

Derecho y Cambio Social



OJS

OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

N.º 61 julio - setiembre 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.derehoycambiosocial.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: *Lago Grey*, Patagonia – Chile. Sudamérica (2016) por Francisco González
(<https://www.facebook.com/Franciscogonzalezphoto/>)

Edición julio - setiembre 2020

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

Derecho y Cambio Social

DIRECTOR:

Pedro Donaires Sánchez

Círculo de Estudios Ius Filológicos "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, Universidad Rey Juan Carlos. España.

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 Donaires León

CONTENIDO

FILOSOFÍA DEL DERECHO	Págs.
Una crítica al compatibilismo milleano, entre el utilitarismo y el ius naturalismo Fabio Morandín-Ahuerma Jaime Salazar-Morales	10-16
DERECHOS HUMANOS	
Edición genética: las consecuencias en la sociedad contemporánea de la técnica Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat (CRISPR-CAS9) - Un análisis ético, legal y social Greiciane Gaburro Paneto Margareth Vetis Zaganelli Mateus Miguel Oliveira Rodolfo Moreira Baptista	18-34
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	
Influencias político-ideológicas sobre la acción de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU: reflexiones sobre la crisis migratoria Siria Mateus Bustamante Dias Marcelo Fernando Quiroga Obregón Nelson Camatta Moreira	36-58
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
Sustracción internacional de menores: la mediación transnacional como medio de resolución de conflictos familiares Margareth Vetis Zaganelli Simone Guerra Maziero Manuel Nabais Da Furriela	60-79
DERECHO CONSTITUCIONAL	
El control de constitucionalidad en Cuba: propuesta para su perfeccionamiento Carlos Franco-Castellanos	81-120
La teoría de los deberes fundamentales, las políticas de salud pública en el SUS y el abstencionismo de la población Heleno Florindo da Silva	121-140

El derecho al olvido y la protección de la intimidad en el entorno virtual	141-163
Kathrinny Anne Silva Coutinho	
Raquel Veggi Moreira	
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	
¿Pueden las políticas de inclusión pública generar exclusión?	164-174
Alexandre Campaneli Aguiar Maia	
Marcelo Fernando Quiroga Obregón	

DERECHO CIVIL

Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano	176-201
Reynaldo Mario Tantaleán Odar	
Trasplante de órganos y tejidos:	202-222
desafíos en el proceso de donación <i>post mortem</i>	
Natália Coelho Teixeira	
Margareth Vetis Zaganelli	
Silvia Salardi	
De Mariana a Brumadinho:	223-238
un nuevo contorno de la responsabilidad civil ambiental del Estado desde una perspectiva ecocéntrica	
Antônio Lucas dos Santos da Mata	
Directivas anticipadas de voluntad: un análisis de los requisitos de validez a la luz de la legislación brasileña	239-264
Gabriela Azeredo Gusella	
Margareth Vetis Zaganelli	
Pedro Lenno Rovetta Nogueira	

DERECHO DE FAMILIA

Tratándose de la familia, ¿por qué los gobernados llegan ante un tribunal?	266-282
Laura G. Zaragoza Contreras	

DERECHO PENAL

La (ir)relevancia del concepto de acción en Derecho Penal	284-302
Marcos Afonso Johner	
Diego Alan Schöfer Albrecht	

Sobre los delitos ambientales en la región de Sousa-PB y su relación con las actividades agroindustriales: un análisis a partir de la judicialización de las demandas en el período de 2010 a 2018 303-320

Jardel de Freitas Soares

Robeivaldo Queiroga da Silva

DERECHO PROCESAL CIVIL

El desafío de identificar la alienación parental en el proceso civil brasileño: desde la clasificación de la prueba hasta su tránsito al juzgado 322-330

Carlos Henrique Cardoso Gomes de Sousa Calado

Diogo Severino Ramos da Silva

El testimonio de bienvenida como medio de prueba en el proceso civil brasileño: aspectos legales y periciales 331-340

José Marcos de Lira Oliveira Filho

Diogo Severino Ramos da Silva

CRIMINOLOGÍA

La especialización criminológica proyectada en los planes de estudio universitarios en Guanajuato, México 342-351

Rolando Granados Muñoz

Ausencia de sentencias del delito de violencia familiar: crimen invisible y a la vez presente en la cultura en México 373-391

Gil David Hernández Castillo

La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales 392-413

Yeilany Hernández Gómez

Arlety Zamora Hernández

Javier Rodríguez Febles

Derechos de comunicación y lengua en centros penitenciarios: normativa y situación actual en España 414-436

Carmen Valero Garcés

Terrorismo y deporte. Perspectiva desde el psicoanálisis 437-453

Daniel López Melero

Montserrat López Melero

Pornografía de venganza, tecnologías y nuevos espacios para la violación: un análisis de la violencia de género y los mecanismos legales de represión 454-474

Lutiane Castro Ortiz de Oliveira

Lara Santos Zangerolame Taroco

Deepfake: inteligencia artificial y algoritmo que causa riesgos a la sociedad en el ciberespacio 475-487

Moyana Mariano Robles-Lessa

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Gilberto Fachetti Silvestre

VARIOS

Balance del régimen jurídico-económico de las ICOs en la financiación de las PYMES 489-501

Miguel Ángel García-Ramos Lucero

Ricardo Rejas Muslera

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Tecnologías 'morales' emergentes y los retos ético-legales de las nuevas subjetividades 502-505

Obra colectiva coordinada por Silvia Salardi y Michele Saporiti

Margareth Vetis Zaganelli

Maria Célia da Silva Gonçalves

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Una crítica al compatibilismo milleano, entre el utilitarismo y el *ius naturalismo*^(*)

A critique of millean compatibilism, between utilitarianism and *ius naturalism*

Fabio Morandín-Ahuerma¹

Jaime Salazar-Morales²

Sumario: Introducción. Reflexión. – Conclusión. – Referencia bibliográfica.

Resumen: Los autores hacen en este ensayo un análisis crítico del texto original de John Stuart Mill [1861/1863] titulado “El utilitarismo”, en el que el autor inglés busca hacer compatibles dos doctrinas: la doctrina *del mayor bien para el mayor número de personas* y, la doctrina del *ius naturalismo* que considera que existe un canon moral *a priori* que introduce conceptos absolutos como el *bien intrínseco* o el *mal en sí* como criterios para la toma de decisiones. En este trabajo, se subraya la influencia que el pragmatismo clásico ejerció, y ejerce, como teoría de pensamiento jurídico y, sobre todo, para la acción y la decisión. El utilitarismo, interpreta al mundo desde diversos enfoques epistemológicos, especialmente desde el derecho, la economía y la política. Los autores concluyen que el utilitarismo queda justificado como precepto válido para la aplicación del derecho positivo, en el que debe juzgarse la acción no por su intencionalidad, sino por sus consecuencias evidentes.

Palabras clave: Mill, Bentham, utilitarismo, deontologismo, *ius naturae*.

(*) Recibido: 08/05/2020 | Aceptado: 26/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ PhD (SNI-C/México). Profesor-Investigador de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Complejo Regional Nororiental).
fabio.morandin@correo.buap.mx
- ² Master. Especialista en Derecho de las Empresas. Profesor-Investigador de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Complejo Regional Nororiental).
jaime.salazar@correo.buap.mx

Abstract: The authors make in this essay a critical analysis of the original text of John Stuart Mill [1861/1863] entitled “Utilitarianism”, in which the English author seeks to make two doctrines compatible: the doctrine of the *greatest good for the greatest number of people* and, the doctrine of *ius naturalism* that considers that there is an a priori moral canon that introduces absolute concepts such as *intrinsic good or evil itself* as criteria for decision-making. In this work, the influence that classical pragmatism exerted, and exerts, as a theory of legal thought and, above all, for action and decision is underlined. Utilitarianism interprets the world from various epistemological approaches, especially from law, economics and politics. The authors conclude that utilitarianism is justified as a valid precept for the application of positive law, in which the action must be judged not by its intent, but by its obvious consequences.

Key words: Mill, Bentham, utilitarianism, deontology, *ius naturae*.

Introducción

Publicado por John Stuart Mill (1806-1863) por vez primera a través de tres entregas desde octubre a diciembre de 1861 a la revista *Fraser's Magazine for Town and Country*, “The Utilitarim” [*El utilitarismo* (Mill, 1984)] es un largo ensayo, posteriormente publicado como libro en 1863, en el que el autor dibuja cuál es el significado del término *utilitarista* y su posición sobre las implicaciones de la búsqueda de la propia felicidad como criterio ético de toda decisión pero, al mismo tiempo, tratando de ser compatible con la *Ley Natural* e incluso con la llamada *Ley Eterna*.

El utilitarismo, desde sus inicios, ha sido considerado como una filosofía ética, pero también materia de la filosofía del derecho. El pragmatismo, que estrictamente, no debe considerarse sinónimo de utilitarismo (Barrena, 2014), destaca debido a que tiene un *sentido funcional* y a la vez práctico, sin embargo, existe un marcado acento social que trata, de una u otra manera, de ayudar a que, en lo general, las condiciones de vida de las personas mejoren. Y cuando nos referimos a *mejorar*, se trata del sentido más general del término, que, para muchos (Duarte & Jiménez, 2007; Menger, 2001) se circunscribe especialmente a lo económico, pero, desde una visión pragmática positiva, se refiere, primeramente, al estado de derecho, a la justicia; en pocas palabras, crear las condiciones de paridad, justicia distributiva y conformidad a la ley entre los ciudadanos de la *polis* (Fraser, 2008).

Para el utilitarismo *puro*, la moral es racional y lo más importante son los efectos ulteriores de la acción, los resultados, independientemente de los medios o las intenciones. Si bien se ha estigmatizado a este tipo de planteamientos como *amoraless*, por el contrario, para Mill, parten de la creencia de que cualquier persona en pleno uso de sus facultades comprende que la moralidad se origina en las reglas y preceptos para la conducta humana que aseguren la mayor felicidad para el mayor número de personas (Veenhoven, 2009).

Según Mill, aún en la filantropía, se puede o no tener una ideología detrás que justifique el acto filantrópico, pero la mayoría de las personas actúan para ayudar a *personas concretas*, así sean muchos. La acción está dirigida a *alguien*, y no significa que deba tener un ideal de servicio desinteresado que lo respalde. No es un *bienhechor público*, lo que se busca es el cumplimiento de una meta concreta y cuantificable sobre un determinado número de personas, así sea su mejoría (Mill, 1863, 9).

Henry Temple, conocido como Lord Palmerston (1784-1865) entonces primer ministro, podría servir de ejemplo para sintetizar el ánimo inglés de la época con su frase: “No tenemos permanentes aliados, no tenemos permanentes enemigos, lo único que tenemos son intereses permanentes”, pronunciada en su discurso ante el Parlamento, el 1 de marzo de 1848 (Ratcliffe, 2016).

Se pueden visualizar los primeros trazos del utilitarismo en el hedonismo helénico, especialmente en Epicuro de Samos (a. 341 a.C.– 270 a.C.) quien decía que debíamos huir del dolor y sus fuentes a toda costa (Epicuro, 2009/clásico). También encontramos prefiguraciones teóricas en el pragmático de Thomas Hobbes (1588-1679) para quien no existe una metafísica de la moral, sino una aplicación del principio básico de sobrevivencia y el miedo latente a las consecuencias negativas de los actos, como la venganza o el impulso asesino del acto criminal. Especialmente en una sociedad libertina conformada por individuos sin ley (Hobbes, 2012/1651).

Por ejemplo, Jeremy Bentham (1748-1832) creó un baremo para la ponderación de la valía de una decisión sobre otra: bajo el principio maniqueo del dolor y del placer, construyó una tabla de indicadores para medir los placeres según su: duración, alcance o número de personas beneficiadas e intensidad. Su baremo tenía siete criterios que denominó *felicific calculus*, un *algoritmo* para la ponderación de una decisión sobre otra bajo el principio del dolor y el placer —que, dicho sea, el masoquismo pone en duda su significación unívoca— y construyó una tabla de indicadores cuantitativos para medir la valía de los placeres: intensidad, duración, certeza, proximidad, fecundidad, pureza y, extensión (Bentham, 1988/1780; Crimmins, 2019; Troyer, 2003).

El utilitarismo milleano exige que las leyes pongan en armonía el interés individual con el interés común, y viceversa, que el interés común atienda las necesidades de felicidad del sujeto concreto. Ninguna ley que vaya en contra de los intereses individuales o en contra de la felicidad de la persona es aceptable. Debe haber una asociación indisoluble entre felicidad propia y el bien de todos (Mill, 1863, 4).

La vida feliz en Mill es una vida sencilla en la que se es capaz de disfrutar de los muchos y variados placeres que la existencia misma otorga a quien *sabe vivirla*, sin esperar más que lo que le es inherente al *estar vivo*. El dolor siempre estará presente, pero puede ser transitorio e incluso escaso (Mill, 1863, 5). Por eso, según Mill, se debe huir de los males, aunque haya algunos que sean inherentes a la vida, como la pérdida de un ser querido, pero la pobreza y aún la enfermedad en algunos casos, *pueden y deben ser evitados* con la ayuda de la ciencia. (Mill, 1863, 6)

Reflexión

John Stuart Mill, sin mucho éxito, trata de hacer compatibles ciertos principios de la *ley natural* y otros términos contextuales, como el concepto benthiano de *la mayor felicidad para el mayor número de personas*, y tratar de encontrar un *justo medio* que, en realidad, es imposible realizar. Mill vivía en un ambiente hostil para el desarrollo de una filosofía ética alejada de la moral puritana y las *buenas costumbres* de la época, pero contradictoria en lo político "...lo único que tenemos son intereses permanentes" (Ratcliffe, 2016).

Una acción moral es justa, según Mill en la medida en que promueve la felicidad e injusta en la medida en que promueva lo contrario a esa felicidad. Su concepción de la felicidad es simple: la felicidad es equiparable al placer, lo que conlleva, por supuesto, ausencia de dolor. Sin entrar aún en los contraejemplos clásicos que pudiera esta idea generar, como el masoquista que siente placer a través del dolor, se puede comprender lo que Mill define: "Se entiende por felicidad, el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad, el dolor y la ausencia de placer" (Mill, 1863, 1).

Mill quería dejar sentado de que no era una doctrina contraria a los cánones morales de su tiempo, especialmente procuró no tocar las cerdas sensibles de la religión. "Si se reconoce que el deseo de Dios es la felicidad del hombre, entonces el utilitarismo es profundamente religioso", asegura (Mill, 1863, 11). Ya sea que el ser humano tenga una facultad natural o no, que lo hace tender hacia el bien como el concepto de la *sindéresis* (Lottin, 1926; 1927) o ya sea que su acción sea producto de la deliberación autónoma racional (Kohlberg, 1958), el utilitarismo es la doctrina que busca el bienestar y la felicidad del hombre, sin importar la fuente de esa *moralidad*.

El género humano ha acumulado a lo largo de su historia la suficiente experiencia para saber qué es lo que más le conviene, no es el utilitarismo lo que lo define, es la experiencia pasada lo que dibuja el escenario más propicio para el desarrollo de sus cualidades (Mill, 1863, 12) es así como se han decantado las reglas de moralidad porque, finalmente Mill reconoce que las reglas normativas no son de origen divino sino producto de la experiencia compartida como sociedad.

Sentimos que la violación de la regla de conveniencia trascendente para conseguir una ventaja inmediata no es conveniente. El que, por su conveniencia personal o la de algún otro, hace lo que de él depende por privar a la humanidad de un bien e infligirle un mal que depende, más o menos, de la mutua confianza que los hombres ponen en sus palabras, obra como uno de sus peores enemigos. Sin embargo, todos los moralistas reconocen que esa regla, aun siendo sagrada, admite posibles excepciones (Mill, 1863, 12).

Pero no con esto infiere que dicha regla existe. La sociedad se va elevando en sus normas y en su aplicación conforme aprende de la experiencia pasada. Pero decir que las reglas morales son siempre mejorables no significa decir que se pase por alto los primeros principios naturales de la moral (Mill, 1863, 13). Aquí puede verse incluso una contradicción entre sostener, por un lado, que la utilidad es el valor último y por el otro, no querer violentar las doctrinas morales de la religión. "Todas las criaturas salen a la vida con una idea de lo que es justo y de lo que es injusto" (Mill, 1863, 13) cualquiera que sea el canon de moralidad, citamos a la

sindéresis, necesitamos una serie de principios secundarios que se derivan de la experiencia.

Stuart Mill critica a quienes consideran que el utilitarismo solo contempla los resultados de la acción, sin importar la teoría axiológica desde la que se evalúe la acción, ya que no entienden que la observación de la ley moral es inherente a todo criterio ulterior (Mill, 1863, 11). Consideramos que aquí se yergue otra contradicción porque, o se actúa por una ley *a priori* moral, o se actúa por el resultado mediato de la acción. No puede hacerse compatible la *Ley Natural* y el consecuencialismo; o se actúa por convicción o se actúa por conveniencia.

Las implicaciones del pragmatismo son por tanto mucho más profundas de lo que puede parecer a primera vista, y parece un modo de pensar más adecuado a nuestra naturaleza y a nuestra experiencia que el absolutismo moderno. Su concepción plástica del universo y del pensamiento humano supone una respuesta a posiciones idealistas, fijas, con pretensión de ser absolutas. La acción y el cambio se convierten en ingredientes esenciales de la realidad (Barrena, 2014, 15).

La conveniencia debe ser ponderada no como lo egoísta o lo dañino para otros, sino como aquello que aporta más felicidad (Mill, 1863, 11). Por eso podría ser que mentir sea lo más conveniente, pero si ello viola un precepto moral entonces no es lo más conveniente (Mill, 1863, 11). Sin embargo, no decir la verdad puede ser no sólo lo más útil, sino lo más conveniente, y hasta moral, en ciertas circunstancias; cualquier utilitarista posterior no tendría problema alguno en aceptar el ejemplo del asesino serial que persigue a su próxima víctima, que nosotros hemos escondido... en aras de la *verdad* y por no quebrantar el octavo mandamiento: ¿debemos decirle al homicida dónde se esconde? Por supuesto, no.

Conclusión

No debemos olvidar que el pragmatismo es la respuesta al creciente espíritu científicista y positivo del siglo XIX que no podía hacer a un lado los problemas morales. Aquí queremos subrayar la influencia que el pragmatismo clásico ejerció, y ejerce, como teoría de pensamiento jurídico (Farrell, 2015) y, sobre todo, de acción y decisión, que interpreta al mundo desde diversos enfoques epistemológicos, especialmente desde el derecho, la economía, la estadística (Zapico, 2018) y la política (Zapico, 2017).

El utilitarismo parte de la idea básica de que, ante una diáspora de posibles acciones, cuando está presente la determinación de una decisión necesaria, se debe optar por aquellas soluciones que conlleven el mayor bien que sea posible, para el mayor número de personas. De este modo, son las consecuencias de los actos la prioridad y, si nos referimos a la *naturaleza* inherente de los actos, ya sea que se introduzca los términos de *maldad* o de *bondad* intrínsecas, entramos, desde un punto de vista utilitarista, en un conflicto insalvable.

Las intenciones o los motivos, especialmente los *sentimientos* que pueden llevar a una persona a la acción, son secundarios frente al resultado de sus actos. Al juez no le interesaría saber que lo hizo porque “una fuerza demoniaca del mal se apoderó de él” (El cooperante, 2017), quienes sufren de *patologías homicidas*, si es que así puede considerárseles, utilizan frecuentes argumentos irracionales para deslindarse de su responsabilidad legal.

Mill en su intento por hacer compatible al utilitarismo con el deontologismo, afirma que cualquier persona, por creyente que sea en Ley Natural o Eterna debe, en algunas circunstancias, ponderar la validez universal de esos criterios; pero ahí es, precisamente, donde radica la debilidad de la defensa del utilitarismo milliano, porque, Kant por ejemplo, no le hubiera concedido que una norma pueda evaluarse a la luz de las circunstancias, por el contrario, la *ley siempre será la ley*, y aunque se haya violado o se infrinja en el futuro, no perderá su fuerza normativa y su universalidad.

Si la utilidad es el canon último para determinar una acción, es mejor que no tener canon alguno, raramente se puede apelar a un *primer principio*, lo mejor será discutir la serie de principios secundarios que la posibilitan, sin caer *ad infinitum*, esto es, sin requerir a su vez de un nuevo fundamento. El utilitarismo queda justificado como precepto válido, por ejemplo, para la aplicación del derecho penal, como ya hemos dicho. No se juzga la acción por su intencionalidad, sino por sus consecuencias.

Finalmente, consideramos que el utilitarismo es adecuado para la conformación y aplicación de las leyes positivas. Si bien una ley puede estar, de alguna manera, inspirada en la *ius naturae*, lo cierto es que son las consecuencias de los actos lo que se evalúa. Por supuesto que hay agravantes y atenuantes en el momento de juzgar la acción o delito, pero eso no significa que podamos hacer compatibles el utilitarismo y el deontologismo como, nos parece que John Stuart Mill pretende.

Referencia bibliográfica

- Barrena, S. (2014). El pragmatismo. *Factótum* (12), 1-18.
- Bentham, J. (1988/1780). *Una introducción a los principios de la moral y la legislación*. Madrid, Tecnos.
- Crimmins, J. E. (2019). "Jeremy Bentham". The Stanford Encyclopedia of Philosophy.
<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/bentham/>.
- Duarte, T., & Jiménez, R. E. (2007). Aproximación a la teoría del bienestar. *Scientia et technica*, 13(37), 305-310.
- Elcooperante. (2017). "El diablo me dijo que lo hiciera", aseguró joven que asesinó a su madre y hermanos en Caucağüita" [web]. <https://elcooperante.com/el-diablo-me-dijo-que-lo-hiciera-aseguro-joven-que-asesino-a-su-madre-y-hermanos-en-caucaguita/>
- Epicuro. (2012/clásico). *Carta a Meneceo*. Ediciones varias (Cortina, J. & Pitarch-Navarro, A. Ed. Dialogo).
- Farrell, M. (2015). Utilitarismo en la filosofía del derecho. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, 1720-1734.
- Fraser, N. (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de trabajo*, 4(6), 84-99.

- Hobbes, T. (2012). *Leviathan: Revised student edition*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Kohlberg, L. (1958). *The Development of Modes of Thinking and Choices in Years 10 to 16*. Ph. D. Dissertation. Chicago, University of Chicago.
- Lottin, O. (1926). Les premiers linéaments du Traité de la Syndérèse au moyen âge. *Revue néo-scolastique de philosophie*, 28(12), 422-454.
- Lottin, O. (1927). La créateur du traité de la syndérèse. *Revue Néoscolastique de Philosophie*, (29) 197-222.
- Menger, C. (2001). *Economía y bienestar económico*. Barcelona, Orbis.
- Ratcliffe, S. (2016). *Oxford Essential Quotations*. Oxford, Oxford University Press.
- Stuart Mill, J. (1984). *El utilitarismo*. Barcelona, Orbis.
- Troyer, J. (2003). *The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*. Hackett Publishing.
- Veenhoven, R. (2009). Medidas de la felicidad nacional bruta. *Psychosocial Intervention*, 18(3), 279-299.
- Zapico, M. G. (2017). Individuo, sociedad y libertad. Sobre la necesidad de un discurso utilitarista. *Ensayos de Filosofía*, (6)2.
- Zapico, M. G. (2018). Repensando el utilitarismo. 2. Algunos conceptos polémicos revisados a la luz de la estadística. *Ensayos de Filosofía*, (8)2.

DERECHOS HUMANOS

Edição genética: as implicações na sociedade contemporânea da técnica *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat* (CRISPR-CAS9) - Uma análise ética, jurídica e social (*)

Genetic editing: the consequences of the *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat* (CRISPR-CAS9) - in contemporary society - an ethical, juridical and social analysis

Edición genética: las consecuencias en la sociedad contemporánea de la técnica *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat* (CRISPR-CAS9) - Un análisis ético, legal y social

Greiciane Gaburro Paneto¹

Margareth Vetis Zaganelli²

Mateus Miguel Oliveira³

(*) Recibido: 29/12/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Doutora em Biociências e Biotecnologia aplicadas à Farmácia, área de concentração: Biologia Molecular, pela Universidade Estadual Paulista de Mesquita (UNESP); no Instituto de Medicina Legal, Universidade de Münster, Alemanha (bolsista DAAD/CNPq); Mestrado em Análises Clínicas, área de concentração: Biologia Molecular, pela UNESP. Graduação em Farmácia-Bioquímica (bacharelado) pela Universidade Federal do Espírito Santo (2004). É professora Associada I da Universidade Federal do Espírito Santo, campus de Alegre. Atua na área de Genética e Biologia Molecular com experiência em Genética Forense humana e não-humana, análise de SNPs, identificação de espécies por DNA Barcode (Código de Barras de DNA) e desenvolvimento de novas tecnologias de análise de DNA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8035-4199>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8176374147579841>. ggpaneto@gmail.com
- ² Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais 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, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" - cofinanciado pela União europeia. mvetis@terra.com.br
- ³ Graduando no curso de Direito pelo Instituto de Ensino Superior e Formação Avançada de Vitória (IESFAVI); graduando em Lic. em Língua Port. e Literat. de Língua Port. pela Universidade Federal

Rodolfo Moreira Baptista⁴

Sumário: Introdução. 1. Manipulação do patrimônio genético e a quarta geração ou dimensão de direitos. 2. Desenvolvimento científico e tecnológico: impactos sociais. 3. O biodireito e os efeitos da engenharia genética na sociedade. 4. Descobertas genéticas: eugenia universal e particular. 5. A edição de genes: divergências acerca de sua aplicação. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo tem por escopo os avanços tecnológicos no âmbito da engenharia genética. Descreve os impactos na sociedade mundial contemporânea das edições genéticas, mormente a técnica *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat – CRISPR-CAS9*, por intermédio de metodologia de natureza exploratória e revisão bibliográfica. Assim, busca assinalar a fronteira determinante entre a ética e a violação aos Direitos Humanos, tema recorrente nos estudos de Bioética.

Palavras-chave: edição de genes, sistema *CRISPR-CAS9*, eugenia, bioética, direitos humanos

Abstract: The present research aims to analyse the technological advances in the genetic engineering field. From that, it describes the impacts of gene editing (also called genome editing) on the contemporary society, focused on the Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat – *CRISPR-CAS9* technique. The study was conducted based on an exploratory research in addition to a bibliographic review and intends to draw a clear line between ethics and human rights violation, which is a recurrent theme in Bioethics study.

Key words: gene editing, CRISPR-CAS9 system, eugenics, bioethics, human rights

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo los avances tecnológicos en el campo de la ingeniería genética. Describe los impactos en la sociedad mundial contemporánea de las ediciones genéticas, especialmente la técnica *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat – CRISPR-CAS9*, a través de metodología exploratoria

do Espírito Santo (UFES). Membro do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas "Direito & Ficção". CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2502036335068023>. mateus.miguel624@gmail.com

⁴ Graduando no curso de Farmácia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Desenvolve a avaliação in vitro da atividade antileishmania e composição química de óleos essenciais e Controle de Qualidade de Medicamentos Fitoterápicos; experiência em Segurança Alimentar e Nutricional por meio de análises genéticas; membro do Grupo de Pesquisa em Implementação e Integração do Cuidado Farmacêutico no Sistema de Saúde (UFES). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8498440937043522>. rodolfombaptista@outlook.com

y revisión bibliográfica. Por lo tanto, trata de señalar el límite determinante entre la ética y la violación de los Derechos Humanos, un tema recurrente en los estudios de Bioética.

Palabras clave: edición genética, sistema *CRISPR-CAS9*, eugenesia, bioética, derechos humanos.

Introdução

Os impactos sociais das novas tecnologias levantam questionamentos acerca de costumes éticos e morais, sobretudo os que englobam temáticas relacionadas aos direitos, à dignidade da pessoa humana, à vida e à morte, assim, segregando posicionamentos divergentes⁵.

Um relevante exemplo das notórias técnicas da biotecnologia, que impactam e dividem o pensamento social, é a *edição de genes* que estimula debates internacionais⁶. Concluído em 2012, este método de manipulação genética consiste na inserção, remoção ou substituição do ácido desoxirribonucleico (DNA) no genoma do organismo por meio de enzimas que “cortam” as ligações da molécula, as nucleases. O corte ocorre em regiões determinadas do genoma, onde ocorre o rompimento da cadeia dupla do DNA, porém, as cadeias podem ser reparadas por meio de mecanismos de união homóloga ou não homóloga, mesmo após perda de nucleotídeos, que compõem da molécula⁷.

O sistema *CRISPR-CAS9* (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat*) de edição de genes foi criado a partir de mecanismos imunológicos de bactérias. É capaz de clivar a molécula de DNA por meio de uma endonuclease (Cas9), controlada por uma sequência pareada de ácidos ribonucleicos (RNA), nas regiões-alvo. Devido a essa habilidade, o sistema é aplicado em regiões no DNA de células de diversas origens, para a promoção da clivagem nas sequências-alvo da dupla fita. Em resposta a interrupção da sequência, a maquinaria celular repara a clivagem, mesmo com a alteração realizada, aceitando, assim, a modificação do genoma⁸.

⁵ VENTER, J. Craig. The Sequence of the Human Genome. *Rev. Science*, n. 291, p. 1304-1351. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.1058040>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁶ LANDER, Eric S. International summit on human gene editing: a global discussion. *National Academies of Sciences, Engineering, and medicine*. Washington: The National Academies Press; p. 1-8. 2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK343651/>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁷ BERGEL, Salvador Darío. O impacto ético das novas tecnologias de edição genética. *Rev. Bioética*. Brasília, DF, n. 3, v. 25, p. 454-61, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000300454&lng=es&tlng=es Acesso em: 16 ago. 2019.

⁸ SANDER, Jeffrey D.; JOUNG, J. Keith. CRISPR-Cas systems for editing, regulating and targeting genomes. *Rev. Nat Biotechnol*, n. 32, p. 347-55, 2014. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nbt.2842#article-info>. Acesso em: 15 ago. 2019.

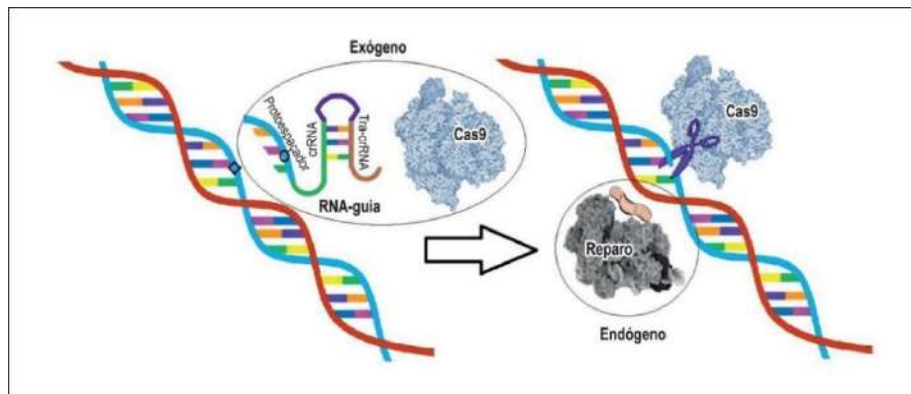


Figura 1: Sistema CRISPR-Cas9: mecanismo de identificação da região alvo mediado pelo RNA- guia⁹.

Desse modo, considerando os avanços tecnológicos no âmbito da engenharia genética, que vêm obtendo grande espaço na sociedade mundial contemporânea, a presente investigação tem o intento de suscitar os questionamentos acerca dos impactos sociais que a edição genética pode ocasionar, destacando as posições contrárias e favoráveis de teóricos e especialistas no tema.

1. Manipulação do patrimônio genético e a quarta geração ou dimensão de direitos

Os questionamentos concernentes as novas tecnologias, voltados para âmbito da engenharia genética, já se demonstravam como objeto de estudos, ou hipóteses teóricas há certo tempo. Bobbio suscitou a temática em sua obra, *A era dos direitos*, publicada em 1990, tratando sobre as formas de tutela aos interesses das sociedades, mas, ainda, para além do conceito contemporâneo de sociedade, tutela aos interesses da humanidade.

Nesse sentido, os ensinamentos constituídos por Bobbio faziam alusão ao momento de cada período histórico vivido pela humanidade, cada qual com suas questões específicas e suas implicações práticas, mediatas e imediatas. Inclusive, dispondo que: “Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los”¹⁰.

Assim, tal entendimento, levou-o a esquematizar a tese denominada *geração de direitos* ou *dimensões de direitos*, de forma que esta pressupõe a ideia de coexistência dos direitos fundamentais do ser, na medida em que são postulados, enquanto aquela, na visão de muitos teóricos, alude o entendimento de sobreposição dos direitos, gradativamente, de acordo com a necessidade de efetivação. Porém, tal discussão é apenas de fim terminológico e teórico, não sendo objetivo do presente trabalho.

⁹ AREND, Marcela C.; PEREIRA, Jessica O.; MARKOSKI, Melissa M. O Sistema CRISPR/Cas9 e a Possibilidade de Edição Genômica para a Cardiologia. *Rev. Arq. Bras. Cardiol*, São Paulo, v. 108, n. 1, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0066-782x2017000100081&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 19 ago. 2019.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. p. 10.

Concernente a aplicabilidade da tese, tem-se que, inicialmente, cogitou-se a existência de 3 fases de direitos humanos fundamentais: “[...] o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases”¹¹. Assim, ponderou que a primeira geração (Direitos negativos - liberdade) se tratava de dos direitos concernentes à liberdade, que presumia uma forma não impositiva e absolutista do Estado, ou seja, a liberdade era o objetivo de uma sociedade idealizada, em respeito à liberdade da pessoa humana.

Já na segunda geração de direitos (Direitos positivos – igualdade), tinha-se como objetivo a ação positiva do Estado, a efetivação dos direitos sociais. Assim, buscava-se tutelar aos interesses da coletividade, o que resulta nos conceitos de povo, sociedade e afins, dando efetividade a atuação do Estado para assegurar a população o direito de igualdade.

Nos direitos de terceira geração (Direitos difusos e coletivos – fraternidade e solidariedade) chegou ao entendimento da manutenção de um meio ambiente não poluído, concluindo ser um direito da humanidade - presentes e futuras gerações -, não viver em um ambiente poluído; mas em um ambiente harmônico, onde prenomina a proteção aos patrimônios histórico-culturais da humanidade.

Por conseguinte, finaliza a sua hipótese suscitando o questionamento acerca da quarta geração, sendo esta atinente aos assuntos da biotecnologia e manipulação genética em geral, ponderando o seguinte entendimento, *verbis*:

Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer¹².

Com efeito, pode-se destacar que a quarta geração pressupõe o direito a democracia, igualdade e pluralismo genético da humanidade, apresentando-se uma prévia preocupação no que tange a necessidade de efetivação de normas que controlem os efeitos da pesquisa biotecnológica. No entendimento de Oliveira, “através dessa geração se determinam os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais”¹³.

Evidencia-se com a breve sinopse da obra de Bobbio que as implicações sociais acarretadas pelo campo da pesquisa em edições de genes, merecem uma visão crítica e consciente no tocante à sua manutenção, posto que os estudos neste aspecto podem ser direcionados de diversas formas, positivas ou negativas.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio 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 de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. p. 20.

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. p. 10.

¹³ OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. *Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia*. Pouso Alegre, v. 2, n. 03, 2010. Disponível em: [http://www.theoria.com.br/edicao0310/a teoria geracional dos direitos do homem.pdf](http://www.theoria.com.br/edicao0310/a%20teoria%20geracional%20dos%20direitos%20do%20homem.pdf). Acesso em: 17 jul. 2019. p. 21.

Em âmbito nacional há expressa tutela no que tange a Direitos Humanos e Biotecnologia. O material genético dos seres humanos é tutelado de forma expressa pela Constituição Federal de 1988, e, da mesma forma, compreendido como inerente à dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88).

Demonstra-se tal fato por intermédio do disposto no art. 225, § 1º, II, da CF/88¹⁴; no art. 2º, da Declaração Universal de Direitos Humanos e Bioética¹⁵, adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da conferência geral da UNESCO; bem como na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos¹⁶, aprovada em 11 de novembro de 1997, da qual muitos países são signatários, incluindo o Brasil, sendo nela estabelecidos os limites éticos em relação à intervenção do patrimônio genético do ser humano.

Denota-se que as referidas legislações e diretrizes vigentes possuem aspectos semelhantes, quais sejam, a proteção à Dignidade da pessoa Humana que reflete na tutela aos genes humanos, assim como a manutenção da diversidade do material genético, a fim de se evitar que, entre tantas possibilidades, haja, por exemplo, um conflito de interesses entre a liberalidade de escolha dos pais, leia-se a manipulação voluntária do material genético do ser, e a manutenção da biodiversidade e sua consequente conservação, como uma preocupação comum em prol dos interesses da humanidade.

Ante o exposto, o presente trabalho científico pretende, de maneira interdisciplinar, investigar quais as implicações imediatas e mediatas da edição genética no mundo contemporâneo, por intermédio de metodologia de natureza exploratória e revisão bibliográfica, física e online, na qual se procedeu com a pesquisa em plataformas digitais, como Google acadêmico e Scielo, utilizando-se palavras-chave determinantes, por exemplo, *edição de genes*, *CRISPR-CAS9*, *Biodireito* etc.

Assim, suscitando na constatação de posicionamentos divergentes no que tange a aplicação da edição genética, apontando, ainda, que as incongruências delineadas a respeito aplicação da técnica *CRISPR-CAS9*, remete-nos a um entendimento geral, qual seja, os limites que devem ser efetivamente estabelecidos, considerando critérios éticos, jurídicos, humanitários e sociais.

¹⁴ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;”

¹⁵ UNESCO. *Declaração Universal de Direitos Humanos e Bioética*. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 22 jul. de 2019.

¹⁶ UNESCO. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. Acesso em: 25 jul. 2019.

2. Desenvolvimento científico e tecnológico: impactos sociais

Entende-se que o desenvolvimento científico e tecnológico, sobretudo os grandes e avassaladores avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicada à medicina ocorridos nos últimos 30 anos¹⁷, impactam diretamente a vida das pessoas, enquanto seres humanos que coexistem em sociedades e que possuem percepções diversas concernentes a variados assuntos e fatos postos no mundo contemporâneo.

Por conseguinte, com as ciências da vida não é diferente, ao passo que todas descobertas científicas, que avançam em simultaneidade com a sociedade, têm o fim específico de gerar efeitos na vida humana, seja por contribuições imediatas, por exemplo, a cura de doenças, congênitas ou não, bem como a prevenção, por intermédio de prévio diagnóstico que aponte uma patologia e, assim, haja tratamento em tempo hábil, objetivando, em ambos casos, o bem estar, a saúde, estabilidade fisiológica do ser.

Contudo, para além dos benefícios (i)mediatos proporcionados pelos referidos avanços, por diversas vezes, denota-se uma pretensão científica de caráter evolucionista que, em linhas gerais, reflete a ideia de domínio sobre a vida.

Este fato pode ser constatado com observância das manifestações de conselhos Internacionais, por exemplo, a United Nations Educational Scientific and Cultural Organization (UNESCO), atinentes ao tema da engenharia genética; relatos de abusos contra seres humanos, condicionados à experiências impróprias, com o fim de “testar a sua capacidade”; a ausência de força regulamentadora para conduzir a ideal e ética conduta médica e científica; perigos altamente fatais e desconhecidos que poderiam ocorrer a partir de uma aplicação médica incorreta; bem como as intervenções no âmbito jurídico-social acerca de assuntos relacionados aos direitos e garantias fundamentais consolidadas, referentes à morte, reprodução, saúde e vida¹⁸.

Logo, resta evidente a necessidade de lançar uma nova perspectiva crítica para as questões práticas proporcionadas pelas novas tecnologias, em relação ao material genético humano, tendo em vista que, assim como ponderado por Bobbio, a ausência de diretrizes regulamentadoras, no tocante às práticas das técnicas da bioengenharia, pode suscitar em problemas éticos, morais e, logo, sociais, até então, não cogitados pelo homem.

Com efeito, surgiram novos estudos de caráter teórico e prático que, de acordo com a necessidade e evolução, foram difundindo os questionamentos e respostas

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

¹⁸ CLOTET, Joaquim. Por que Bioética. *Rev. Bioética*, ISSN: 1983-8034, v. 1, n. 1. p. 174. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/32. Acesso em: 12 ago. 2019. Nesse mesmo sentido: BRASIL. Lei Nº 11.105, *dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42. Acesso em: 12 ago. 2019; UNESCO, *International Bioethics Committee - declaration on the protection of the human genome*, 1995. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/human-genome-and-human-rights/>. Acesso em: 12 ago. 2019.

acerca da efetiva manifestação das práticas biotecnológicas na sociedade, tendo em vista a necessidade de regulamentação de algo desconhecido, o que, automaticamente, conferia poderes ilimitados aos seus criadores e aplicadores.

Nessa medida, Oliveira pondera que “[...] o direito foi surpreendido por questões até aquele momento não conhecidas, tais como: quais são os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano?”¹⁹.

3. O biodireito e os efeitos da engenharia genética na sociedade

Frente a necessidade de imposição de limites, principalmente legislativos, aptos a regulamentar a aplicação da engenharia genética na sociedade mundial, o estudo de caráter teórico denominado *Biodireito*, surge como uma forma de questionar a aplicabilidade indiscriminada, promovendo, assim, um amplo debate acerca de conceitos e práticas suscitadas no campo da bioengenharia.

