia Muñoz-Rojas, socióloga experta en ciudades por la London School of Economics.

El último capítulo titulado “Sector público y contrapoderes” (pp. 247-258), Sánchez-Bayón nos habla del llamado sector público, se trata de las organizaciones procedentes de la sociedad civil y están considerados como interlocutores legítimos, válidos y eficaces en las negociaciones con los poderes públicos, como Corporaciones públicas, Patronal y Cámaras de Comercio, Colegios profesionales. Por último, nos adentramos en los contrapoderes que son en realidad actores sociales que aseguran el correcto funcionamiento democrático, en cuanto a división de poderes, diversidad de opinión pública y participación en el régimen político-jurídico, entidades de interés público como los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones no gubernamentales. En realidad nos lleva a un concepto básico “la ciudadanía”, la ciudadanía está compuesta por una serie de elementos cuya específica interrelación define su dinámica social en un grupo o contexto determinado. En este sentido, se debe distinguir el componente institucional de los derechos y deberes, el componente cultural o ideológico que es el terreno de las identidades ciudadanas y el componente práxico referido a las prácticas sociopolíticas que llevan a cabo los diferentes actores. Las características de cada uno de estos elementos, el tipo de relaciones recíprocas que los vinculan entre sí y, sobre todo, los ritmos de evolución y desarrollo de unos y otros definen la dinámica social de la ciudadanía en cada comunidad política en un momento histórico determinado.

En resumen, y a pesar de que nuestro autor en su modo de escribir es bastante claro y preciso, hay que reconocer que el libro es difícil de leer, tal vez porque focaliza su análisis desde una formación interdisciplinaria que además atesora una vasta cultura, desde una visión holística que va desde el derecho a la teología, pasando por la filosofía, la sociología y la antropología y, obviamente, si el lector no está familiarizado con dichas disciplinas no puede ser consciente del auténtico alcance teórico de ciertos términos conceptuales que aparecen a lo largo de sus páginas. A pesar de ello, entendemos que es una obra profunda y rigurosa cuyos anexos: mapas conceptuales y materiales de trabajo son muy necesarios para su comprensión y, por ello, es de obligada lectura en los tiempos que corren.

Félix Fernández Castaño

Universidad de Granada

**Contra a perfeição:
Ética na era da engenharia genética^(*)**

**The case against perfection:
Ethics in the age of genetic engineering**

**Contra la perfección:
Ética en la era de la ingeniería genética**

Michael J. Sandel

Resenha da obra:

Margareth Vetis Zaganelli¹

Mateus Miguel Oliveira²

Rodolfo Moreira Baptista³

(*) Recibido: 08/03/2020 | Aceptado: 13/03/2020 | Publicación en línea: 01/04/ 2020.



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

- ¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora Titular de Direito Penal, Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas e MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8405-1838>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3009983939185029>. E-mail: mvetis@terra.com.br
- ² Discente no curso de Direito pelo Instituto de Ensino Superior e Formação Avançada de Vitória (IESFAVI) e no curso de Lic. em Língua Port. e Literat. de Língua Port. pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Vitória, ES, Brasil. Membro do "Bioethik", grupo de estudos e pesquisas em Bioética (UFES). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6176-2402>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2502036335068023>. E-mail: mateus.miguel624@gmail.com.
- ³ Graduando no curso de Farmácia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa em Implementação e Integração do Cuidado Farmacêutico no Sistema de Saúde (UFES). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8624-5161> CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8498440937043522>. E-mail: rodolfombaptista@outlook.com.

SANDEL, Michael J.: *Contra a perfeição: Ética na era da engenharia genética*; tradução de Ana Carolina Mesquita. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2018; 160 páginas.

Tradução de: *The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering* (2007)

ISBN: 978-85-200-1207-9

Publicada em sua versão original, *The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering* (2007), de autoria do professor de filosofia e política da Universidade de Harvard, escritor e filósofo norte americano



Michael J. Sandel, autor do também consagrado “*Justiça - O que é fazer a coisa certa*”, a presente obra resenhada é produto da vasta experiência do autor em temas atuais relacionados à bioética, o que, inclusive, levou-o a integrar o conselho de bioética do então presidente do Estados Unidos George W. Bush, em 2001. A obra alude que tudo desemboca no desejo de aprimoramento humano e imortalidade, utilizando questionamentos, a partir de análises fáticas, levando o leitor a debates entre a ética e a moral, tendo por escopo a dúvida, como um lugar de reflexões empíricas e humanitárias.