Nesse sentido, a abordagem prática dos estudos é atinente à vida e as formas pelas quais pode ocorrer algum tipo de lesão a ela. Entende-se que, ao tratar de vida, refere-se ao conceito macro, ou seja, a humanidade. Na concepção de Diniz, “o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e biogenética, teria a vida por objeto principal”²⁰.

Ainda concernente a conceituação do *Biodireito*, Maluf dispõe o seguinte entendimento, *in verbis*:

O biodireito associa-se principalmente ao universo de cinco matérias: Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional (à luz do art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem contudo deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica)²¹.

Depreende-se das breves conceituações que os estudos no ramo do Biodireito abarcam todo fenômeno de forma objetiva e prática, haja vista que tem por escopo traçar a fronteira determinante entre a aplicação consciente da edição genética na sociedade contemporânea, sem, contudo, ultrapassar as barreiras éticas que envolvam a Dignidade da pessoa Humana, a diversidade do material genético humano, os direitos da personalidade etc.

Portanto, os estudos do Biodireito nos servem como fonte de apreciação e projeção de um olhar crítico para algo que se apresenta de forma tão benéfica na sociedade, mas que, ao mesmo tempo, se realizado de maneira negligente e tão

¹⁹ OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. *Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia*. Pouso Alegre, v. 2, n. 03, 2010. Disponível em: [http://www.theoria.com.br/edicao0310/a teoria geracional dos direitos do homem.pdf](http://www.theoria.com.br/edicao0310/a%20teoria%20geracional%20dos%20direitos%20do%20homem.pdf). Acesso em: 7 jul. 2019. p. 21.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Biodireito*, in *Dicionário jurídico*. São Paulo, Saraiva, 1998, v. 1. p. 40.

²¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17.

somente de caráter científico, pode ocasionar efeitos adversos aos objetivos originários, do bem-estar fisiológico e social.

Ademais, Barboza assevera o seguinte entendimento, *verbis*:

[...] não há em nossa Constituição um capítulo dedicado ou pertinente à Bioética ou ao Biodireito. Na verdade, todas as disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade, estão imbricadas com o Biodireito, que não se restringe às questões atinentes à saúde, ao meio ambiente ou à tecnologia²².

Logo, denota-se, ainda, a prática colaborativa dos estudos para a edição das novas leis que tem a finalidade de tutelar os interesses da humanidade. Assim, pode-se afirmar que os estudos do Biodireito se apresentam, também, como uma forma de chegar aos melhores resultados referentes às aplicações práticas das técnicas, em atenção aos princípios basilares dos direitos humanos.

4. Descobertas genéticas: eugenia universal e particular

Não obstante ao consignado pelo presente trabalho, tem-se que, em suma, as descobertas genéticas surgem para humanidade e são percebidas, originalmente, como a melhor forma para solução de problemas tidos, até então, como insanáveis, irremediáveis e incuráveis. Mas o desenvolvimento dessas descobertas e interesses difusos aos objetivos originários, acarretaram efeitos contrários, suscitando questionamentos que perpassaram a mera aplicação em prol do bem-estar social.

Em *Contra perfeição*, Michael Sandel consigna que tais descobertas se apresentaram, a um só tempo, como uma promessa e um dilema social, de sorte que, “[...] em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza”²³.

Em toda obra, Sandel utiliza os questionamentos para fomentar o debate, dirigindo-se ao leitor com perguntas de cunho ético e moral. Mas, também, aponta algumas respostas acerca do que se tem por dilema, como ao dispor que “O dilema moral surge quando as pessoas utilizam tais terapias não para curar uma doença, e sim para ir além da saúde, para melhorar suas capacidades físicas ou cognitivas, para erguer-se acima da norma geral”²⁴.

Com base nesse entendimento, o autor trata da hipótese denominada Eugenia, oportunidade em que consolidou o entendimento acerca dos seus diferentes conceitos e, ainda, discorre sobre a sua criação e seu recorte no tempo, o que suscitou a compreensão de uma *velha eugenia*, também tida como *eugenia universal* e a *nova eugenia*, quando se remete a ideia contemporânea de *pais projetistas*, o que aborda também como *eugenia particular* e/ou *eugenia liberal*.

²² BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: *Novos temas de bioética e biodireito*. Heloisa Helena Barboza e Vicente de Paulo Barreto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73.

²³ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 19.

²⁴ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 21.

O conceito de eugenia se baseia na ambição de aprimorar a raça humana. Criado a partir do termo “bem-nascido”, originado por Francis Galton, em 1883, inspirado nos estudos revolucionários de seu primo, Charles Darwin, levando-o a desenvolver estudos estatísticos, baseados na hereditariedade.

Considerando, assim, que seria possível reproduzir uma raça demasiadamente talentosa de humanos, por intermédio de casamentos criteriosos durante várias gerações consecutivas²⁵.

Por conseguinte, a ideia de eugenia se disseminou pelos Estados Unidos, no início do século XX, porém, com o objetivo de esterilizar coercitivamente todas as pessoas consideradas desqualificadas, quais sejam, trabalhadores do campo, prisioneiros, ocupantes de hospitais e asilos etc. Tal intuito visava a não reprodução de indivíduos considerados deficientes e/ou fora dos parâmetros tidos como ideais²⁶.

Assim, determinou-se como *eugenia positiva* qualquer ação que implicasse na reprodução de humanos saudáveis ou na melhora dos aspectos físicos e/ou mentais, e *eugenia negativa* as práticas limitantes da reprodução de portadores de doenças genéticas, considerada como má reprodução²⁷.

O movimento teve repercussão, constituindo adeptos que acolheram aos ideais e, inclusive, exigiram do Estado leis que regulamentassem a esterilização compulsória de pessoas com genes indesejáveis, oportunidade em que, mais de 60 mil pessoas foram esterilizadas coercitivamente em 1907, em no estado de Indiana, Estados Unidos²⁸.

Na Alemanha, a ideia eugênica se manifestou a partir da supremacia nacionalista e racial. Em destaque, Hitler, um admirador nazista, que seguiu fielmente planos eugenistas de identificação, segregação, esterilização, eutanásia e extermínio em massa dos considerados impuros frente aos parâmetros de raça estabelecidos e idealizados²⁹.

Com efeito, após todo cenário de assassinatos em massa e genocídio, ocorridos na segunda guerra mundial, os movimentos eugenistas estadunidenses tiveram

²⁵ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 77.

²⁶ MASIERO, André L. A Psicologia racial no Brasil (1918-1929). *Rev. Estudos de Psicologia*, Natal, v. 10, n. 2, p. 199-206, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2005000200006. Acesso em: 19 ago. 2019.

²⁷ MAI, Lilian. D.; ANGERAMI, Emília L. S. A inserção do termo eugenia na revista brasileira de enfermagem. *Rev. Bras. Enfermagem*, 1932 a 2002. Ciência, Cuidado e Saúde, Maringa, v. 5, n. 1, p. 85-91, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/24474983/A_inserção_do_termo_eugenia_na_revista_brasileira_de_enfermagem_REBEN_1932_a_2002 Acesso em: 21 ago. 2019.

²⁸ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 79.

²⁹ GUERRA, Andréa. Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI. *Cienc. Cult*, Campinas, v. 58, n. 1, 2006. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n1/a02v58n1.pdf> Acesso em: 22 ago. 2019.

forte recuo. No entanto, alguns estados do país que ainda exercitaram as práticas eugênicas por volta de 1970, ao passo que, apenas em 2002 e 2003 governadores de alguns estados procederam com pedidos de desculpas públicas formais às vítimas das esterilizações coercitivas promovidas pelo Estado³⁰.

Logo, é possível identificar que, conforme sua origem, a eugenia direciona o foco em um grupo de indivíduos considerados superiores que, assim, mantém suas características salvas na hereditariedade. Enquanto os considerados inferiores são interrompidos de dar continuidade a suas peculiaridades genéticas³¹.

O percurso delineado até o presente momento demonstra os aspectos do que Sandel denominou de eugenia universal ou velha eugenia, que tinha o objetivo de evolução da espécie humana, por intermédio de combinações genéticas idealizadas, de forma macro, ou seja, havia a ideia de colaboração, e até mesmo imputação do Estado para o exercício das práticas eugênicas.

Dando continuidade ao seu estudo, Sandel reproduz o questionamento a respeito das práticas eugênicas na contemporaneidade e suas consequências em âmbito particular, de acordo com a liberalidade dos pais, por exemplo, procedendo com os seguintes questionamentos: “Seria a eugenia censurável somente quando coercitiva? Ou haverá algo de errado mesmo com as formas não coercitivas de controlar a carga genética da geração seguinte?”³².

Dessa maneira, Sandel fomenta o questionamento ao trazer posicionamentos de teóricos de suma importância para as questões filosóficas-sociais, por exemplo, os filósofos Ronald Dworkin, Robert Nozick e John Rawls, destacando que ambos apresentam argumentos favoráveis ao exercício da eugenia liberal, desde que pautada no respeito aos direitos da personalidade do futuro ser humano; no caráter não coercitivo e excludente do Estado, como ocorrido pelos movimentos eugenistas no início do séc. XX; e um suposto melhoramento genético, naturalizado a partir das combinações genéticas efetivadas com o decorrer do tempo.

Contudo, o autor ainda assevera que “não é um movimento de reforma social, mas uma forma de pais privilegiados terem o tipo de filho que desejam e armá-los para o sucesso numa sociedade competitiva”³³.

Numa demonstração de controversa a respeito do tema, destaca também o parecer do filósofo político alemão Jurgen Habermas, que demonstra argumentos contrários à prática da eugenia, mesmo sendo esta de caráter liberal dos pais, argumentando que o exercício dessa prática implicaria em violação aos princípios

³⁰ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 81.

³¹ SANTOS, Vanessa C. Eugenia vinculada a aspectos bioéticos: uma revisão integrativa. *Rev. Saúde Debate*. n. 38, p. 981-995, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042014000400981 Acesso em: 16 ago. 2019.

³² SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 82.

³³ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 89.

liberais de autonomia e igualdade, acarretando na dominação dos pais sobre os filhos, especial e geneticamente projetados.

Afirma Sandel, *in verbis*:

Ainda que não prejudique a criança ou reduza sua autonomia, a eugenia perpetrada pelos pais é censurável porque expressa e estabelece certa atitude diante do mundo – uma atitude de dominação, que não valoriza o caráter de dádiva das potências e conquistas humanas e desconsidera aquela parcela da liberdade que consiste em uma persistente negociação com aquilo que nos é dado³⁴.

Sandel finaliza seu pensamento fazendo alusão aos questionamentos suscitados, no intuito de instigar a percepção individual para a perspectiva liberal e voluntária da eugenia, objetivando, neste caso, tão somente a manifestação de talento proporcionados pelas combinações genéticas.

5. A edição de genes: divergências acerca de sua aplicação

A bioética é conduzida à transformação por meio dos avanços da ciência. As discussões entre juristas, cientistas e moralistas colaboram com a constitucionalização de temáticas voltadas a matéria. E com isso, diversos critérios, como o respeito ao ser humano, lucro e responsabilidade do pesquisador, desencadeiam medidas de leis imediatas, sobre o corpo humano e sua dignidade³⁵.

As discussões éticas e moralistas no meio científico que envolvem a edição de genes, incluindo a técnica CRISPR-CAS9, são recorrentes e constantes. Os posicionamentos se segregam em amplos aspectos sobre as limitações e aplicações da técnica em diversos contextos e condições humanas.

Indagações foram levantadas por alguns autores sobre os limites da edição genética e os direitos do homem, frente às consequências da técnica. Abordando a permeabilidade de dominâncias da natureza do homem sobre o homem, chegaram à conclusão que o enfoque não é sobre o uso ou não da técnica, mas como e até que ponto deve ser utilizada³⁶.

Tal resultado pode ser evidenciado em estudos benéficos, realizados com a técnica em doenças cardiovasculares, visto que a maioria dos fatores que contribuem para o aparecimento dessas doenças provém de fatores genéticos, ambientais e comportamentais³⁷. Outros exemplos podem ser encontrados em melhorias de casos de infectologias, oncologias, hematologias, entre outras.

³⁴ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 93.

³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, 1995. Procriações Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos) — *Revista dos Tribunais ed.* — São Paulo, 1996.

³⁶ BOBBIO, Norbert. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. p. 10

³⁷ AREND, Marcela C., PEREIRA, Jessica O., MARKOSKI, Melissa M., O Sistema CRISPR/Cas9 e a Possibilidade de Edição Genômica para a Cardiologia, *Arq. Bras. Cardiol*, São Paulo, v. 108, n. 1, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0066-782x2017000100081&script=sci_arttext&tng=pt Acesso em: 19 ago. 2019.

Em contraponto, estudos recentes com camundongos comprovaram falhas na seletividade das regiões alvo do DNA, ou seja, mesmo ocasionando a eliminação da região da molécula responsável por desencadear uma determinada doença, efeitos adversos ainda desconhecidos podem surgir, devido a mutações em regiões indesejadas da sequência de nucleotídeos do DNA, podendo comprometer o funcionamento de tecidos, órgãos e, conseqüentemente, dos sistemas do organismo³⁸.

Na obra *Contra a perfeição*, Sandel defende o questionamento atual do impacto das técnicas de melhoramento genético sobre pais dominadores e competitivos, partindo da premissa de encaminhamento dos filhos para o melhor desenvolvimento e bem-estar possíveis. Além disso, estabelece relações entre essas alterações genéticas com uma possível nova eugenia, ou eugenia particular/liberal³⁹.

Porém, quando faz referência ao uso das técnicas solicitadas pelos pais em nível pré-implantatório, o enfoque, segundo especialistas, está na expectativa do nascimento saudável de sua prole. E que abordar eugenia, nesse contexto, é ir muito longe como justificativa para a não utilização da edição de genes⁴⁰.

Em síntese, pesquisas admitem os benefícios da técnica, como a possível solução para a cura de doenças genéticas logo na fase embrionária, e consideram que o uso indevido pode servir como um instrumento para uma nova eugenia, mas concluem que o diálogo seria a melhor alternativa para o controle ético da técnica, ao invés de novas restrições legais.

Considerações finais

A edição genética comporta um caráter evolucionista, apresentando-se como uma técnica de eficácia imediata para prevenção e cura de doenças congênitas ou não. Porém, há o risco de aplicações indevidas e arriscadas, violando, assim, a “sacralidade da vida” e Direitos Humanos.

Estudos feitos com células germinativas humanas já têm sido autorizados em alguns países, onde foram realizadas alterações das manifestações de herança genética do indivíduo. Para muitos cientistas, essas pesquisas ultrapassaram perigosamente a linha ética que controla o crescimento biotecnológico, frente a manipulação genética do homem.

Devido a isso, a necessidade de ponderar os benefícios e efeitos adversos se torna ainda mais relevante para o favorecimento ou desvantagem da aplicação da edição de genes, não só levando em consideração efeitos biológicos, mas

³⁸ SCHAFFER, Kellie A; WENHSUAN, Wu Colgan Diana. CRISPR gene editing can cause hundreds of unintended mutations; CRISPR-Cas9 editing in vivo. *Nature Methods*. Disponível em: <https://phys.org/news/2017-05-crispr-gene-hundreds-unintendedmutations.html>. Acesso em: 22 ago. 2019.

³⁹ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 75-93.

⁴⁰ RASKIN, Salmo. Ética e genética. *Rev. Educar em Revista.*, Curitiba, n. 11, jan., 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40601995000100005&lng=pt&tlng=pt Acesso em: 19 ago. 2019.

considerando uma abordagem ampla, incluindo o impacto ético-social que a decisão pode acarretar, respeitando a individualidade do ser e sua dignidade, para tanto, exigindo-se uma análise específica para sua viabilidade, frente ao caso clínico.

A descoberta da técnica estimula teorias e deduções sobre os impactos futuros de modo distante, mas os avanços de tecnologias em saúde são velozes, a ponto de se perder o controle das atualizações no mundo. Em um futuro não distante, a edição de genes, proporcionada pela *CRISPR-CAS9*, por exemplo, possibilitará a transformação do genoma humano de modo mais eficaz e qualificado, permitindo tanto a extinção de doenças hereditárias, quanto a síntese de bebês projetados pelos pais em seus manifestos corporais e/ou mentais mais diversos⁴¹.

Em relação a *CRISPR-CAS9*, assim como as edições de genes em geral, fornece probabilidades positivas e inovadoras, quando inserida no contexto de combate a doenças genéticas e modificação do conteúdo genômico dos organismos humanos e outros. A tecnologia é considerada rápida, direta e de baixo custo, acessível a grande maioria dos laboratórios.

No entanto, há riscos até então desconhecidos, e os aspectos benéficos relativos a esta potente tecnologia demandam estudos com exatidão e debates sobre seus impactos sociais para, assim, possibilitar uma análise minuciosa em âmbitos científicos, éticos e sociais acerca dessa técnica⁴².

Logo, a problemática desenvolveu estudos e disposições legais com o fim de estabelecer parâmetros e limites para aplicação das técnicas e, assim, apresentar posicionamentos sobre até onde as “ciências da vida” poderão avançar, sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana⁴³.

Referências

- AREND, Marcela C.; PEREIRA, Jessica O.; MARKOSKI, Melissa M. O Sistema CRISPR-Cas9 e a Possibilidade de Edição Genômica para a Cardiologia. *Rev. Arq. Bras. Cardiol.* São Paulo, v. 108, n. 1, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0066-782x2017000100081&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 19 ago. 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: *Novos temas de bioética e biodireito*. Heloisa Helena Barboza e Vicente de Paulo Barreto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERGEL, Salvador Darío. O impacto ético das novas tecnologias de edição genética. *Rev. Bioética*. Brasília, DF, n. 3, v. 25, p. 454-61, 2017. Disponível em:

⁴¹ BERGEL, Salvador Darío. O impacto ético das novas tecnologias de edição genética. *Rev. Bioética*. Brasília, DF, n. 3, v. 25, p. 454-61, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000300454&lng=es&tlng=es. Acesso em: 16 ago. 2019.

⁴² HEIDARI, Raheleh; SHAW, David Martin; ELGER, Bernice Simone. CRISPR and the Rebirth of Synthetic Biology. *Science and Engineering Ethics*. v. 23, p. 351-363. Dezembro, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11948-016-9768-z> Acesso em: 22 ago. 2019.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 09.

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000300454&lng=es&tlng=es. Acesso em: 16 ago. 2019.

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.
- BRASIL. Lei Nº 11.105. Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42. Acesso em: 12 ago. 2019.
- CLOTET, Joaquim. Por que Bioética. *Rev. Bioética*, ISSN: 1983-8034, v. 1, n. 1. p. 174. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/32. Acesso em: 14 ago. 2019.
- DIAS, Camila Almeida de Paula; DIAS, Janice Maria Ribeiro. O Sistema CRISPR-CAS como uma nova ferramenta biotecnológica na edição de genomas: aplicações e implicações. *Rev. AMBIENTE ACADÊMICO* (ISSN Impresso 2447-7273, ISSN online 2526-0286), v.4, n.1, jan./jun. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 5. ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. Biodireito, in *Dicionário jurídico*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GUERRA, Andréa. Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI. *Cienc. Cult*, Campinas, SP, v. 58, n. 1, 2006. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n1/a02v58n1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- HEIDARI, Raheleh; SHAW, David Martin; ELGER, Bernice Simone. CRISPR and the Rebirth of Synthetic Biology. *Science and Engineering Ethics*. V. 23, p. 351–363. Dez. 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11948-016-9768-z>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- LANDER, Eric S. International summit on human gene editing: a global discussion. National Academies of Sciences, Engineering, and medicine. Washington: The National Academies Press; p. 1-8. 2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK343651/>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- LEITE, Eduardo de Oliveira, 1995. Procriações Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos) — *Revista dos Tribunais* ed. — São Paulo, 1996.
- MAI, Lilian. D.; ANGERAMI, Emília L. S. A inserção do termo eugenia na revista brasileira de enfermagem. *Rev. Bras. Enfermagem*, 1932 a 2002. *Ciência, Cuidado e Saúde*, Maringa, v. 5, n. 1, p. 85-91, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/24474983/A_insercao_do_termo_eugenia_na_revista_brasileira_de_enfermagem_REBEN_1932_a_2002. Acesso em: 21 ago. 2019.

- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MASIERO, André L. A Psicologia racial no Brasil (1918-1929). Rev. Estudos de Psicologia, Natal, v. 10, n. 2, p. 199-206, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2005000200006. Acesso em: 19 ago. 2019.
- OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia. Pouso Alegre, v. 2, n. 03, 2010. Disponível em: http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorica_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.
- OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações. Tese – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2010.
- RASKIN, Salmo. Ética e genética. Rev. Educar em Revista., Curitiba, n. 11, jan.,1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40601995000100005&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 19 ago. 2019.
- SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- SANDER, Jeffry D.; JOUNG, J. Keith. CRISPR-Cas systems for editing, regulating and targeting genomes. Rev. Nat Biotechnol, n. 32, p. 347-55, 2014. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nbt.2842#article-info>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- SANTOS, Vanessa C. Eugenia vinculada a aspectos bioéticos: uma revisão integrativa. Rev. Saúde Debate. n. 38, p. 981-995, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042014000400981. Acesso em: 16 ago. 2019.
- SCHAFER, Kellie A; WENHSUAN, Wu Colgan Diana. CRISPR gene editing can cause hundreds of unintended mutations; CRISPR-Cas9 editing in vivo. Nature Methods. Disponível em: <https://phys.org/news/2017-05-crispr-gene-hundreds-unintendedmutations.html>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- UNESCO. Declaração Universal de Direitos Humanos e Bioética. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.
- UNESCO. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por.. Acesso em: 25 jul. 2019.
- UNESCO. International Bioethics Committee - declaration on the protection of the human genome, 1995. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human->

sciences/themes/bioethics/human-genome-and-human-rights/. Acesso em: 20 Jul. 2019.

VENTER, J. Craig. The Sequence of the Human Genome. Rev. Science, n. 291, p. 1304-1351. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.1058040>. Acesso em: 13 ago. 2019.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Influências político-ideológicas na atuação dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU: reflexos na crise migratória da Síria (*)

Political and ideological influences on the actions of the permanent members of the UN Security Council: reflections on the migration crisis in Syria

Influencias político-ideológicas sobre la acción de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU: reflexiones sobre la crisis migratoria Siria

Mateus Bustamante Dias¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Nelson Camatta Moreira³

(*) Recibido: 24/09/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. mateusbustamante.d@gmail.com
- ² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC – MG. Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito marítimo e Portuário da FDV; Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário da FDV. mfqobregon@yahoo.com.br
- ³ Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla, Espanha. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha – UVV; Professor de Direitos e Garantias Fundamentais e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. nelsoncmoreira@hotmail.com

Sumário: Introdução. **1.** A Atuação da ONU em Conflitos Armados e a Prevenção de Violações de Direitos Humanos. **2.** Conflitos Armados e Consequências Humanas: A Crise do Movimento Migratório em Massa. **3.** A (In)Eficácia da Atuação da ONU. – Considerações Finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho possui como objetivo central a discussão a respeito das influências político ideológicas no modo de operar do Conselho de Segurança da ONU. Inicialmente será desenvolvido um contexto histórico do surgimento da referida Organização, trazendo à baila suas mais diversas nuances e, posteriormente, a estrutura e funcionamento do Conselho de Segurança, utilizando como caso concreto a Crise da Síria, que hoje está assolada por uma onda de violações humanitárias, que cresce exponencialmente a cada dia. Por fim, desenvolver-se-á uma análise crítica do discurso universalista proposto pela Carta das Nações Unidas e seus limites políticos que resultam em sua absoluta inoperância.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas, Conselho de Segurança, influências político ideológicas, crise da Síria, movimento migratório. Carta das Nações Unidas.

Abstract: The main objective of this paper is to discuss the ideological political influences on the UN Security Council's mode of operation. Initially, a historical context will be developed of the emergence of the referred Organization, bringing to light its most diverse nuances and, later, the structure and functioning of the Security Council, using as a concrete case the Syrian Crisis, which today is devastated by a wave of humanitarian violations, which grows exponentially every day. Finally, a critical analysis of the universalist discourse proposed by the United Nations Charter and its political limits which result in its absolute ineffectiveness will be developed.

Keywords: United Nations Organization, Security Council, ideological political influences, Syria crisis, migratory movement. United Nations Charter.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo central la discusión en cuanto a las influencias políticas ideológicas en el modo de funcionamiento del Consejo de Seguridad de la ONU. Inicialmente, se desarrollará un contexto histórico del surgimiento de la mencionada organización, aportando a sus más diversos matices y, posteriormente, la estructura y funcionamiento del Consejo de Seguridad, utilizando como caso concreto la crisis de Siria, que hoy está devastada por una ola de violaciones humanitarias, que crece exponencialmente cada día. Por último, se desarrollará un análisis crítico del discurso universalista propuesto por la Carta de las Naciones Unidas y sus fronteras políticas, que resultan en su ineficacia absoluta.

Palabras clave: Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, influencias políticas ideológicas, crisis de Siria, movimiento migratorio, Carta de las Naciones Unidas.

Introdução

É cediço entre a sociedade internacional que a Organização das Nações Unidas possui a segurança coletiva como sendo a medula espinhal de sua criação, já que sua finalidade é, primordialmente, a garantia de que o poderio militar e a força arbitrária não sejam utilizados de forma injusta no contexto das relações internacionais entre Estados, de modo a intervir tanto em sua estrutura física, quanto política.

Por conta disso, após a extrema supressão dos Direitos Humanos sucedida na Segunda Guerra Mundial, a ONU surge como uma promessa de se atingir a paz no cenário internacional. Ocorre que, a execução deste plano não se deu exatamente como planejado, já que hoje, após 74 anos de sua criação, a Organização se encontra engessada diante de influências particulares de seus Estados-membros, que insistem em vetar Resoluções que permitam sua interferência na efetivação dos princípios que a originou.

Neste sentido, o presente estudo busca analisar o impacto destas influências político-ideológicas no modo de atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, órgão de maior poder deliberativo dentro da Organização, que hoje se mostra o principal percalço na busca por uma solução na crise que assola a Síria desde sua primavera árabe em 2011, em que a onda de violações humanitárias cresce exponencialmente a cada dia que se passa.

Em um primeiro momento analisar-se-á o contexto histórico para o surgimento da ONU, tendo em vista os anseios da sociedade na busca pela paz, trazendo à baila, ainda, o modo de atuação do Conselho de Segurança da ONU e sua inequívoca falha na busca por uma solução à crise no Estado Sírio, que hoje enfrenta o maior movimento migratório da história, superando até mesmo os movimentos ocorridos na Segunda Grande Guerra.

Por fim, será prestada uma crítica específica aos limites do discurso universalista presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, considerada por alguns o paradigma a ser seguido pelos Estados no tocante à preservação aos direitos do homem, que hoje, conforme se demonstrará, não se sustenta.

1. A atuação da ONU em conflitos armados e a prevenção de violações de direitos humanos

A datar do Século XIX, a Ciência do Direito tem perpassado por importantes transformações, em especial após a Segunda Grande Guerra, a qual, por um lapso temporal, cerceou os Direitos Humanos de uma significativa parcela da população, mormente os cidadãos judaicos, protagonizando na história, Adolf Hitler, em que, segundo Flávia Piovesan, apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas⁴.

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 176

Diante deste cenário, tornou-se inconcebível a omissão dos Estados Nacionais no que tange aos direitos humanitários, motivo este o qual, o pós 2a Guerra Mundial tornou-se a mola propulsora para a reconstrução dos direitos do homem. Assim, pode-se afirmar que, se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução⁵ no cenário internacional.

Nesta perspectiva, se torna fundamental vislumbrarmos a importância do papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 25 de junho de 1945, quando 50 (cinquenta) Estados Nacionais aprovaram a Carta das Nações Unidas, afirmando de vez, a proteção aos Direitos do Homem, sendo esta a premissa medular de sua estrutura, que se encontra explícita em seu preâmbulo:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla⁶.

Conquanto, preliminarmente ao ingresso no tema basilar desta pesquisa, necessário se demonstra prestar uma análise do contexto histórico o qual a Organização das Nações Unidas foi fundada e, ainda, pelo que a humanidade perpassou a fim de aperfeiçoar os direitos humanitários no tempo. Isto se dá para que possamos obter substrato suficiente a fim de estruturar, de forma precisa, as razões as quais suscitaram a criação de um órgão desta proporção e quais propósitos se objetivaram alcançar com seu desenvolvimento.

1.1 O contexto para o surgimento da ONU

Com o propósito de se descrever a conjuntura a qual fomentou o surgimento da Organização das Nações Unidas, relevante se torna, em primeiro lugar, a promoção de uma breve e circunscrita notícia histórica acerca da relação entre a sociedade no desenvolvimento dos direitos humanos, merecendo principal destaque a Revolução Francesa sucedida no século XVIII que, seguramente, foi o grande marco dos direitos do homem, influenciador da Carta da ONU de 1948⁷.

Justifica-se esta análise em razão de que, na vertente do Direito a qual estamos aplicando-a, qual seja, os Direitos Humanos, apartá-la do presente estudo significaria nada menos do que prestar um exame cristalizado, que padeceria de senso crítico acerca do tema em evidência. Na esteira do pensamento de Luiz Carlos de Azevedo, ao tratar a respeito do estudo do Direito em sua obra “Introdução a História do Direito”, expõe que:

⁵ Ibidem. p. 176

⁶ ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 11 mar. 2018.

⁷ MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e Garantia Constitucionais: e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89.

(...) para que se possa bem compreender todo o envolvimento que este problema comporta, não é possível se ater unicamente ao momento em que o ato acaba de ser praticado e ao dispositivo legal que o regulamenta ou sanciona; é preciso ir mais além, colhendo este e aquele na sua inteira extensão e plenitude, para visualizá-los sob um critério amplo e abrangente; na verdade, se o Direito constitui uma expressão inseparável de qualquer meio social civilizado; e se este direito não se conserva estático, mas se dinamiza e se transforma na medida em que as condições sociais assim exigem; não há como desvinculá-lo da realidade histórica, pois é preciso saber como este direito foi, até ontem, para entendê-lo, hoje, e melhorá-lo, amanhã⁸.

Ainda nesta vertente, questiona-se: como buscar a evolução de um determinado Direito sem se valer do concurso da História e sem cuidar dos fundamentos sociais, políticos, econômicos e culturais que dirigiram a conduta do conglomerado humano que o adotou e utilizou?⁹

Ao submetemo-nos a um estudo a respeito do desenvolvimento da relação entre os seres, pode-se afirmar que o conflito violento entre indivíduos se desenrola desde os primórdios, isto é, desde a Pré-História, o que se demonstrou um importante estímulo para a evolução do Homo Sapiens. Todavia, a fim de não despender grande parte do trabalho em uma longa análise histórica, necessário se mostra um recorte no tempo, tendo como princípio a Antiguidade.

Na Idade Antiga, marcada pelo desenvolvimento da Grécia e Roma, a guerra compreendia uma ideia cada vez mais manifesta nas relações entre indivíduos. Neste contexto, relevante salientar a Lei de Talião, que, apesar de ser uma legislação criada a fim de evitar a guerra, e que as pessoas realizassem justiça de forma arbitrária e indiscriminada, fundava a violência entre a população.

Em mais um salto histórico, presta-se uma análise à Idade Média, período extremamente marcado pelo Cristianismo, e o conseqüente surgimento do Novo Testamento, o qual pregava que a guerra, se existisse, se daria no interior da alma do ser. No entanto, o surgimento deste instituto não caracterizou a paz entre os seres, muito pelo contrário, devido à ausência de um poder temporal centralizado, a Idade Média se demonstrou um período extremamente violento¹⁰.

Alcançando a Idade Moderna, o Direito Internacional adquire seus primeiros contornos, exercendo papel fundamental para tanto, a Revolução Burguesa ocorrida na França em 1789, a qual, segundo Nelson Camatta Moreira, a referida conflagração:

(...) pode ser considerada um legítimo divisor de águas na história da afirmação dos direitos do homem, pois foi justamente por intermédio dela que se proclama os valores éticos, que serviram de alicerce para a enunciação dos tratados de direitos fundamentais que a ela se sucederam, em especial para a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹.

⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de. História do direito, ciência e disciplina. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 31-49, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67354/69964>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

⁹ AZEVEDO, op.cit, p. 33, nota 5

¹⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 89

¹¹ MOREIRA, op.cit, p. 91, nota 4

Seguindo ainda a perspectiva exposta por Camatta, a título de ilustração, traz-se à baila o artigo 1o da referida Declaração: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Note-se, os termos em destaque na presente legislação possuem como nítida referência os ideais pregados pelos atores da Revolução Francesa do século XVIII¹².

Finalmente, na Idade Contemporânea, se dá o momento histórico em que se dispuseram as mais diversas e significantes transformações no desenvolvimento dos direitos humanos, surgindo inúmeras regulamentações nesta matéria, tendo como por exemplo a Declaração de São Petersburgo em 1868, a criação da Cruz Vermelha na segunda metade do Século XIX por meio da Convenção de Genebra, e outras.

Lamentavelmente, o que se apresentava no sentido de estimular uma limitação dos conflitos, eclodiu em 02 (duas) Guerras Mundiais, desenvolvendo-se, assim, a concepção de guerra total. Segundo Ludendorf, general alemão, diante de uma guerra total, a população civil, como os exércitos, sofrerá a ação direta da guerra¹³. Isto porque, tendo em vista a magnitude deste confronto armado, a sociedade como um todo se encontra ameaçada por suas consequências.

Neste sentido, pode-se afirmar que, seja na Idade Antiga ou na Idade Média, a violência entre os indivíduos durante a evolução humana nada se assemelha com as batalhas ocorridas no mundo moderno.

Partindo de uma análise filosófica para justificar as causas da Guerra, Jean-Jacques Rousseau defende que a guerra é um resultado trágico de mal-entendidos e de influências negativas de nossa sociedade. Já para Thomas Hobbes, a guerra é igualmente trágica, mas enraizada em um espírito metafísico que faz com que as pessoas tentem a todo tempo dominar umas às outras¹⁴.

Ocorre que, é exatamente este o preceito para o qual a Organização das Nações Unidas foi desenvolvida: a cessação da guerra entre Estados e o consequente emprego da paz como norte das relações internacionais.

Nesta conjuntura, merece destaque a criação da Sociedade das Nações (SdN), também alcinhada Liga das Nações, uma organização fundada em 1920, no pós 1a Guerra Mundial, como uma primeira tentativa de se atingir a paz entre os Estados e a afirmação dos direitos humanos. Tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros¹⁵.

¹²UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 27 abr. 2018.

¹³ LUDENDORF, 1964, apud MELLO, C. D. de A. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 105.

¹⁴The National Interest. What Our Primate Relatives Say About War. Disponível em: <<http://nationalinterest.org/commentary/what-our-primate-relatives-say-about-war-7996>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁵ PIOVESAN, op.cit, p. 170, nota 1

Nas palavras de Eric Hobsbawm, em seu livro “A Era dos Extremos”:

A alternativa, exortada a obstinados politiquieiros europeus pelo presidente Wilson, com todo o fervor liberal de um cientista político de Princeton, era estabelecer uma “Liga de Nações” (isto é, Estados independentes) que tudo abrangesse, e que solucionasse pacífica e democraticamente os problemas antes que se descontrolassem, de preferência em negociação pública (“alianças abertas feitas abertamente”), pois a guerra também tornara suspeitos, como “diplomacia secreta”, os habituais e sensíveis processos de negociação internacional. Foi em grande parte uma reação contra os tratados secretos acertados entre os aliados durante a guerra, nos quais dividiram a Europa do pós-guerra e o Oriente Médio com uma surpreendente falta de atenção pelos desejos, ou mesmo interesses, dos habitantes daquelas regiões. (...) A Liga das Nações foi de fato estabelecida como parte do acordo de paz e revelou-se um quase total fracasso, a não ser como uma instituição para coleta de estatísticas. Contudo, em seus primeiros dias resolveu uma ou duas disputas menores, que não punham a paz mundial em grande risco, como a da Finlândia e Suécia sobre as ilhas Åland. A recusa dos EUA a juntar-se à Liga das Nações privou-a de qualquer significado real¹⁶.

Desta forma, diante da inoperância da Sociedade das Nações, cujo fracasso político e tibieza seriam as razões mesmas para o expansionismo bélico germânico, processo esse isento de qualquer controle pela comunidade internacional, constituiu-se em fator importante para a eclosão da Segunda Guerra Mundial¹⁷.

Consequente, eclode a Segunda Guerra Mundial, porém, conforme expôs Hans Kelsen, em sua obra “A Paz pelo Direito”, a situação jurídica era diferente da que vigorava na eclosão da Primeira Guerra¹⁸. Na mesma esteira de pensamento segue Hobsbawm, ao preconizar que a Segunda Guerra era, de ambos os lados, uma guerra de religião, ou, em termos modernos, de ideologias¹⁹.

Neste sentido, após referido confronto, que por sua vez acarretou em uma profunda quebra de todos os valores já construídos acerca dos Direitos Humanos, o objetivo central do segundo pós-guerra em âmbito mundial, foi a afirmação da paz, tornando-se indispensável a criação de uma instituição em âmbito global que possuísse como seu propósito basilar, a segurança da sociedade como um todo.

Sob este contexto surge a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, sendo uma associação cuja finalidade primordial é justamente a de garantir que a força, o poderio estratégico-militar dos Estados não sejam, pelo menos em regra, usados para fins políticos injustos nas relações internacionais²⁰.

¹⁶ HOBBSAWM, Eric. **A era dos Extremos: O Breve Século XX 1914-1991**. p. 34. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4071685/mod_resource/content/1/Era%20dos%20Extremos%20%281914-1991%29%20-%20Eric%20Hobsbawm.pdf>. Acesso em 02 maio 2018

¹⁷ NADER FILHO, Adalberto Simão. **Conselho de Segurança e o seu papel no Século XXI: ONU por um mundo Uno**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 98

¹⁸ KELSEN, Hans. **A Paz pelo Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p.83

¹⁹ HOBBSAWM, Eric. **A era dos Extremos: O Breve Século XX 1914-1991**. p. 40-41. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4071685/mod_resource/content/1/Era%20dos%20Extremos%20%281914-1991%29%20-%20Eric%20Hobsbawm.pdf>. Acesso em 02 maio 2018

²⁰ NADER FILHO, op.cit, p. 122, nota 14.

Importante destacar que, apesar do fracasso em sua atuação, a Sociedade das Nações desempenhou papel fundamental para a idealização da Organização das Nações Unidas, visto que, a experiência da instituição serviu, muito positivamente, para informar tanto o posterior surgimento da ONU, como na institucionalização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgão político designado pela Carta a manter a paz e a segurança internacionais²¹.

Dessa forma, a ONU surge segmentada em 06 (seis) órgãos, sendo o mais importante instituto na tomada de relevantes decisões o denominado Conselho de Segurança que, por sua vez, é a única entidade dentro da Organização que possui a capacidade de interceder diretamente contra os Estados Nacionais, como por exemplo, executando sanções militares. Porém, suas funções serão delimitadas com maior profundidade no decorrer do presente capítulo.

Em consequência, este movimento expansionista de internacionalização dos direitos do homem vigorosamente excitado no pós 2a Guerra Mundial atingiu seu ápice com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948²².

1.2 O modo de atuação do Conselho de Segurança

Conforme elucidado anteriormente, o Conselho de Segurança (CS) importa no mais notável órgão deliberativo dentro da ONU. De forma a exteriorizar esta importância, a Carta das Nações Unidas expôs, em seu Capítulo V, artigo 25, que:

Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta²³.

Dessa forma, toda e qualquer decisão tomada pelo Conselho deve ser automaticamente recebida e cumprida pelos demais Estados Membros que compõe a Organização. Sendo relevante expor, ainda, que suas funções estão dispostas nos capítulos VI, VII, VIII e XII da referida Carta, entre elas: a manutenção da paz e a segurança internacional conforme os princípios e propósitos das Nações Unidas; a investigação de toda e qualquer situação que possa ensejar conflito internacional, entre outras demais funções²⁴.

Norteados por essas funções, os Estados que compõe o Conselho de Segurança possuem a crucial tarefa de prevenir conflitos em âmbito internacional, ou caso já ocorridos, a tarefa de remediá-los por meio dos instrumentos a eles disponibilizados de solução, *verbi gratia*, em última ratio, o uso da força militar, para que dessa forma, a segurança e a paz internacional seja devidamente alcançada.

Neste contexto, o CS constitui-se em um total de 15 (quinze) membros, entre eles 05 (cinco) permanentes e os demais alcunhados membros rotativos. Entre os membros permanentes estão os Estados Unidos da América, Reino Unido, França,

²¹ NADER FILHO, op.cit, p. 98, nota 14.

²² MOREIRA, op.cit, p. 96, nota 4

²³ ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 11 mar. 2018.

²⁴ ONU. Conselho de Segurança. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/conselho-de-seguranca/>> Acesso em 11 mar. 2018

Rússia e China, que representam os cinco grandes poderes que venceram a Segunda Grande Guerra contra o Eixo²⁵.

Os membros rotativos, por sua vez, são eleitos por meio da Assembleia Geral, por maioria de 2/3 (dois terços) dos Estados presentes e votantes. Tais membros eleitos adquirem um mandato de 02 (dois) anos, estando proibida a reeleição para o período imediato, conforme exposto no artigo 23 da Carta. Importante mencionar que, na escolha destes membros, a Assembleia Geral deve se atentar para o fato da contribuição do país para a manutenção da paz e da segurança internacionais, além de preservar os demais fins previstos na Carta²⁶.

A formação de resoluções – medidas de maior relevância em pauta de votação pelo Conselho de Segurança –, possuem uma formalidade estrita a ser seguida, que se dá, inicialmente, por uma proposta por qualquer Estado-membro, pela Assembleia Geral ou pelo Secretário Geral da ONU, porém, estas resoluções só serão incluídas nas pautas para discussão por meio da iniciativa de algum membro que componha o Conselho de Segurança, seja ele permanente ou rotativo.

Continuamente, o método de votação para aprovação da resolução também perpassa por certas formalidades até atingir seu desfecho, isto porque necessita de uma outorga mista, ou seja, composta pela aprovação quantitativa e qualitativa. Como exposto anteriormente, o CS é composto por 15 membros, sendo necessária a aprovação de 2/3 destes (aprovação quantitativa), porém, os membros permanentes possuem o chamado “poder de veto”, sendo necessária a votação a favor de todos estes (aprovação qualitativa), de modo que, bastando que apenas 01 (um) voto em desacordo vete por completo o projeto de resolução em pauta²⁷.

Embora o poder de veto não esteja expressamente previsto na Carta, o art. 27, § 3o expõe a necessidade do voto afirmativo de todos os membros permanentes:

As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no Capítulo VI e no parágrafo 3 do artigo 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar²⁸.

Sendo relevante ainda expor que, este poder não se mostra presente na votação de questões processuais, porém, a Carta não prestou em definir quais matérias possuirão caráter processual, motivo o qual, sempre que um assunto surgir em pauta para votação, necessário se torna a apreciação dos membros a fim de definir se a questão possui matéria processual ou material, caso definido como processual, seu escrutínio não dependerá da aprovação de todos os membros

²⁵ NADER FILHO, op.cit, p. 138, nota 14.

²⁶ REUTER, 1959, apud LIMA, C.H de P. O Caráter Obrigatório das Decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_XV.pdf>. Acesso em 15 mar. 2018 p. 5.

²⁷THEODORO, Eliézer Trevisan. O Conselho de Segurança da ONU. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29560/o-conselho-de-seguranca-da-onu>>. Acesso em 11 mar. 2018.

²⁸ ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 11 mar. 2018.

permanentes que compõe o CS, mas sim, apenas o voto afirmativo de 09 (nove) membros, sejam ele permanentes, ou não, conforme preceitua o artigo 27, § 2o

As decisões do conselho de Segurança, em questões processuais, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros²⁹.

Além do mais, a Carta é silente no que tange às abstenções na votação dos membros permanentes. A abstenção configuraria um impasse para a aprovação do projeto colocado em pauta? O Conselho inclinou-se por entendimento flexível, segundo o qual não é necessário que os cinco permanentes votem em uníssono a favor da resolução para aprová-la. Assim, segundo *opinio juris pacificada*, basta apenas que nenhum membro permanente vote contra³⁰.

Neste sentido, apesar da necessidade do voto afirmativo de todos os membros para aprovação de resoluções que tangem sobre questões materiais, a abstenção não configura um percalço para sua aprovação no CS.

Posto isto, pode-se observar que, apesar das omissões presentes no percurso a ser perpassado para aprovação de um projeto no Conselho de Segurança, o poder de veto se demonstra em uma poderosa ferramenta a ser utilizada pelos membros permanentes a fim de frear qualquer resolução que interfira em seus ideais políticos, econômicos, inclusive ideológicos, mesmo que isto deságue no risco de se afligir a paz e a segurança como um todo ou, como na Síria, que impeça o reestabelecimento da paz.

Segundo Richard Butler, “a autoridade do Conselho é profundamente questionada quando casos objetivos de violações como estes acabam sendo julgados de forma limitada, em bases políticas subjetivas pelos membros permanentes por meio do poder de veto” (tradução nossa)³¹.

1.3 Conselho de Segurança no pós-guerra fria e o surgimento de influências político-ideológicas em sua atuação

Com o fim da 2ª Grande Guerra, dois Estados Nacionais se destacaram no cenário internacional, são eles: Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). O destaque destas nações se justifica exatamente por conta da conjuntura positiva a qual sucedeu-se após tal conflagração.

Essencial expor que, na literatura e na ciência, o conceito e as particularidades da Guerra Fria nunca alcançaram um consenso, quais Estados de fato atuaram no referido conflito, em quais regiões este sucedeu, grupos políticos, entre outras características³². Entretanto, mesmo diante deste mar de incertezas, havia a

²⁹ Ibidem.

³⁰ NADER FILHO, op.cit, p. 142, nota 14.

³¹ BUTLER, Richard. Bewitched, Bothered, and Bewildered; Repairing the Security Council. **Chicago Tribune**, ago./1999

³²HORTA, Luiz Fernando Castelo Branco Rebello. **Guerra Fria e Bipolaridade no Conselho de Segurançadas Nações Unidas: Entre Conflitos e Consensos**. 2013. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Brasília, Instituto de Relações Internacionais, Brasília, 2013. Disponível em:

primazia de dois principais global players no curso da Guerra Fria, pois os EUA e a URSS haviam desenvolvido regras em comum, destinadas a contornar as crises e limitar as guerras na ordem internacional³³.

Ocorre que, durante o deslinde da Guerra Fria, o Conselho de Segurança se viu inutilizado, tendo em vista a marcada rivalidade político-ideológica que repartiu seus Estados membros, acarretando, conseqüentemente, na utilização indiscriminada do poder de veto em possíveis intervenções apresentadas para sufrágio, de tal modo que, em seus primeiros 45 anos de criação (1945-1990), foram proferidos 240 vetos a projetos postos em pauta³⁴.

No entanto, o fim do referido conflito, marcado pela queda da política socialista presente na URSS, e o surgimento de novos Estados Nacionais, acendeu-se uma esperança na sociedade internacional de que, finalmente, a Organização das Nações Unidas e o Conselho de Segurança estariam “livres” para sua devida atuação.

Ocorre que, enquanto no período da guerra fria o poder internacional configurava-se em torno de polaridades bem definidas, a partir de valores racional e universalmente aceitos, a nova ordem revela uma maior indefinição dos polos de poder³⁵.

Sendo este o cenário primoroso para que se manifestem as influências político-ideológicas mais profundas, isto porque, nas palavras de Gelson Fonseca Jr, citado por Adalberto Nader:

a comunidade internacional não age a partir de valores de alcance universal, mas, antes, por ‘interesses, oportunidades, cenários favoráveis e outros fatores, de origem predominantemente nacional, que se combina, em alguns momentos, para exprimir o sentido de sociedade que o sistema internacional também incorpora’³⁶.

Como conseqüência de toda esta conjuntura ideológica, os países permanentes do Conselho de Segurança da ONU, ao contrário do esperado, vinculam sua atuação ao conglobamento da crise em determinado Estado Nacional como uma possibilidade de alavancar sua própria economia ou valores na sociedade internacional. Atribuindo atenção especial aos Estados Unidos da América, que, diante de sua exponencial ascensão no cenário internacional, dominou a atuação do CS da ONU.

A título de ilustração temos a Guerra do Golfo de 1991, em que o governo do ditador Saddam Hussein utilizou de sua força bélica para ingressar, de modo aviltante, no território do Kuwait, sob alegações de fundo histórico, imiscuídas a evidentes interesses econômicos do Iraque em se assenhorar das enormes reservas petrolíferas do Estado vizinho³⁷.

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13617/1/2013_LuizFernandoCasteloBrancoRebelloHorta.pdf>. Acesso em 21 mar 2018.

³³ NADER FILHO, op.cit, p. 217, nota 14.

³⁴ BUTLER. op.cit, nota 28.

³⁵ NADER FILHO, op.cit, p. 224-225, nota 14.

³⁶ FONSECA JR., 1994, *apud* NADER FILHO, p. 224, nota 14.

³⁷ NADER FILHO, op.cit., p. 307, nota 14.

Como consequência desta invasão, o Conselho de Segurança se viu, pela primeira vez em sua história, capaz de utilizar-se do conhecido Capítulo VII da Carta, cujo teor se refere às respostas da Organização em razão de ameaças à paz, atos de agressão, entre outros. Amparado em sua legislação, o Conselho contou com sucessivos intentos dissuasórios, inclusive prazo para retirada da tropa militar alocada no território kuwaitiano, sendo todos rejeitados pelo governo iraquiano, o que acarretou, como efeito, na legitimidade do CS para se aplicar a denominada “guerra justa”, tendo em vista as inúmeras tentativas frustradas de solucionar a controvérsia de forma pacífica.

Ato sucessivo, em uma absoluta coalizão de forças armadas de 30 países, em nome do Conselho de Segurança da ONU – sob autoridade dos EUA – desencadeou-se a denominada Operação Tempestade do Deserto, cujo resultado se deu pela expulsão das forças armadas iraquianas do terreno kuaitiano³⁸.

Ocorre que, após referida atuação, as autoridades americanas decidiram por não derrubar o governo de Saddam Hussein, fazendo surgir algumas críticas provenientes do interior do conselho de segurança no sentido de que o governo americano estaria se utilizando do órgão como um instrumento a fim de alcançar seus interesses, já que os EUA também estavam preocupados com a incolumidade das fronteiras da Arábia Saudita, grande exportadora de petróleo para o mercado americano³⁹.

Ademais, esta crítica se confirma após o ataque terrorista aos EUA em 11 de setembro de 2001, que atrelou como fundamento de seus futuros atos, a legítima defesa preventiva. Neste sentido, sob este pretexto, o governo do ex-presidente americano George W. Bush afirmou que a recusa da ONU às pretensões bélicas estado-unidenses iria converter a entidade em um espaço irrelevante para a política mundial, ante a liderança da superpotência⁴⁰.

Exatamente como informado, ocorreu, os Estados Unidos levaram adiante seu projeto, tendo em vista seus próprios interesses políticos ideológicos em detrimento da eclosão de uma nova possível guerra que afetasse a paz mundial como um todo.

Isto posto, percebe-se que, historicamente a Organização das Nações Unidas se mostra um órgão engessado diante dos interesses internos dos Estados membros do Conselho de Segurança. Vale citar Ricardo Seintefus, que afirmou: “a ausência de guerra mundial não deve ser confundida com a paz”⁴¹.

Dessa forma, diante da ineficácia do CS, a paz mundial se mostra uma utopia, haja vista a prevalência dos interesses de Estados em sua singularidade ante o interesse da coletividade mundial, produzindo, dessa forma, um terreno fértil para violações escancaradas aos Direitos Humanos em âmbito global.

³⁸ SOARES, 2003, *apud* NADER FILHO, p. 255, nota 14

³⁹ NADER FILHO, *op.cit.*, p. 255-256, nota 14.

⁴⁰ NADER FILHO, *op.cit.*, p. 315-316, nota 14.

⁴¹ SEINTEFUS, Ricardo. Conflito mostra ineficácia de organizações internacionais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 maio 1999. Disponível em: <<http://www.seintefus.com.br>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

2. Conflitos armados e consequências humanas: a crise do movimento migratório em massa

2.1 Falências do Conselho de Segurança: o caso da síria

A fim de se justificar o porquê da escolha pelo Estado Sírio, vale expor que este se deu tendo em vista o crescimento exponencial da violação aos direitos humanos desta parcela da sociedade, que desde 2011 se encontra refém de um governo totalitário e, até hoje não dispuseram de uma solução por meio das resoluções do Conselho de Segurança da ONU, que estão sempre sendo vetadas quando postas em pautas por seus Estados-membros, que estão a todo momento impedindo possíveis atuações do Instituto em face da preservação de interesses exclusivos, em desprezo à manutenção da paz e da segurança, princípios fundamentais da Organização das Nações Unidas.

De modo inevitável, esta sociedade encontra hodiernamente, como última ratio, o abandono de seus lares em busca de uma garantia mínima no que tange à seus direitos humanos, migrando, em massa, para países próximos. Assim, tendo em vista a imensurável falta de cuidado e o total desprezo com este país, justifica-se a escolha deste como objeto do presente estudo.

Conquanto, a fim de se delimitar o caso a ser apreciado no presente trabalho, tem-se como paradigma o Estado da Síria, cuja estrutura foi abalada de forma inigualável por conta da omissão dos Estados Nacionais em busca de uma solução para sua crise, e sofre suas consequências até os dias atuais. Isto porque, como corolário desta atuação indiscriminada dos membros pertencentes ao Conselho de Segurança da ONU, desde a delicada primavera árabe vivenciada pela sociedade do Oriente Médio em 2011, a violência, guerra, opressão e a pobreza tem sido a mola propulsora que levam milhares de cidadãos a deixarem seus lares com o objetivo de obter uma maior segurança em países vizinhos.

Isso uma vez que, apesar dos inúmeros mecanismos disponíveis aos atores do Conselho de Segurança aptos a solucionar o conflito nesta região, a Organização das Nações Unidas, diferentemente de como atuou na Guerra do Golfo, se encontra de mãos atadas, assistindo a população síria perpassar pela maior crise já vivenciada em seu país, enquanto o abuso do poder de veto por parte dos membros permanentes impossibilitam uma possível solução em nome da Organização.

A Síria foi um dos territórios que mais se mostrou atingida pelas sequelas da Primavera Árabe, movimento social que se desenvolveu em 2011 no Oriente Médio e no Norte da África em oposição à crônica precariedade dos cenários econômico e social nacionais, à ausência de projeção de melhorias e, principalmente, contra os governos autoritários que mantinham esse cenário inalterado⁴². Ocorre que, a medida em que as passeatas e marchas aumentavam, maiores eram as tiranias

⁴² RICCI, Carla. **Primavera Árabe na Síria: A Correlação de Forças na Evolução das Revoltas Populares à Guerra Civil**. 2016. - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <seer.unipampa.edu.br/index.php/GAE-OMAM/article/download/23046/8626>. Acesso em 08 maio 2018.

aplicadas pelas forças armadas contra a população⁴³, que se desenvolveu a tal ponto que o governo de Bashar Al-Assad, objetivando cessar as passeatas, utilizou-se da força armada, abrindo fogo contra manifestantes, em sua maioria, estudantes.

Com o passar dos tempos, esta guerra civil, que possuía caráter político, passou a demonstrar uma nítida perseguição étnico-religiosa, em um embate incessante entre grupos xiitas e sunitas, agregado a isso, ainda, grupos terroristas, como o Estado Islâmico.

Dessa forma, percebe-se que, desde 2011 o conflito na Síria desenvolve-se de maneira exponencial. Porém, indo na via contrária ao estabelecido na Carta das Nações Unidas, isto é, ao invés de estabelecer a paz e a segurança, países pertencentes aos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU – em especial, Estados Unidos e Rússia – passaram a sustentar o presente conflito, cada um com seu devido interesse político-ideológico no Estado Sírio.

Os Estados Unidos, que sempre ambicionou a saída do presidente sírio Bashar Al-Assad, apoia determinados grupos de rebeldes, sendo levantada, ainda, a hipótese de entrega de armas aos rebeldes sírios a fim de equivaler forças com o Estado⁴⁴. A Rússia, por sua vez, coadjuvante, ou até mesmo figurante no cenário internacional após a sua crise na guerra-fria, encontrou uma mola propulsora para sua atuação no cenário internacional: a crise na Síria. Com isso, o governo de Putin vetou qualquer intervenção militar no Estado Sírio com mandato da ONU, prosseguindo, dessa forma, com o apoio bélico a este país, estrategicamente crucial para sua influência no Oriente Médio⁴⁵.

Diante disso, consequências se ramificam em todos os segmentos do Estado sírio, desde a economia, à política, até mesmo o meio social, que se encontra absolutamente afetado.

Em um país assolado por um conflito armado interno com potencial bélico avançado e que se arrasta por quatro anos, até mesmo o ordenamento jurídico é vítima dos estragos, uma vez que opera-se uma ausência de obediência para com os ditames legais vigentes, tornando a Síria uma verdadeira terra sem lei, aliás, apenas uma lei é vigente: a da autotutela⁴⁶.

Isto posto, diante de um cenário catastrófico como o vivenciado pela sociedade síria, outra saída não vos resta senão a migração em massa para outras nações, de tal forma que, desde o início do conflito, 6,1 milhões de pessoas foram deslocadas

⁴³ ARAÚJO Júnior, Célio Torquato de. **As violações de Direitos Humanos no controle da crise humanitária na Europa em 2015 à luz do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos**. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ensino Superior de Seridó, Caicó, 2016. Disponível em: <<https://monografias.ufrn.br/jspui/>>. Acesso em 21 mar 2018.

⁴⁴G1. Entenda a disputa de potências por trás da Guerra Civil na Síria. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/siria/noticia/2014/01/entenda-disputa-entre-potencias-por-tras-da-guerra-civil-na-siria.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴⁵G1. Entenda a disputa de potências por trás da Guerra Civil na Síria. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/siria/noticia/2014/01/entenda-disputa-entre-potencias-por-tras-da-guerra-civil-na-siria.html>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴⁶ ARAÚJO, op.cit., p. 26, nota 17.

dentro do país e 5,1 milhões procuram refúgio no exterior, sendo que, cerca de 69% dos sírios vivem em pobreza extrema. Como se não bastasse, o preço dos alimentos aumentaram em 8x desde o início da guerra, e, só neste ano (2018), houveram 67 ataques sobre instalações hospitalares⁴⁷.

Em um pequeno movimento visando amenizar a presente situação, o Conselho de Segurança da ONU aprovou no dia 24.02.2018, em unanimidade, cessar-fogo de 30 dias na Síria, objetivando, para tanto, a entrega de ajuda humanitária, o que vinha sendo impossibilitado diante do incessante fogo cruzado entre os combatentes.

No entanto, a resolução exclui do cessar-fogo os grupos terroristas Estado Islâmico (EI) e Organismo de Libertação do Levante, aliança criada em torno da Frente Al Nusra, nome da antiga filial síria da Al Qaeda que, segundo o governo sírio, está presente em Guta Oriental.

O Conselho votou de maneira unânime para exigir que a trégua permita acesso de ajuda e retiradas médicas. No entanto, enquanto Moscou apoiou a adoção da resolução, o embaixador russo no ONU, Vassily Nebenzia, colocou em dúvida sua viabilidade⁴⁸.

Isto se deu porque o Estado russo, aliado do governo de Bashar Al-Assad, exigiu mudanças significativas no texto do cessar fogo. Diante disso, sequer passadas 24h depois de assinado o referido termo, diversas regiões foram atingidas por bombardeios oriundos de grupos terroristas e forças do governo.

Diante desta conjuntura, percebe-se que, enquanto a guerra na Síria completa 07 anos, e contado, o Conselho de Segurança se mostra inoperante, de modo a promover tratados “para inglês ver”, que não apresentam qualquer solução para o caso concreto, corroborado, inclusive, pelo fato de que seus próprios membros suportam a crise em questão, tendo como objetivo impulsionar seus próprios interesses, como demonstrado anteriormente. Nas palavras do alto-comissário das Nações Unidas para Refugiados, Filippo Grandi: “o contínuo sofrimento dos civis marca um grande fracasso político”⁴⁹, ou ainda, conforme expôs Jakob Kern, Representante do Programa Mundial de Alimentos, “A cada dia que se passa sem uma resolução para esta crise é outro dia em que falhamos com o povo da Síria”⁵⁰.

2.2 O movimento migratório como última ratio

Diante do contexto o qual vivencia a população síria, tendo seus Direitos Humanos tratados de forma pueril, não resta alternativa senão a fuga para países vizinhos, se tornando, dessa forma, a última ratio na busca pelo mínimo de garantia

⁴⁷ Sete anos de conflito na Síria causaram uma tragédia colossal, diz alto comissário. **ONU NEWS**, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/03/1613712>>. Acesso em 25 mar. 2018.

⁴⁸ G1. Novos bombardeios atingem Guta Oriental, na Síria, após ONU aprovar cessar-fogo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/novos-bombardeios-atingem-ghouta-apos-resolucao-da-onu.ghtml>>. Acesso em 25 mar. 2018.

⁴⁹ Guerra síria completa 7 anos em março com ‘rastros de tragédia’ para civis, diz ONU. **ONUBR**, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/guerra-siria-completa-7-anos-em-marco-com-rastro-de-tragedia-para-civis-diz-onu/>>. Acesso em 25 mar. 2018.

⁵⁰ As Syria conflict enters eighth year, UN agencies join call for peace and safe aid delivery. **UN NEWS**, 14 mar. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2018/03/1004942>>. Acesso em 08 maio 2018

humanitária. Porém, como será demonstrado no presente trabalho, tendo em vista a situação precária a qual estas pessoas se submetem em busca de refúgio, as consequências são graves.

Ulfrid Neumann asserva:

De acordo com o conceito atual dominante no direito internacional, os Estados possuem, não só a obrigação de respeitar, mas também de proteger os direitos humanos fundamentais de forma ativa. [...] Por outro lado, o Estado é, potencialmente, o mais perigoso inimigo dos direitos humanos. [...] por conta do poder avassalador do Estado, lhe dá o potencial de negligenciar e violar os direitos humanos não só individual e seletivamente, mas também sistematicamente e amplamente⁵¹. (tradução nossa)

Sendo este o exato contexto o qual perpassa a Síria, que, diante do autoritarismo governamental desenfreado e a negligência da Organização das Nações Unidas, a violação de direitos humanos, algo não natural, acabou por se naturalizar no dia a dia desta população, isto porque, seguindo a esteira do pensamento de Ulfrid Neumann, o Estado é a maior ameaça aos direitos humanos⁵².

Ocorre que, apesar de estarmos lidando com um cenário desta magnitude, a União Europeia se mostra intransigente em abrir suas portas e conferir o direito de asilo aos imigrantes sírios, que abarrotam países vizinhos, como o Líbano, Jordânia e Turquia. Porém, apesar da intransigência europeia, os migrantes empreendem em massa no ingresso irregular aos países europeus, o que reflete, infelizmente, em dados alarmantes.

A Organização Internacional para Migrações (OIM) afirma que atravessar o Mar Mediterrâneo com destino à Europa é a jornada mais perigosa para migrantes, com ao menos 33.761 mortes ou desaparecimentos registrados entre 2000 e 2017, sendo que o maior número de mortes foi registrado em 2016 (5.096), quando a rota menor e relativamente menos perigosa da Turquia para a Grécia foi fechada, após um acordo entre União Europeia e o país euro-asiático⁵³.

Ademais, a OIM ainda divulgou que, desde 2014, mais de 1,2 mil crianças migrantes morreram. Quase metade delas faleceu ao tentar atravessar o Mediterrâneo rumo à Europa. A Agência da ONU afirmou ainda que o número real de óbitos deve ser muito além do colhido, uma vez que faltam dados precisos sobre a idade de quem cruza fronteiras⁵⁴.

Registrando as estatísticas levantadas no ano de 2018, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) expôs que as ameaças são cada vez maiores na viagem à Itália, que desde o início deste ano registou 501 mortos ou

⁵¹ NEUMANN, Ulfrid. Legal Positivism, Legal Moralism, and the Response of Criminal Law to “Systemic Violation of Human Rights”. In: ADEODATO, João Maurício (Ed.). **Human Rights and the problem of legal injustice**. São Paulo: Noeses, 2013. p. 287-302.

⁵² Ibidem. p. 288

⁵³ Travessia do Mediterrâneo é a mais mortal para migrantes, diz relatório da ONU. **ONUBR**. 04 jan 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/travessia-do-mediterraneo-e-a-mais-mortal-para-migrantes-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em 04 maio 2018.

⁵⁴ Mais de 1,2 mil crianças morreram desde 2014 tentando migrar, alerta ONU. **ONUBR**. 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mas-de-12-mil-criancas-morreram-desde-2014-tentando-migrar-alerta-onu/>>. Acesso em 04 maio 2018.

desaparecidos, isto levando em consideração o fato de que houve uma queda de 74% nas chegadas de refugiados e migrantes ao território italiano, tendo em vista as medidas de controle das fronteiras e ao perigo das travessias⁵⁵. E mais, a ACNUR expôs que cerca de 2,9 mil refugiados chegaram no mês de abril à região grega de Evros. A Agência da ONU afirmou, ainda, que as entradas em abril equivalem à metade das entradas de todo o ano de 2017⁵⁶.

Ademais, deve-se lembrar acerca das limitações dos dados disponíveis sobre migrações irregulares. O relatório prestado pela ACNUR afirmou que os números de mortes no Mediterrâneo podem estar subestimados, já que são baseados no volume de corpos encontrados e nos depoimentos de sobreviventes⁵⁷.

Mas e o direito de asilo? Os Estados não estariam obrigados a acolher esta população miserável que se encontra nesta deplorável situação? Segundo Sidney Guerra, o direito de asilo nos tempos modernos não pertence ao fugitivo, mas sim ao Estado, que pode, por conseguinte, concedê-lo ou recusá-lo, de acordo com as suas conveniências⁵⁸.

Ocorre que este é um tema de intenso debate doutrinário, tendo em vista as diferentes perspectivas acerca de sua natureza jurídica. Segundo Celso Mello

o direito de asilo, apesar de ter por finalidade proteger a pessoa humana, é ainda considerado um direito do Estado e não do indivíduo. Significa isto que o Estado não é obrigado a conceder o asilo, mas apenas o faz se assim o quiser.

Na verdade, a interpretação não pode ser genérica, uma vez que alguns países (Guatemala) reconhecem ao indivíduo direito ao asilo⁵⁹.

Ocorre que esta liberdade de escolha se funda em dispositivos legais, tais como a Convenção sobre Asilo Territorial, de 1954, que defende, em seu artigo 1º que “todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, de admitir dentro de seu território as pessoas que julgar conveniente, sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação”⁶⁰.

Assim sendo, em meio a este fogo cruzado político-ideológico, a população síria se encontra refém de interesses Estatais e ainda, sobre indefinições acerca de

⁵⁵ Acnur diz que número de migrantes que chegam à Europa baixou 74% em 2018. **ONU NEWS**. 11 abr. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/04/1618032>>. Acesso em 04 maio 2018.

⁵⁶ Região grega recebe somente em abril o equivalente a mais da metade de refugiados de todo ano passado. **ONU NEWS**. 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/04/1620562>>. Acesso em 04 maio 2018.

⁵⁷ Travessia do Mediterrâneo é a mais mortal para migrantes, diz relatório da ONU. **ONUBR**. 04 jan 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/travessia-do-mediterraneo-e-a-mais-mortal-para-migrantes-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em 04 maio 2018.

⁵⁸ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 386.

⁵⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1092-1093

⁶⁰ BRASIL. Decreto-lei nº, **55.929, de 19 de abril de 1965. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm>. Acesso em 24 maio 2018

seus próprios direitos, em específico, de asilo, que hoje sequer é considerado um direito da pessoa humana, mas meramente uma “prática humanitária”. Nas palavras de Celso Mello, o asilo, instituto essencialmente humanitário, somente atenderá completamente a sua finalidade quando se transformar em um direito do indivíduo e em dever do Estado⁶¹.

3. A (in)eficácia da atuação da ONU

3.1 Para além dos limites “políticos” da ONU

Em conformidade com o que foi brevemente abordado no capítulo anterior, nas ramificações dos Direitos Humanos, o direito de asilo não se encontra alocado nesta natureza garantista. Por conta disso, países não são compelidos a agasalhar os migrantes em uma situação como da Síria, o que faz com que, diante desta recusa, estes indivíduos em sua maioria se submetam a tráfegos clandestinos, resultando de modo inevitável, em dramáticas consequências.

Ocorre que, além da não configuração do direito de asilo como um direito do homem, a Organização das Nações Unidas se encontra engessada diante de influências político-ideológicas que resultam no emprego abusivo do poder de veto de seus membros permanentes no momento em que uma resolução é posta para sufrágio. Consequentemente, a Organização se encontra impedida de solver a crise na Síria e, diante das omissões e limitações presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o direito de asilo, a última esperança dos migrantes, não se encontra sequer, prevista como uma garantia fundamental.

Sem levarmos em consideração do mesmo modo que, durante este século as restrições à liberdade de circulação internacional de pessoas cresceram numa escala exponencial outrora nunca vista⁶², impactando de forma direta na tensão vivenciada no Estado Sírio.

Diante deste quadro, se torna evidente o fato de que: os Direitos Humanos não podem esperar pela ONU, visto que hoje esta é uma Organização factualmente limitada, cujo Conselho de Segurança, instituição longa manos da ONU, se encontra permeada por interesses individuais de seus membros permanentes, em detrimento dos princípios que os regem e dos direitos da coletividade.

Este “não agir” dos Estados Nacionais nos últimos 07 (sete) anos de crise na Síria faz manifestar a necessidade de se readequar a arquitetura dos Direitos Humanos para além dos limites políticos impostos pela Declaração assinada pela ONU em 1948 e mais, conforme emergido nos últimos anos, a imprescindibilidade da reformulação do Conselho de Segurança da ONU e principalmente, o modus operandi do poder de veto por seus membros permanentes, que hoje se demonstra o maior instrumento impeditivo de resolução de conflitos na esfera internacional.

Em se tratando da política do poder de veto, instrumento não positivado na Carta das Nações Unidas e usado de forma desenfreada por seus membros

⁶¹ MELLO, op.cit., p. 1093, nota 60.

⁶² CAZARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A Circulação Internacional de Pessoas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110.

permanentes, este é considerado fundamentalmente injusto pela maioria dos Estados, além de ser considerado a principal razão a qual o Conselho falhou em responder adequadamente às crises humanitárias, como em Ruanda (1995)⁶³, quando um genocídio exterminou 800 mil pessoas em 100 dias em uma limpeza étnica perpetrada pelo governo de maioria hutu e, ao invés de acudir esta população, o Conselho de Segurança diminuiu o número das forças de paz⁶⁴, ademais, os Estados-membros da Organização insistiram na condenação do genocídio de Ruanda e pediram um reforço na missão da ONU, mas a maioria dos membros permanentes com poder de veto rejeitaram o pedido, entre eles os Estados Unidos⁶⁵.

Na esteira do pensamento de Jan Wouters e Tom Ruys:

Membros permanentes não apenas exerceram suas prerrogativas para proteger Estados parceiros de condenações ou sanções econômicas, eles também utilizaram para paralisar operações de manutenção ou imposição da paz. Claro que esta lista não é exaustiva, nenhum exercício do veto escapou completamente das críticas⁶⁶.

Neste sentido, pode-se perceber que hoje, o papel desempenhado pela ONU não atende às expectativas da comunidade internacional. Isto porque sua política interna impossibilita o cumprimento de todas suas funções dispostas na Carta e, principalmente, não sana as crises que se revelam no cenário internacional durante o passar dos tempos.

Na cirúrgica colocação de Ricardo Seintefus: Quais as razões destes reiterados fracassos? A discordância original ainda vige na atuação da Organização: a ONU foi fundada por aqueles que triunfaram na Segunda Guerra Mundial com o objetivo de controlar os derrotados, mas logo este propósito se suspendeu em razão da Guerra Fria. Isto porque, tanto os Estados Unidos quanto a Rússia perceberam que poderiam desfrutar das Nações Unidas como um local extraordinário para sua atuação no cenário internacional, jamais como um elemento limitador de seu poder. Ora, todos os demais Estados, especialmente os situados ao Sul, vislumbravam a ONU como o incontornável caminho para a construção de um mundo mais simétrico. Portanto, o realismo dos fortes, adicionado ao idilismo dos fracos, compôs a receita infalível para a cristalização da injustiça e a reiteração do fracasso⁶⁷.

⁶³ WOUTERS, Jan; RUY, Tom. **Security Council Reform: A New Veto for a New Century?** Bruxelas: Academia Press, 2005. p. 3 (tradução nossa). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=2qeWtBVjSXcC&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 13 maio 2018.

⁶⁴ Entenda por que o mundo não impediu o genocídio de Ruanda. **G1**. 06 abr 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/entenda-por-que-o-mundo-nao-impediu-o-genocidio-de-ruanda.html>>. Acesso em 13 maio 2018.

⁶⁵ Diplomata se desculpa por falha da ONU em Ruanda. **Estadão**. 17 abr 2014. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,diplomata-se-desculpa-por-falha-da-onu-em-ruanda,1154960>>. Acesso em 29 maio 2018

⁶⁶ WOUTERS, op.cit, p. 3 – 8.

⁶⁷ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20880889/ricardo-seintefus---manual-das-organizacoes-internacionais-livro-completo>>. Acesso em 12 maio 2018.

Assim, resta nítido o fato de que a escassa eficiência da Organização é compensada por ampla e pesada burocracia. Dezenas de instituições são criadas, muitas apresentando objetivos e projetos sobrepostos. Nestas condições, a ONU se transforma numa imensa fábrica de letras, com toneladas de papéis oriundos de consultorias, reuniões, conferências, simpósios, assembleias, conselhos e declarações. Parte deles, antes de nascer, já é letra morta. Aos grandes esforços gastos para elaboração, sucede a ausência de vontade política dos mais fortes e influentes para torná-los realidade⁶⁸.

Considerações finais

Em um mundo que caminha no desrespeito aos Direitos Humanos, o papel desempenhado pelos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU em nada visam alterar essa sina, pelo contrário, dão forças a governos absolutistas em troca de aparição no cenário internacional –no caso da Rússia–, ou até mesmo no suporte a grupos rebeldes que buscam derrubar o governo de Bashar Al Assad, adquirindo, como contraprestação, a expansão do território israelita, no caso dos Estados Unidos da América.

Assim, permeado por influências político-ideológicas, a Organização das Nações Unidas, órgão que nasce após a 2ª Guerra Mundial com uma promessa de reestabelecimento da paz e da segurança internacionais e, principalmente, como a garantia de proteção aos direitos do homem, hoje, se mostra um instituto inerte, que assiste desde 2011 o Estado Sírio perpassar por crises humanitárias sem qualquer intervenção da instituição.

Neste sentido, o presente estudo buscou demonstrar, de forma clara, a alarmante situação que se encontra a Síria e, inequivocamente, o congelamento da Organização das Nações Unidas em função da preservação de interesses particulares dos países que compõe o Conselho de Segurança, principal órgão deliberativo dentro da Organização.

Referências

Acnur diz que número de migrantes que chegam à Europa baixou 74% em 2018.

ONU NEWS. 11 abr. 2018. Disponível em:

<<https://news.un.org/pt/story/2018/04/1618032>>.

ARAÚJO Júnior, Célio Torquato de. **As violações de Direitos Humanos no controle da crise humanitária na Europa em 2015 à luz do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos**. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ensino Superior de Seridó, Caicó, 2016. Disponível em: <<https://monografias.ufrn.br/jspui/>>.

As Syria conflict enters eighth year, UN agencies join call for peace and safe aid delivery. **UN NEWS**, 14 mar. 2018. Disponível em:

<<https://news.un.org/en/story/2018/03/1004942>>.

⁶⁸ Ibidem. p. 178-179.

- AZEVEDO, Luiz Carlos de. História do direito, ciência e disciplina. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 31-49, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em:
<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67354/69964>>.
- BRASIL. Decreto-lei nº, **55.929, de 19 de abril de 1965. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm
- BUTLER, Richard. Bewitched, Bothered, and Bewildered; Repairing the Security Council. **Chicago Tribune**, ago./1999
- CAZARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A Circulação Internacional de Pessoas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- Diplomata se desculpa por falha da ONU em Ruanda. **Estadão**. 17 abr 2014. Disponível em:
<<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,diplomata-se-desculpa-por-falha-da-onu-em-ruanda,1154960>>.
- Entenda por que o mundo não impediu o genocídio de Ruanda. **G1**. 06 abr 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/entenda-por-que-o-mundo-nao-impediu-o-genocidio-de-ruanda.html>>.
- Entenda a disputa de potências por trás da Guerra Civil na Síria. **G1**. 22 jan 2014 Disponível em:
<<http://g1.globo.com/mundo/siria/noticia/2014/01/entenda-disputa-entre-potencias-por-tras-da-guerracivil-na-siria.html>>.
- Novos bombardeios atingem Guta Oriental, na Síria, após ONU aprovar cessar-fogo. **G1**. 25 fev 2018. Disponível em:
<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/novos-bombardeios-atingem-ghouta-apos-resolucao-da-onu.ghtml>>.
- GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Guerra síria completa 7 anos em março com ‘rastros de tragédia’ para civis, diz ONU. **ONUBR**, 9 mar. 2018. Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/guerra-siria-completa-7-anos-em-marco-com-rastro-de-tragedia-para-civis-diz-onu/>>.
- HOBBSAWM, Eric. **A era dos Extremos: O Breve Século XX 1914-1991**. p. 34. Disponível em:
<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4071685/mod_resource/content/1/Era%20dos%20Extremos%20%281914-1991%29%20-%20Eric%20J.%20Hobsbawm.pdf>.
- HORTA, Luiz Fernando Castelo Branco Rebello. **Guerra Fria e Bipolaridade no Conselho de Segurança das Nações Unidas: Entre Conflitos e Consensos**. 2013. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Brasília, Instituto de Relações Internacionais, Brasília, 2013. Disponível em:

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13617/1/2013_LuizFernandoCasteloBrancoRebelloHorta.pdf>.

KELSEN, Hans. **A Paz pelo Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

LUDENDORF, 1964, apud MELLO, C. D. de A. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Mais de 1,2 mil crianças morreram desde 2014 tentando migrar, alerta ONU. **ONUBR**. 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-12-mil-criancas-morreram-desde-2014-tentando-migrar-alerta-onu/>>.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e Garantia Constitucionais: e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NADER FILHO, Adalberto Simão. **Conselho de Segurança e o seu papel no Século XXI: ONU por um mundo Uno**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. Legal Positivism, Legal Moralism, and the Response of Criminal Law to “Systemic Violation of Human Rights”. In: ADEODATO, João Maurício (Ed.). **Human Rights and the problem of legal injustice**. São Paulo: Noeses, 2013.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>

ONU. Conselho de Segurança. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/conselho-de-seguranca/>>

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Região grega recebe somente em abril o equivalente a mais da metade de refugiados de todo ano passado. **ONU NEWS**. 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/04/1620562>>.

REUTER, 1959, apud LIMA, C.H de P. O Caráter Obrigatório das Decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaelectronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_XV.pdf>.

RICCI, Carla. **Primavera Árabe na Síria: A Correlação de Forças na Evolução das Revoltas Populares à Guerra Civil**. 2016. - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<seer.unipampa.edu.br/index.php/GAE-OMAM/article/download/23046/8626>>.

SEINTEFUS, Ricardo. Conflito mostra ineficácia de organizações internacionais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 maio 1999. Disponível em: <<http://www.seintefus.com.br>>.

SEINTEFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20880889/ricardo-seintefus---manual-das-organizacoes-internacionais-livro-completo>>.

Sete anos de conflito na Síria causaram uma tragédia colossal, diz alto comissário. **ONU NEWS**, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/03/1613712>>.

The National Interest. What Our Primate Relatives Say About War. Disponível em: <<http://nationalinterest.org/commentary/what-our-primate-relatives-say-about-war-7996>>.

THEODORO, Eliézer Trevisan. O Conselho de Segurança da ONU. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29560/o-conselho-de-seguranca-da-onu>>.

Travessia do Mediterrâneo é a mais mortal para migrantes, diz relatório da ONU. **ONUBR**. 04 jan 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/travessia-do-mediterraneo-e-a-mais-mortal-para-migrantes-diz-relatorio-da-onu/>>.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>.

WOUTERS, Jan; RUYSS, Tom. **Security Council Reform: A New Veto for a New Century?** Bruxelas: Academia Press, 2005. p. 3 (tradução nossa). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=2qeWtBVjSXcC&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Subtração internacional de menores: a mediação transnacional como meio de resolução de conflitos familiares (*)

International subtraction of minors: transnational mediation as a resolution for family conflicts

Sustracción internacional de menores: la mediación transnacional como medio de resolución de conflictos familiares

Margareth Vetis Zaganelli¹

Simone Guerra Maziero²

Manuel Nabais Da Furriela³

(*) Recibido: 07/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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 (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais 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, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" - cofinanciado pela União europeia.
mvetis@terra.com.br
- ² Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Administração de Recursos Humanos pelo Centro de Pós-Graduação, Especialização e Cultura da FAESA – Fundação de Assistência e Educação. Pós-graduada em Direito Judiciário pela Faculdade São Geraldo, Servidora Pública Federal – Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região (TRT17).
guerra.vix@hotmail.com
- ³ Bacharel em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Mestre em Direito pela American University (AU). Mestre em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado. Presidente da Comissão da OAB/SP para o Refúgio, o Asilo e a Proteção Internacional. Reitor das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Representante do Brasil no projeto Tuning da União Europeia na área de Relações Internacionais. Professor Convidado das Universidades de Angers (UA) - França, East London (UEL) - Inglaterra e de Lodz (UL) - Polônia.
manuel.furriela@fmu.br

Sumário: Introdução. **1.** Perda do vínculo familiar como efeito mais grave da separação conjugal. **2.** Alienação parental e subtração de menores. **3.** A Convenção da Haia e o Direito Internacional. **4.** Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração internacional de Menores e o direito brasileiro. **5.** Mediação como método de resolução de conflitos familiares. **6.** Mediação familiar transfronteiriça nos casos de subtração de menores. – Conclusão. – Referências.