No Brasil, a tradução da obra se deu em 2018, realizada por Ana Carolina Mesquita e publicada pela editora Civilização Brasileira, oportunidade em que todos os debates e reflexões críticas levantadas na obra original foram conduzidas de forma comprometida e contextualizada aos leitores brasileiros.

No tocante ao escopo da obra, considera-se que tem a finalidade de apresentar os prós e contras correlatos à edição de genes, apontando,

contudo, as críticas concernentes a manipulação do próprio ser. Ponderando acerca do caráter de promessa e dilema da edição genética, Sandel dispõe que “a promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que o nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza” (p. 19).

Nesse sentido, abordou-se em cinco seções temáticas os dilemas éticos, morais e sociais relacionados à engenharia genética na sociedade contemporânea, quais sejam, respectivamente, “A ética do melhoramento”, “Atletas biônicos”, “Filhos projetados, pais projetistas”, e “Domínio e talento”. Finalizando com um epílogo intitulado “ética embrionária: o debate sobre células tronco”.

Iniciando com as premissas básicas da bioética, em “A ética do melhoramento”, trata acerca de situações casuísticas, envolvendo polêmicas em decorrência dos avanços da edição de genes, a liberdade que a técnica proporciona e as divergentes opiniões que as cercam. O autor relata, ainda, sobre escolhas de progenitores em realizar uma moldagem de sua prole, induzindo mudanças que acreditam ser melhores.

No entanto, questiona o que seria visto como errado: o tipo de mudança ou a mudança em si? Sandel revela que os objetivos das edições de genes, nesses casos, são de pais competitivos escolherem seus parceiros ou fecundadores, de acordo com os aspectos físicos e intelectuais, por exemplo. Além disso, aborda a estratégia da indústria em comercializar a clonagem de animais, evidenciando a futura possibilidade de clonagem humana, tornando a temática da obra ainda mais relevante e questionadora (pp. 15-22).

Na segunda seção temática, “Atletas biônicos”, reflete que a liberdade de nossas ações e esforços, que impulsionam orgulho ou censura de nossas escolhas e conquistas, são ameaçadas pelos induzimentos aos melhoramentos fisiológicos. Voltando-se ao âmbito esportivo, onde evoluções biomédicas modificam músculos e produzem novos esteroides, que, por sua vez, transferem o mérito do atleta em conquistar um feito admirável para o enfático trabalho do inventor de suas alterações artificiais.

Contudo, de acordo com o autor, a problemática se verifica no almejo por satisfazer nossas vontades, ultrapassando, assim, o modelo de natureza que nos é entregue, como uma dádiva. Por conseguinte, tendo que, na visão social das competições esportivas, o que se valoriza é o sucesso, e não o esforço (pp. 39-42).

Nesse sentido, exemplifica o caso de Tiger Woods - vencedor de cinco torneios seguidos de golfe -, que após realizar uma cirurgia ocular, devido à baixa capacidade de enxergar, em 1999, acarretou indagações a respeito das influências proporcionadas pelas modificações no corpo, por exemplo, se a cirurgia lhe fornecesse uma visão de qualidade superior a visão de outro jogador, seria uma alteração ilegítima? Assim, ponderando que o caráter perturbador do melhoramento, independente de seus meios (como cirurgias, lentes de contato, etc.), é devido distorção e sobrepujamento aos talentos naturais (p. 44).

Ao finalizar, Sandel alude que “se certas formas de treinamentos são meios questionáveis de melhorar o desempenho, determinados regimes também são” (p. 46), ao passo que o questionamento ético do melhoramento, seja por alterações genéticas, esteroides, hormônios, entre outros, dá-se à medida que a integridade do esporte (essência do jogo) deve ser honrada, isto é, fazer as regras de modo honroso ao ser, valorizando suas habilidades naturais, o que, por conseguinte, afasta o caráter de “espetáculo” das competições.

Em “Filhos projetados, pais projetistas”, questiona-se: qual a origem do amor dos pais por um filho? Seria em suas qualidades e em seus talentos? Em resposta, assevera que diferente de parceiros ou amigos, os quais escolhemos por diversas características e qualidades que julgamos atrativas, os pais não devem escolher como serão os seus filhos.