Resumo: No mundo atual, globalizado e de crescente mobilidade de pessoas e de famílias entre países de todos os continentes, assiste-se ao crescimento dos conflitos familiares internacionais, tendencialmente mais complexos que os de âmbito nacional, sobretudo quando envolve casos de alienação parental e de subtração de crianças e de adolescentes. O artigo tem por intencionalidade abordar a mediação familiar transfronteiriça, também conhecida por mediação familiar internacional, enfatizando o seu potencial como instrumento jurídico para assistir as famílias a resolver conflitos familiares de caráter transfronteiriço e/ou multicultural, em diferentes fases desses mesmos conflitos familiares. Por meio de metodologia qualitativa e de pesquisa bibliográfica e documental, o trabalho procura ressaltar a existência e as especificidades da mediação familiar transfronteiriça/internacional como meio de resolução de conflitos familiares, sobretudo nos casos envolvendo sequestro internacional de menores, à luz da Convenção da Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças e dos instrumentos de cooperação internacionais, apontando as dificuldades existentes nos procedimentos judiciais que envolvem o Direito Internacional, em especial a aplicação no Brasil, que tem sido muito criticada pela comunidade internacional em virtude da morosidade da justiça e das decisões de primeira e de segunda instâncias, que não buscam a decisão estrangeira de juízo competente sobre a matéria.

Palavras-chave: Subtração internacional de menores, alienação parental, Convenção da Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças, conflitos familiares transfronteiriços e multiculturais, mediação familiar transfronteiriça.

Abstract: In the current, globalized world with increasing mobility of people and families between countries on all continents, international family conflicts are growing, which tend to be more complex than those at the national level, especially when it involves cases of parental alienation and abduction children and adolescents. The article intends to address cross-border family mediation, also known as international family mediation, emphasizing its potential as a legal instrument to assist families in resolving cross-border and / or multicultural family conflicts, in different phases of these same family conflicts. Through qualitative methodology and bibliographic and documentary research, the work seeks to highlight the existence and specificities of cross-border / international family mediation as a means of resolving family conflicts, especially in cases involving international kidnapping of minors, in the light of the Hague Convention. on the civil aspects of the international kidnapping of children and international cooperation instruments, pointing out the difficulties existing in the judicial procedures involving international law, especially the application in Brazil, which has been criticized by the international community due to the slowness of justice

and first and second instance decisions, which do not seek the foreign decision of the competent court on the matter.

Keywords: international child abduction, parental alienation, The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction, cross-border and multicultural family conflicts, cross-border family mediation.

Resumen: En el mundo actual y globalizado con una creciente movilidad de personas y familias entre países de todos los continentes, hay un aumento de los conflictos familiares internacionales, que tienden a ser más complejos que los nacionales, especialmente cuando se trata de casos de alienación parental y de sustracción de niños y adolescentes. El artículo pretende abordar la mediación familiar transfronteriza, también conocida como mediación familiar internacional, enfatizando su potencial como instrumento legal para ayudar a las familias a resolver conflictos familiares transfronterizos y / o multiculturales, en diferentes fases de estos mismos conflictos familiares. A través de la metodología cualitativa y la investigación bibliográfica y documental, el trabajo busca resaltar la existencia y las especificidades de la mediación familiar transfronteriza / internacional como un medio para resolver conflictos familiares, especialmente en casos de secuestro internacional de menores, a la luz de la Convención de La Haya, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños y los instrumentos de cooperación internacional, señalando las dificultades existentes en los procedimientos judiciales relacionados con el derecho internacional, especialmente la aplicación en Brasil, que ha sido criticada por la comunidad internacional debido a la lentitud de la justicia y decisiones de primera y segunda instancia, que no buscan la decisión extranjera del tribunal competente en la materia.

Palabras clave: secuestro internacional de niños, alienación parental, La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, conflictos familiares transfronterizos y multiculturales, mediación familiar transfronteriza.

Introdução

Com a globalização, mais e mais pessoas estabelecem domicílio em países diversos, constituindo família e tendo filhos. E com a ocorrência de um maior número de casamentos entre pessoas de nacionalidades e culturas diversas, também aumenta o número de separações e, conseqüentemente, disputas familiares internacionais envolvendo crianças.

Um dos efeitos mais perniciosos dos conflitos familiares é a síndrome da alienação parental, que ocorre quando, após a separação, o genitor que manteve a guarda dos filhos os manipula de tal maneira que, aos poucos, os laços afetivos com o genitor visitante se desgastam, afastando a criança do convívio familiar.

E a maneira mais radical de afastar a criança do outro genitor ocorre com a sua subtração, que ocorre quando um dos genitores leva o filho para local diverso do seu

domicílio, ou até mesmo para outro país, sem autorização, dificultando ou até mesmo impossibilitando o contato.

É nesse ponto que surge a proposta de utilização da mediação familiar como método de resolução de conflitos.

A mediação vem ganhando gradativamente um maior destaque no ordenamento jurídico, tanto no Brasil como no exterior, sendo cada vez mais utilizada para resolução dos conflitos.

O instituto da mediação pode ser definido como um método autocompositivo de resolução de conflitos, em que um terceiro auxilia as partes a tomarem uma decisão, não interferindo diretamente, mas ajudando a restaurar o diálogo.

Diferentemente de outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, como a arbitragem, em que a solução é proferida por terceiro escolhido pelas partes, ou a conciliação, em que o conciliador atua de maneira ativa, sugerindo propostas para pacificar o conflito, a mediação ocorre quando um terceiro ajuda os demandantes a chegarem de maneira voluntária a um acordo, sem sugerir ou impor soluções, mas como um facilitador que busca restabelecer a comunicação entre os lados litigantes.

Se a prerrogativa para resolução de conflitos originalmente era exercida pelo Estado-juiz, que impunha uma resposta às demandas apresentadas com base na técnica jurídica, nem sempre agradando às partes, a mediação pode ser entendida como uma busca de resultados que trarão vantagens para os dois lados. Ao invés de uma decisão imposta, em que um lado ganha e outro perde, a mediação busca restabelecer o diálogo, para que as partes procurem construir uma solução consensual.

A mediação, em especial nos casos familiares, torna-se uma possibilidade de resolver conflitos fora do Poder Judiciário, de maneira a preservar o melhor interesse da família, e não simplesmente aplicar a Lei a qualquer custo.

O objetivo principal do presente trabalho é abordar a utilização do instituto da mediação como importante meio alternativo de dirimir, pacificamente, os litígios familiares internacionais, em especial nos casos de subtração de menores por um dos pais, quando está em jogo o melhor interesse da criança.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, cujo procedimento técnico utilizado é o bibliográfico e cuja natureza da vertente metodológica é a qualitativa.

1. Perda do vínculo familiar como efeito mais grave da separação conjugal

A guarda dos filhos, quando ocorre uma separação, torna-se frequentemente um ponto de conflito, convertendo-se em mais um argumento na disputa do casal, e também uma maneira de exercer o poder, negando ao outro lado os direitos mínimos de convivência familiar.

Torna-se, dessa maneira, imprescindível reconhecer quais os interesses afetivos e onde começa a disputa de poder entre os cônjuges. É muito comum usar a guarda dos filhos como uma maneira de exercer poder sobre o outro, e a maneira mais cruel de fazê-lo é por meio da alienação parental.

Se, ao final de uma união conjugal, principalmente se houve a separação litigiosa, as partes não tiverem suficiente equilíbrio emocional, as mágoas e

frustrações acumuladas no período de convívio podem ser utilizadas contra o outro lado, gerando acusações recíprocas e um grande desgaste sentimental, podendo desaguar em atos de alienação parental.

Muitas vezes os processos de separação tramitam nas varas de família por longos períodos, sem chegar a uma solução, porque o que está em disputa não é simplesmente uma questão patrimonial, e sim as mágoas, as frustrações e as acusações de lado a lado, e que não podem ser resolvidas simplesmente com a aplicação da lei (BRAGANHOLO, 2005, p. 71).

Há questões em disputa que vão além do aspecto legal. Se o casal não tem mais a capacidade de se comunicar sem que as discussões sejam postas de lado, a mediação pode proporcionar uma oportunidade de resolver questões emocionais, para que a separação possa se concretizar sem se tornar um motivo de vingança pessoal.

Afinal, os relacionamentos que envolvem vínculos afetivos trazem em si uma alta carga de complexidade, o que torna o processo de separação extremamente doloroso para as partes envolvidas

A mediação torna possível um outro olhar nos casos de conflitos familiares, em especial nos casos de separação litigiosa, quando há filhos menores envolvidos.

Esta nova maneira de solução dos conflitos tenta fugir à ótica do Direito tradicional, de tutelar a esfera patrimonial, deixando as relações familiares como uma preocupação inerente a outras áreas do saber.

2. Alienação parental e subtração de menores

Dentre os inúmeros problemas que assolam o novo século, a alienação parental representa um severo abuso psicológico perpetrado contra crianças, produzindo danos severos ao longo da vida de suas vítimas. Assim, torna-se relevante apresentá-la como um fenômeno em que um dos genitores, ou quem quer que detenha autoridade ou guarda sobre o menor, efetua uma série de práticas com a finalidade de dificultar ou até mesmo destruir o seu vínculo com o outro genitor, sem que exista motivos reais que justifiquem tal conduta.

Algumas condutas praticadas pelo alienador podem ser: realizar manobras desqualificando as condutas do outro genitor em sua posição de mãe ou pai, dificultar o exercício da autoridade parental, prejudicar o contato da criança com o outro genitor, perturbar o período de visita do outro, omitir informações pessoais importantes sobre o menor, apresentar falsas denúncias contra o outro e mudar de domicílio sem motivos, visando dificultar a convivência do menor com o outro genitor e seus familiares. (BRASIL. Poder Judiciário Do Estado De Mato Grosso. (Org.). Cartilha Alienação Parental, 2014, p.7)

As condutas praticadas nos casos de alienação parental fazem com que as vítimas sejam “privadas do convívio social e familiar, impossibilitadas, assim, de criar vínculos afetivos duradouros, sujeitas, portanto a danos para toda a vida” (GASPAR, R.A.; AMARAL, G, 2013, p.2). As crianças e os adolescentes sujeitos a esse fenômeno podem apresentar sentimentos de baixa estima, de insegurança, depressão, afastamento de outras crianças e transtornos de personalidade. Além disso, o indivíduo, se não tratado a tempo, ao chegar à adolescência ou à fase adulta,

pode desenvolver um sentimento de culpa ao perceber que agrediu a pessoa alienada e, muitas vezes, a distância criada entre ambos é tão grande que não é mais possível a reversão deste distanciamento.

A alienação parental representa um grave risco à saúde das crianças e dos adolescentes e, por este motivo, foi promulgada em 2010 a Lei nº 12.318, que dispõe sobre o assunto. Esse dispositivo, em seu artigo 3º, caracteriza que este fenômeno fere direito fundamental da criança ou do adolescente à convivência familiar saudável, além de ser um tipo de abuso moral e um descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental (BRASIL, 2010). A lei também prevê uma série de sanções, desde multas ao alienador, ampliação do regime de convivência com o genitor alienado, intervenção psicológica monitorada e até mesmo a suspensão ou a perda do poder familiar do genitor alienador.

No contexto da globalização o problema da alienação parental alcança limites extraterritoriais, agravando ainda mais os efeitos da alienação, o que torna mais difícil a sua dissolução. Fala-se então da subtração internacional de menores. Esse fenômeno se diferencia do tráfico internacional de menores, pois a subtração internacional de menores seria a transferência ilegal do menor por um dos seus genitores a um país que não corresponde àquele de sua residência habitual, tendo em vista que na maioria dos casos os genitores das crianças pertencem a diferentes nacionalidades. Já aquele se refere “a subtração, a transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos”.

O art. 2º do Decreto nº 2.740/1998 define (BRASIL, 1998):

Art. 2.º Para os efeitos desta Convenção, entende-se:

- a) por “menor”, todo ser humano menor de 18 anos de idade;
- b) por “tráfico internacional de menores”, a subtração, transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos;
- c) por “propósitos ilícitos”, entre outros, prostituição, exploração sexual, servidão ou qualquer outro propósito ilícito, seja no Estado em que o menor resida habitualmente, ou no Estado Parte em que se encontre; e
- d) por “meios ilícitos”, entre outros, o sequestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou o recebimento de pagamentos ou benefícios ilícitos com vistas a obter o consentimento dos pais, das pessoas ou da instituição responsáveis pelo menor, ou qualquer meio ilícito utilizado seja no Estado de residência habitual do menor ou no Estado Parte em que ele se encontre.

Tem particular relevância o fato de que esse fenômeno é um caso de alienação parental, já que se encaixa perfeitamente no disposto no artigo 2.º, VII, da Lei de Alienação Parental (BRASIL, 2010):

Art. 2.º, § 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: (...) 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”.

A subtração parental ocorre na situação em que o pai ou a mãe afasta os filhos do outro genitor, sem nenhuma justificativa, e, para tal, leva-os de sua residência habitual a diferente país, sem a autorização do outro. O genitor que subtrai a

criança pode ser denominado de genitor subtrator, enquanto que outro é chamado de genitor abandonado (BRASIL, 2010).

Nesse caso, o menor poderá ser alienado, pois, ao mudá-lo de seu lar para um novo ambiente, um lugar em que provavelmente seu único vínculo será com o subtrator, ele será dependente daquele e, por isso, vulnerável a quaisquer meios que o genitor subtrator usar para fazê-lo ver a situação de seu ponto de vista. É inegável que a subtração internacional de menores expõe, então, a criança aos mesmos riscos presentes nas situações de alienação parental, com a ressalva de serem agravados pela distância física entre o menor e o genitor abandonado. Pode-se afirmar que “a subtração parental, nas suas modalidades nacional e internacional, representa a pior forma de alienação parental, com prejuízos muitas vezes irreversíveis tanto para o filho quanto para o genitor que a sofre (VIVEIROS, 2016, p.1)”.

A subtração usualmente acontece de duas maneiras possíveis. Na primeira delas o subtrator retira a criança de seu guardião legal (ou convencional), sem a autorização deste, e leva-o de seu domicílio habitual para outro país. A segunda hipótese dá-se quando o guardião autoriza o outro genitor a viajar, com uma data de retorno estipulada, e no momento do retorno o subtrator se recusa a devolver a criança ao seu domicílio.

É possível que o subtrator motive o seu comportamento na insegurança de perder a guarda da criança para o outro genitor ou mesmo de, no caso da guarda compartilhada, não ser autorizado a voltar a seu país de origem sem a criança, o que o obrigaria a continuar a viver em outro Estado. Mas essa ideia ignora justamente o fato de que o subtrator acaba realizando contra o genitor abandonado aquilo que ele mais temia, além disso, essa conduta prejudica profundamente o menor, que é, sem dúvida, a maior vítima de toda esta situação.

Como se vê, a criança que deixa seu pai ou sua mãe experimenta sentimentos de incompreensão, de insegurança, de culpa, de medo, de abandono por parte do outro, de sofrimento por sua vida ter mudado abruptamente e sem ao menos saber o porquê. Aliado a isso, é comum que o subtrator influencie-o a conceber o outro genitor numa perspectiva ruim para que ela alegue sempre querer ficar com aquele que a subtraiu. A criança afastada de um de seus pais não poderá conhecer o genitor abandonado e nem tecer suas próprias críticas a respeito deste. O subtrator, então, de maneira cruel, sequestra parte da vida emocional da criança com seu outro genitor (BENTO, 2017, p. 1-2).

O desafio que se constrói, a partir da realidade exposta, é o de promover meios que mitiguem estes episódios e que garantam ao menor a manutenção da sua integridade psicológica e a construção e conservação de seus vínculos familiares, os quais são essenciais ao seu desenvolvimento físico, mental e social. Em vista disso, mostram-se essenciais os tratados internacionais que versam sobre esta matéria, em especial a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (BRASIL, 2000), e a cooperação internacional, tanto entre os países signatários quanto entre os não signatários, para que se obtenha a melhor solução, visando sempre o interesse do menor, em tempo hábil a mitigar qualquer dano causado pela alienação parental.

3. A Convenção da Haia e o Direito Internacional

O principal organismo internacional que trata de Direito de Família é a Conferência da Haia, organização intergovernamental que tem por finalidade trabalhar para a unificação progressiva das regras de direito internacional privado. Apesar de ter sido criada ao final do século XIX, somente com a elaboração de seu estatuto, em 1955, ampliou sua adesão a mais países-membros.

Atualmente, é de cento e doze o número de Estados Membros da Convenção da Apostila da Haia, conforme dados do sítio do Conselho Nacional de Justiça.

A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças surgiu de uma demanda recorrente, provocada pelos conflitos causados por pais que levavam os filhos menores, sem autorização do outro genitor, para país diverso daquele onde tinha sido fixado o domicílio familiar, com o intuito de exercer com exclusividade o direito de guarda e tentando suprimir a influência do outro genitor sobre a prole comum, e também de deter a guarda desautorizada do filho.

Com o crescente trânsito de pessoas entre os países, é cada vez mais comum a ocorrência de uniões familiares transnacionais. Quando a união conjugal se desfaz, não raro formam-se lides que devem ser levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Com o objetivo de efetivar justiça, e para que fosse respeitado o melhor interesse da criança, foi criada, em 1980, na cidade de Haia, a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, visando a cooperação jurídica internacional, com a designação de obrigações recíprocas entre os Estados-Partes.

A cooperação internacional busca, com o trabalho comum dos Estados, obstar que o deslocamento de pessoas entre fronteiras dificulte a aplicação da Justiça. Para enfrentar os desafios próprios de um mundo globalizado, os sujeitos de Direito Internacional devem se unir e buscar a cooperação mútua, com a celebração de tratados versando sobre interesses comuns. Com a cooperação transnacional, um Estado pode requerer que outro Estado adote providências de seu interesse, garantindo efetividade à justiça.

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (BRASIL, 2000) prevê procedimentos para evitar que as dificuldades impostas pelas fronteiras internacionais consolidassem a retenção irregular da criança. Para tal mister, determinou que o foro competente para apreciação de questões sobre a guarda de menores é o correspondente ao local onde eles possuem residência habitual - como regra geral, o último domicílio do menor, antes da subtração, e não necessariamente o domicílio do detentor da guarda - e que as decisões obtidas em ações de guarda no país para onde a criança foi levada não podem influenciar nos processos de restituição da criança ao país de origem.

4. Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Menores e o direito brasileiro

A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças foi assinada em Haia em 25 de outubro de 1980 e incluída no Direito brasileiro por meio do Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000 (GONÇALVES, 2014, p.1).

O supracitado decreto significou um avanço por parte do Brasil no combate ao deslocamento e subtração de menores. A então ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Ellen Gracie Northfleet, na ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF 172 MC-REF), observou que o cumprimento de tratados, acordos e convenções internacionais a que o País formalmente aderiu e ratificou pressupõe a boa-fé pelos Estados signatários, permitindo “a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes” (ADPF 172 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto da ministra Ellen Gracie Northfleet, 10-6-2009, P, *DJE* de 21-8-2009).

Com relação ao Direito brasileiro, ponderou que “a Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na LICC” (ADPF 172 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto da ministra Ellen Gracie, 10-6-2009, P, *DJE* de 21-8-2009).

Sobre o tema subtração de menores, foi definido pela convenção que as questões relativas à guarda de menor serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração. Os pedidos de guarda devem tramitar com a máxima celeridade, visando diminuir os impactos que a separação pode vir a provocar nos núcleos familiares, tendo em vista que o foco principal da Convenção de Haia é o melhor interesse do menor.

A ministra alertou ainda sobre a repercussão negativa que o atraso no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado, em razão do princípio da reciprocidade dos tratados internacionais.

Visando agilizar os procedimentos para implementação da Convenção, foi instituído em agosto de 2006 o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980 pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ministra Ellen Gracie Northfleet. Uma das medidas adotadas foi a edição de uma cartilha sobre a citada Convenção, com comentários de cada artigo, elaborados pelos membros do grupo, incluindo jurisprudência brasileira e estrangeira.

Interessante pontuar que o termo “sequestro internacional de crianças” utilizado na tradução da Convenção da Haia de 1980, não é precisamente o tipo penal utilizado no ordenamento jurídico brasileiro. No direito penal brasileiro, sequestro é a subtração de pessoas com o objetivo de obter dinheiro ou vantagem financeira, o que não ocorre nas disputas familiares.

Na verdade, trata-se de um deslocamento ilegal da criança de seu país ou sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. Em outros países a terminologia adotada também varia: a versão em inglês utilizou o termo “abduction”, que significa o traslado ilícito de uma pessoa para outro país mediante o uso de força ou fraude. Em língua francesa adotou-se o termo “enlèvement”, que significa retirada, remoção. Em Portugal o termo foi traduzido para “raptó”, adequado à legislação portuguesa, mas não à brasileira, onde o significado é também diverso. No Brasil, a opção pela utilização do termo “sequestro” tem gerado controvérsias, por não condizer ao tipo previsto em nossa legislação civil ou penal.

Por esse motivo, no presente trabalho optou-se por utilizar a terminologia “subtração”, que não agrega o peso de um tipo penal.

4.1. As dificuldades na utilização da Convenção da Haia no direito brasileiro

Uma das dificuldades apresentadas na utilização da Convenção da Haia deveu-se à demora de sua introdução no ordenamento pátrio. Apesar de ter sido aprovada em 1980, somente entrou em vigor no Brasil 20 anos mais tarde, com a publicação do Decreto nº 3.413/2000. Ainda foi necessário mais um ano para a designação da Autoridade Central responsável por dar cumprimento às obrigações trazidas pela Convenção, o que ocorreu com o Decreto nº 3.951, de 4/10/2001. Este mesmo Decreto também criou o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de Crianças e instituiu o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Sequestrados Internacionalmente.

Dessa maneira, não é surpreendente que a Coordenadora de 2007 do Grupo de Estudos para a Convenção da Haia sobre Cobrança de Alimentos e outras formas de manutenção da família, Mônica Sifuentes, tenha identificado que “após 20 anos da aprovação no plano internacional e 8 anos no âmbito interno, poucas pessoas no Brasil, inclusive profissionais do Direito, conheciam a Convenção” (SIFUENTES, 2009, p. 135).

Desde que o Brasil assinou a Convenção, em 1980, comprometeu-se a dar tratamento prioritário aos casos de subtração de menores, mas que prioridade é essa, se só a introdução no ordenamento pátrio demorou vinte anos? É uma prioridade judicial, em detrimento do melhor interesse da criança ou do adolescente? Com certeza, não é essa a imagem que o Brasil quer passar para os outros países signatários.

Com a globalização e o crescente trânsito de pessoas entre os países, aumentou o número de brasileiros que se mudaram para o exterior e ali formaram suas famílias, como também o número de estrangeiros que vieram para o Brasil, casaram-se e tiveram filhos.

Quando um dos pais toma a atitude de levar filhos menores para longe do lugar onde nasceram, sem o consentimento do outro genitor, demonstra o grau de conflito estabelecido. Em muitos casos, a demora na decisão judicial beneficia o autor da subtração, pois dificulta a retomada dos laços familiares rompidos com a separação (SIFUENTES, 2009, p. 137).

O Brasil vem recebendo muitas críticas da comunidade internacional quanto ao cumprimento da convenção, em especial com relação à demora do procedimento judicial. Um dos fatores que mais impactam nesse atraso é o fato de que, não raro, há conflitos de jurisdição entre a Justiça Federal (que é a responsável pelo julgamento dos pedidos de restituição de menores, segundo a Convenção da Haia), e a Justiça comum, que é frequentemente acionada quando um dos genitores chega ao Brasil e solicita a guarda provisória da criança ao Juiz de família.

Quando um pedido de cooperação jurídica é recebido pela Autoridade Central brasileira e não ocorre a restituição espontânea do menor, o caso é encaminhado para a AGU, que dá entrada no processo de restituição do menor no âmbito da Justiça Federal. Se já houve um pedido de guarda da criança na Justiça comum, duas ações são ajuizadas concomitantemente: uma na Justiça Federal, que tem a atribuição conferida pela Convenção da Haia de 1980 de decidir sobre a restituição do menor

ao seu país de origem, e outra na Justiça Comum, com o objetivo de decidir com quem ficará a guarda.

A Convenção da Haia tem como objetivo justamente promover o rápido retorno do menor ao seu país de residência habitual, e por esse motivo a morosidade na tramitação dos processos vem gerando protestos dos países estrangeiros junto ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

Com o objetivo de facilitar a aplicação da Convenção da Haia no Brasil, foi instituída em 2014 a Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos.

A Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças - que conta com participação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) - concluiu em 2015 a proposta de anteprojeto de lei que deverá regulamentar a Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores (promulgada pelo Decreto nº 1.212/1994) e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças (Decreto nº 3.413/2000).

O anteprojeto de lei objetiva estabelecer diretrizes para a atuação do Estado brasileiro na efetiva aplicação da proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional, aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças e acesso internacional à Justiça.

Para dar cumprimento às obrigações assumidas no Tratado, o art. 6º da Convenção da Haia estabelece a obrigação de cada Estado Contratante designar uma Autoridade Central. No Brasil, a Autoridade Central (ACAF- Autoridade Central Administrativa Federal) é a Secretaria Especial de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, conforme disposto no decreto 3.951/01.

A Autoridade Central recebe e analisa os requisitos formais do pedido de regresso do menor apresentado pela Autoridade Central estrangeira. Caso estejam presentes os requisitos, a ACAF comunicará a Interpol para a localização da criança ou o adolescente e, no caso de frustrada a conciliação, comunicará a Advocacia-Geral da União (AGU) para que ingresse com a ação de busca, apreensão e repatriação do menor.

A ação visando o regresso de menor é proposta pela União perante a Justiça Federal, pois conforme dispõe o art. 109, III da CF, compete aos juízes federais julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional. Considerando que o Brasil subscreveu e referendou a Convenção da Haia de 1980, a União ingressa com a ação, representada pela Advocacia-Geral da União, considerando que o art. 10 da Convenção obriga o Estado Contratante, onde o menor se encontrar, a fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a sua entrega.

4.2. Aplicabilidade da Convenção da Haia no caso de subtração internacional de menores: Caso Sean Goldman

O desconhecimento por parte das pessoas sobre as consequências e responsabilidades da constituição de prole em país estrangeiro, bem como a respeito da mudança ou retorno para o seu país de origem, tem gerado problemas

não apenas de natureza familiar. Chegam a representar, em alguns casos, verdadeiros incidentes diplomáticos (SIFUENTES, 2009, p. 137).

Um dos casos mais emblemáticos sobre o assunto foi a subtração do menor Sean Goldman, nascido nos Estados Unidos, de mãe brasileira (Bruna Bianchi) e pai americano (David Goldman), foi trazido ao Brasil em 2004, quando contava quatro anos de idade, para uma viagem de duas semanas. Ao chegar aqui, a mãe requereu divórcio e a guarda do menino. A partir daí, iniciou-se uma batalha judicial pela guarda de Sean.

A mãe constituiu nova família e teve uma filha com o segundo marido. O caso, que já era complexo, ficou ainda mais complicado com o falecimento de Bruna, ocorrido em agosto de 2008. Seu segundo marido obteve a guarda do menor, por decisão do juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro, alegando que Sean já tinha formado laços com a família brasileira (avós, tios, padrasto), e em especial com a meio-irmã.

Seguiram-se acusações mútuas entre a família brasileira e o pai biológico de Sean. A família brasileira acusou David Goldman de falta de interesse em ver o filho, e o pai alegou que a família brasileira dificultava seu acesso ao menor.

Duas ações tramitaram concomitantemente, uma perante a Justiça Federal (órgão competente para decidir os casos pertinentes à Convenção da Haia, que foi provocado pela Autoridade Superior brasileira, em atendimento a requerimento americano) e outra perante a Justiça Estadual do Rio de Janeiro, para decidir sobre a guarda do menor.

Em 01 de junho de 2009, o juiz da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro determinou que Sean deveria retornar aos Estados Unidos, mas no dia seguinte o Ministro do STF Marco Aurélio concedeu liminar, a pedido da avó brasileira, Silvana Bianchi, para que Sean permanecesse no Brasil.

Em 10 de junho de 2009 o Tribunal Regional Federal (TRF - 2ª Região) também entendeu pela permanência do menor no país, em decisão liminar, mas em 16 de dezembro do mesmo ano o mesmo Tribunal, dessa vez em decisão definitiva, determinou que a guarda de Sean pertencia ao pai biológico, estipulando o prazo de 48 horas para que a família brasileira entregasse o menino.

No dia seguinte o Ministro Marco Aurélio de Mello concedeu liminar pela permanência do menor no Brasil, em sede de Habeas Corpus impetrado pela avó, Silvana Bianchi, decisão que foi cassada em 22 de dezembro pelo Ministro do STF Gilmar Mendes. Não havia mais possibilidade de recurso, e Sean teve que retornar aos Estados Unidos com o pai.

A foto de Sean sendo entregue ao pai biológico, com semblante assustado, na véspera do Natal de 2009, foi amplamente divulgada pela mídia. Até então os casos de subtração de menores não causavam tanta comoção, por ficarem adstritos às famílias envolvidas. Mas o caso Sean ganhou uma nova proporção, como uma disputa de soberania entre os dois países, Brasil e Estados Unidos.

Qualquer que tenha sido a decisão, a verdade é que os anos de separação, primeiro entre Sean e o pai biológico, e agora entre Sean e a família brasileira, cobram seu preço. O tempo não volta, e a convivência entre as duas famílias, após

longa e desgastante disputa judicial, mostrou-se impossível. A avó materna alega que nunca mais viu o neto, e o avô materno faleceu em 2012, após, portanto, o retorno de Sean aos EUA, sem que a família pudesse ser reunida novamente.

Mesmo após completar a maioridade, e podendo, desse modo, decidir sozinho sobre a própria vida, Sean não voltou a reatar os laços com a família brasileira. O rapaz alegou que foi vítima de alienação parental por parte da família materna, e que o padrasto nunca mais o procurou após seu retorno aos Estados Unidos, deixando claro que não entrou na disputa judicial por amor, mas por orgulho (Folha de São Paulo, 2018, p. 1).

Independentemente do resultado da decisão judicial, haveria uma família em sofrimento, por ver frustrada sua reivindicação. Uma decisão de comum acordo, que pensasse no bem-estar de Sean, ao invés de transformar a disputa em um jogo de interesses, seria muito mais viável para os dois lados, provocando menos sofrimento e desgaste emocional. Essa é a proposta trazida pela mediação nos conflitos familiares, um refazer dos diálogos e dos laços que se encontram estremecidos, em busca de consenso e visando sempre o melhor interesse da criança.

5. Mediação como método de resolução de conflitos familiares

A mediação é um método de resolução de conflitos em que há intervenção de um terceiro, que assume o papel de mediador neutro e imparcial, para que as partes possam retomar o diálogo, buscando uma solução que atenda a ambas os lados (BOECHAT; SOUZA; ZAGANELLI, 2017, p. 309).

Junto com a conciliação, a mediação vem ganhando espaço na resolução de conflitos, tendo em vista seu caráter de respeito à autonomia das partes, que irão elaborar de maneira conjunta um desenlace para o conflito que se apresenta.

A conciliação mostra-se mais adequada na resolução de conflitos objetivos, quando as partes não mantêm vínculos, enquanto que a mediação se aplica, preferencialmente, àqueles litígios em que os envolvidos possuem vínculos anteriores, de convivência ou familiares.

Pelo seu caráter consensual, a mediação é especialmente eficaz para os casos em que os demandantes possuem vínculos entre si, como relações familiares ou de convivência.

Nas disputas familiares não é raro haver discussões que ultrapassam o litígio em andamento, remontando a conflitos de anos atrás, ou mesmo décadas. Aquelas situações que não foram resolvidas a contento à época ressurgem, muitas vezes impregnadas de mágoas e rancores.

É necessário a atuação de uma equipe multidisciplinar, englobando psicólogos, terapeutas, juntamente com os operadores do Direito, para que a mediação possa surtir o efeito desejado.

A autocomposição de conflitos configura-se como uma alternativa ao julgamento do pedido feito pelo Estado-juiz, principalmente pela celeridade alcançada, em contraponto ao excesso de demandas judiciais que ocasionam uma morosidade excessiva.

Quando a solução encontrada é fruto de uma discussão em que as propostas foram abordadas com liberdade e construídas passo a passo, torna-se mais fácil cumprir o que foi acordado, e por essa razão a mediação é um eficaz método de resolução de conflitos.

Mediação familiar no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 já citava em seu preâmbulo, como valor fundamental, o compromisso com a solução pacífica das controvérsias. Tal disposição se repete no art. 4º, VII, que aponta o princípio da solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais.

A inclusão da mediação em nosso ordenamento jurídico começou a ser apreciada a partir da tramitação do Projeto da Lei nº 4.053/2008, que foi transformado na Lei nº 12.318/2010, dispondo sobre Alienação Parental.

A primeira versão do PL 4.053/2008 incluía a definição legal de alienação parental, considerada uma forma de abuso no exercício do poder familiar, e incluía ainda o uso de mediação para resolução de conflitos (MASCARENHAS, 2011, p. 12).

Após análise pela primeira comissão, a de Seguridade Social e Família, o artigo que tratava da mediação foi excluído, sob o argumento de que havia outros projetos em tramitação na Câmara e que tratavam o assunto de maneira mais ampla, dada a complexidade do tema.

Ao passar pela segunda comissão, a de Constituição, Justiça e Cidadania, o artigo sobre mediação foi novamente incluído no PL, seguindo para o Senado e sendo aprovado sem alterações. Todavia, o presidente da República, ao analisar o PL, optou por vetá-lo parcialmente, retirando o artigo sobre mediação, sob a alegação de que o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes é indisponível, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em uma primeira análise, pode ter havido uma confusão entre indisponibilidade de direitos e impossibilidade de negociação, mas a indisponibilidade de um direito não impede que os pais negociem, por exemplo, regras para visitação, em caso de separação judicial, conforme pondera Mascarenhas (2011, p. 14).

O veto presidencial ao artigo sobre mediação frustrou as expectativas de quem esperava ver positivado o instituto da mediação, o que só veio a ocorrer com a promulgação do Código de Processo Civil, em 16 de março de 2015, que prescreve que o mediador atuará auxiliando os interessados a compreender as questões conflituosas, com o intuito de identificar soluções que gerem benefícios mútuos, tal como descrito no art. 165, parágrafo 3º (BRASIL, 2015).

No atual Código de Processo Civil a conciliação e mediação ganharam destaque, com a determinação de que nas ações de família serão envidados esforços para a solução consensual da controvérsia, com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento, podendo o processo ser até mesmo suspenso enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial e ao atendimento multidisciplinar (art. 604, *caput* e parágrafo único).

O princípio da autonomia da vontade indica que a mediação só poderá ter início com autorização das partes, que terão liberdade para interromper a sessão, realizar acordos ou até mesmo não realizá-los, se esta for a vontade dos lados envolvidos.

Logo em seguida à publicação do Novo Código de Processo Civil foi promulgada a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), em 26 de junho de 2015, que entrou em vigor 180 dias após sua publicação (antes, portanto, da entrada em vigor do Código de Processo Civil, cuja *vacatio legis* só se encerrou em março de 2016), considerada um marco na positivação da mediação no Brasil.

O ano de 2015 foi, portanto, uma referência para a mediação no Brasil, que alcançou um novo patamar com a positivação do instituto. Em 2010 houve a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que buscou estabelecer políticas públicas de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de resolução de litígios no Judiciário, mas a edição de lei específica veio dar mais ênfase à responsabilidade do Estado de fomentar a disponibilização da mediação à população (TARTUCE, 2016, p. 257).

Com a positivação da mediação, além do Poder Judiciário, as Defensorias Públicas e o Ministério Público tiveram que se adequar para também oferecer à população mecanismos de autocomposição de conflitos.

6. Mediação familiar transfronteiriça nos casos de subtração de menores

A lentidão na Justiça não é privilégio brasileiro, havendo casos em que o Brasil é o requerente e o processo judicial correspondente também é demorado. Esse é mais um motivo para a ênfase nas tentativas de autocomposição de litígios familiares envolvendo menores de idade.

No Brasil, segundo dados obtidos no site do STF, a Autoridade Central Administrativa Federal já registra 30% (trinta por cento) de casos resolvidos pelo método da composição amigável, extrajudicial. Apesar dos resultados positivos obtidos, muitas autoridades centrais estrangeiras não demonstram interesse em tentativas de acordo entre as partes, por entenderem que são medidas protelatórias de decisões judiciais (BRASIL, STF, Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, p. 17).

O CPC/2015 e a Lei de Mediação reforçaram a promoção dos meios consensuais no plano normativo (TARTUCE, 2017, p. 33). Nesse mesmo sentido, a Resolução CNJ nº 125 reconhece a necessidade de prover a estrutura necessária para viabilizar a mediação e a conciliação como políticas públicas de resolução de conflitos (TARTUCE, 2017, p. 33).

A Lei nº 13.140/2015 traz como princípios aplicáveis à mediação a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, para que o processo de mediação possa surtir o efeito desejado, de resolução de conflitos com um menor impacto na vida das famílias afetadas.

Na atualidade, em muitos países, a mediação familiar transfronteiriça, também conhecida por mediação familiar internacional tem sido um relevante instrumento de resolução de conflitos familiares em que as partes são afetadas por um ou mais

elementos extranacionais, tais como diferentes países de residência, línguas, culturas, nacionalidades ou sistemas jurídicos.

Independentemente da decisão tomada pela Justiça, o fato é que a criança, ao se ver em presa no centro de uma disputa judicial, em que os pais usam de todos os meios para permanecer com sua guarda, vê-se em um turbilhão de emoções, muitas vezes desagradáveis. Mesmo que a criança não tenha a lembrança exata de tudo o que ocorreu, fica o sentimento de angústia e o sofrimento causado nos genitores, qualquer que seja a decisão final.

Juristas brasileiros elogiam o pacto da Haia, mas sua aplicação no país tem sido motivo de críticas, principalmente em virtude da morosidade na tramitação judicial, o que pode gerar marcas indelévels em toda a família.

Tendo em vista diminuir o impacto que tais disputas provocam vida do menor é que vemos a importância da mediação internacional, dentre outras propostas de autocomposição dos conflitos familiares. Vale ressaltar que nas últimas décadas, A União Europeia tem promovido nomeadamente a mediação familiar, também conhecida por mediação familiar transfronteiriça, um processo legal de resolução de conflitos familiares em que as partes são afetadas por um ou mais elementos extra-nacionais, tais como línguas, culturas, nacionalidades, diferentes países de residência, ou ordenamentos jurídicos (Mediação Familiar Transfronteiras, Portal Europeu da Justiça, 2017).

Durante o procedimento, o(s) mediador(es) familiar(es) transfronteiriço (s), em colaboração com outros profissionais que atuam com as partes em conflito, assiste(m) as partes a comunicar e a alcançar entendimentos ou acordos responsáveis, de forma voluntária e mutuamente aceite, sobre os assuntos familiares em litígio, que proporcionem satisfação aos seus interesses e os dos menores, quando existam menores envolvidos.

O recurso ao processo de mediação familiar transfronteiriça pode ocorrer em diferentes momentos do conflito familiar e pode prosseguir em paralelo a um ou mais processos judiciais. Para melhores resultados, deve ser acionado na fase inicial de um litígio relativo a menores, funcionando como mecanismo de prevenção da subtração internacional de menores.

A mediação familiar internacional pode ser utilizada para promover um acordo entre as partes num procedimento que tramite ao abrigo da Convenção da Haia de 1980, seja o regresso ou o não regresso do menor, ou aspectos práticos relacionados com a sua viagem.

A mediação de conflitos familiares transfronteiriços coloca uma série de desafios específicos, nos casos de subtração internacional de menores, que a distinguem da mediação familiar em contexto nacional. As pessoas que recorrem a este tipo de mediação familiar na maioria das vezes têm diferentes origens culturais, religiosas, linguísticas. Segundo o modelo de comediação binacional, bicultural, bilíngue e biprofissional, os mediadores que gerem o processo de mediação deverão partilhar a mesma origem, cultura e/ou conhecimento cultural e língua dos mediados. A organização deste tipo de processo de mediação impõe dificuldades temporais, geográficas, dentre outras.

Por outro lado, o recurso à mediação oferece vantagens relativamente a outros meios tradicionais de resolução de conflitos familiares transfronteiriços. Em primeiro lugar, a mediação familiar internacional oferece soluções mais duradouras e satisfatórias para as partes em conflito, promove o respeito pelo superior interesse do menor e permite debater assuntos jurídicos e extrajurídicos. Constitui-se em processo estruturado, informal e flexível, no qual podem participar os terceiros – além dos mediados e mediadores – e no qual as partes podem criar e desenvolver a sua própria forma de resolver o conflito.

O recurso à mediação familiar internacional minimiza o conflito atual das partes, previne conflitos futuros e em alguns casos pode ser o único meio de ajudar as crianças envolvidas a manterem o contato com ambos os pais. Além disso, permite em regra uma resolução da contenda de forma mais célere e menos onerosa para as partes.

Conclusão

Cada vez mais a mediação vem sendo utilizada para resolução dos conflitos, pelo seu caráter de busca de consenso, entendida como um método autocompositivo em que um terceiro auxilia as partes a tomarem uma decisão, não interferindo diretamente, mas ajudando a restaurar o diálogo.

A mediação ocorre quando um terceiro ajuda os demandantes a chegarem de maneira voluntária a um acordo, e é especialmente eficaz nos casos em que as partes possuem vínculos anteriores, familiares ou de convivência. O mediador não atua como um juiz da causa, mas como um facilitador que busca restabelecer a comunicação entre os lados.

Se o uso da mediação nos conflitos familiares nacionais tem se mostrado eficaz para o restabelecimento do diálogo, mais promissora ainda é sua utilização nos casos de conflitos transnacionais, em que as famílias envolvidas vêm de países, culturas e realidades diferentes, e muitas vezes o Estado-juiz não é capaz de tomar uma decisão que seja viável para os dois lados, de maneira tempestiva e com o menor custo emocional possível.

Os casos de subtração de menores são o lado mais impactante de uma realidade cada vez mais comum. Ao se desfazer uma relação conjugal, e quando há menores envolvidos, um dos pais pode querer a guarda da criança unilateralmente, chegando ao extremo de ir para outro país para exercer este poder.

Mesmo com as garantias judiciais internacionais, como a Convenção da Haia, pacto assinado por mais de cem países, o fato é que uma disputa judicial é longa, burocrática e com resultados muitas vezes frustrantes, para um ou para ambos os lados.

A mediação transfronteiriça pode ser entendida como uma busca de resultados que trarão vantagens para os dois lados. Ao invés de uma decisão imposta, em que um lado ganha e outro perde, a mediação busca restabelecer o diálogo, para que as partes procurem construir uma solução consensual, quando está em jogo o melhor interesse da criança.

Referências

- BENTO, R. “**Quando o sequestro é emocional: subtração internacional de crianças**”. *O Estadão*. São Paulo, p. 1-2. 22 dez. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/quando-o-sequestro-e-emocional-subtracao-internacional-de-criancas/> . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BOECHAT, Ieda Tinoco; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; ZAGANELLI, Margareth Vetis. **A mediação e a autocomposição de conflitos: legados familiares possíveis**. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 19, n. 118, jun./set. 2017, p. 305-329.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da União. **Combate à subtração internacional de crianças: a Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Brasília: AGU/PGU, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. HCCH. Convenção da Apostila da Haia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/convencao-da-apostila-da-haia/paises-signatarios#A> Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. **Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores**, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. **Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças**, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL.. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Lei no 13.140, de 16 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 26 mar. 2020.

- BRASIL. Poder Judiciário Do Estado De Mato Grosso. (Org.). **Cartilha Alienação Parental**. Cuiabá: 2014, p.7. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2014/04 - Abril/25 - Cartilha - Alienação.pdf> . Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores**. Brasília: [20--]. Disponível em: http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/images/cartilhas/cartilhas_menores/Cartilha_Geral_Publico_OK.pdf Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Comissão sobre subtração internacional de crianças conclui anteprojeto de lei para regulamentar convenções**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2015/dezembro/comissao-sobre-subtracao-internacional-de-criancas-conclui-anteprojeto-de-lei-para-regulamentar-convencoes/> Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 172 MC-REF, Relator Ministro Marco Aurélio, trecho de voto da Ministra Ellen Gracie Northfleet, julgamento em 10 jun. 2009, Plenário, 21 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=17&tipo=CJ&termo=direitos+fundamentais> Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf> . Acesso em: 30 mar. 2020.
- CARDOSO, Maurício. **STF cassa liminar e Sean viaja com o pai para EUA**. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-22/gilmar-mendes-cassa-liminar-autoriza-viagem-sean-eua-pai> Acesso em: 30 mar. 2020.
- EUROPA.EU. Mediação Familiar Transfronteiras, Portal Europeu da Justiça, 2017. **O que é a mediação familiar transnacional?** Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_crossborder_family_mediation-372-pt.do Acesso em: 27 Mar 2020.
- GASPAR, R.A.; AMARAL, G. “Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?”. *Meritum*: revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 8, n. 01, p.351-387, jan./jun. 2013. Semestral, p. 2. Disponível em: <http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1790/1161> . Acesso em: 27 mar. 2020.
- GONÇALVES, Fernando Moreira. **A Convenção de Haia e a luta contra a retenção ilícita de crianças**. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-19/segunda-leitura-convencao-haia-luta-retencao-criancas> Acesso em: 30 mar. 2020.
- MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Mediação familiar: Por uma nova cultura de pacificação social**. Lex Humana. v. 3, n. 2, p. 20-38, 2011.

- MENDONÇA, Alba Valéria. **Família tenta concluir inventário de avô de Sean Goldman há um ano.** G1 Rio, 06 maio 2014. Disponível em : <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/05/familia-tenta-concluir-inventario-de-avo-de-sean-goldman-ha-um-ano.html> Acesso em: 02 dez. 2017.
- NOS EUA, Sean Goldman faz 18 e diz ter rompido com a avó brasileira. **Folha de São Paulo**, 27 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/nos-eua-sean-goldman-faz-18-e-diz-ter-rompido-com-a-avo-brasileira.shtml> Acesso em: 05 abr 2020.
- PORTUGAL. Matéria Civil e Comercial. **Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.** Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/conf-haia-direito-intprivado.html> Acesso em: 30 nov. 2017
- SIFUENTES, Mônica. **Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980.** Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p.135-144, 200. 2009.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família – Teoria e Prática.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- VIVEIROS, R. **“A subtração parental é a pior forma de alienação parental”.** 2016. Disponível em: <http://www.viveiros.com.br/a-subtracao-parental-e-a-pior-forma-de-alienacao-parental/> . Acesso em: 26 abr. 2018.

DERECHO CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad en Cuba: propuesta para su perfeccionamiento (*) (**)

The control of constitutionality in Cuba: a proposal for its improvement

Carlos Franco-Castellanos¹

Sumario: Introducción **1.-** El constitucionalismo cubano a comienzos del siglo XIX: breve reseña histórico-jurídica de la institución del control de constitucionalidad. **2.-** El diseño del control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico cubano de hoy: limitaciones. **3.-** Propuesta de control jurisdiccional de constitucionalidad para Cuba: dibujando una idea. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen. En este artículo, titulado: *“El control de constitucionalidad en Cuba: propuesta para su perfeccionamiento”*, se realiza un análisis doctrinal y legislativo de la institución objeto de investigación, como expresión concreta del control de validez y su finalidad de reafirmar la supremacía constitucional, enfatizando en su diseño a raíz de las Constituciones cubanas de 1976 y 2019 respectivamente, así como sus limitaciones. A partir de ello, se fundamenta una propuesta de perfeccionamiento que propicie la validez de las disposiciones normativas y la coherencia del ordenamiento jurídico patrio.

Palabras clave: control de constitucionalidad, principio de supremacía constitucional, validez de las disposiciones normativas, coherencia del

(*) Recibido: 24/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

(**) Este artículo es resultado de una investigación, titulada: “La validez del Derecho y su control”, iniciada en el año 2015, publicado en la Revista Derecho y Cambio Social, Vol. 12, No. 41, 2015.

¹ Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Máster Universitario en Bioética por la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, España. Licenciado en Derecho por la Universidad Agraria de La Habana “Fructuoso Rodríguez Pérez”, Cuba. Abogado. Profesor de Derecho e Investigador en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7153-4868>. cfcastlegal@gmail.com

ordenamiento jurídico cubano, limitaciones del control de constitucionalidad.

Clasificación JEL: K, K3, K30.

Abstract. The following article, entitled: “The constitutional control in Cuba: proposal of improvement”, shows a theoretical and legal analysis of the investigated institution as a determined expression of the validity control. It also enforces the constitutional supremacy, focusing on the design conceived in Cuban Constitutions of 1976 and 2019. Moreover, it takes into account the actual limitations normed. With this conception, it is given a proposal of functionality that helps to guarantee the validity of juridical norms and the coherence of the Cuban legal system.

Keywords: constitutional control, constitutional supremacy principle, validity of juridical norms, coherence of the Cuban legal system, limitations of constitutional control

JEL Classification: K, K3, K30

Introducción

Se parte de la idea de que la validez del Derecho debe ser condición y presupuesto indispensable para la aplicabilidad de las normas jurídicas, a partir de los requisitos de que estas hayan sido creadas conforme a los cauces constitucionalmente previstos y por los órganos facultados al efecto; entonces urge la necesidad de su control para garantizar la eficacia de los postulados normativos y del principio de supremacía constitucional.

En Cuba, el tema se ha analizado, básicamente, desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, el Derecho Constitucional y otras disciplinas. Así, varios juristas han emitido su valoración, entre los que resaltan valiosos doctrinarios de antaño, tales como: BLANCO, PORTAS RODRÍGUEZ, EDELMAN, HERNÁNDEZ CORUJO y MERINO BRITO², los que han estudiado, desde diferentes ángulos de valoración, el diseño del control de constitucionalidad previsto en sede judicial y cómo su realización tributa no solo a la validez normativa, sino a la coherencia del ordenamiento jurídico.

Después del triunfo revolucionario y de conformidad con el texto constitucional vigente, aparecen los criterios doctrinales de ÁLVAREZ TABÍO quien aborda el control judicial y, VEGA VEGA que analiza el control político y se pronuncia

² MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009, compiló magníficos trabajos de estos autores: BLANCO, A.: “Sobre el control de la constitucionalidad de las leyes y la aplicación directa, por el juez, de los preceptos constitucionales”, pp. 139-158; PORTAS RODRÍGUEZ, A.: “El alcance del recurso de inconstitucionalidad”, pp. 75-82; EDELMAN, J. F.: “Una opinión sobre el objeto y alcance del recurso de inconstitucionalidad”, pp. 83-100; HERNÁNDEZ CORUJO, E.: “La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba”, pp. 101-118; MERINO BRITO, E. G.: “El recurso de inconstitucionalidad y sus antecedentes históricos en el Derecho norteamericano”, pp. 119-124.

por la instrumentación de un control jurisdiccional³ como medio idóneo para asegurar la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico, postura que asumieron autores del presente, tales como: FERNÁNDEZ BULTÉ, PRIETO VALDÉS, MATILLA CORREA, PÉREZ HERNÁNDEZ, GUANCHE ZALDÍVAR y otros⁴.

Tal cual se aprecia, es profusa la literatura jurídica sobre el control de constitucionalidad y las propuestas que, en torno a su perfeccionamiento, se han fundamentado desde posiciones diversas y criterios disímiles, teniendo en cuenta las diferentes tipologías, ya sea política o jurisdiccional, en que se presenta y, todo ello en pos de alcanzar la realización del fenómeno jurídico.

En Cuba hoy, el estudio del control de validez, en su vertiente de control de constitucionalidad, reviste especial relevancia, en tanto el diseño concebido –que difiere mucho del anterior- no prevé que se sustancien en sede judicial conflictos relativos a esta materia. El control previsto es básicamente político y puede realizarse a través de diferentes instituciones y mecanismos, aunque solo el máximo órgano legislativo estatal puede hacer la declaración formal de inconstitucionalidad, o sea, de pérdida de validez por contradecir o desconocer la preceptiva constitucional. Así, vale señalar el que está previsto a favor de los órganos superiores respecto a los inferiores, los órganos municipales de representación sobre la labor de los entes administrativos subordinados en relación con las disposiciones normativas que estos dictan dentro del marco de su competencia, velando porque no coliden con las normas y principios articulados en la Constitución cubana.

Igualmente, pueden intervenir la Fiscalía General de la República y los Tribunales Populares en el aseguramiento de la *Lex Fundamental*. No obstante,

³ ÁLVAREZ TABÍO, F.: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1960; VEGA VEGA, J.: *Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pp. 257-265.

⁴ Cfr. PRIETO VALDÉS, M.: “Sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 26, Editorial Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, julio-diciembre, 2005, pp. 27-55; PRIETO VALDÉS, M.: *El control como instrumento de aseguramiento de derechos y de la continuidad del diseño*, Conferencia Magistral dictada en VIII Encuentro de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2008; FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., pp. 367-386; PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: “El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., pp. 575 y ss.; GUANCHE ZALDÍVAR, J. C. y FERNÁNDEZ ESTRADA, J. A.: “Se acata pero... se cumple. Constitución, República y socialismo en Cuba”, en GUANCHE ZALDÍVAR, J. C.: *La verdad no se ensaya. Cuba: el socialismo y la democracia*, Ed. Caminos, La Habana, 2012, pp. 55-83; MATILLA CORREA, A.: “El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba a comienzos del siglo XX: la Constitución de 1901 y la Ley de 31 de marzo de 1903”, en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Ed. UNAM-UniJuris, La Habana, 2012, pp. 104-187; SIMÓN OTERO, L.: “El control de constitucionalidad de las leyes en Cuba: el reto de su judicialización”, en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, cit., pp. 266-280; OCHOA DEL RÍO, J. A.: El control constitucional. Caso Cuba, en *Voz al Mundo.com*, disponible en: <http://www.vozalmundo.com> (consultado: 5 de febrero de 2020).

tampoco está diseñado el proceder para ello. Al respecto, merece destacar el silencio que existe en la *praxis* judicial acerca del procedimiento que el juez ha de utilizar para el caso en que estime que una normativa que deba aplicar de rango inferior transgreda una superior, e incluso que pueda ser inconstitucional.

Conforme al estado actual de los debates en torno al control de constitucionalidad, los autores consultados⁵ señalan un grupo de limitaciones y/o disfuncionalidades, significando no solo deficiencias normativas, orgánico-funcionales o estructurales, sino también la carencia de un procedimiento definido por Ley sobre cómo se deben elaborar las disposiciones jurídicas en el ordenamiento cubano y los mecanismos o vías para realizar su control, de manera que posibilite velar y servir de garante del principio de supremacía constitucional.

También, existen disposiciones normativas que restringen la posibilidad de cuestionar, en sede judicial, las decisiones administrativas o las que resultan de la interposición de recursos administrativos, las que pudiendo vulnerar derechos, preceptos o principios constitucionales, de todas maneras se hacen valer, con lo que se impide, además de que el ciudadano tenga pleno acceso a la justicia y a la defensa de sus derechos constitucionales, la realización del control de legalidad o de constitucionalidad, así como la verificación de validez normativa en el campo jurisdiccional; mecanismo que para lo cotidiano es más dinámico y efectivo.

En consecuencia, urge la continuación de estudios que relacionen la validez y el control de constitucionalidad, como medio para asegurar la eficacia constitucional, la realización de sus contenidos y propiciar la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

En tal sentido, cabe preguntarse: ¿qué se entiende por validez y qué efectos produce respecto al orden normativo? ¿Por qué debe controlarse? ¿Qué medios pueden instrumentarse para asegurar la validez de las disposiciones normativas? Si el aseguramiento de la validez propicia la coherencia del ordenamiento jurídico, ¿cómo contribuir con la realización de ambas? ¿Cómo asegurar la eficacia de la normativa superior cuando existen inferiores que la restringen o desconocen y se exigen las segundas antes que la primera? ¿Qué limitaciones tiene el control de constitucionalidad previsto?

1.- El constitucionalismo cubano a comienzos del siglo XIX: breve reseña histórico-jurídica de la institución del control de constitucionalidad

1.1.- Período colonial

El estudio del diseño de control de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o actos con fuerza de ley vigente en Cuba impone, inexcusablemente, un análisis histórico de la institución objeto de investigación, a los efectos de comprender el sistema establecido en la actualidad.

⁵ Véanse autores de la cita anterior, en la que todos sostienen la necesidad de perfeccionamiento del diseño actual de control de constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales.

En tal sentido, es de resaltar el proyecto constitucional de Joaquín INFANTE (1811), primero verdaderamente separatista⁶, por cuanto estimuló la realización del control mediante la tutela de las libertades y los derechos individuales. Al respecto, se constata –según PRIETO VALDÉS⁷– un indicio sugerente de control de constitucionalidad de tipo político, pues al proponer el establecimiento de un Consejo, detentor del Poder Legislativo, le atribuyó, entre otras facultades, la de “examinar, conservar o anular todo acto inconstitucional”; y aunque no se instrumentó, sí fue un aporte temprano del constitucionalismo cubano a la materia en estudio.

También, debe referirse la Constitución gaditana, promulgada el 19 de marzo de 1812, primer texto de su tipo vigente en Cuba que, al decir de FERNÁNDEZ BULTÉ,

(...) recogió y sintetizó, en su mismo cuerpo y en su contenido, todas las contradicciones y limitaciones de la sociedad y la política española en aquellos momentos especiales⁸.

En cuanto a este artículo interesa, el control de constitucionalidad solo se refrendó en los artículos 372 y 373, ubicados en el Título X: “*De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella*”, puesto que preceptuaba la facultad de las Cortes para remediar las infracciones realizadas a la Carta Magna, pudiendo hacer efectiva la responsabilidad de quien, con su actuar o disposición normativa dictada, hubiese contravenido los postulados superiores; con lo cual se consagró el principio de supremacía constitucional, además de la realización de sus contenidos. No obstante, su vigencia fue más teórica que real, amén de breve (1812-1814 y 1820-1823), por lo que su trascendencia, en el ámbito del control constitucional, no rebasó más allá de ser un primer referente.

Tal normativa constitucional es reformada y retomada años más tarde (1836-1837), producto del pronunciamiento de los sargentos de la Granja⁹; pero no fue elaborado precepto alguno ni mantuvo en su articulado referencia acerca de a quién correspondía la realización del control de constitucionalidad¹⁰. Diferente previsión jurídica hubo en la Constitución Autonómica de 25 de noviembre de 1897, que confirió amplias prerrogativas al Capitán General como máxima expresión del poder real y gobierno supremo de la colonia¹¹, y en lo concerniente a la materia que se investiga, vale resaltar que quedó facultado para “sancionar o suspender las leyes que dictara el Parlamento insular”, con lo cual este ejecutivo asumió –de forma

⁶ Cfr. VEGA VEGA, J.: *Cuba. Su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Ed. Endimión, Madrid, 1997, pp. 14 y ss.; FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba, cit.*, pp. 66 y ss.

⁷ PRIETO VALDÉS, M.: “Sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho, cit.*, p. 36.

⁸ FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005, p. 63. Sobre la Constitución de Cádiz y su impronta en Cuba, Cfr. VEGA VEGA, J.: *Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba, cit.*, pp. 19-20.

⁹ Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba, cit.*, p. 65.

¹⁰ Cfr. CLAVERO, B.: *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989, pp. 43 y ss.

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ SOLVEIRA, M.: “Cien Años de Derecho en Cuba (1868-1968)”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 1, Año I, La Habana, enero, 1972, p. 74.

concentrada- el control político de constitucionalidad, aunque sin mayor trascendencia por su breve período de vigencia.

1.2.- Luchas independentistas

Como es sabido, junto a la vigencia de la legislación colonial española antes señalada, durante el período de 1868 a 1898, en los campos libres de Cuba se adoptaron cuatro textos constitucionales que refrendaron jurídica y políticamente la llamada República de Cuba en Armas. Con respecto al control de constitucionalidad, en ninguno de ellos se constató, directa o indirectamente, referencia alguna; lo que se justifica por el hecho de que no era objetivo ni podía desgastarse, pues eran Constituciones en tiempo de guerra. En tal sentido, tuvieron una tendencia a la concentración de facultades en un órgano cívico-militar; necesario para que se pudiesen organizar los territorios liberados, unir fuerzas y dirigir la lucha contra la metrópoli, a la vez que imposibilitó la existencia de controles recíprocos. Por tanto, quedó reservada a la República el establecimiento del primer diseño de control que estuviese en vigor en el país.

1.3.- Período republicano

Fue, entonces, con la promulgación de la Constitución de la República de Cuba (1901), lastrada política y jurídicamente la letra magna y la soberanía nacional por el apéndice de la Enmienda Platt, en vigor en el año 1902, que en el artículo 83, apartado cuarto, se reguló –por primera vez- el control de constitucionalidad. Entre las atribuciones conferidas al Tribunal Supremo de Justicia, se previó la posibilidad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos cuando fueran objeto de controversia¹². Así, quedó instituido un control jurisdiccional ordinario de tipo concentrado, exclusivamente en manos del máximo órgano del Poder Judicial.

Tal precepto constitucional fue complementado posteriormente con la instrumentación del recurso de inconstitucionalidad, mediante la Ley de 31 de marzo de 1903¹³. En cuanto a este artículo interesa, se consignó que la parte afectada por la aplicación de una disposición jurídica presuntamente inconstitucional durante una actuación judicial podía recurrir ante el máximo órgano judicial en defensa de sus derechos mediante el recurso de inconstitucionalidad por vía de apelación o casación, estimulando así la realización del control de constitucionalidad, de manera indirecta, como mecanismo de aseguramiento de los derechos y, a la vez, de la validez normativa.

Por su parte, cuando se tratara de que la afectación causada por la aplicación de una disposición jurídica operara fuera de procesos judiciales (proveniente de actuaciones administrativas), se interpondría directamente ante el Tribunal Supremo como recurso de inconstitucionalidad, estableciéndose así como vía de acceso inmediato el ejercicio de la correspondiente acción procesal. Con tal fórmula, se buscaba preservar no solo la supremacía constitucional y sus contenidos

¹² Cfr. BETANCOURT, A. C.: *Recurso de inconstitucionalidad*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1915, pp. 5 y ss.

¹³ Cfr. Ley de 31 de marzo de 1903, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 1 de abril de 1903.

mediante el control indirecto, sino también la verificación de la validez de las disposiciones normativas inferiores restrictivas o contradictorias al magno texto.

Con respecto a los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, suscrito en ejercicio de la acción privada, se reconocieron como tales solo a las personas que, durante o fuera de procesos judiciales, cuando se generara la aplicación de disposiciones jurídicas presuntamente inconstitucionales, resultarían afectadas en sus derechos y bienes. De tal suerte, no se refrendó el ejercicio de la acción pública, lo que constituyó una de las limitaciones del diseño previsto¹⁴, pues no fue el soberano incluido como accionante para incoar el control directo de constitucionalidad, a la vez que la defensa de la supremacía constitucional.

En cuanto al momento de realización del control, este sería posterior a la promulgación de la norma impugnada, pero siempre requiriéndose su aplicación en un caso concreto. Ello evidencia otra limitación en la concepción del procedimiento para asegurar la validez de las disposiciones inferiores a partir de la salvaguarda de la supremacía constitucional y sus contenidos.

De interés para esta tesis es la declaración de inconstitucionalidad que, pronunciada por el Tribunal Supremo, no tendría efectos generales, *erga omnes*, derogatorios de la disposición normativa; sino solo declarativos o *inter partes* y retroactividad limitada respecto al litigio donde esta se suscitaba. En este sentido, tal previsión legal solo generó la inaplicabilidad de la norma cuestionada al caso judicial en examen y, supuso que la normativa así declarada continuaría vigente y exigible a sus destinatarios.

La limitación antes apuntada fue superada con la promulgación de la Ley de 17 de marzo de 1922¹⁵, al establecer que cuando el Tribunal Supremo declarara en dos ocasiones la inconstitucionalidad de una norma jurídica, la autoridad que la dictó estaría en la obligación de derogarla y si no lo hacía, la sentencia adquiriría efectos *erga omnes*. Siguiendo lo antes expuesto, se previó la obligatoriedad de derogación material de la disposición declarada inconstitucional por la autoridad que la promulgó, lo que indiscutiblemente estuvo destinado a contribuir con la preservación de la coherencia del ordenamiento jurídico y la realización de un control de constitucionalidad rigurosamente practicado para asegurar la validez normativa y la supremacía constitucional.

A partir de los elementos anteriormente expuestos, se colige que la concepción del control de constitucionalidad mostró –según MERINO BRITO¹⁶– los siguientes rasgos: el control se efectuaría únicamente por el máximo órgano judicial y la vía procesal para su incoación sería el recurso de inconstitucionalidad, con lo cual se potenció la defensa directa de los derechos constitucionales e indirectamente se

¹⁴ Cfr. GARCERÁN DE VALL Y SOUZA, J.: *El proceso de inconstitucionalidad*, Librería Martí, La Habana, 1947, pp. 124 y ss.; ÁLVAREZ TABÍO, F.: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, cit., p. 17.

¹⁵ Cfr. Ley de 17 de marzo de 1922, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 23 de marzo de 1922.

¹⁶ MERINO BRITO, E. G.: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1938, p. 15.

estimuló la realización del control de constitucionalidad y se llevó hasta sus últimas consecuencias el principio de supremacía constitucional.

Por su parte, la Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934¹⁷ sentó pautas diferentes en el diseño del control de constitucionalidad. En tal sentido, dispuso, según lo establecido en el apartado quinto de su artículo 78, que el Tribunal Supremo debía, entre otras facultades, decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, acuerdos y demás disposiciones generales, aumentando así el parámetro de normativas revisables por esta vía a todas las que en aquel entonces integraban el orden jurídico de la sociedad cubana. Además, previó expresamente la acción popular de inconstitucionalidad, cuando estipuló que, con independencia de las peticiones formuladas a instancia de parte afectada, dentro o fuera de actuaciones judiciales, también pudieran solicitar la declaración de inconstitucionalidad no menos de veinticinco ciudadanos que estuvieran en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Como garantía para el aseguramiento de la supremacía constitucional, el control de validez, suscrito en ejercicio de la acción pública colectiva, podría presentarse en cualquier tiempo, lo que aseguró no solo la realización de los contenidos constitucionales, sino también la coherencia del ordenamiento jurídico, al mantener la posibilidad siempre latente de impugnar aquellas normativas que contuvieran defectos de forma o vicios materiales. Asimismo, se concibió que, en los recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo debiera resolver siempre el fondo de la reclamación, a cuyo efecto señalaría un término para que los recurrentes subsanaran los defectos de forma que presentara el recurso. Finalmente, declarada la inconstitucionalidad de una disposición normativa, esta se tornaría inaplicable, con lo cual se extendían los efectos de tales decisiones, ya que no podría invocarse en ninguna forma y con ningún pretexto. Esta vía de intervención directa en defensa de intereses colectivos se retomará en 1977 y 1982, aunque no en sede judicial.

Así, con el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, comienza a hilvanarse la justicia constitucional en Cuba, sentando pautas para lo que caracterizaría a esta institución en el futuro.

Ya con la promulgación de la Ley Constitucional y las Disposiciones Constitucionales para el Régimen Provisional de Cuba de 11 de junio de 1935¹⁸, se derogó la anterior Ley Fundamental, pero siguió las mismas coordenadas en relación con el control constitucional previsto en 1934, con la nota peculiar de que no prevaleciera por defectos de forma un vicio de inconstitucionalidad¹⁹. Tal previsión estuvo orientada a facilitar el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, con vistas a restringir el rechazo de este tipo de recursos en base a meros defectos formales, lo que indudablemente se encaminó hacia la defensa cotidiana de la supremacía del magno texto y sus postulados normativos.

¹⁷ Cfr. Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 10 de 3 de febrero de 1934.

¹⁸ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 11 de junio de 1935, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 93 de 12 de junio de 1935.

¹⁹ Cfr. NIN Y ABARCA, M.: "El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 4, Año XV, octubre-diciembre, 1941, p. 489.

Con respecto a la Ley de Reforma Constitucional de 1936, vale resaltar que creó, en el plano formal y orgánico, una Sala especializada denominada entonces *Tribunal de Garantías Constitucionales*²⁰, encargada de resolver –entre otros asuntos- cuestiones de constitucionalidad. Ello tuvo como referente las ideas kelsenianas difundidas en Europa y constituyó un hito en la conformación de un modelo genuino, con vasta doctrina en la materia²¹ que influenció a la Constitución de 1940²².

Así, se promulgó una nueva Constitución que entró en vigor el 10 de octubre de 1940 y, fue considerada por muchos politólogos y juristas como uno de los textos constitucionales más avanzados y progresistas de su tiempo, no solo con respecto a Latinoamérica, sino a todo el mundo, precursora de un nuevo tipo de control²³.

En lo referente al control de constitucionalidad de las disposiciones generales, ratificó, en el inciso d) de su artículo 174, la facultad del Tribunal Supremo de Justicia de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridades o funcionarios, confirmándose el control constitucional de tipo jurisdiccional concentrado en Cuba. Sin embargo, se apartó del sistema establecido con anterioridad, ya que dispuso además la creación de una Sala especial dentro del máximo órgano judicial que se encargaría del control constitucional, la que se denominó Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (TGCS)²⁴, ubicada en un nivel superior al propio Supremo, lo que se verificó con lo estipulado en el artículo 13 de la Ley No. 7 de 31 de mayo de 1949, “Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (LOTGCS)”²⁵.

De tal suerte que el control de constitucionalidad, previsto en la Constitución de 1940, revalidó el jurisdiccional concentrado que venía efectuándose hasta

²⁰ Cfr. Artículos 119, apartado segundo y, 121-123 de la Ley de Reforma Constitucional de 1936.

²¹ Entre la doctrina desarrollada puede hacerse referencia a la constitucionalidad intrínseca, cuando se ha faltado a algún precepto formal de la Constitución, independientemente del contenido de la disposición ordinaria, y extrínseca, cuando la regla jurídica contenida en la disposición ordinaria contraviene un precepto sustantivo de la Constitución; la inconstitucionalidad de la Constitución, en relación con las reformas al texto, así como las acciones pública y privada en la materia. Cfr. Sentencias No. 11, 21 de febrero de 1935; No. 33, 6 de mayo de 1935; No. 26, 29 de septiembre de 1934 y No. 7, 11 de abril de 1934, en MERINO BRITO, E. G.: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, cit., pp. 49, 57, 59, 69 y 75.

²² Cfr. PRIETO VALDÉS, M.: “El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?”, en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos “CUBALEX”*, No. 33, Año 16, Tercera Época, Ed. UniJuris, La Habana, enero-diciembre, 2013, pp. 10-11, ISSN: 1028-8988.

²³ En relación con sus principales rasgos en materia de control, Cfr. PRIETO VALDÉS, M.: “El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?”, en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos “CUBALEX”*, cit., pp. 11-13.

²⁴ Denominación empleada por el Constituyente que provocó, en ese entonces y posteriormente, que en la doctrina nacional y foránea se le considerara imprecisamente como un verdadero y pleno “Tribunal Constitucional”, a la usanza kelseniana. *N. del A.*

²⁵ Cfr. Ley Orgánica No. 7, “Del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 7 de junio de 1949. La Ley No. 7 de 31 de mayo de 1949 fue modificada por la Ley No. 10 de igual fecha, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 8 de junio de 1949.

entonces, pero de tipo especial y no ordinario, así como los efectos constitutivos, *erga omnes* y derogatorios de las decisiones declarando inconstitucional algún precepto normativo, desde el momento de publicación de las sentencias en los estrados del Tribunal.

También, aportó elementos novedosos que superaban los concebidos por el modelo puro kelseniano. Ello se evidenció con los sujetos legitimados para incoar esta vía de defensa constitucional, ya que no quedó restringida a órganos o instituciones políticas –como en aquel modelo “puro”²⁶–, sino que atribuyó esta potestad a toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considerara inconstitucional (artículo 183 constitucional).

Asimismo, en cuanto a este artículo interesa, igual trascendencia tuvo el artículo 194 constitucional, al establecer con carácter *numerus clausus* aquellos sujetos que estaban facultados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, destacando la posibilidad de su ejercicio por los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan la jurisdicción ordinaria y las especiales, veinticinco ciudadanos que acreditaran tal condición y la persona a quien afecte la disposición normativa que se estime inconstitucional. Con ello, quedó reafirmada la acción privada; así como la acción pública que, desde 1934 y 1935, había caracterizado el control de constitucionalidad en Cuba.

Muy atinada fue la fórmula mixta para auspiciar el recurso de inconstitucionalidad, siempre respecto al fondo de la reclamación y con efectos *erga omnes*, por lo que a partir de este momento, el precitado recurso “adquiere una nueva significación y asumió un sentido jurídico-político... (que se encaminó) ...a la defensa del régimen constitucional vigente...”²⁷.

Ello se produjo como consecuencia de las reformas ilegales producidas con anterioridad²⁸. De conformidad con lo antes expuesto, se colige que esta previsión jurídica constituyó un mecanismo esencial de defensa de la Constitución, toda vez que conjugó los intereses individuales y colectivos.

Significativa fue la previsión constitucional que estipuló la obligación de los jueces y tribunales de resolver toda contradicción entre la Carta Magna y el resto de las normas que integraban el ordenamiento jurídico a favor de la primera²⁹; lo que tributó –sin lugar a dudas– a la preservación de la coherencia del orden legal. A pesar de ello, tuvo como limitante que el órgano jurisdiccional no podía entrar a resolver el conflicto entre una norma constitucional y otra jerárquicamente inferior. Pero, tal

²⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, en *Revista de Derecho*, Vol. XII, España, 2001, pp. 218-219.

²⁷ ÁLVAREZ TABÍO, F.: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, cit., p. 137.

²⁸ Cfr. PRIETO VALDÉS, M.: “El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?”, en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos “CUBALEX”*, cit., p. 9.

²⁹ En esta declaración, se aprecia el espíritu de los pronunciamientos dictados por el juez J. MARSHALL en el *Caso Marbury vs. Madison* (1803), cuando afirmó: “...si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables”. Vid. ZAMORA, J. C.: “La defensa de la Constitución en la legislación cubana”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., pp. 248-249.

consideración se fundamentó en que cuando el órgano de administración de justicia considerara inaplicable cualquier disposición normativa porque estimara que violaba la Ley Fundamental, suspendería el procedimiento y elevaría el asunto al TGCS, a los efectos de que este decidiera sobre la presunta inconstitucionalidad del precepto. Ulteriormente, devolvería el asunto al promovente para que continuara su conocimiento, una vez adoptadas las medidas de seguridad que fueran menester (artículo 194 constitucional).

Conforme a lo antes expuesto y siguiendo al profesor FERNÁNDEZ BULTÉ, con tal previsión constitucional se diseñó en Cuba lo que, doctrinalmente, se conoce como *sistema mixto de control de constitucionalidad*, por cuanto

el control de la constitucionalidad descansa en un órgano que concentra esa facultad, pero ese órgano es precisamente uno del llamado Poder Judicial, usualmente su órgano supremo³⁰.

Ello mereció elogios tanto en la doctrina patria como foránea³¹, colocando al constitucionalismo cubano en la vanguardia mundial como referente de ineludible estudio en esta materia³².

Pero, tales conquistas en el campo procesal constitucional recibieron un fuerte golpe que produjo su resquebrajamiento, cuando el TGCS validó la Ley Constitucional de 1952 y derogó la Constitución vigente (Sentencia No. 127 de 17 de agosto de 1953), ofreciendo legitimidad al nuevo orden instaurado y reconociéndole la potestad de creación de un nuevo Derecho con respecto al cual el Tribunal debía identificarse³³, suceso que marcó su destino³⁴.

³⁰ FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: "Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 374.

³¹ En elogio de este diseño, por la influencia que ejerció en su entorno, Cfr. GARCÍA BELAUNDE, D.: "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 109, Año XXXVII, enero-abril, 2004, pp. 283-312.

³² Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: "Palabras de clausura", en SUÁREZ DÍAZ, A. (coord.): *Retrospección crítica de la Asamblea Constituyente de 1940*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2011, pp. 275-284.

³³ El TGCS, al declarar SIN LUGAR el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto contra los Estatutos Constitucionales de 1952, señaló en uno de los Considerandos que: "...como la convivencia social ni se concibe ni es posible sino en un Estado de Derecho, las normas dictadas por el gobierno de facto, según su rango, vienen a sustituir la Carta Fundamental y las leyes que de hecho perdieron vigencia, constituyéndose así un nuevo orden jurídico; y de este modo, la no vigencia de las normas legales anteriores se produce, entre otras causas, por faltarles a las mismas de manera absoluta la posibilidad de ser cumplidas, creándose esa situación como consecuencia de un hecho real, por lo que la jurisdicción de los Tribunales, en cuanto al nuevo Derecho, no puede alcanzar más que la identificación de su contenido formal". Vid. CUBA FERNÁNDEZ, J. S.: "La Jornada «Desde la Historia me Absolverá al XX Aniversario»", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 9, Año IV, La Habana, enero-junio, 1975, p. 10. Con respecto al control de constitucionalidad, vale referir que, formalmente, la nueva Ley Constitucional refrendó el sistema establecido por su predecesora, regulando lo relativo al TGCS en sus artículos 157 y 158. *N. del A.*

³⁴ Al decir de Fidel A. CASTRO RUZ: "Si el Tribunal de Garantías Constitucionales aceptó semejante situación [se refiere a los Estatutos Constitucionales de 1952], ¿qué espera para colgar las togas? (...) Su fallo es, pues, irracional, inconcebible, contrario a la lógica y a las leyes de la República, que vosotros, señores Magistrados, jurasteis defender. Al fallar a favor de los Estatutos, no quedó abolida

1.4.- Período revolucionario

Al triunfo de la Revolución, la Ley Fundamental de 1959, muy similar al texto constitucional de 1940 en este contenido –según PRIETO VALDÉS³⁵-, conservó el TGCS, aunque con algunas modificaciones en procedimientos, en especial los referidos a reclamaciones por expropiaciones forzosas. Luego, mediante la Ley de Reforma Constitucional de 20 de diciembre de 1960³⁶, se le cambió la denominación a Sala de Garantías Constitucionales y Sociales. Así fungió hasta que, con la Ley No. 1250 de 23 de junio de 1973, “De Organización del Sistema Judicial”³⁷, desapareció como Sala de la estructura del Tribunal Supremo, mutilando con ello el control jurisdiccional de las disposiciones normativas en Cuba –vigente desde 1901- y haciendo presumir la constitucionalidad de aquellas dictadas en el período de 1973 a 1976, puesto que en este último año fue cuando se promulgó la Constitución cubana que puso fin a la provisionalidad y pautó un nuevo modelo de control.

2.- El diseño del control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico cubano de hoy: limitaciones

2.1.- Constitución de 1976: insuficiencias

La Constitución cubana de 1976 instituyó un Estado sobre los principios de organización político-socialista, fundamentados a partir de la doctrina marxista-leninista, proveniente de la extinta Unión Soviética y de los entonces países socialistas de Europa del Este³⁸. De esta manera, los principios de unidad de poder, democracia socialista y centralismo democrático pautaron la actividad de los órganos estatales, lo cual se manifestó en la concepción de que las disposiciones legales de los órganos superiores deberían ser consideradas obligatorias para los inferiores, así como que estos últimos responderían ante aquellos y les deberían rendir cuentas de su gestión³⁹; una forma de expresión del control político y jurídico.

Interesa sobremanera la práctica prevaleciente acerca de la Constitución, la cual ha sido considerarla más como un programa político que como un texto

nuestra Ley Suprema, sino que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales se puso fuera de la Constitución, renunció a sus fueros, se suicidó jurídicamente. ¡Que en paz descanse!”. *Vid.* CASTRO RUIZ, F. A., citado por GRILLO LONGORIA, J. A.: “La Historia me Absolverá: Una estrategia de defensa de ruptura sustancial”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 13, Año VI, La Habana, enero-diciembre, 1977, p. 113.

³⁵ PRIETO VALDÉS, M.: “El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?”, en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos “CUBALEX”*, *cit.*, p. 14.

³⁶ *Cfr.* Ley de Reforma Constitucional, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria de 20 de diciembre de 1960.

³⁷ *Cfr.* Ley No. 1250, “De Organización del Sistema Judicial”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 13 de 23 de junio de 1973.

³⁸ *Cfr.* GRIGORIAN, L. y DOLGOPOLOV, Y.: *Fundamentos del derecho estatal soviético*, Ed. Progreso, Moscú, 1979, p. 387.

³⁹ *Cfr.* Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículo 68.

normativo de aplicabilidad directa, cual es su verdadera esencia⁴⁰. Al respecto, vale mencionar que la normativa superior solo excepcionalmente se invoca en los tribunales del país, aun cuando ningún criterio constitucional o legal impide hacerlo⁴¹, de manera que si se cotejara el articulado de todas las normas con la letra y el espíritu de la *Lex Fundamentalis*, ella deberá prevalecer en toda ocasión⁴², asegurando así la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Consecuentemente con esa concepción del sistema político, se estableció un diseño de control político de constitucionalidad de tipo parlamentario puro, muy apartado del que con anterioridad se había previsto en Cuba. En tal sentido, se aprecia la impronta del modelo de control constitucional socialista de influencia soviética⁴³. Ello hizo prevalecer, según advierte PRIETO VALDÉS, "...la noción de la Supremacía del Parlamento y el mito del legislador virtuoso o poderoso, que es necesariamente justo porque encarna la voluntad del pueblo o la Nación"⁴⁴.

Partiendo de lo antes expuesto, el control de constitucionalidad en Cuba, como mecanismo de defensa de la Constitución, *prima facie*, tiene varios órganos implicados y, en su mayoría lo son de tipo político, sin intervención de los tribunales de justicia.

Derivado de ello, la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), conforme al artículo 75 de la Ley de Leyes, en su inciso c), tenía la facultad de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y el resto de las normativas en general, con lo cual realiza un control político parlamentario puro. Así, la salvaguarda de la Constitución quedaba en poder del único órgano con potestad constituyente y legislativa del país, lo que doctrinalmente se justificó por el criterio

⁴⁰ Cfr. GUANCHE ZALDÍVAR, J. C. y FERNÁNDEZ ESTRADA, J. A.: "Un Socialismo de ley: en busca de un diálogo sobre el «constitucionalismo socialista» cubano en 2010", en GUANCHE ZALDÍVAR, J. C.: *La verdad no se esbaya. Cuba: el socialismo y la democracia*, cit., pp. 90-91.

⁴¹ Cfr. PRIETO VALDÉS, M.: "En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 31, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, enero-junio, 2008, p. 14.