Prosseguindo em seu silogismo, pondera que o uso da bioengenharia para a cura de doenças e enfermidades não compromete suas capacidades naturais e, portanto, é mais que válido, em nome da saúde. Ao se preocuparem com questões relacionadas à saúde e bem estar dos filhos, os pais cumprem devidamente seu papel (p. 60).

Contudo, a escolha do sexo, do intelecto e das habilidades físicas, determinadas por gastos exuberantes dos progenitores, tornam seus filhos projetos de suas ambições. O limite entre essas distinções nem sempre é claro, porém, as consequências são bem delineadas: as atitudes contrárias ao princípio do amor incondicional, o mesmo é aceito - o que reafirma o caráter da prole - mas não é transformado, não almeja seu bem estar (pp. 62-63).

De outro modo, qual a diferença entre pais que investem em uma educação mais qualificada para seu filho e aquele que investe em melhoramento genético para a mesma finalidade? Pais dominadores decidem o futuro de seus filhos durante boa parte de suas vidas. Contudo, o que se questiona, nesse aspecto, é acerca da dominação exacerbada do ser, o que, de certa maneira, retira-lhe sua autonomia, podendo ensejar o caráter perturbador da eugenia (pp. 64-73).

Posta a premissa de domínio, segue com “A nova e a velha eugenias”, oportunidade em que apresenta o conceito originário de eugenia, bem como as suas consequências nas primeiras décadas do século XX, sobretudo nos Estados Unidos da América e, posteriormente, na Alemanha. Assim, o autor alude que a o conceito de eugenia abordado tentou se implantando na sociedade de forma macro, ou seja, buscando-se a positivação estatal para participar efetivamente na “preservação da raça”, ou na eliminação de “pessoas geneticamente indesejáveis”, objetivando a não reprodução daquelas (pp. 77-81).

Contudo, a hipótese do autor se desdobra na possibilidade um novo conceito de eugenia na sociedade contemporânea, a qual denomina de “eugenia de livre mercado”, “eugenia liberal” ou “a nova eugenia”; utilizando-se, mais uma vez, do questionamento para demonstrar a concretude da hipótese tratada, indaga: “seria a eugenia censurável somente quando coercitiva? Ou haverá algo de errado mesmo com as formas de controlar a carga genética da geração seguinte?” (p. 82).

Sandel consigna o entendimento de diversos teóricos, filósofos e cientistas acerca do novo caráter liberal da eugenia e os seus possíveis desdobramentos na sociedade, isto é, o controle da autonomia, liberalidade dos progenitores, etc. Concluindo que a nova face da eugenia é a consequência de uma sociedade cada vez mais competitiva, porém, aceitá-la sem a devida reflexão, é ensejar gradativamente a atitudes de dominação (pp. 82-93).

Por fim, em “Domínio e Talento”, há reflexões relacionadas às fundamentações que sustentam a nossa reprovação frente às biotecnologias, sobretudo ao dilema do melhoramento genético, como uma forma de triunfo sobre nossa própria espécie. Destaca-se a seguinte indagação: “Mas por que, poderíamos nos indagar, se preocupar com tal triunfo? Por que não simplesmente nos livrarmos de nosso incômodo com o melhoramento, como qualquer superstição? O que se perderia caso a biotecnologia dissolvesse nosso senso de dádiva?” (p. 97).

Argumenta, ainda, que, além da religião, que fortifica nossa crença de que os talentos e potenciais que adquirimos não se devem unicamente a nós, a humildade, a responsabilidade e a solidariedade social compõe a moral frente a valorização das conquistas e dádivas naturais. Aceitar o imprevisto é ter controle sob o impulso de controlar, é viver em um mundo amplo (p. 98). Por mais que seja visível a dizimação da dedicação e esforço natural, pelos avanços de aperfeiçoamentos artificiais, o principal problema é a mudança do responsável pelas escolhas (pp. 98-99).

Portanto, a engenharia genética, que iniciou com escopo de cura e tratamento de doenças, perdura como uma ferramenta do homem, um produto da ambição, em aperfeiçoar sua natureza. O exercício da mudança social exige diálogo e preservação ao que nos remete a nossa humanidade e, ainda, ao caráter solidário do ser, desencadeando, assim, a cooperação na busca de novos paradigmas para evolução equilibrada, valorativa e ética.

Vitória, março de 2020.

Margareth Vetis Zaganelli

Mateus Miguel Oliveira

Rodolfo Moreira Baptista

Editada en la ciudad de Lima, Perú.

Publicada en línea el 1ro. de abril de 2020.