⁴² "La Constitución es la norma jurídica suprema y más importante de la sociedad. Es la Ley Fundamental que tiene fuerza jurídica mayor, que predetermina y condiciona el contenido de todas las demás leyes y es, ...la fuente superior de Derecho, a partir de la cual deben ser elaboradas todas las restantes leyes y normas jurídicas". CASTRO RUZ, R.: "Discurso pronunciado el 24 de febrero de 1976, acto de proclamación de la Constitución socialista", *Revista Cubana de Derecho*, No. 11, Año V, enero-junio de 1976, p. 113.

⁴³ Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: "El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 584.

⁴⁴ PRIETO VALDÉS, M.: "Sistema de defensa constitucional cubano", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 475. Al respecto, merece destacar que la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria que considera a la Ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento ha sido ya superada para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. *N. del A.*

de que “quien mejor puede defender la Constitución es el pueblo y, en su defecto, sus representantes directos que integran el órgano superior del poder estatal”⁴⁵.

No obstante, su eficacia fue limitada, en tanto, careció de una normativa que regulara el procedimiento y acciones a interponer para promover y declarar la inconstitucionalidad de una disposición general.

En cuanto al control *a priori* o preventivo de validez formal de las leyes se refiere, las disposiciones normativas que de la ANPP emanaban, se aprobaban a través de su Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, así como la comisión parlamentaria de la esfera en la cual se proponía el proyecto de ley. Dichas comisiones realizaban su dictamen de constitucionalidad y legalidad y, de pertinencia en la materia, que luego era sometido a la revisión del Presidente de la ANPP y, tenido en cuenta para el debate plenario posterior⁴⁶ y, como consecuencia, la ley al nacer recibía un voto reforzado de constitucionalidad. En este sentido, debe resaltarse el hecho de que el procedimiento legislativo cubano es *sui generis*⁴⁷, en tanto, no existió ni existe un mecanismo definido por Ley sobre cómo se deben elaborar las disposiciones jurídicas en el ordenamiento patrio y las vías para realizar su control; lo que merece revisión.

Respecto al control *a posteriori* de constitucionalidad, resulta oportuno destacar la previsión jurídica contenida en el Reglamento de la ANPP de 18 de julio de 1977⁴⁸, en los artículos 93 al 98 del Capítulo VIII: “*Del modo de decidir acerca de las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones normativas*”, donde se legitimó la revisión de la constitucionalidad por vicios materiales o defectos de forma. Asimismo, se reconoció la acción pública de veinticinco ciudadanos que se hallaran en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, cuestión que debían acreditar ante notario público; aspectos que bien pudieran retomarse en una futura normativa para la realización del control constitucional.

En lo referente a los sujetos legitimados para interesar la revisión constitucional, estableció que podían hacerlo: los diputados, el Consejo de Estado, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, las Asambleas Municipales y Provinciales del Poder Popular, el Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República; pero excluyó al soberano en su previsión, lo que indiscutiblemente atenta contra los principios de poder popular y democracia socialista.

⁴⁵ PRIETO VALDÉS, M.: “Sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, cit., p. 46.

⁴⁶ Cfr. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006. Artículos 60 al 78.

⁴⁷ Cfr. MÉNDEZ LÓPEZ, J.: *El modelo de creación de las leyes en Cuba*, Tesis en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999; donde hace un análisis de la producción legislativa de la ANPP, con especial referencia a la necesidad de que se defina un procedimiento para la elaboración de las normativas en función de instrumentarse un efectivo control de constitucionalidad.

⁴⁸ Cfr. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 18 de julio de 1977, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 23 de 20 de julio de 1977, ya derogado.

Era la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos⁴⁹, la que dictaminaba sobre la presunta inconstitucionalidad y, posteriormente, se llevaba al seno de la Asamblea. Por su parte, los efectos del acuerdo podían efectuarse en tres sentidos: negando la solicitud por improcedente, revocando la norma o derogándola parcialmente. En caso de alguna de las dos últimas variantes, se podía proponer, si fuese necesario, un nuevo proyecto de norma que supliera el derogado. También, en sus artículos 70 y 71, refrendaba la participación de la citada Comisión durante el procedimiento de producción legislativa, lo que supone un control previo o preventivo de constitucionalidad si de validez jurídica se trata, aunque tal afirmación resulta impugnabile –para algunos autores⁵⁰–, por cuanto arguyen que esa acción constituye parte del examen de constitucionalidad, implícita en todo procedimiento de creación normativa, criterio compartido en este artículo.

Ulteriormente, se promulgó el Reglamento de la ANPP de 5 de agosto de 1982⁵¹ que, en los artículos 79, 80 y 83, así como en su Disposición Transitoria Única, reguló lo concerniente a la realización del control de constitucionalidad. Esta nueva normativa no aportó nada novedoso a lo ya descrito, salvo que amplió los sujetos legitimados para solicitar la revisión constitucional, al incorporar el Consejo de Ministros, el Comité Nacional de la Central de Trabajadores de Cuba y las Direcciones Nacionales de las organizaciones sociales y de masas.

Según se aprecia del estudio efectuado, tales normativas reglamentarias diseñaron un control constitucional político de tipo parlamentario puro, abstracto y con efectos *erga omnes*, en el que sobresalen varias limitaciones que apuntan a su inoperatividad, tales como: la preceptiva era omisa en aspectos procedimentales y formales, lo que atenta contra su viabilidad; no incluyó la reclamación de parte afectada por la aplicación de una disposición presuntamente inconstitucional y estableció un *numerus clausus* de sujetos legitimados, que descartaban a la persona natural e instituciones de la sociedad civil. Lo anterior, merece revisión, puesto que atenta contra los principios de soberanía popular y democracia socialista.

Por su parte, el derogado Reglamento de la ANPP⁵² refrendaba, dentro las pautas que debían seguirse para el procedimiento legislativo, lo concerniente al control de constitucionalidad en sus artículos 69 y 70, con lo cual su regulación pecaba de parquedad y banalidad, de ahí la necesidad de su perfeccionamiento. Asimismo, disponía que para la revocación de los decretos-leyes del Consejo de Estado, los decretos y disposiciones del Consejo de Ministros, así como los acuerdos

⁴⁹ Cfr. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 18 de julio de 1977, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 23 de 20 de julio de 1977. Artículos 26 y 27 del Capítulo III.

⁵⁰ Cfr. VILLABELLA ARMENGOL, C. M.: “Derecho procesal y constitucionalismo en Cuba”, en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, cit., p. 414.

⁵¹ Cfr. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 5 de agosto de 1982, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 30 de agosto de 1982, ya derogado.

⁵² Cfr. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006. Ver el procedimiento regulado en los artículos 69 y 70.

y disposiciones de los órganos locales del Poder Popular, siempre que coliden con la Constitución de la República, se observará el procedimiento previsto para la creación de los actos normativos⁵³.

Vale acotar que, en cuanto a los decretos-leyes dictados por el Consejo de Estado, la ANPP debía ratificarlos en el siguiente período de sesiones, con el fundamento de que aquel es su órgano permanente y debe rendirle cuentas. De esta manera, ese acto de ratificación o revocación –limitado⁵⁴- pudiera suponer un control de constitucionalidad *a posteriori* del documento jurídico⁵⁵. Entonces, el control no solo se realiza sobre las leyes, sino también sobre las disposiciones generales, lo que posibilita que la Asamblea pueda hacer efectiva su función de guardián de la Constitución. En tal sentido, necesario era el completamiento del texto en materia del procedimiento posterior, concentrado, y de efectos *erga omnes* previsto en el precepto constitucional 75, inciso c) y, el propio Acuerdo del máximo órgano legislativo en este orden⁵⁶.

Planteado de esta manera, resalta la ausencia de un procedimiento para la presentación y la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones infraconstitucionales, que dejaba al engranaje de control prácticamente obsoleto e inaplicable. Al respecto, MÉNDEZ LÓPEZ y CUTIÉ MUSTELIER⁵⁷ estiman que tal situación podría encontrar un paliativo si se recurre al principio de ultraactividad de los actos normativos y, por tanto, las regulaciones contenidas en la disposición reglamentaria de 1982 aún se mantendrían vigentes; criterio no asumido en este artículo, ya que ello no se declaró explícitamente en la derogada normativa reglamentaria de 1996 ni estuvo en la *mens legislatoris* la asunción del citado principio. En tal sentido, cabe preguntarse: ¿qué sucede si se aprecia en la práctica jurídica una colisión entre una ley, decreto-ley o decreto, con la Constitución? ¿Cuál será el procedimiento para

⁵³ Cfr. Artículos 81 al 85 del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, en relación con el artículo 75, incisos ch), r) y s) de la Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

⁵⁴ Cfr. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, en virtud del cual los decretos-leyes del Consejo de Estado ya no tienen que ratificarse por la Asamblea Nacional, sino que simplemente el órgano permanente dará cuenta, conforme lo preceptúa el artículo 97 del mencionado Reglamento.

⁵⁵ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. El artículo 75, inciso ch), señala que: “Es facultad de la Asamblea Nacional del Poder Popular revocar en todo o en parte los decretos-leyes que haya dictado el Consejo de Estado”.

⁵⁶ Cfr. Acuerdo IV-57 de 25 de diciembre de 1996, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 48 de 27 de diciembre de 1996, en el que se estableció que el Ministerio de Justicia, en cooperación con la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la ANPP, consultando criterios de otros organismos e instituciones vinculados a la materia, redacte un Proyecto de Ley sobre el modo de decidir las cuestiones de constitucionalidad.

⁵⁷ MÉNDEZ LÓPEZ, J. A. y CUTIÉ MUSTELIER, D.: “La función de los Tribunales de salvaguardar la Constitución”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 525.

resolver y decidir la constitucionalidad de ese acto normativo? ¡Desnormativización total!

Resulta interesante del sistema cubano bajo la vigencia de la Constitución de 1976 que ante la ausencia de un control jurisdiccional posterior de la constitucionalidad de las leyes, transforma en juez a quien es parte principal en el procedimiento legislativo, cuestión que en cualquier otra rama del Derecho deviene inaceptable, pero el diseño y la concepción acerca del poder⁵⁸ que se manifiestan en la sociedad cubana⁵⁹ lo hacen posible. De tal suerte, se parte del criterio de que la ANPP, en tanto representante popular, deberá actuar siempre conforme al pueblo, y por la definición de que es ella el único intérprete de la Constitución, sus disposiciones normativas nacen con legitimidad plena, sin denegar la posibilidad siempre presente de que este órgano, en sesión posterior, derogue sus propias leyes⁶⁰. No obstante, teóricamente, se está ante un autocontrol de constitucionalidad para el caso de las leyes, calificado por autores como BURDEAU⁶¹, como ausencia de control, razón por la cual se considera ya superado en la doctrina y la práctica *iuspublicista* actual.

Al respecto, se sostenía la necesidad de potenciar el control posterior de constitucionalidad por parte de la ANPP, debiéndose promulgar la disposición normativa correspondiente, la que debería tener en cuenta las ventajas y desventajas del procedimiento que, en su momento, estuvo vigente; puesto que la imposibilidad de instar el control –en esta forma– por parte del soberano colisiona con los principios constitucionales de poder popular y de democracia socialista. Además, mediante él se concretaría no solo la definición del contenido y alcance de las normas constitucionales, sino también el control como mecanismo de aseguramiento de la validez y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Para ello, se exhortaba a retomar, como sujetos legitimados para presentar cuestiones de constitucionalidad por vicios materiales o defectos de forma, aquellos que aparecían regulados en el Reglamento de la ANPP de 1982, así cobraría validez y eficacia la previsión constitucional. En relación con el ejercicio de la acción pública colectiva, esta podría presentarse en cualquier tiempo, lo que aseguraría la posibilidad de impugnar la normativa transgresora de rango inferior y, con ello, se potenciaría la defensa de la supremacía del magno texto. Asimismo, debería incluirse, como motivo de la inconstitucionalidad, el perjuicio o daño ocasionado por la aplicación de una disposición presuntamente inconstitucional a personas naturales o jurídicas que implica un conflicto de parte afectada.

En la realización del control de constitucionalidad, intervenían otros órganos estatales, del subsistema de órganos del Poder Popular o externos a él, lo que aun

⁵⁸ Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: “Algunas consideraciones en torno a la democracia”, en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 110-111.

⁵⁹ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículo 3, párrafo primero.

⁶⁰ Cfr. PRIETO VALDÉS, M.: “Sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, cit., p. 46.

⁶¹ BURDEAU, G.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, 1981, p. 251.

cuando pudiera parecer como una contradicción entre los postulados constitucionales⁶² tiene como objetivo que tal labor sea una preocupación constante del aparato estatal y, que la Constitución pueda ser el centro de la actividad jurídica⁶³. En este sentido, merece destacar el caso del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, las Asambleas Municipales del Poder Popular y la Fiscalía General de la República.

Así, como resultado del control constitucionalmente previsto, el Consejo de Estado, en tanto órgano permanente de la ANPP, tenía la facultad para suspender disposiciones del Consejo de Ministros, acuerdos y disposiciones de las Asambleas Locales, cuando estas no se ajustaban a la Constitución, así como revocar acuerdos y disposiciones de las Administraciones Locales que la vulneraran⁶⁴. Con ello, se buscaba defender la supremacía de la *Lex Superior* por encima de otras disposiciones normativas inferiores restrictivas o contradictorias, su contenido y valores, pero no los derechos individuales lesionados, lo que atentaba contra la realización de los postulados constitucionales⁶⁵. Al respecto, merece estudio la previsión jurídica *in commento*.

En este entramado, el Consejo de Ministros, como máximo órgano ejecutivo y administrativo, también intervenía en la realización del control de constitucionalidad, ya que tenía la facultad de revocar las decisiones de las Administraciones Locales, adoptadas en función de las facultades delegadas por los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE), cuando vulneraran las normas superiores de obligatorio cumplimiento⁶⁶; ello en defensa del principio de centralismo democrático y la preservación de la supremacía constitucional. Así mismo habría de actuar cuando detectara violaciones de la legalidad en órganos que

⁶² Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículos 70 y 75, inciso c), en consonancia con el artículo 90, inciso ch).

⁶³ Cfr. VILABELLA ARMENGOL, C. M.: "Derecho procesal y constitucionalismo en Cuba", en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, cit., pp. 416-417.

⁶⁴ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículos 89 y 90, incisos ñ) y o). Con la Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019 se ampliaron las facultades de Consejo de Estado a partir del nuevo diseño político-jurídico cubano. Artículos 120, 122, incisos a), b), h), i), j).

⁶⁵ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículos 10 y 26 en relación con el artículo 9, inciso a), pleca tercera. Con la Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019, esto se modificó, por cuanto expresamente dispone la defensa de los derechos constitucionales ante vulneraciones de órganos estatales y/o autoridades públicas y/o privadas. Artículo 99 en relación con artículos 7, 8 y 40.

⁶⁶ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículos 95 y 98, incisos l) y m). También, véase la Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículos 133 y 137, incisos p), q), r), s).

no le estaban directamente subordinados⁶⁷, tal es el caso de las Administraciones Provinciales y Municipales; lo que se justificó por el hecho de que toda lesión a la legalidad indiscutiblemente va en detrimento del orden normativo-constitucional.

Derivado de lo antes expuesto, cabe apuntar que este órgano estatal estaba facultado para proponer a las Asambleas Locales correspondientes la revocación de las disposiciones transgresoras, así como la invalidación de las normativas de los jefes de los OACE y presentar a la ANPP o al Consejo de Estado, la suspensión de los acuerdos de las Asambleas Locales que contravinieran las leyes y demás normas jurídicas de obligatorio cumplimiento⁶⁸. Tal fórmula de realización del control resultaba pertinente, en tanto, se garantizaba que los órganos inferiores cumplieran las disposiciones de los superiores y lo refrendado en la Constitución como *norma normarum*; lo que propiciaba no solo la validez de las disposiciones, sino también la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Tales previsiones jurídicas quedan reforzadas con la formulación de los artículos 14 y 15 del Decreto-Ley No. 272 de 2010, “De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros”, cuando dispusieron que el máximo órgano ejecutivo y administrativo, de oficio o a instancia de algunos de sus integrantes, de la ANPP, del Consejo de Estado, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República y de las Asambleas Locales del Poder Popular, revocara según su competencia o propusiera la revocación o suspensión según sea el caso, de las decisiones y disposiciones adoptadas por los jefes de los OACE, de las Administraciones y Asambleas Locales del Poder Popular cuando contravinieran la Constitución y demás normas emitidas por los órganos superiores del Estado y su Administración Central. También, al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se le reconoció legitimación para promover tales acciones⁶⁹. Aspecto procedimental este que no encontraba respaldo legal en el derogado Decreto-Ley No. 67 de 1983, “De la Organización de la Administración Central del Estado”⁷⁰ ni en el Decreto-Ley No. 147 de 1994, “De la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado”⁷¹ cuyos enunciados se hallan extintos en el tiempo.

Al respecto, resulta interesante que en el Capítulo V del Decreto-Ley No. 272 de 2010, “De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros”, se previó

⁶⁷ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículo 98, inciso ll).

⁶⁸ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Ver el artículo 98, inciso n) en relación con el artículo 66.

⁶⁹ Cfr. Decreto-Ley No. 272 de 2010, “De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 033 de 13 de agosto de 2010. Artículos 14 y 15.

⁷⁰ Cfr. Decreto-Ley No. 67 de 1983, “De la Organización de la Administración Central del Estado”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 9 de abril de 1983.

⁷¹ Cfr. Decreto-Ley No. 147 de 1994, “De la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 2 de 21 abril de 1994.

la regulación, algo parca, de las relaciones del citado Consejo con otros órganos y organismos del Estado y la población, siendo esta última la que haya quedado excluida de la lista de los sujetos que pueden instar al órgano en cuestión para promover el control a través de la revocación o suspensión de los acuerdos y las disposiciones legales inferiores restrictivas o contradictorias a la normativa constitucional, ciñéndose solo a declarar la debida atención que debe a los planteamientos de la población para su pronta y eficaz respuesta, así como asegurar, a la vez, la participación de los integrantes de este órgano estatal, los OACE, de las Administraciones y de las Asambleas Locales del Poder Popular en tales asuntos⁷². En tal sentido, merece estudio este precepto si de un efectivo control se trata.

De novedosa puede catalogarse la previsión en la aún vigente normativa ordenadora del Consejo de Ministros en lo atinente al control de constitucionalidad, que establece la facultad del Presidente del Gobierno de velar por el respeto de la Constitución, las leyes y demás disposiciones del Estado⁷³, no regulada expresamente en el antiguo Decreto-Ley No. 67 de 1983, destinado a la Organización de la Administración Central del Estado⁷⁴, pero generaba -y aún genera- cuestionamientos en torno a la jerarquización de los decretos presidenciales⁷⁵ y, a quién correspondía su revocación en todo o en parte para el caso en que contraviniera la preceptiva constitucional, pues aunque era facultad del Jefe de Gobierno, coincidía la titularidad con el Jefe de Estado y el Presidente del Consejo de Estado que sería quien de inmediato podría revocarlos⁷⁶. Por tanto, si de control de constitucionalidad se trata, merece revisión la preceptiva legal, tomando en consideración la entonces concepción del diseño político-jurídico cubano.

También, en cuanto al control de la constitucionalidad de las normativas generales se refiere, vale resaltar que las Asambleas Municipales del Poder Popular tenían la facultad de revocar o modificar acuerdos y disposiciones de los órganos y

⁷² Cfr. Decreto-Ley No. 272 de 2010, "De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros", publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 033 de 13 de agosto de 2010. Artículo 40.

⁷³ Cfr. Decreto-Ley No. 272 de 2010, "De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros", publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 033 de 13 de agosto de 2010, en su artículo 20, inciso b), establece que son facultades del Presidente del Consejo de Ministros: cumplir y velar por el respeto de la Constitución de la República, las leyes y demás disposiciones del Estado.

⁷⁴ Cfr. Decreto-Ley No. 67 de 1983, "De la Organización de la Administración Central del Estado", publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 9 de abril de 1983, en su artículo 52, inciso a), en el que solo establece la facultad de los Organismos de la Administración Central del Estado de cumplir la Constitución, las leyes y demás disposiciones.

⁷⁵ Cfr. Decreto-Ley No. 272 de 2010, "De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros", publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 033 de 13 de agosto de 2010, en su artículo 31, señala que: *De la forma que se emiten las decisiones del Presidente. El Presidente, emite sus decisiones por medio de decreto presidencial, resoluciones e instrucciones, según corresponda.*

⁷⁶ Con la vigente Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019, el diseño político-jurídico cambió, inclinándose hacia un modelo mixto con preeminencia de un sistema de gobierno de tipo parlamentario, de manera que la titularidad del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno ya no coinciden; lo que ofrece funcionalidad para efectuar el control, en tanto, recaen las funciones sobre entes diferentes. Artículos 125 y 140.

autoridades subordinadas a ellas que infringieran la Constitución⁷⁷, lo que debía entenderse como una manifestación de voluntad política de reforzar la autoridad municipal. Además, ello se fundamentó en que estaban investidas de la más alta autoridad para el ejercicio de las funciones estatales en sus demarcaciones respectivas y, por tanto, eran reconocidas como los órganos superiores representativos locales del poder del Estado: constituyéndose en la guía, dirección y conducción superior en la localidad⁷⁸.

Luego, no solo los órganos locales del Poder Popular como órganos de poder y administración⁷⁹ intervenían en la realización del control de la constitucionalidad, sino también las Administraciones Provinciales y Municipales. Así, el derogado Acuerdo No. 6176, de 13 de noviembre de 2007, “Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular”, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, era categórico cuando disponía que los Consejos de las Administraciones Municipales y Provinciales, así como las entidades que se organizaban para la satisfacción de las necesidades locales, actuaban dentro de los límites de sus respectivas competencias y tenían la obligación de observar estrictamente la Constitución de la República, las leyes y demás disposiciones que dictaban los jefes de los OACE en asuntos de su competencia, que sean de interés general y requieran ser regulados a nivel nacional y, los acuerdos de las Asambleas del Poder Popular a las que se subordinaban⁸⁰.

Por su parte, en el artículo 13, apartado décimonoveno, se señalaba que el Consejo de la Administración tenía, dentro de sus atribuciones, la facultad de interesar, por las vías establecidas, ante la respectiva Asamblea del Poder Popular o ante el OACE correspondiente, según el caso, la *revisión de normas que haya dictado que no se ajusten a disposiciones legales vigentes...*, lo cual tuvo como fundamento doctrinal la teoría de los actos propios y el principio de *venire contra factum proprium non valet*⁸¹. No obstante, estableció que se diera cumplimiento a lo

⁷⁷ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículos 103 y 106, inciso d). En sentido similar, Cfr. Reglamento de las Asambleas Municipales del Poder Popular de 13 de septiembre de 1995, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006. Según el artículo 7, incisos a) y g), son facultades de las Asambleas Municipales del Poder Popular revocar o modificar los acuerdos y disposiciones de los órganos o autoridades subordinadas a ella que infrinjan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos, resoluciones y otras disposiciones generales.

⁷⁸ Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: ¿Gobierno y Administración municipal en Cuba?, en ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M. y MATILLA CORREA, A. (coords.): *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Ed. UH, La Habana, 2011, p. 177.

⁷⁹ Cfr. GARCINI GUERRA, H.: *Derecho Administrativo*, Segunda Edición, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 246.

⁸⁰ Cfr. Acuerdo No. 6176 de 2007, “Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 081 de 11 de diciembre de 2007. Artículo 4.

⁸¹ Cfr. MARCHECO ACUÑA, B.: *Los fundamentos jurídicos de la justicia administrativa en Cuba*, Tesis en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2014, p. 36.

dispuesto, salvo que se causaran perjuicios irreparables, lo que se haría conocer por la vía más rápida, para que sea rectificadada la norma en cuestión.

En cuanto a este artículo interesa, tal rectificación pudiera suponer la realización de un control de la constitucionalidad, lo que se debe precisamente a que las Direcciones Administrativas Provinciales y Municipales, según el artículo 55, apartado primero, tenían, entre sus funciones comunes, cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en la Constitución de la República, la legislación vigente y demás disposiciones generales. De tal suerte, si se parte del criterio de que sus funciones tenían como base los principios establecidos en la Constitución, entonces sus decisiones, en caso de no ajustarse a la preceptiva constitucional, debían ser recurribles ante el órgano estatal competente en virtud de las relaciones de subordinación orgánico-funcional estipuladas o, abogarse por la instrumentación de un procedimiento en vía judicial para anular tales disposiciones restrictivas o contradictorias a la letra y el espíritu de la *Lex Fundamentalis*⁸², con lo cual se garantizaría la máxima juridicidad de la sociedad⁸³ y el principio de jerarquía normativa.

Igualmente, merece atención el derogado Decreto No. 301 de 2012, “Sobre las Funciones Estatales y de Gobierno que se ejercen y cumplen en las Provincias y Municipios objeto del experimento autorizado a realizar en sus respectivos territorios”, cuyo objetivo era definir las funciones que cumplían los OACE y entidades nacionales y sus relaciones con las provincias y municipios de Artemisa y Mayabeque, a partir de la modificación orgánico-estructural de los órganos de dirección de las Administraciones Locales. También, preveía las atribuciones y obligaciones de sus jefes y, sus relaciones de trabajo para lograr un funcionamiento ajustado a las nuevas condiciones⁸⁴.

En materia de control de constitucionalidad, la disposición normativa *in commento* solo se limitaba a señalar que los jefes y vicejefes de las Administraciones Locales, órganos de dirección y entidades subordinadas dictaban resoluciones, instrucciones e indicaciones dentro del marco de su respectiva competencia, para lo cual –haciendo una interpretación sistemática, ya que no fue consignado de forma expresa– debían observar lo dispuesto en la Constitución de la República y demás disposiciones generales⁸⁵. No obstante, careció de referencia alguna acerca de los mecanismos para su aseguramiento y las acciones a ejecutar para el caso de que sean

⁸² Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, S. S.: “Cuba y el control constitucional en el Estado Socialista de Derecho: reflexiones para su perfeccionamiento”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 398.

⁸³ Cfr. PACHOT ZAMBRANA, K. L.: “El control de constitucionalidad en Cuba. Una propuesta para su perfeccionamiento”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 572.

⁸⁴ Cfr. Decreto No. 301 de 2012, “Sobre las Funciones Estatales y de Gobierno que se ejercen y cumplen en las Provincias y Municipios objeto del experimento autorizado a realizar en sus respectivos territorios”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 47 de 5 de noviembre de 2012. Artículo 1.

⁸⁵ Cfr. Decreto No. 301 de 2012, “Sobre las Funciones Estatales y de Gobierno que se ejercen y cumplen en las Provincias y Municipios objeto del experimento autorizado a realizar en sus respectivos territorios”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 47 de 5 de noviembre de 2012. Ver artículos 10 al 13 en relación con el artículo 7, inciso a).

adoptadas decisiones administrativas que vulneraran o restringieran la preceptiva superior, aspecto que merece estudio.

Derivado de las ideas antes expuestas, puede afirmarse que la función de proteger la *Lex Superior* de las disposiciones normativas restrictivas o contradictorias de rango inferior que pretendan transgredirla es un asunto que la Administración Pública también debía observar. Lo contrario, la transfiguraba en una entelequia de la legalidad, convirtiéndose en una mera entidad desprovista de capacidad para defender lo exigible: *el respeto a la supremacía constitucional*.

Conforme a lo apuntado y para potenciar la defensa constitucional, se valoraba la posibilidad de que se realizara el control previo sobre las disposiciones infraconstitucionales, principalmente los decretos y resoluciones emanadas de los OACE, por cuanto se extenderían sus efectos, tributando así a la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional. Ello podría efectuarse por la propia Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, la Fiscalía General de la República o el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de manera que no exigía modificación legislativa alguna, en tanto, era una atribución que les venía conferida por imperativo legal.

Por último, ha de referirse el caso de la Fiscalía General de la República, la que por mandato constitucional tenía -y tiene- asignada la defensa de toda la legalidad sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones por los organismos del Estado y la sociedad en general⁸⁶. Como reflejo de la concepción sistémica del Derecho, la aún Ley No. 83 de 1997, "De la Fiscalía General de la República"⁸⁷, establece en su artículo 7, entre otras finalidades, que su actividad tiene como objetivos, además de los que le asigna la Constitución, el procurar el restablecimiento de la legalidad cuando sea quebrantada por disposiciones o decisiones contrarias al magno texto y las leyes o por aplicación indebida o incumplimiento de estas; lo que debe suponer la protección y defensa de la letra y espíritu de la normativa superior dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Es el artículo 8 de la norma *in commento* en franca correspondencia con el mencionado artículo 127 constitucional ya derogado, el que la faculta para actuar ante las infracciones de la legalidad de los actos y disposiciones de organismos del Estado y sus dependencias, exigiendo su restablecimiento; lo que desde la perspectiva de este artículo, debe incorporar también velar por la constitucionalidad de las disposiciones normativas generales⁸⁸. Al respecto, vale destacar que este engranaje de control es poco casual, desprovisto de mecanismos eficaces de autoridad, casi tiene que rogarse en cada caso, incrementando la ya inaceptable burocracia administrativa. Ello deriva de las deficiencias que, en este

⁸⁶ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículo 127.

⁸⁷ Cfr. Ley No. 83 de 1997, "De la Fiscalía General de la República", publicada en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Extraordinaria No. 8 de 14 de julio de 1997.

⁸⁸ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 156.

orden, revela su actual regulación: inexistencia de un procedimiento legal de restauración inmediata, a través del cual se propicie la realización del control de constitucionalidad.

Finalmente, y en clara concordancia con los mandatos constitucionales -ya derogados- sobre las facultades de los órganos estatales, la Ley de la Fiscalía, en el inciso e) del propio artículo 8, estipula que dicho órgano dictamina, a instancia de la ANPP o del Consejo de Estado, acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones generales. Previsión que, en la vigente disposición que ordena su organización y funcionamiento, carece de norma de desarrollo; lo que atenta contra la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Ahora bien, si la Constitución es la Ley que rige el sistema jurídico, ha de corresponderles también a los tribunales la defensa de la normativa superior y de la legalidad en general. En consecuencia, la Ley No. 82 de 1997, “De los Tribunales Populares”, en su artículo 1, apartado primero, dispone que ellos se rigen por los principios consagrados en la Constitución, que norman la organización y el funcionamiento de los órganos estatales, tales pudieran ser los casos de los artículos 10 y 68 constitucionales ya derogados⁸⁹. Seguidamente, en el artículo 5 de la citada disposición normativa, se consigna que están en la obligación de cumplir la Constitución y demás disposiciones legales en el ejercicio de su actividad de impartir de justicia. Conforme al criterio de PRIETO VALDÉS⁹⁰, tal obligación pudiera suponer una posibilidad de aplicación directa del texto constitucional ante antinomias, omisiones legislativas u obsolescencias. Así, se aseguraría no solo la validez de las normativas a partir de la salvaguarda de la supremacía constitucional y sus contenidos, sino también la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Igualmente, se prevé que los tribunales deben poner en conocimiento de la Fiscalía las infracciones de la ley que adviertan durante la tramitación o examen de los procesos o actos judiciales, a fin de que aquella actúe para que se restablezca la legalidad⁹¹. De esta forma, los jueces también deben insertarse en el control, aunque indirectamente, de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales.

Unido a lo anterior y en recta interpretación de la actual normativa que ordena la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, pueden derivarse varias consideraciones: *primero*, conforme a la Constitución de 1976 las disposiciones que dicta el máximo órgano representativo del poder soberano no pueden ser juzgadas por los tribunales, en caso de existir dudas sobre su constitucionalidad, pues tal revisión implicaría invadir sus funciones o colocarse por

⁸⁹ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículos 7, 8 y 101, incisos e), f).

⁹⁰ PRIETO VALDÉS, M.: “Sistema de defensa constitucional cubano”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 481.

⁹¹ Cfr. Ley No. 82 de 1997, “De los Tribunales Populares”, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006. Artículo 6.

encima de él⁹²; *segundo*, a los tribunales les han quedado reservadas únicamente las cuestiones de legalidad y no las de constitucionalidad, muestra de ello es el diseño de los procesos ordinarios, al especificar en las Leyes de Procedimiento vigentes la exclusión del conocimiento por parte de las jurisdicciones –entre otras- civil y administrativa de las materias constitucionales⁹³.

Entonces, ¿qué sucedía si un juez al resolver un caso sometido a su consideración advertía que la norma aplicable contradecía un precepto constitucional? ¿Cómo proceder si alguna de las partes alegaba ante el juez la duda al respecto?

En tal sentido, la doctrina *iuspublicista* cubana postula dos tesis: MÉNDEZ LÓPEZ y CUTIÉ MUSTELIER⁹⁴ refieren que, en el modelo cubano de control político de constitucionalidad de 1976, la sujeción del juez a la Constitución es prácticamente nula, toda vez que cuando un juez se enfrenta a la solución de un caso o le surge la duda sobre la constitucionalidad de una norma que debe aplicar a la *litis*, se coloca en un dilema, pues debe respeto a la Constitución como Ley Suprema⁹⁵, pero no puede desechar, invalidar o inaplicar aquella que estima inconstitucional, ya que tal atribución es propia de la ANPP.

Frente a esta tesis, PRIETO VALDÉS y PÉREZ HERNÁNDEZ⁹⁶ han afirmado que sí se puede evidenciar, implícitamente, la posibilidad de este tipo de control judicial a partir de lo preceptuado en los artículos 10 y 123 constitucionales ya derogados⁹⁷. En consecuencia, según el criterio de las citadas autoras, ante la presencia de una disposición normativa lesiva a la Constitución, omisiones legislativas u obsolescencias, el juez que esté conociendo del asunto puede determinar la inaplicación de la normativa presuntamente inconstitucional y, en su lugar, aplicar directamente la normativa suprema, postura doctrinal que resulta acertada a juicio

⁹² Tal postura doctrinal resulta discutible, toda vez que como afirmara ÁLVAREZ TABÍO: "(...) los Tribunales al aplicar la Constitución no están imponiendo un veto a determinado órgano del Estado. Los jueces al fallar un caso concreto están en el deber de buscar la norma aplicable y cuando desechan una para escoger otra, no están derogando, ni vetando la norma desechada, sino declarando cuál es el derecho en el caso concreto sometido a su decisión". ÁLVAREZ TABÍO, F.: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, cit., pp. 8-9.

⁹³ Cfr. Ley No. 7 de 1977, "De Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico" (LPCALE), Ediciones ONBC, La Habana, 2012. Ejemplo de ello son los artículos 2, 3, 5, 6, 21 y 657, apartado cuarto.

⁹⁴ MÉNDEZ LÓPEZ, J. A. y CUTIÉ MUSTELIER, D.: "La función de los Tribunales de salvaguardar la Constitución", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., pp. 533-535.

⁹⁵ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículo 66.

⁹⁶ PRIETO VALDÉS, M. y PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: "El control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos. Sus formas en los Estados Unidos y en Cuba", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., pp. 452-453.

⁹⁷ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Al respecto, véanse los actuales artículos 7, 8, 147 y 151.

de quien suscribe y que bien pudiera servir de fundamento para una futura propuesta.

De las limitaciones antes señaladas en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes en Cuba y los diversos órganos que están llamados a intervenir, vale decir que ello requiere de una revisión que permita perfeccionar el modelo, dando lugar a la intervención de los órganos jurisdiccionales a los efectos de potenciar la coherencia del orden normativo impuesto. Una tentativa alentadora en relación con ese necesario correctivo pudiera encontrarse en el artículo 19, apartado primero, inciso b), de la normativa vigente que ordena la organización y funcionamiento del sistema judicial, donde se le confiere al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), como titular de la función jurisdiccional, la atribución de dictaminar acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales, a solicitud de la ANPP o del Consejo de Estado. No obstante, tal prerrogativa carecía de plena efectividad en la realidad jurídica cubana, puesto que no estaba aprobada la disposición normativa que estableciera el procedimiento para decidir las cuestiones de constitucionalidad.

Al parecer no ha sido el Constituyente quien ha querido la inaplicación de la *Lex Fundamental*, pues existen varios preceptos que disponen el empleo de la norma suprema. Ha sido la realidad y la misma práctica judicial quienes han excluido a la Constitución de su uso cotidiano y, muy particularmente, a la hora de impartir justicia. Pero, la realidad resulta más complicada aún ya que, para el conocimiento de un caso de constitucionalidad, el único proceso que, por exclusión, quedaría para hacer valer la violación de un derecho constitucional y, con ello, estimular el control de constitucionalidad, le cierra las puertas expresamente a dicha posibilidad.

Con respecto al control político, único existente –al menos en el plano formal–, si no funciona armónicamente de arriba hacia abajo para velar a los inferiores por el cumplimiento de las disposiciones de los superiores, puede provocar, entre otros efectos, falta de seguridad jurídica⁹⁸. Asimismo, cabe apuntar que este engranaje de control en el que se entremezclan varios órganos es poco casual, a la vez que ineficaz, en tanto las normativas que prevén su intervención pecan de parquedad y dejan fuera de regulación aspectos medulares relativos a sujetos legitimados y posibles efectos. Además, aún queda pendiente la normativización del procedimiento posterior, concentrado y de efectos generales concerniente a las cuestiones de constitucionalidad como vía por antonomasia para efectuar la defensa constitucional en Cuba.

También, debe apuntarse el hecho de que, tanto la Fiscalía como los órganos judiciales, están *prima facie* en la obligación de salvaguardar la preceptiva constitucional y sus contenidos, a partir de la observancia del principio de legalidad. No obstante, la carencia de mecanismos que permitan su efectiva intervención coarta la realización del control y, con ello, la validez de las disposiciones normativas y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

⁹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, S. S.: “Cuba y el control constitucional en el Estado Socialista de Derecho: reflexiones para su perfeccionamiento”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., pp. 398-399.

2.2.- Constitución de 2019: ¿la idea de un sueño anhelado?

Con respecto a la Constitución cubana de 2019, hoy vigente, valga referir que acogió sin reserva alguna el modelo de control político puro de constitucionalidad previsto por su antecesora. Es así que no solo se reconoce el carácter de norma jurídica suprema del Estado a la Constitución y prescribe la obligación de acatarla⁹⁹, sino que además le atribuye a la ANPP como órgano supremo de poder estatal con potestad constituyente y legislativa la facultad de ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales¹⁰⁰. Como acertadamente sostiene VILLABELLA ARMENGOL¹⁰¹, cualquiera que sea la modalidad que adopte resulta inoperante, ya que el control político jamás ha sido eficaz en el Derecho Constitucional.

Al respecto, obsérvese que el precepto es omiso acerca de si la ANPP ejerce un control previo o posterior. Si hace referencia o se sostiene que se trata del mal llamado *control previo* antes de la promulgación de la disposición normativa, ya quedó establecida la postura de quien suscribe con anterioridad¹⁰². Así, no hay un control previo o *a priori* en puridad, sino una revisión de la constitucionalidad del proyecto de Ley que es parte del procedimiento legislativo, mas no control en sentido técnico de la palabra con los efectos que ello implica.

Contrario a lo previsto en el diseño político-jurídico anterior, la ANPP deberá ratificar los decretos-leyes y los acuerdos del Consejo de Estado en el próximo período de sesiones¹⁰³, pudiendo revocarlos total o parcialmente en el supuesto de que contradiga la Constitución¹⁰⁴. Ello bien pudiera suponer un control *a posteriori* de constitucionalidad, pero ¿qué efectos produciría tal acto frente a la aplicación de esa normativa transgresora o vulneradora del magno texto? Nada se establece al respecto y la normativa orgánico-funcional reglamentaria no se pronuncia acerca del alcance de ese acto de ratificación. No obstante, *mutatis mutandi* ha de suponerse que se iría por los cauces previstos para el control de constitucionalidad¹⁰⁵. Pero esta variante afronta serios inconvenientes, por cuanto es concebible que se promueva su declaración de inconstitucionalidad si fuera el caso, cuando ni siquiera ha sido ratificada la disposición legal.

⁹⁹ Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 7.

¹⁰⁰ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículos 103 y 108, inciso c).

¹⁰¹ Cfr. VILLABELLA ARMENGOL, C. M.: "El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones preliminares de la nueva propuesta en la Constitución de 2019", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23, No. 1, 2019, p. 108.

¹⁰² Vid. *supra* página 10, segundo párrafo.

¹⁰³ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 108, inciso f).

¹⁰⁴ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 108, inciso g).

¹⁰⁵ Cfr. Ley No. 131 de 2019, "De Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba", publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 6 de 16 de enero de 2020. Artículo 153.1.

Igualmente, se encomienda al máximo órgano de poder estatal la facultad de revocar total o parcialmente los acuerdos y disposiciones de las Asambleas Municipales y demás órganos competentes que contravengan la Constitución¹⁰⁶. Con ello, se hace extensivo el control que ha de efectuar hacia el gobierno provincial, entiéndase gobernador y Consejo Provincial, toda vez que por mandato constitucional vienen obligados a cumplir y hacer cumplir, en lo que le concierne, la Constitución¹⁰⁷, a la vez que les faculta para adoptar acuerdos en el marco de sus disposiciones¹⁰⁸.

Como es de apreciar la ANPP *ejerce* el control, pero para llevar adelante su función intervienen diversos órganos que se le subordinan, cuyo actuar ha de ceñirse estrictamente a la letra y el espíritu de la preceptiva constitucional, garantizando en todo momento su supremacía. Por su parte, las Asambleas Municipales del Poder Popular, dentro de su competencia, vienen obligadas a cumplir y hacer cumplir la Constitución¹⁰⁹ y, para ello, se les faculta para proponer al Consejo de Ministros o al Gobernador la revocación de las decisiones adoptadas por órganos y autoridades subordinadas a estos¹¹⁰; lo que encuentra asidero en el hecho de que, dentro de su demarcación, es el órgano superior del poder del Estado y está investida de la más alta autoridad¹¹¹. También, si las decisiones adoptadas por los órganos y autoridades que se le subordinan colidan con las normas legales superiores, entiéndase Constitución, están facultadas para proceder a su modificación o, en su defecto, revocación¹¹². De tal suerte, múltiples actores intervienen, directa o indirectamente, en la realización del control de constitucionalidad de las disposiciones normativas generales a partir de las facultades y competencias que les atribuye el magno texto y sus leyes complementarias.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de apreciar que el control de constitucionalidad queda reservado en manos del máximo órgano legislativo del Estado, quien se torna en juez y parte, dicta y juzga sus propias normativas generales, o sea, realiza un autocontrol, lo que carece de eficacia. Muestra de ello es que los países que han asumido este tipo de modelo político de control han tenido

¹⁰⁶ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 108, inciso h).

¹⁰⁷ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículos 179, inciso a) y 184, inciso a).

¹⁰⁸ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 184, inciso c).

¹⁰⁹ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 191, inciso a).

¹¹⁰ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 191, inciso k).

¹¹¹ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 185.

¹¹² Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 191, inciso l).

que abandonarlo y retornar al control judicial de constitucionalidad¹¹³, con excepción de China, Corea del Norte y Vietnam. Hoy, se prevé *ex novo* la acción pública colectiva, la que deberá resolver el órgano legislativo como en 1977 y 1982, solo que la pueden interponer quinientos ciudadanos (no veinticinco) en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; pero el mecanismo previsto es inoperante¹¹⁴ — unido a los fundamentos anteriores—, porque retarda el derecho de acceso a una justicia pronta y expedita que tiene el ciudadano. Tampoco, ofrece seguridad jurídica a quienes inmersos en un proceso judicial aleguen la presunta inconstitucionalidad de la norma jurídica que sirve de fundamento al fallo y, si así ocurriera no establece el procedimiento a seguir.

Se prevé además la acción privada o a instancia de parte afectada para la defensa de los derechos constitucionales a través de un procedimiento preferente, expedito y concentrado vía judicial; lo que indirectamente pudiera suponer un control de constitucionalidad *a posteriori*, pero la letra de la norma constitucional vigente (artículo 99) es oscura cuando dispone que: “La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía (...)”.

En consecuencia, ¿es un mecanismo de defensa de los derechos constitucionales en su totalidad o solo una parte de ellos? ¿Qué criterios fija el legislador constituyente para seleccionar los derechos constitucionales que gozarán de semejante privilegio? ¿Por qué deja fuera otros? ¿Habrá una jerarquía de derechos? Si ciertamente se anhela una sociedad *con todos y para el bien de todos*, entonces hemos de abogar por una justicia al alcance de *todos* donde se obtenga y consagre la desalienación y la plena libertad de cada uno en la libertad de *todos*.

De conformidad con lo planteado, puede aducirse que la ausencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad en el país evidencia la principal limitación del diseño de control previsto en las Constituciones de 1976 y 2019, mucho más si se tiene en cuenta que no existe una jurisdicción constitucional, atribuida a un órgano ordinario o extraordinario; lo que impide la defensa de los principios, derechos y preceptos contenidos en el magno texto cubano.

A partir de lo antes expuesto y teniendo en cuenta la necesidad de propiciar la validez de las disposiciones normativas, así como la coherencia del ordenamiento jurídico cubano, el mayor reto consiste en implementar un control de constitucionalidad en vía judicial con efectos concretos y para lo cotidiano, el cual – incluso- admite la legislación patria actual, pero requiere de perfeccionamiento a los

¹¹³ Cfr. BERTOT TRIANA, H.: “El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución cubana de 2019: una propuesta para su funcionalidad”, *Direito, Estado e Sociedade*, No. 55, 2019, p. 171.

¹¹⁴ Cfr. Ley No. 131 de 2019, “De Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 6 de 16 de enero de 2020. Acción pública colectiva prevista en artículo 156.1, inciso h) y el procedimiento está previsto en los artículos 154 al 167, donde se omite qué proceder seguir ante una inconstitucionalidad alegada en la sustanciación de un proceso judicial.

efectos de poder instrumentarse; de ahí que el verdadero desafío no sea solo para los legisladores, sino también –y sobre todo- para los órganos jurisdiccionales¹¹⁵.

3.- Propuesta de control jurisdiccional de constitucionalidad para cuba: dibujando una idea

En Cuba, las Constituciones socialistas de 1976 y 2019 legitimaron el orden socioeconómico, jurídico y político y, –en ese sentido- son: “(...) reservorio de sus valores y principios fundamentales (...)”¹¹⁶.

Luego la defensa de su normativa y plexo axiológico constituye un imperativo. En este plano, es incomprensible que la articulación de un modelo de defensa constitucional, que asuma lo más positivo del derecho procesal constitucional que se desarrolló durante buena parte del siglo XX, siga siendo una asignatura pendiente del derecho cubano.

Por tal motivo, tomando como referente la experiencia histórica acumulada en la materia que se investiga y la inoperatividad de su actual diseño, se hace la siguiente *propuesta de control jurisdiccional múltiple de constitucionalidad*, con la finalidad de propiciar la validez de las disposiciones normativas, la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, así como la reafirmación del rol de la Constitución en todas las relaciones sociales, económicas y políticas, cuestión que aún evidencia limitaciones según se corrobora de los análisis efectuados en el orden doctrinal y práctico.

En tal sentido, debe promulgarse una Ley de Control de Constitucionalidad¹¹⁷ que tenga por objeto los cauces para el aseguramiento de la supremacía

¹¹⁵ Cfr. SIMÓN OTERO, L.: “El control de constitucionalidad de las leyes en Cuba: el reto de su judicialización”, en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, cit., p. 280.

¹¹⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: “El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, cit., p. 577.

¹¹⁷ Cfr. Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículo 3. *En la República de Cuba, la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. (...) ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular*. También, Cfr. Acuerdo IV-57 de 25 de diciembre de 1996, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 48 de 27 de diciembre de 1996, que estableció la necesidad de que se promulgara una *Ley de Control de Constitucionalidad*. Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. Artículo 3. *En la República de Cuba, la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. (...) la ejerce directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan (...)*. En cuanto al principio de supremacía constitucional, véase el artículo 7 cuando establece que: *La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla. Las disposiciones y actos de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, así como de las organizaciones, las entidades y los individuos se ajustan a lo que esta dispone*. Derivado de lo anterior, el control de constitucionalidad se retoma nuevamente a partir de la Ley No. 131 de

constitucional, así como la verificación de validez de las disposiciones inferiores restrictivas o contradictorias con el magno texto en sede judicial. Además, debe refrendar, entre otros aspectos, el *íter* procedimental para la conformación de los mecanismos para realizar el control, órganos facultados para ello, efectos de las declaraciones, vías de defensa, sujetos legitimados y medios para su exigibilidad real.

Para el aseguramiento de este mecanismo de supervigilancia constitucional, debe diseñarse, aunque sin apartarse de los principios básicos de organización y funcionamiento de los órganos públicos que informan al sistema político-jurídico cubano, un *control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad*, establecido a partir de la creación de una jurisdicción especial: *Sala de lo Constitucional*, como parte del Tribunal Supremo Popular, la que fungirá como guardián del magno texto y contralor de la validez de las normas jurídicas inferiores, sin cercenar las facultades que al respecto tiene la ANPP. Asimismo, estará integrada por tres jueces profesionales y dos jueces legos¹¹⁸, elegidos directamente por el máximo órgano legislativo cubano.

Luego, en virtud de que su principal misión es la salvaguarda de la supremacía de las reglas esenciales que fijan el orden socioeconómico, jurídico y político, será competente para conocer y decidir, entre otras cuestiones, de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales, ya sea por defectos de forma o vicios materiales; así como de las decisiones administrativas que restrinjan o vulneren la magna letra y que, a la vez, no tengan acceso a la vía judicial ordinaria. De esta manera, se tributará no solo a la defensa de la normativa superior, sino también a la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Derivado de lo antes expuesto, el *control*, que en este orden se efectuaría por la Sala de lo Constitucional, sería *posterior a la promulgación de la norma jurídica*, con lo cual se aseguraría la validez de las disposiciones inferiores a partir de la salvaguarda de la supremacía constitucional y sus contenidos. Así, las disposiciones normativas que vulneren o restrinjan la magna letra serían *declaradas inaplicables* y, de reiterarse esta situación, se remitirían a la ANPP o su Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos –en el supuesto de leyes o decretos-leyes– para que considerase la pertinencia de modificar o derogar las respectivas normativas con la finalidad de propiciar la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, lo que deberá efectuar en la sesión ordinaria posterior a la comunicación de la referida Sala. Es preciso consignar que, de esta manera, el máximo órgano legislativo estatal estaría además cumpliendo el mandato constitucional previsto en el artículo 108, inciso e). Similar tratamiento se ofrecería a los decretos y demás disposiciones generales, con la salvedad de que el órgano u organismo estatal que los dictó estaría

2019, “De Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 6 de 16 de enero de 2020, que en su Capítulo XI reproduce, en parte, el procedimiento previsto en los Reglamentos de 1977 y 1982 respectivamente, a la vez que fusiona ambos controles, dígame constitucionalidad y legalidad; lo que genera confusiones en cuanto a objeto, efectos y alcances, toda vez que las concepciones doctrinales sobre uno y otro son diferentes.

¹¹⁸ Cfr. Ley No. 82 de 1997, “De los Tribunales Populares”, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006. Artículo 23, apartado cuarto.

en la obligación de derogarlos o modificarlos inmediatamente al día siguiente del pronunciamiento judicial¹¹⁹. No obstante, si las previsiones anteriores no fueron observadas, la decisión se tornaría vinculante para los tribunales inferiores de justicia, por lo que no podrían aplicar tales preceptos legales con posterioridad, *produciendo una suerte de inaplicabilidad general*¹²⁰.

Con respecto al *recurso de inconstitucionalidad* para potenciar la verificación de validez de las disposiciones normativas inferiores restrictivas o contradictorias al magno texto mediante el control directo, deben reconocerse como *sujetos legitimados* a: los órganos y organismos estatales, las organizaciones sociales y de masas, asociaciones, sociedades, así como a los ciudadanos, previéndose en este último caso el ejercicio de la *acción pública colectiva*¹²¹ por veinticinco ciudadanos en pleno goce de sus derechos civiles y políticos para la realización de un control abstracto.

Vale destacar que, en relación con el ámbito competencial deferido a favor de la citada Sala para la realización de un control indirecto o derivado en defensa de intereses legítimos, deberá reconocerse como *sujeto legitimado* al ciudadano o persona natural o jurídica que resulte afectado en sus bienes o derechos por decisiones administrativas que vulneren o restrinjan la magna letra y que, a la vez, no tengan acceso a la vía judicial ordinaria, ofreciéndole la posibilidad de ejercitar la *acción privada o de parte afectada*¹²². Al respecto, la declaración de inconstitucionalidad tendría *efectos declarativos y eficacia inter partes*, lo que supondría la inaplicabilidad de la disposición legal para el caso concreto, preservando la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

En cuanto al *control jurisdiccional difuso de constitucionalidad* se refiere, debe establecerse la obligación de los jueces y tribunales de resolver toda contradicción entre la Constitución y el resto de las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico a favor de la primera, propiciando con ello la revisión de validez normativa y su intervención en la realización del control. Así, cuando el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte afectada, considere que, la disposición legal aplicable a

¹¹⁹ A modo de referencia, *Cfr.* Ley de 17 de marzo de 1922, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 23 de marzo de 1922.

¹²⁰ *Cfr.* Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003. Artículos 120 y 121, tercer párrafo.

¹²¹ *Cfr.* Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 10 de 3 de febrero de 1934; Constitución de la República de Cuba de 1 de julio de 1940, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: www.juridicas.unam.mx (consultado: 15 de marzo de 2020); Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 18 de julio de 1977, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 23 de 20 de julio de 1977. Artículo 93; Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 5 de agosto de 1982, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 30 de agosto de 1982. Disposición Transitoria Única en relación con el artículo 79.

¹²² A modo de referencia, *Cfr.* Ley de 31 de marzo de 1903, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 1 de abril de 1903; Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 10 de 3 de febrero de 1934; Constitución de la República de Cuba de 1 de julio de 1940, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: www.juridicas.unam.mx (consultado: 15 de marzo de 2020).

un caso concreto y de cuya validez dependa su fallo, pueda vulnerar o restringir un derecho constitucionalmente consagrado, inaplica por vía incidental o de excepción la normativa cuestionada, optando en su defecto por la *Lex Superior*¹²³. Con ello, no solo se estimularía la aplicación directa del magno texto ante antinomias, omisiones legislativas u obsolescencias, sino también se evitaría la corrosión del orden normativo impuesto y se ofrecería seguridad jurídica ciudadana.

Luego, el *control* que efectuarían los jueces y tribunales en las *litis* de que conocen sería *posterior a la entrada en vigor de la disposición* y, dado su carácter resultante y concreto, la declaración de inconstitucionalidad tendría *efectos declarativos y eficacia inter partes*, puesto que solo generaría la inaplicabilidad de la norma cuestionada al caso en examen y, con ello, la regla de derecho continuaría vigente y exigible a sus destinatarios. Finalmente, es de resaltar el hecho de que esta vía incidental o de excepción gozará de *legitimación abierta*, ya que cualquier persona con capacidad procesal para ser parte podrá estimular la realización de este tipo de control en el marco de un determinado proceso judicial en defensa de sus derechos o intereses legítimos.

Como puede apreciarse en la propuesta efectuada, tanto en el control concentrado como en el difuso no se invalida o anula la disposición normativa cuestionada, sino que se declara inaplicable, pero con una connotación distinta. Para adoptar tal decisión, el juez realiza un análisis de constitucionalidad a través del cual detecta –de forma previa– la contradicción normativa: *verifica validez*.

Así, en el concentrado, se ha previsto que la Sala de lo Constitucional remita aviso al órgano estatal que dictó la norma transgresora para que la modifique o derogue, so pena de que la decisión de inaplicabilidad adquiera carácter vinculante para los tribunales inferiores de justicia, imponiéndoles la obligación de no aplicar las disposiciones normativas vulneradoras o restrictivas así declaradas. En consecuencia, este mecanismo de control propicia la verificación de validez normativa y, a su vez, tributa a la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, si se toma en consideración de que genera una suerte de *inaplicabilidad general* respecto a los órganos jurisdiccionales.

Por su parte, en el difuso, cuando uno de los sujetos intervinientes en un litigio alega que la disposición normativa que puede servir de fundamento al fallo es presuntamente inconstitucional, el juez se ve obligado a controlar la constitucionalidad, aunque indirectamente, como vía de aseguramiento de derechos o intereses legítimos. Con ello, también se propicia la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, si se parte del supuesto de que el órgano judicial que resolvió la controversia, por conducto del CGTSP, bien puede interesar ante la referida Sala declaración de inaplicabilidad de la normativa contradictoria o restrictiva, para que esta comunique al órgano u organismo estatal que la dictó a los efectos de que la modifique o derogue. En caso contrario, no podría volver a invocarse por ningún motivo y bajo ningún pretexto en sede judicial.

¹²³ Cfr. Ley No. 82 de 1997, “De los Tribunales Populares”, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006. Artículo 4, inciso b).

Si la Constitución no obtiene efectividad a través de conductas espontáneas de los agentes gubernamentales y de los particulares, su propia fuerza normativa tiene que conducir a movilizar un aparato instrumental garantista para instar a su defensa, a su acatamiento, a su efectividad o, en último caso, a la sanción o reparación de su transgresión, de ahí que el control de constitucionalidad deba dirigirse al cumplimiento de tal fin y sea una exigencia su perfeccionamiento¹²⁴, potenciando así la coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

Conclusiones

Desde 1901, existió en Cuba un control jurisdiccional de la constitucionalidad, aunque con diversas maneras de expresión, el cual fue suprimido con la promulgación de la Ley No. 1250 de 1973, “Ley de Organización del Sistema Judicial”. Posteriormente, en el año 1976, se promulgó la Constitución de la República y, con ella se consagró el modelo político de tipo parlamentario puro hasta la actualidad.

En Cuba, el control político parlamentario de constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales presenta actualmente limitaciones que coartan no solo la validez de las normativas y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, sino también el principio de supremacía constitucional, por cuanto el máximo órgano legislativo estatal se convierte en juez y parte principal, además de que el proceder es dilatado e inoperante por esencia, lo que genera serios inconvenientes para potenciar la defensa de la preceptiva superior ante la existencia de disposiciones normativas inferiores restrictivas o contradictorias, sobre todo por parte de la ciudadanía en franca vulneración a los principios de soberanía popular y democracia socialista. A lo anterior, debe añadirse que, no obstante que la Fiscalía y los órganos jurisdiccionales están en la obligación de velar por la Constitución en cumplimiento del principio de legalidad, ante la falta de eficacia e instrumentación de mecanismos adecuados para ello, el control de constitucionalidad por estos órganos está totalmente debilitado, lo cual interesa sobremanera ante la ausencia de una jurisdicción especial, ya sea una Sala o Tribunal Constitucional, que asuma esta importante función.

Urge la instrumentación de un control jurisdiccional de constitucionalidad con efectos concretos y *para lo cotidiano* que propicie la validez de las disposiciones normativas y la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, a la vez que sea expresión y refrende hasta sus últimas consecuencias el principio de supremacía constitucional.

Referencias bibliográficas

Fuentes doctrinales

ÁLVAREZ TABÍO, F.: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1960.

¹²⁴ Cfr. FRANCO CASTELLANOS, C.: “Control de validez constitucional como mecanismo de defensa de la *Lex Fundamental* cubana”, en *Revista Caribeña de las Ciencias Sociales*, Universidad de Málaga, España, febrero de 2015, p. 11, disponible en: <http://xn--caribea-9za.eumed.net/validez-constitucional/>, ISSN: 2254-7630 (consultado: 13 de octubre de 2019).

- BERTOT TRIANA, H.: "El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución cubana de 2019: una propuesta para su funcionabilidad", *Direito, Estado e Sociedade*, No. 55, 2019.
- BETANCOURT, A. C.: *Recurso de inconstitucionalidad*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1915.
- BURDEAU, G.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, 1981.
- CUBA FERNÁNDEZ, J. S.: "La Jornada «Desde la Historia me Absolverá al XX Aniversario»", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 9, Año IV, La Habana, enero-junio, 1975.
- EDELMAN, J. F.: "Una opinión sobre el objeto y alcance del recurso de inconstitucionalidad", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría del Derecho*, en *Teoría del Estado y del Derecho*, T. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: "Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: "Palabras de clausura", en SUÁREZ DÍAZ, A. (coord.): *Retrospección crítica de la Asamblea Constituyente de 1940*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, S. S.: "Cuba y el control constitucional en el Estado Socialista de Derecho: reflexiones para su perfeccionamiento", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)", en *Revista de Derecho*, Vol. XII, España, 2001.
- FRANCO CASTELLANOS, C.: "Control de validez constitucional como mecanismo de defensa de la *Lex Fundamental* cubana", en *Revista Caribeña de las Ciencias Sociales*, Universidad de Málaga, España, 2015, disponible en: <http://xn--caribea-9za.eumed.net/validez-constitucional/>, ISSN: 2254-7630 (consultado: 13 de octubre de 2015).
- GARCERÁN DE VALL y SOUZA, J.: *El proceso de inconstitucionalidad*, Librería Martí, La Habana, 1947.
- GARCÍA BELAUNDE, D.: "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 109, Año XXXVII, enero-abril, 2004.
- GARCINI GUERRA, H.: *Derecho Administrativo*, Segunda Edición, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

- GRIGORIAN, L. y DOLGOPOLOV, Y.: *Fundamentos del derecho estatal soviético*, Ed. Progreso, Moscú, 1979.
- GRILLO LONGORIA, J. A.: “La Historia me Absolverá: Una estrategia de defensa de ruptura sustancial”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 13, Año VI, La Habana, enero-diciembre, 1977.
- GUANCHE ZALDÍVAR, J. C.: *La verdad no se ensaya. Cuba: el socialismo y la democracia*, Ed. Caminos, La Habana, 2012.
- HERNÁNDEZ CORUJO, E.: “La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- MARCHECO ACUÑA, B.: *Los fundamentos jurídicos de la justicia administrativa en Cuba*, Tesis en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2014.
- MATILLA CORREA, A.: “El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba a comienzos del siglo XX: la Constitución de 1901 y la Ley de 31 de marzo de 1903”, en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Ed. UNAM-UniJuris, La Habana, 2012.
- MÉNDEZ LÓPEZ, J.: *El modelo de creación de las leyes en Cuba*, Tesis en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999.
- MÉNDEZ LÓPEZ, J. A. y CUTIÉ MUSTELIER, D.: “La función de los Tribunales de salvaguardar la Constitución”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- MERINO BRITO, E. G.: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1938.
- MERINO BRITO, E. G.: “El recurso de inconstitucionalidad y sus antecedentes históricos en el Derecho norteamericano”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- NIN y ABARCA, M.: “El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 4, Año XV, octubre-diciembre, 1941.
- OCHOA DEL RÍO, J. A.: *El control constitucional. Caso Cuba*, en *Voz al Mundo.com*, disponible en: <http://www.vozalmundo.com> (consultado: 5 de febrero de 2016).
- PACHOT ZAMBRANA, K. L.: “El control de constitucionalidad en Cuba. Una propuesta para su perfeccionamiento”, en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: “Algunas consideraciones en torno a la democracia”, en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

- PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: "El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L.: ¿Gobierno y Administración municipal en Cuba?, en ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M. y MATILLA CORREA, A. (coords.): *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Ed. UH, La Habana, 2011.
- PORTAS RODRÍGUEZ, A.: "El alcance del recurso de inconstitucionalidad", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- PRIETO VALDÉS, M.: "Sistema de defensa constitucional cubano", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 26, Editorial Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, julio-diciembre, 2005.
- PRIETO VALDÉS, M.: *El control como instrumento de aseguramiento de derechos y de la continuidad del diseño*, Conferencia Magistral dictada en VIII Encuentro de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2008.
- PRIETO VALDÉS, M.: "En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 31, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, enero-junio, 2008.
- PRIETO VALDÉS, M.: "Sistema de defensa constitucional cubano", en Matilla Correa, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- PRIETO VALDÉS, M.: "El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?", en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos "CUBALEX"*, No. 33, Año 16, Tercera Época, Ed. UniJuris, La Habana, enero-diciembre, 2013, ISSN: 1028-8988.
- PRIETO VALDÉS, M. y Pérez Hernández, L.: "El control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos. Sus formas en los Estados Unidos y en Cuba", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- RODRÍGUEZ SOLVEIRA, M.: "Cien Años de Derecho en Cuba (1868-1968)", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 1, Año I, La Habana, enero, 1972.
- SIMÓN OTERO, L.: "El control de constitucionalidad de las leyes en Cuba: el reto de su judicialización", en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Ed. UNAM-UniJuris, La Habana, 2012.
- VEGA VEGA, J.: *Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- VEGA VEGA, J.: *Cuba. Su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Ed. Endimión, Madrid, 1997.

VILLABELLA ARMENGOL, C. M.: "Derecho procesal y constitucionalismo en Cuba", en MATILLA CORREA, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Ed. UNAM-UniJuris, La Habana, 2012.

VILLABELLA ARMENGOL, C. M.: "El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones preliminares de la nueva propuesta en la Constitución de 2019", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23, No. 1, 2019.

ZAMORA, J. C.: "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", en MATILLA CORREA, A. (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Ed. Porrúa, México, 2009.

Fuentes normativas

Históricas

Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812.

Constitución española de 1836.

Constitución de Guáimaro de 10 de abril de 1869.

Constitución de Baraguá de 15 de marzo de 1878.

Constitución de Jimaguayú de 13 de septiembre de 1895.

Constitución de La Yaya de 29 de octubre de 1897.

Constitución Autonómica para Cuba y Puerto Rico de 25 de noviembre de 1897.

Constitución de la República de Cuba de 21 de febrero de 1901, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: www.juridicas.unam.mx (consultado: 15 de febrero de 2020).

Ley de 31 de marzo de 1903, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 1 de abril de 1903.

Ley de 17 de marzo de 1922, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 23 de marzo de 1922.

Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 10 de 3 de febrero de 1934.

Constitución de la República de Cuba de 11 de junio de 1935, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 93 de 12 de junio de 1935.

Constitución de la República de Cuba de 1 de julio de 1940, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: www.juridicas.unam.mx (consultado: 15 de febrero de 2020).

Ley Orgánica No. 7, "Del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales", *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 7 de junio de 1949.

Ley Constitucional para la República de Cuba de 4 de abril de 1952, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria de 4 de abril de 1952.

Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: www.juridicas.unam.mx (consultado: 15 de febrero de 2020).

Ley de Reforma Constitucional, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria de 20 de diciembre de 1960.

Ley No. 1250, “De Organización del Sistema Judicial”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 13 de 23 de junio de 1973.

Nacionales

Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019.

Ley No. 7 de 1977, “De Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico” (LPCALE), Ediciones ONBC, La Habana, 2012.

Ley No. 82 de 1997, “De los Tribunales Populares”, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Ley No. 83 de 1997, “De la Fiscalía General de la República”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Extraordinaria No. 8 de 14 de julio de 1997.

Ley No. 131 de 2019, “De Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 6 de 16 de enero de 2020.

Decreto-Ley No. 67 de 1983, “De la Organización de la Administración Central del Estado”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 9 de abril de 1983.

Decreto-Ley No. 147 de 1994, “De la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 2 de 21 abril de 1994.

Decreto-Ley No. 272 de 2010, “De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 033 de 13 de agosto de 2010.

Decreto No. 301 de 2012, “Sobre las Funciones Estatales y de Gobierno que se ejercen y cumplen en las Provincias y Municipios objeto del experimento autorizado a realizar en sus respectivos territorios”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria No. 47 de 5 de noviembre de 2012.

Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 18 de julio de 1977, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, Edición Ordinaria No. 23 de 20 de julio de 1977.

Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 5 de agosto de 1982, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 30 de agosto de 1982.

Reglamento de las Asambleas Municipales del Poder Popular de 13 de septiembre de 1995, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, *Selección Legislativa de Derecho Constitucional*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Acuerdo IV-57 de 25 de diciembre de 1996, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 48 de 27 de diciembre de 1996.

Acuerdo No. 6176 de 13 de noviembre de 2007, “Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 081 de 11 de diciembre de 2007.

Documentos

“Discurso pronunciado el 24 de febrero de 1976, acto de proclamación de la Constitución socialista”, por Raúl Castro Ruz, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 11, Año V, La Habana, enero-junio, 1976.

A teoria dos deveres fundamentais, as políticas públicas de saúde no SUS e o abstencionismo da população (*)¹

The theory of fundamental duties, public health policies in SUS and abstentionism of the population

La teoría de los deberes fundamentales, las políticas de salud pública en el SUS y el abstencionismo de la población

Heleno Florindo da Silva²

Sumário: Introdução. **1.** As políticas públicas de saúde do SUS – Aspectos Gerais de sua Fundamentação e Funcionamento. **2.** As políticas públicas de saúde e o alto índice de abstencionismo da população que usa os serviços públicos de saúde no SUS – Um Problema Nacional. **3.** A teoria dos deveres fundamentais – Uma Análise do Dever Fundamental do Indivíduo que usa os Serviços do SUS em Contribuir com a Diminuição dos Gastos Públicos. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente trabalho, a partir de uma perspectiva metodológica insita ao materialismo histórico-dialético de fundo marxista, buscará discutir a possibilidade de identificarmos a existência de um dever fundamental dos usuários das ações e programas de saúde pública, inerentes às políticas públicas de saúde desenvolvidas pelo SUS, em contribuir para sua manutenção e efetivação, a partir da redução ou da

(*) Recibido: 18/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Artigo produzido no âmbito do Projeto de Pesquisa desenvolvido no âmbito da Coordenação de Pesquisa da Faculdade São Geraldo (Multivix Cariacica) com financiamento pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES) no Edital nº 21/2018 - UNIVERSAL - com duração prevista de 24 meses.

² Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Diretoria Executiva da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação *Stritua Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor D1/N1 de Direito do Instituto Federal Sudeste de Minas Gerais.
heleno.silva@ifsudestemg.edu.br

tomada de medidas, individuais, que proporcionem uma transformação da realidade dos altos índices de abstencionismo da população frente aos referidos serviços de saúde, o que se dará a partir, num primeiro momento, da análise dos fundamentos e da estrutura das políticas públicas do SUS, bem como, posteriormente, uma análise dos citados índices, em vários contextos regionais pelo país, que demonstram o problema inerente ao referido abstencionismo, para no fim, discutirmos, a partir de uma teoria dos deveres fundamentais, a existência do supracitado dever dos usuários do SUS em contribuir com a diminuição de seus gastos, através de uma mudança de conduta quanto a prática do abstencionismo.

Palavras-chave: deveres fundamentais, políticas públicas, abstencionismo, Sistema Único de Saúde (SUS)

Abstract: The present work, from a methodological perspective insisted on historical-dialectic materialism with a Marxist background, will seek to discuss the possibility of identifying the existence of a fundamental duty of the users of public health actions and programs, inherent to public health policies developed by the SUS, to contribute to their maintenance and effectiveness, from the reduction or taking of individual measures that provide a transformation of the reality of the high rates of abstentionism of the population in relation to the aforementioned health services, This will start, in a first moment, from the analysis of the foundations and structure of public policies of SUS, as well as, later, an analysis of the cited indexes, in several regional contexts throughout the country, that demonstrate the problem inherent to the referred abstentionism, in order to finally discuss, from a theory of fundamental duties, the existence of the referred duty of SUS users to contribute with the decrease of their expenditures, through a change of conduct regarding the practice of abstentionism.

Keywords: fundamental duties, public policies, abstentionism, Single Health System (SUS)

Resumen: El presente trabajo, desde una perspectiva metodológica insistida en el materialismo histórico-dialéctico con trasfondo marxista, buscará discutir la posibilidad de identificar la existencia de un deber fundamental de los usuarios de las acciones y programas de salud pública, inherente a las políticas de salud pública desarrolladas por el SUS, de contribuir a su mantenimiento y efectividad, a partir de la reducción o toma de medidas individuales que permitan transformar la realidad de los altos índices de abstencionismo de la población en relación con los servicios de salud mencionados. Se iniciará, en un primer momento, con el análisis de los fundamentos y la estructura de las políticas públicas del SUS, así como, posteriormente, con el análisis de los índices citados, en varios contextos regionales del país, que demuestran el problema inherente al referido abstencionismo, para finalmente discutir, desde una teoría de los deberes fundamentales, la existencia del referido deber de los usuarios del SUS de contribuir con la disminución de sus gastos, a través de un cambio de conducta respecto de la práctica del abstencionismo.

Palabras clave: deberes fundamentales, políticas públicas, abstencionismo, Sistema Único de Salud (SUS).

Introdução

Para darmos início ao debate do tema proposto, é preciso compreendermos que o debate acerca da Teoria dos Deveres Fundamentais ainda não está totalmente amadurecido no Brasil – mesmo que nos últimos anos, tenhamos vistos inúmeros trabalhos acadêmicos discutindo essa temática – ainda mais quando se restringe sua análise aos deveres que os particulares guardam entre si, numa perspectiva horizontal dos direitos e deveres fundamentais.

Neste sentido, a temática dos deveres fundamentais, reconhecidos ou não na Constituição de 1988, pode ser [e deve ser, afim de que se detectem as mais variadas possibilidades de seu uso] percebida como fundamento para discussão de inúmeros temas, tais como, conforme se buscará aqui, a questão das políticas públicas de saúde, seus gastos e os altos índices de abstencionismo dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) nas mais variadas regiões do país.

Acerca do abstencionismo, é importante destacar que tal prática não afeta um dado Município ou Estado da federação, mas todo o SUS, pois conforme se percebe pelos índices identificados nas diversas realidades regionais, os usuários do SUS, deixando de comparecer em suas consultas agendadas, contribuem para os altos custos da saúde pública primária do Brasil³.

Sobre tais perspectivas, é importante destacar, desde já, que será necessário identificarmos os valores, princípios e fundamentos constitucionais ou legais, que sustentam as políticas públicas de saúde no Brasil a partir da construção dos programas governamentais da saúde primária, em especial, a partir da estruturação de Unidades Básicas de Saúde, por todos os Municípios do país, para implementação do programa de saúde da família e comunidade.

A partir de então, discutidos e afirmadas as principais características do SUS no tocante as referidas práticas de saúde primária, a presente pesquisa destacará os altos índices de abstencionismo dos usuários do Sistema, nas diversas regiões do país, demonstrando a necessidade de compreendermos a possibilidade da Teoria dos Deveres Fundamentais ser um fundamento capaz de marcar uma mudança de paradigma, efetivando uma profunda mudança de atitude do cidadão que usa o SUS, principalmente nos setores primários e, em especial, no âmbito do programa saúde da família e comunidade.

É daí que iremos buscar mecanismos para traçar, num primeiro momento, uma análise dos conceitos, fundamentos, princípios e diretrizes que regem o SUS em sua política de saúde pública primária, para num segundo momento da pesquisa, tracejar parâmetros, a partir dos índices divulgados em Municípios e/ou Estados da

³ Sobre o termo abstencionismo que se discutirá aqui, compreendemo-lo como a prática do usuário do SUS em não se fazer presente no dia e hora marcado para sua consulta médica, sem, contudo, ter avisado ou informado os profissionais de saúde acerca de sua falta. Ademais, também é importante destacar que a análise pretendida na presente pesquisa se firmará em face da saúde pública primária, principalmente, no tocante ao programa saúde da família e comunidade, uma vez que tal serviço é o de maior abrangência a nível nacional, bem como de maior facilidade de acesso ao usuário do SUS.

Federação, das várias regiões do país, dos índices de abstencionismo dos usuários do SUS, e dos possíveis custos financeiros desses índices para o Sistema de Saúde atual, de modo que, no fim da presente pesquisa, analisar a possibilidade de uma aproximação entre a teoria dos deveres fundamentais e o custo da efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil, a partir das práticas de abstencionismo por parte do particular que deixa de contribuir para o barateamento dos custos operacionais, ou seja, deixa de contribuir com os gastos públicos.

Assim, a partir de uma leitura, conforme se verá abaixo, ínsita ao materialismo histórico-dialético⁴, buscaremos, com o presente estudo, alcançar resposta ao seguinte problema de pesquisa: A obrigação do indivíduo que usa os serviços públicos de saúde, programados e organizados a partir das políticas públicas de saúde no âmbito do SUS, de informar, de qualquer modo, que se ausentará do serviço previamente agendado, é parte integrante do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos?

1. As políticas públicas de saúde do SUS – Aspectos Gerais de sua Fundamentação e Funcionamento.

Para entendermos as políticas públicas e saúde do Sistema Único de Saúde brasileiro, o SUS, é preciso compreender, desde o princípio, como está estruturada sua fundamentação, haja vista o fato de que, será a partir daí, que conseguiremos

⁴ A abordagem metodológica a ser desenvolvida na presente pesquisa, ou seja, a racionalidade metodológica utilizada na construção dos argumentos, a serem expostos no relatório final da pesquisa, o modo de pensar, de compreender os fenômenos trabalhados na presente pesquisa, será a perspectiva dialética. Nestes termos, a referida abordagem metódica nos será útil nesta pesquisa pelo fato de buscar transformar a realidade a partir de uma não contentamento, ou seja, a dialética percebida enquanto método de possui um sentido de movimento, percebendo o mundo a partir da relação entre o que está posto e a sua negação, um não contentamento, uma discordância. Acerca de tais premissas, Marconi e Lakatos destacam o fato de que se analisarmos um determinado ser, nos voltando às suas origens, admitiremos esse ser, bem como o não ser, ou seja, o movimento inerente a dialética, não se trata de uma ilusão, aspecto superficial da realidade, mas, ao contrário, de um fluxo eterno e contínuo, tendo em vista que tudo se origina de princípios contrários (MARCONI e LAKATOS, p. 81). Desse modo, sendo a dialética eminentemente movimento, a conclusão (síntese) extraída da relação entre tese (o que está posto e conhecido a prioristicamente) e antítese (sua negação), não demonstrará o fim das discussões, havendo, portanto, um devir fundamental, por onde a conclusão a que se chega, torna-se, na verdade, outra tese. Assim, numa abordagem metodológica a partir da perspectiva dialética o conhecimento compreenderá dois momentos, quais sejam: um primeiro, onde se buscará a redução do conteúdo (abstração), através da formulação de uma tese (o que surge como posto no mundo da vida, aprioristicamente conhecido), à contraposição de uma antítese (o movimento de negação dessa realidade conhecida como forma de sua transformação), objetivando uma síntese, e outro objetivando o retorno ao concreto, por onde a conclusão em que se chegou é lançada no real, a fim de se contemplar novas antíteses. Portanto, percebemos que a busca pelo real, perpetrada pela abordagem dialética, é anterior ao pensamento e subsiste a ele, ou seja, o concreto não significa o real, pois a realidade só se torna concreta para o pensamento quando são explicitadas suas determinações, seus nexos internos que a fazem assim como é. Desta feita, as construções do método dialético serão de grande valia para as discussões presentes nesta pesquisa, haja vista essa se preocupar com a necessidade de relacionamento entre uma tese – a teoria dos deveres fundamentais conforme desenvolvida pelo supracitado Grupo de Pesquisa – e uma antítese – os altos índices de abstencionismo da população usuária do SUS frente as políticas públicas da saúde primária – a fim de se encontrar uma síntese, que não encerrará o debate, pois o movimento científico proporcionado pela dialética promove o aparecimento de novas antíteses, tendo em vista o fato de que a síntese, nada mais é do que uma nova tese.

entender os motivos da condução das referidas políticas, para esse ou aquele contexto político-social.

Neste sentido, é importante entendermos que o SUS foi criado em 1990, através da edição da Lei no 8.080, legislação essa que é conhecida como a *Lei Orgânica da Saúde*, e que tem em suas bases epistemológicas, servir de desdobramento prático do princípio constitucional da saúde, estabelecido na Constituição de 1988, como um direito de todos, bem como um dever do Estado.

Assim, em seu artigo 7º, a citada legislação infraconstitucional, estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal”, e mais, que deverão, necessariamente, obedecer aos seguintes princípios orientadores:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Diante desse contexto principiológico, podemos compreender que os fundamentos que sustentam o SUS, bem como as políticas públicas de saúde implementadas em seu contexto de atuação, devem ser conduzidas através de um ideal de universalização do acesso aos serviços de saúde, o que acaba provocando, desde a garantia da participação da sociedade no debate e estabelecimento das

referidas políticas públicas, até sua organização para que, entre os entes federados, não haja dispêndio de esforço duplo para atendimento de um mesmo problema.

Além desse acervo principiológico, não podemos deixar de destacar que a fundamentação das políticas públicas no âmbito do SUS também seguem o que se convencionou chamar de *Diretrizes do SUS*⁵, ou seja, uma série de recomendações de cunho técnico, bem como organizacional, que estão estabelecidas como mecanismo de combate a problemas específicos que atingem as políticas públicas do SUS.

Tais diretrizes, é importante ressaltar, são “[...] produzidas pelo Ministério da Saúde, com o concurso de especialistas de reconhecido saber na área de atuação, de abrangência nacional, e que funcionam como orientadores da configuração geral do sistema em todo o território nacional [...]” (REIS e OUTROS, 2014), sem deixar, contudo, de se respeitar todas as especificidades inerentes a cada uma das unidades da federação.

De outro lado, não podemos também deixar de ressaltar que as diretrizes ressaltadas alhures, mesmo que num primeiro momento possam parecer algo muito distante, algo muito complexo, pois são desdobramentos técnicos que fundamentarão as políticas públicas de saúde do SUS, acabarão possuindo muita influência no modo, por exemplo, como as políticas públicas de saúde municipal, serão pensadas, organizadas e implementadas.

Assim, a partir dos princípios destacados acima, bem como das diretrizes mais elementares de atuação, gestão, organização e implementação das políticas públicas de saúde do SUS, podemos perceber que o referido sistema de saúde brasileiro, pode ser compreendido como o símbolo mais verdadeiro – pois, sua realidade é sentida no cotidiano, sobretudo, dos mais pobres em nosso país – do esforço do constituinte de 1988 em buscar meios para garantir, universalmente, o acesso ao povo brasileiro, em sua máxima extensão, bem como àqueles que precisarem, os cuidados em saúde de que possam necessitar ao longo de sua vida, como mecanismo, não só de sua salvaguarda, mas, também, para que se implemente da forma mais digna, produtiva e feliz possível.

Portanto, mesmo que se tenha como premissa, que o alcance de bons indicadores de saúde pública, dependam também – para não dizer sobretudo – de

⁵ Sobre as citadas diretrizes, podemos perceber que podem ser vistas como as principais: Diretrizes para a Atenção Psicossocial: Portaria MS/GM no 678, de 30/3/2006; Diretrizes nacionais para o saneamento básico: Lei no 11.445, de 05/01/2007; Diretrizes Nacionais para a Atenção à Saúde das Pessoas Ostomizadas (instituídas pela Portaria MS/SAS no 400, de 16/11/2009); Diretrizes da Política Nacional de Saúde Bucal, 2004; Diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Portaria no 3.252/2009; Diretrizes para a Programação Pactuada e Integrada da Assistência à Saúde; Diretrizes para a Implantação de Complexos Reguladores; Diretrizes para a implementação do Programa de Formação de Profissionais de Nível Médio para a Saúde (PROFAPS). Portaria no 3.189/2009; Diretrizes para Implementação do Projeto Saúde e Prevenção nas Escolas, 2006; Diretrizes para o controle da sífilis congênita: manual de bolso, 2006; Diretrizes para o fortalecimento para as ações de adesão ao tratamento para as pessoas que vivem com HIV e AIDS; Diretrizes para Vigilância, Atenção e Controle da Hanseníase (Portaria MS/GM no 3.125, de 07/10/10); Estratégia Nacional de Avaliação, Monitoramento, Supervisão e Apoio Técnico aos Centros de Atenção Psicossocial; Pacto Nacional: Um mundo pela criança e o adolescente do semiárido; Pacto Nacional pela Redução Mortalidade Materna e Neonatal, 2007; Lei no 11.445, de 05/01/2007 que Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico (REIS e OUTROS, 2014).

um amplo conjunto de políticas públicas de cunho econômico, sócio assistencial (tais como, políticas de emprego e renda, bem como de saneamento e moradia dignas, de boa alimentação e até mesmo de segurança, de educação, entre outras), não podemos deixar de reconhecer a inquestionável importância de uma política pública de saúde que, transcendendo a universalidade como premissa racional, também se dê através de uma ampla garantia de equidade, integralidade e qualidade no cuidado prestado ao povo.

Contudo, tal como discutiremos abaixo, mesmo que a implementação da saúde primária, através de programas como a Estratégia da Saúde da Família e da Comunidade – política pública alinhada com as práticas mais atuais e modernas em saúde pública do mundo – mesmo que o SUS se pautar por princípios e diretrizes, que fundamentem sua gestão e implementação voltadas para a realização e integralização de políticas públicas de saúde, gratuitas e universalizadas, os altos índices de faltas em consultas agendadas, produzem um desserviço a todo o SUS, bem como o seu demasiado encarecimento.

Desta feita, podemos fechar esse primeiro ponto da análise proposta, reconhecendo, daí em diante, que “todos os investimentos e esforços visando à implantação da Estratégia Saúde da Família (ESF) do nosso país só podem ser entendidos no contexto da consolidação do SUS e da extensão dos seus benefícios para milhões de brasileiros” (REIS e OUTROS, 2014), no caso dos brasileiros assumirem a responsabilidade de contribuir com os gastos públicos, ao informar o setor responsável pelo agendamento, de que não poderão comparecer no dia e horário agendados para sua consulta, barateando, assim, os custos das políticas públicas de saúde o âmbito do SUS.

2. As políticas públicas de saúde e o alto índice de abstencionismo⁶ da população que usa os serviços públicos de saúde no SUS – Um Problema Nacional.

Tendo entendido os fundamentos principiológicos e as principais diretrizes que estabelecem o âmbito de atuação do SUS no tocante ao estabelecimento das políticas públicas de saúde, agora é importante discutirmos os efeitos dos altos índices de abstencionismo da população usuária, enquanto problema nacional, a fim de que posteriormente analisemos se é possível extrairmos desse contexto, a existência de um dever fundamental dos usuários do SUS em contribuir com a diminuição dos gastos com as ditas políticas públicas.

A partir de então, podemos identificar as políticas públicas⁷ como um conjunto de instrumentos, mecanismos e procedimentos que, de um lado, traduzirão a

⁶ Podemos entender como absenteísmo ambulatorial a ausência do paciente a qualquer procedimento que porventura tenha sido previamente agendado em uma dada unidade de saúde, sem que, contudo, haja qualquer tipo de notificação aos responsáveis pelo agendamento, explicitando a referida falta, fato que provoca, via de consequência, a privação aos outros pacientes de atendimento, além de provocar inúmeros transtornos, sejam de natureza administrativa ou financeira, para as contas públicas.

⁷ Acerca das citadas políticas públicas, não podemos deixar de compreender que “são também definidas como todas as ações de governo, divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos”, assim, podemos

perspectiva política que sustenta o Estado, bem como, de outro, regularão todo o espectro de atividades e exercícios governamentais que podem ser vistos como diretamente relacionados com às tarefas ínsitas ao interesse público.

Conforme destacado acima, os princípios orientadores das políticas públicas de saúde brasileiras, a partir de 1988, tal como previsto no texto da Constituição Federal⁸, podem ser vistos a partir da ideia central ínsita à universalidade e à equidade do acesso aos serviços e as ações, bem como através, tal como destacado alhures, por meio das diretrizes que sustentam o ideal de participação da comunidade, de integralidade do atendimento e, por fim, de descentralização da gestão, substrato necessário para se pensar, numa perspectiva macro, a realidade do SUS.

Podemos perceber, diante desse contexto, que no período logo após o estabelecimento da Constituição de 1988, todos os debates acerca da estruturação e aplicação das políticas de saúde no Brasil, têm sido tomados a partir de uma busca por uma reformulação setorial abrangente, cujo objetivo está em realizar mudanças institucionais⁹ grandiosas, no mesmo momento em que realiza a introdução de novos espaços de capazes de produzir, permanentemente, uma interlocução entre a sociedade civil e o Estado frente a questão da gestão pública¹⁰.

concluir, que “sua tarefa específica em relação às outras políticas públicas da área social consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade” (LUCCHESE, 2004, p. 3).

⁸ A Constituição Federal de 1988 “[...] ao adotar o modelo de seguridade social para assegurar os direitos relativos à previdência, saúde e assistência social, determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado. As políticas públicas se materializam através da ação concreta de sujeitos sociais e de atividades institucionais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados. Por isso, o acompanhamento dos processos pelos quais elas são implementadas e a avaliação de seu impacto sobre a situação existente devem ser permanentes” (LUCCHESE, 2004, p. 3).

⁹ Sobre a discussão de tais mudanças, não podemos deixar de ressaltar que “com as mudanças introduzidas a partir do texto constitucional e da Lei Orgânica da Saúde (Leis 8140 e 8142) em 1990, as decisões em matéria de saúde pública passaram a envolver novos e múltiplos atores, impondo modificações significativas no desenho e formulação das políticas de saúde, com importantes inovações institucionais em termos da estrutura e dinâmica do processo decisório” (LUCCHESE, 2004, p. 4).

¹⁰ Com a estrutura constitucional, sustentada e estabelecida pelos princípios e diretrizes do SUS destacadas acima, “a nova concepção do sistema de saúde, descentralizado e administrado democraticamente e com a participação da sociedade organizada, prevê mudanças significativas nas relações de poder político e na distribuição de responsabilidades entre o Estado e a sociedade, e entre os distintos níveis de governo – nacional, estadual e municipal, cabendo aos gestores setoriais papel fundamental na concretização dos princípios e diretrizes da reforma sanitária brasileira. Nesta perspectiva, foram instituídos as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde em cada esfera de governo, como instâncias colegiadas para a participação social na gestão do SUS; a Comissão Intergestores Tripartite na direção nacional do Sistema Único de Saúde e as Comissões Intergestores Bipartites na direção estadual; e fortaleceram-se os órgãos colegiados nacionais de representação política dos gestores das ações e serviços nos estados e municípios – o CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde) e o CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde). Pode-se dizer, portanto, que os canais de participação dos gestores públicos e da sociedade nas definições das políticas e da ação governamental setorial foram ampliados. Os objetivos, princípios e diretrizes constitucionais para a organização da ação governamental em saúde constam do Capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VIII (Da Ordem Social) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (LUCCHESE, 2004, p. 5). Ademais, caso o leitor busque um detalhamento sobre as disposições legais, bem como as regulamentações complementares que

Acerca da Constituição, precisamos destacar que a mesma estabelecerá a competência do poder público de organizar-se para efetivar sua atuação nas áreas da Seguridade Social (Assistência, Previdência e Saúde¹¹), a partir dos seguintes objetivos

[...] universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração (LUCCHESE, 2004, p. 4).

Ademais, não podemos deixar de ressaltar, que o texto constitucional também estabelece que ações e serviços públicos de saúde, realizados no âmbito de atuação do SUS, podem ser executados diretamente por instituições de cariz público ou, de modo complementar – suplementar – de estrutura e regulação privada, seja através de pessoas físicas ou jurídicas, ou por meio de contratos de convênios, concessões, parcerias público privadas, restando ao poder público preservar sua regulamentação, sua fiscalização e seu controle, para que, mesmo em contextos privados, os princípios reitoras das políticas públicas de saúde, não deixem de serem observados.

Portanto, tendo compreendido como as políticas públicas, especialmente, as políticas de saúde, devem ser entendidas em nosso contexto político-social, é importante observar que a prática do abstencionismo, já denunciada acima, prejudica, e muito¹², a sua melhor e mais proveitosa realização, tal como se percebe, por exemplo, com o percentual de faltas, sem aviso prévio ou justificativa prévia, em vários contextos sociais, regionais, brasileiros.

Ao se verificar os índices das práticas abstencionistas, as secretarias de saúde país afora, estão se deparando, nos últimos anos, com um cenário muitas vezes complicado, tal como, por exemplo, o contexto social do município de Vitória que,

buscarão orientar não só a organização, mas, sobretudo, sua operacionalização, ver as Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nº 8142, de 28 de dezembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde); a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social); a Lei Orgânica da Assistência Social (lei 8742/1993); as Normas Operacionais Básicas do SUS 01/93 e 01/96 e a Norma Operacional da Assistência à Saúde 01/02 de 27 de fevereiro de 2002.

¹¹ No tocante a saúde pública e sua instrumentalização através do SUS, tal como identificados através do estabelecimento dos princípios e diretrizes destacadas acima, é preciso destacar que “no que se refere à saúde, uma rede de ações e serviços regionalizada e hierarquizada no território nacional deve constituir um sistema único – o Sistema Único de Saúde (SUS), regido pelos seguintes princípios e diretrizes principais: universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade da assistência; igualdade na assistência; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; e participação da comunidade” (LUCCHESE, 2004, p. 6).

¹² Exemplo desse ponto, pode ser entendida através da reportagem trazida pelo Portal de Notícias G1, quando nos expõe que “praticamente metade dos pacientes não comparece a exames e consultas médicas oferecidas pelo estado na Grande Vitória. A demora e o atendimento desqualificado estão entre as principais justificativas dos faltosos. Dos 315.240 procedimentos oferecidos pelo estado no primeiro semestre de 2014, na região Metropolitana, 114.780 pacientes faltaram, o que representa 36% do total das marcações. Mas esse percentual já chegou a 46%, segundo a Secretaria de Estado de Saúde (Sesa)”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/09/faltas-em-consultas-medicas-pelo-sus-chegam-46-no-es.html>>.

neste sentido, registrou durante 2016 a ausência dos pacientes a mais de 180 mil atendimentos de saúde, o que, aproximadamente chega a quase 500 não atendimentos diários em todas as 29 unidades básicas de saúde espalhadas por toda a cidade¹³.

No contexto das cidades do Sul do país a situação também demonstra um longo caminho a ser traçado no intuito de diminuir os índices elevados das práticas abstencionistas da população usuária dos serviços e políticas públicas de saúde, tal como podemos observar no Município de Novo Hamburgo, região metropolitana de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, onde, conforme levantamento da secretaria de saúde municipal, 20% dos pacientes se ausentam, inadvertidamente, de suas consultas médicas, ou seja, um em cada cinco pacientes é faltoso em consultas agendadas no âmbito do SUS, o que, segundo o mesmo levantamento, também acaba ocorrendo repetidamente em outros municípios da mesma região (tais como: os municípios de Taquara, Igrejinha, Sapiranga, Parobé, Ivoti, Estância Velha, Dois Irmãos, Campo Bom, entre outros)¹⁴.

Neste sentido também é a realidade de Estados ricos e desenvolvidos como o Estado de São Paulo, que apresenta, por sua importância econômica para o país, uma ideia de ser um contexto diferente, ou seja, apresentar cenários que nos poderiam fazer perceber a realidade de um modo diverso, mesmo assim, em municípios importantes como, por exemplo, aqueles que compõem o ABC Paulista, também padece de altos índices de abstencionismo em suas políticas públicas de saúde no âmbito de atuação do SUS¹⁵.

¹³ Para melhor compreensão desses números, ver reportagem jornalística do Portal de Notícias da Gazeta, disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/07/mais-de-7-mil-pacientes-faltam-a-consultas-por-mes-em-vitoria-1014084392.html>>.

¹⁴ Tais informações podem ser melhor observadas pelo leitor ao analisarem o disposto em: <<https://www.jornalnh.com.br/conteudo/2017/08/noticias/regiao/2153180-um-em-cada-cinco-pacientes-falta-em-consultas-marcadas-pelo-sus-em-novo-hamburgo.html>>. Ademais, a inda na região Sul do país, o Estado de Santa Catarina também registra alarmantes índices de abstencionismo às consultas agendadas pelos usuários do SUS no contexto de implementação de suas políticas públicas, de modo que “a cada cinco consultas agendadas, um paciente não aparece e nem dá notícias. O custo com o que os profissionais da saúde chamam de absentismo – a ausência não justificada aos compromissos – causou um impacto financeiro de pelo menos R\$ 13,4 milhões em 2016 ao Estado e Municípios de Santa Catarina” o que pode ser melhor analisado em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/estilo-de-vida/noticia/2017/03/em-cada-cinco-consultas-medicas-agendadas-um-paciente-falta-e-gera-prejuizo-de-r-13-4-milhoes-em-sc-9739621.html>>.

¹⁵ Acerca dos altos índices de abstencionismo na região metropolitana da grande São Paulo, podemos perceber que “O alto índice de não comparecimento dos pacientes em consultas e exames na rede pública de Saúde do Grande ABC tem não só agravado a fila de espera pelos serviços como desafiado gestores a traçar estratégias para solucionar o problema. Em levantamento feito pelo Diário junto às prefeituras mostra que praticamente metade dos usuários faltou em procedimentos agendados no primeiro semestre em quatro cidades – Santo André, São Bernardo, São Caetano e Mauá. A ausência de pacientes representa 46,65% dos 670.189 agendamentos feitos via SUS (Sistema Único de Saúde) – foram 312.622 os usuários que faltaram sem aviso prévio a consultas e exames (veja tabela ao lado). A situação mais crítica é a de São Bernardo, onde os pacientes faltaram a mais da metade dos agendamentos – índice de 51,19% entre 435.251 procedimentos”. Para mais informações sobre esse contexto paulista, ver: <<https://www.dgabc.com.br/Noticia/2940978/quase-metade-dos-pacientes-falta-em-consultas-e-exames-no-sus>>.

Por fim, na região Nordeste – diferente do Estado de São Paulo – a região que apresenta os Estados mais pobres da federação, o cenário é o mesmo, ou seja, a população usuária do SUS também apresenta a mesma relação com os serviços públicos de saúde realizados pelo SUS, de modo que, por exemplo, tal como destaca matéria do *Jornal O Dia* do Estado de Sergipe,

Em 2017, o Núcleo de Controle, Auditoria, Avaliação e Regulação (Nucaar) da Secretaria Municipal da Saúde (SMS), observou o transtorno causado pelo alto índice de absenteísmo, ou seja, quando a pessoa marca um procedimento como consultas e exames e não comparece para realizar. O absenteísmo no Sistema Único de Saúde (SUS) em Sergipe chega, em média, a 60%, isso significa que de cada 100 procedimentos médicos autorizados, apenas 40 são realizados¹⁶.

Assim, podemos perceber, em que pese as políticas públicas de saúde, desenvolvidas a partir de princípios e diretrizes balizadoras do SUS, especialmente, garantindo um acesso universal e público, gratuito, a serviços de saúde, que formam um dos mais complexos e importantes sistemas de saúde de todo o mundo, a população ainda padece de alguns problemas, não só em relação a seu melhoramento estrutural e tecnológico, mas, sobretudo, com relação a filas, a demora para agendamento de consultas, a falta de medicamentos, entre outros, muitos destes, que poderiam ser diminuídos – ou até mesmo evitados – caso os usuários dos citados serviços públicos, se pautassem para com eles, com o espírito solidário, algo que sustenta, como veremos a seguir, a teoria dos deveres fundamentais, de modo a se comportarem diferentemente da prática abstencionista relatada acima, presente nas mais variadas realidades sociais, políticas, econômicas e culturais do país.

¹⁶ Para mais informações sobre os citados índices de abstencionismo levantados no Estado de Sergipe, ver: <http://www.jornaldodiase.com.br/noticias_ler.php?id=24580>. Essa não é uma realidade problemática somente ao Estado sergipano, pois segundo informações difundidas pelo *Portal Correio* de notícias acerca de levantamento de dados semelhantes aos do Estado de Sergipe, pela Secretaria Municipal de Saúde de João Pessoa, capital da Paraíba, no ano de 2018, “Nos cinco primeiros meses deste ano, a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) de João Pessoa realizou a marcação de 602,7 mil procedimentos, entre exames e consultas. Porém o número de absenteísmo, quando o usuário não comparece ao procedimento no dia agendado, é muito grande e acaba afetando todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) no município. Foram registradas 372,7 mil faltas aos procedimentos agendados neste período, o que representa 61,8% das marcações”, o que pode ser melhor compreendido em: <<https://portalcorreio.com.br/usuarios-faltam-a-exames-no-sus-e-pioram-fila-de-espera-por-atendimento-na-capital/>>.

3. **A teoria dos deveres fundamentais¹⁷ – Uma Análise do Dever Fundamental do Indivíduo que usa os Serviços do SUS em Contribuir com a Diminuição dos Gastos Públicos**

O estudo dos deveres fundamentais não é tarefa fácil, seja pelo fato do constitucionalismo moderno ocidental sempre buscar enaltecer os direitos que são regulamentados nos Textos Constitucionais do Estado de Direito, seja em decorrência dos poucos estudos sobre o tema¹⁸, em que pese sua real importância social, política e cultural.

É a partir desse cenário que o presente trabalho abordará aspectos gerais acerca de uma teoria dos deveres fundamentais, buscando contribuir para o desenvolvimento de um maior entendimento acerca dos deveres fundamentais, sobretudo, como discutido acima, sobre os deveres e sua aproximação das discussões acerca das políticas públicas e do papel dos indivíduos em sua realização, como mecanismo, no caso discutido aqui, não só de seu implemento efetivo, mas, principalmente, de seu barateamento, pois as políticas públicas de saúde estão dentro daquelas que mais contribuem para os gastos públicos.

Assim, ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais – ou constitucionais – inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que tais deveres representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público.

Neste sentido, aponta Llorente (2001, p. 16) que

os enunciados de deveres não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação

¹⁷ A construção teórica acerca dos deveres fundamentais realizada neste ponto do trabalho, já fora realizada por nós em outro trabalho, sendo realizadas, neste sentido, quando necessário, modificações de alguns de seus desdobramentos fundamentais na busca de sua adequação ao problema de pesquisa destacado acima. Para verificação dos referidos trabalhos, ver SILVA, Helena Florindo da e FABRIZ, Dauri Cesar. **O MEIO AMBIENTE NATURAL E A PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS: a Educação Ambiental como Dever Fundamental dos Pais para a Preservação das Presente e Futuras Gerações**. In.: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Vol. 35, n. 2, 2015, p. 181-200.

¹⁸ Um importante local de estudos dos Deveres Fundamentais no Brasil, é o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Stritu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, que a quase uma década, de forma pioneira e corajosa, vem estudando o tema dos Deveres Fundamentais a partir de vários prismas diferentes, desde uma teoria geral do deveres fundamentais, bem como os problemas acerca dos vários tipos de meio ambiente, dos desdobramentos da nova legislação processual civil brasileira de 2015, de uma abordagem acerca da desobediência civil e a possibilidade de sua aproximação com os debates acerca dos deveres fundamentais até, por fim, sua discussão – tal como pretendido aqui – à luz das contribuições que os indivíduos devem realizar durante sua vida em sociedade, para a gestação, a implementação e a concretização de políticas públicas.

ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público¹⁹.

É possível visualizar, a partir de então, que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso, por onde se debruçam incansáveis teorias na tentativa de lhes dar normatividade ou, simplesmente, lhes reconhecer como meros deveres éticos das pessoas enquanto pertencentes ao grupo social que conforma o Estado.

De outro lado, é importante destacar também – não como simples divagações ou elucubrações teóricas, mas ao contrário, como importantes contribuições para o desenvolvimento do tema – aquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever ético, haja vista o fato de que em suas origens, os deveres fundamentais ou constitucionais, terem surgido de discussões de cunho religioso, moral ou filosófico (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1986, p. 329).

A fim de fixar as características que nos permitirão identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Peces-Barba Martínez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, que podem ser elencados da seguinte forma

[...] a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral [...]; b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento [...]²⁰.

Em que pese a logicidade e a tenacidade dos citados argumentos, outros existem, tão robustos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob uma visão diferente, de modo que, por exemplo, argumentos que identificam os deveres fundamentais compreendidos, assim como os direitos fundamentais, não só a partir de sua presença expressa no Texto Constitucional.

Há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito que, para ser exercitado, necessitará que alguém cumpra um determinado dever.

É o que Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco Laporta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressaltará, no sentido de que, para a

¹⁹ No original: “Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer límites materiales a la potestad normativa del poder público” (Tradução nossa).

²⁰ No original: “[...] a) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral [...]; b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento [...]” (Tradução nossa).

imposição desses deveres, de um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado.

Sendo assim, para Valdés os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal sobre sua fundamentação, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

Os deveres fundamentais ou constitucionais, portanto, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência de um direito fundamental que lhe será contrário, ou seja, na medida em que a Constituição, base do Estado de Direito, nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, faz surgir uma série de deveres que, também fundamentais, surgem como mecanismos para a possível concretização daqueles.

Tal construção hermenêutica é o que pode ser percebido da leitura, por exemplo, do artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010²¹, responsável por trazer um rol de deveres fundamentais para os dominicanos, que passam a ter uma Constituição que não está, tão somente, repleta de direitos, mas, também, de deveres.

Contudo, antes de prosseguirmos na discussão que fundamenta o presente trabalho, é necessário destacar, acerca dos deveres fundamentais, alguns pontos relevantes, tanto em relação às discussões acerca existência, ou não, de deveres positivos gerais, quanto, no caso de haver essa possibilidade, sobre o modo como se daria a contraprestação ao direito, pois todo dever, conseqüentemente, deverá encampar um direito que lhe é oposto.

²¹ O citado artigo dispõe que: “CAPÍTULO IV – DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES – Artículo 75 – *Deberes fundamentales*. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan La existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga La conducta del hombre y La mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que esté en capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad con lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstenerse de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar La racionalidad del gasto público y La promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicar se a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar El perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bien estar y progreso de La sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, La educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado en cuanto a La asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o La salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando La conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por El fortalecimiento y La calidad de la democracia, El respeto Del patrimonio público y El ejercicio transparente de La función pública”.

Neste ponto, Valdés (1986a, p. 17) qualifica quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estaríamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar, expondo, neste sentido, que

Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia²².

Com isso podemos perceber que por este entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo *trivial*, ou seja, algo que não imponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de levá-lo ao status daquele a quem ajuda (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa, principalmente no tocante a possibilidade, ou não, da construção de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, reconhecendo-os como positivos e gerais, conforme se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986) – ambos criticam, conforme destacado acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às mencionadas discussões.

Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas.

Ele chega a essa conclusão, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aprovesse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, aquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, destacando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Bayón (1986, p. 46) destacará, neste sentido, que “[...] o altruísmo mínimo, baseado na ideia de sacrifício trivial, parece que não nos serve [...] se alguém tem em seu poder recursos em abundância – sendo que frente a esses um terceiro tem direito – deve entregá-los em sua totalidade, não uma parte <<trivial>> dos

²² No original: “Deberes positivos generales son aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa” (Tradução nossa).

mesmos²³”, ou seja, para ele a trivialidade como sendo o elemento de limite ao *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Em que pesem as discussões sobre as características inerentes aos deveres fundamentais, o importante é saber que se trata de um campo ainda em conhecimento, onde não há verdades absolutas, mas, pelo contrário, inúmeras possibilidades, o que corrobora, conforme destacado acima, a necessidade do desenvolvimento do presente estudo a partir de uma perspectiva metodológica ínsita ao paradigma filosófico do materialismo dialético, conforme destacado já na introdução acima.

Objetivando uma das possibilidades, desdobradas dessa concepção múltipla, fundamento da racionalidade que conduz o presente estudo, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Stritu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, através de seus membros, entabulou um conceito para os Deveres Fundamentais, a fim de fixar um posicionamento acerca do tema, definindo dever fundamental como *uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais*²⁴.

Não restam dúvidas, neste sentido, sobre a existência dos deveres fundamentais, bem como acerca de sua possível aproximação com os debates inerentes a perspectiva jurídico-filosófica aqui proposta, qual seja, o debate acerca do papel dos indivíduos de, em sociedade, contribuírem para a efetivação das políticas pública, especialmente, as políticas públicas de saúde, não só em sua estruturação, mas, sobretudo, em seu custeio, a partir de práticas não abstencionistas.

Portanto, os deveres fundamentais devem ser vistos como situações que se relacionam com matérias relevantes para a sociedade, cujos proveitos decorrentes de seu cumprimento extrapolarão os limites do individual, pois toda a coletividade será beneficiada, direta ou indiretamente, com o regular exercício desses deveres fundamentais, o que, via de consequência, acaba por fortalecer ou, em contextos de problemas estruturais e financeiros para implementação de políticas públicas de saúde – uma das principais reclamações da grande maioria dos brasileiros em nossa contemporaneidade – até mesmo proteger o Estado de bem estar social imaginado

²³ No original: “[...] el altruísmo mínimo, basado em la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. [...] si alguien tiene em su poder recursos sin título alguno – y a los cuales tiene derecho em tercero – debe entregarlos em su totalidad, no uma parte <<trivial>> de los mismos”. (Tradução Nossa).

²⁴ Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabríz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Para maiores informações sobre as discussões de onde extraiu-se o conceito destacado acima, ver GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamental: a construção de um conceito*. In. DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. **Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha**. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 87-96.

pelo Constituinte de 1988 e, via de consequência, o ideal de Estado Democrático de Direito.

Conclusão

A fim de traçarmos, mesmo que em linhas gerais, os traços conclusivos da presente pesquisa, é importante ressaltamos que a mesma partiu de uma perspectiva constitucionalizada da Teoria dos Deveres Fundamentais para construir um caminho através do qual fosse possível analisar as discussões sobre as políticas públicas de saúde e os altos índices de abstencionismo da população usuária, prática essa que, tal como visto acima, acaba prejudicando, ainda mais, a efetividade dos serviços de saúde pública no país, bem como encarecendo seu custeio.

Neste sentido, no tocante a teoria dos deveres fundamentais, a partir do conceito destacado acima, a presente pesquisa analisou os referenciais teóricos usados para a sua construção, lembrando a concepção de deveres fundamentais construída em MARTINEZ (1986), em BAYÓN (1986), em VALDÉS (1986a) e em LLÓRENTE (2001), onde se aproximam e onde se distanciam, como forma de justificar o supracitado conceito, tal como construído pelo Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais.

De outro lado, também foi necessário compreender as bases e os fundamentos que apontam as diretrizes para as políticas públicas de saúde no Brasil implementadas no âmbito de atuação do SUS, em especial, as políticas públicas de saúde primária, dentre as quais, especialmente, os programas desenvolvidos dentro da atenção da família e comunidade²⁵.

Para isso, buscou-se compreender o que foi chamado aqui de políticas públicas de saúde, bem como os aspectos mais gerais da saúde primária, em especial da saúde da família e comunidade implementadas pelo SUS, e, também, daquilo que se

²⁵ Sobre tais perspectivas, se faz necessário compreender que “O Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, também chamada de “Lei Orgânica da Saúde”, é a tradução prática do princípio constitucional da saúde como direito de todos e dever do Estado e estabelece, no seu artigo 7º, que “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal”, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos” (REIS, 2018, p. 02).

conhece como abstencionismo da população, ou seja, dos índices de faltas da população a serviços previamente agendados.

Assim, tal como ressaltado alhures, devem ser percebidas como políticas públicas, bem como políticas públicas de saúde os “[...] conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público. São também definidas como todas as ações de governo, divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos. As políticas públicas em saúde integram o campo de ação social do Estado orientado para a melhoria das condições de saúde da população e dos ambientes natural, social e do trabalho. Sua tarefa específica em relação às outras políticas públicas da área social consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade” (LUCCHESE, 2004, p. 3).

Acerca dessas premissas, também é importante observarmos que “as políticas públicas se materializam através da ação concreta de sujeitos sociais e de atividades institucionais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados (LUCCHESE, 2004, p. 3)”, ou seja, cada indivíduo que toma o serviço público desenvolvido no âmbito das políticas públicas de saúde do SUS, deve ser compreendido como um agente dessa promoção, principalmente na busca de seu barateamento através da diminuição dos altos índices de abstencionismo inerentes, em especial, a atenção primária da família e comunidade.

A partir de então, foi necessário, conforme visto acima, aprofundar o debate sobre os Deveres Fundamentais, a fim de que se verificasse a possibilidade de se tracejar uma aproximação entre a concepção de contribuição para os gastos públicos, em especial, os gastos com a efetivação das políticas públicas de saúde primária, a cargo de cada integrante da comunidade onde a política é desenvolvida, nos termos da participação comunitária como fundamento das políticas públicas de saúde, e a concepção de deveres fundamentais, a princípio, a fim de que nos fosse possível compreender, ao final, a existência de um dever fundamental apto a diminuir ou acabar com os elevados índices de abstencionismo dos usuários dos serviços públicos de saúde no âmbito do SUS.

A partir de então, este trabalho, desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, conforme destacado acima, buscou realizar, a partir da teoria dos deveres fundamentais, uma análise da possível aproximação teórico-filosófica entre seus fundamentos e aqueles inerentes ao debate sobre as políticas públicas desenvolvidas no país, em especial, as políticas públicas de saúde primária desenvolvida pelo SUS.

Desse modo, objetivou-se compreender tal fenômeno político-constitucional, a fim de perceber se o conceito de deveres fundamentais²⁶ formulado pelo

²⁶ Objetivando uma dessas possibilidades, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, através de seus membros, entabulou um conceito para os Deveres Fundamentais, a fim de fixar um posicionamento acerca do tema, definindo dever fundamental como *uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma*

supracitado grupo de pesquisa, pode ser levado à referencial de análise de tais relações sociais, políticas e jurídicas desencadeadas pelos altos índices de abstencionismo dos usuários do Sistema de Saúde pátrio, nos mais variados âmbitos de sua abrangência ou região do país.

A ponto de que, ao final, concluiu-se que num contexto de necessidade de se efetivar um controle dos gastos públicos, em especial, dos gastos dos setores onde as cifras despendidas para sua efetivação, são consideravelmente altas, tais como os gastos da saúde pública, foi importante o presente debate como forma do Estado e da população brasileira, ter meios legítimos, e constitucionalmente reconhecidos, de discutir os altos índices de abstencionismo no desenvolvimento das atividades pensadas no âmbito das políticas públicas de saúde primária, reconhecendo, a partir de então, a existência de um dever fundamental de todos os usuários do SUS em contribuir com os gastos públicos das políticas públicas de saúde.

Referências

- BAYÓN, Juan Carlos. **Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés**. In: DOXA 3, 1986. p.35-54.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993.
- DILLY, Bianca. **Um em cada Cinco Pacientes Falta em Consultas Marcadas pelo SUS em Novo Hamburgo – ausências sem justificativas provocam prejuízos e aumentam filas para atendimento na rede pública da região**. In.: Jornal NH, 2017. Disponível em: <https://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2017/08/noticias/regiao/2153180-um-em-cada-cinco-pacientes-falta-em-consultas-marcadas-pelo-sus-em-novo-hamburgo.html>. Acessado em: 15 de Abril de 2018.
- G1-ES, Portal de Notícias. **Faltas em consultas médicas pelo SUS chegam a 46% no ES**. Reportagem Jornalística disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/09/faltas-em-consultas-medicas-pelo-sus-chegam-46-no-es.html>>. Acessado em 02 de Maio de 2018.
- GAZETA ONLINE, Portal de Notícias. **Mais de 7 mil pacientes faltam a consultas por mês em Vitória – são 180 mil faltas a atendimentos de saúde por ano nas 29 unidades da Capital**. Reportagem Jornalística disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/07/mais-de-7-mil-pacientes-faltam-a-consultas-por-mes-em-vitoria-1014084392.html>>. Acessado em 30 de Abril de 2018.

determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais. Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabríz e Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Para maiores informações acerca do referido conceito, ver GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamental: a construção de um conceito*. In. DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. **Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha**. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 87-96.

- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamental: a construção de um conceito*. In: DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. **Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha**. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 87-96.
- IZECKSOHN, Mellina Marques Vieira e OUTRA. **Falta às consultas médicas agendadas: percepções dos usuários acompanhados pela Estratégia Saúde da Família, Manguinhos, Rio de Janeiro**. In.: Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade. Vol. 9, N. 32, 2014, p. 235-241. Disponível em: <<https://www.rbmf.org.br/rbmf/article/view/960/636>>. Acessado em 03 de Maio de 2018.
- JORNAL DO DIA. **Índice de Falta dos Pacientes em Consultas do SUS é Alto**. Disponível em: <http://www.jornaldodiase.com.br/noticias_ler.php?id=24580>. Acessado em 15 de Abril de 2018.
- LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4ªed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- LLÓRENTE, Francisco Rubio. *Los Deberes Constitucionales*. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.
- LUCCHESI, Patrícia T. R. **Políticas Públicas em Saúde Pública**. In.: Espaço da Gestão - Informação para Tomadores de Decisão em Saúde Pública. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/M/2004/Lucchese_Politicass_publicas.pdf>. Acessado em: 30 de Março de 2018.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Deberes Fundamentales*. In: **DOXA 4**, 1986. p. 329-341.
- MATTA, Gustavo Corrêa e OUTRA. **Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/Configura%C3%A7%C3%A3oInstitucional.pdf>>. Acessado em 01 de Abril de 2018.
- PORTAL CORREIO. **Usuários Faltam a Exames no SUS e Pioram Fila de Espera por Atendimento na Capital**. Reportagem Jornalística disponível em: <<https://portalcorreio.com.br/usuarios-faltam-a-exames-no-sus-e-pioram-fila-de-espera-por-atendimento-na-capital/>>. Acessado em 02 de Abril de 2018.
- REIS, Denizi Oliveira e OUTROS. **Políticas Públicas de Saúde: Sistema Único de Saúde**. In.: UMA-SUS / UNIFESP. Disponível em: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade04/unidade04.pdf>. Acessado em 05 de Abril de 2018.
- SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, São Paulo. **Absenteísmo em atendimento ambulatorial de especialidades no estado de São Paulo**. In.: BEPA, Ano 13, Vol.152, 2016, p. 19-32. Disponível em: <[---

<https://www.derechocambiosocial.com/> | ISSN: 2224-4131 | D.L.: 2005-5822](http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/destaques/gais-</p></div><div data-bbox=)

informa/outras-publicacoes-e-analises/absenteismo_ambulatorial.pdf>. Acessado em 01 de Maio de 2018.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación*. In: **DOXA 3**, 1986a. p. 17-33.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta*. In: **DOXA 3**, 1986b. p. 65-68.

WEISS, Cristian Edel. **Em cada cinco consultas médicas agendadas, um paciente falta e gera prejuízo de R\$ 13,4 milhões em SC**. In.: Diário Catarinense, 2017. Disponível em: < <http://dc.clicrbs.com.br/sc/estilo-de-vida/noticia/2017/03/em-cada-cinco-consultas-medicas-agendadas-um-paciente-falta-e-gera-prejuizo-de-r-13-4-milhoes-em-sc-9739621.html>>. Acessado em 03 de Abril de 2018.

O direito ao esquecimento e a tutela da intimidade no ambiente virtual^(*)

The right to forgetfulness and the protection of intimacy in the virtual environment

El derecho al olvido y la protección de la intimidad en el entorno virtual

Kathrinny Anne Silva Coutinho¹

Raquel Veggi Moreira²

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral³

Sumário: Considerações iniciais. **1.** O direito ao esquecimento: origem da expressão Droit à l'oubli. **2.** O direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira. **3.** Direitos fundamentais em colisão: liberdade x intimidade. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O direito ao esquecimento é entendido como uma possibilidade de controlar uma determinada informação e retirá-la do banco de dados pessoais disponibilizado pelo próprio indivíduo na internet, por meio dos provedores de pesquisa. Essa noção se assenta sobre a essência de direitos fundamentais como a privacidade e outros direitos de personalidade, impossibilitando que fatos pretéritos sejam recordados, infringindo assim à intimidade, integridade, honra e imagem da pessoa. O

^(*) Recibido: 28/01/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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.

kathrinny-coutinho@outlook.com

² Doutoranda e mestra em Cognição e Linguagem (Uenf). Docente do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana.

raquelveggimoreira@gmail.com

³ Pós-doutoranda em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Doutora e mestra em Cognição e Linguagem (Uenf). Professora dos cursos de Direito e Medicina. Líder do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana.

hildeboechat@gmail.com

objetivo deste trabalho foi analisar o direito ao esquecimento na internet sob a visão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o parecer doutrinário sobre o tema em tela. O problema consistiu em conflitos de relação aos direitos inerentes ao sujeito e a liberdade de expressão, de imprensa, carência de fundamentações no caso concreto no sentido da aplicabilidade do direito ao esquecimento no mundo virtual. Valeu-se de metodologia qualitativa com ênfase na pesquisa bibliográfica, advindo de diversos entendimentos doutrinários, artigos e decisões dos Tribunais. Concluiu-se, portanto, que cada parte deste trabalho aborda a evolução desse direito, inclusive o modo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro e suas principais divergências.

Palavras-chave: direito ao esquecimento, privacidade, interesse social, dignidade da pessoa humana.

Abstract: The right to forget is understood as a possibility to control a certain information and remove it from the personal database made available by the individual himself on the Internet, through the search providers. This notion is based on the essence of fundamental rights such as privacy and other personality rights, making it impossible for past events to be remembered, thus violating the intimacy, integrity, honor and image of the person. The objective of this work was to analyze the right to forgetfulness on the Internet under the vision of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the doctrinal opinion on the subject on screen. The problem consisted of conflicts regarding the rights inherent to the subject and the freedom of expression, of printing, lack of foundations in the concrete case in the sense of the applicability of the right to forgetfulness in the virtual world. It was based on a qualitative methodology with emphasis on bibliographic research, resulting from various doctrinal understandings, articles and decisions of the Courts. It was concluded, therefore, that each part of this work addresses the evolution of this right, including the manner applied in the Brazilian legal system and its main differences.

Keywords: right to oblivion, privacy, social interest, dignity of the human person.

Resumen: El derecho al olvido se entiende como la posibilidad de controlar una determinada información y eliminarla de la base de datos personal que el propio individuo pone a disposición en Internet, a través de los proveedores de búsqueda. Esta noción se basa en la esencia de los derechos fundamentales como la privacidad y otros derechos de la personalidad, haciendo imposible que se recuerden los acontecimientos del pasado, violando así la intimidad, la integridad, el honor y la imagen de la persona. El objetivo de este trabajo fue analizar el derecho al olvido en Internet bajo la visión de la Constitución de 1988 de la República Federativa del Brasil y la opinión doctrinal sobre el tema en cuestión. El problema consistía en los conflictos relativos a los derechos inherentes al sujeto y a la libertad de expresión, de impresión, falta de fundamentos en el caso concreto en el sentido de la aplicabilidad del derecho al olvido en el mundo virtual. Se basó en una metodología cualitativa con énfasis en la investigación bibliográfica, resultante de diversos entendimientos doctrinales, artículos y decisiones de los Tribunales. Se concluyó, por lo tanto, que cada parte de este trabajo aborda la evolución de este derecho, incluyendo la manera en que se aplica en el sistema jurídico brasileño y sus principales diferencias.

Palabras clave: derecho al olvido, privacidad, interés social, dignidad de la persona humana.

Considerações iniciais

Mediante o poder de propagação de determinada informação/notícia pela internet, surgiu-se o direito ao esquecimento. Esse direito se caracteriza quando o titular de dados/fatos expostos no mundo virtual, ainda que verídicos e ocorridos em determinada fase de sua vida, passam a se sentirem incomodados e a terem prejuízos com a exposição ao público em geral.

Este artigo apresenta as nuances do direito ao esquecimento no Brasil, notadamente no mundo virtual. Inspirado na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), tradicionalmente conceituado como *droit à l'oubli*⁴ e com origem na legislação francesa e italiana, esse direito é requerido em outros âmbitos além do penal e cível, volvida a garantia de que o sujeito possa requerer junto ao Poder Judiciário medidas que coíbam a violação do direito em questão, objetivando a defesa das ruínas causadas à dignidade da pessoa humana.

A questão-problema desta pesquisa é: De que forma é entendido o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro? Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar o direito ao esquecimento na internet sob o espectro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o parecer doutrinário sobre o tema em questão.

Justifica-se este estudo pela relevância do direito ao esquecimento no contexto dos direitos de personalidade e pela necessidade na aplicação aos casos concretos do cotidiano, já que certa conduta praticada pela pessoa deve ser esquecida pela sociedade após o decurso de lapso temporal que seja suficiente para o cumprimento da pena ou a reparação correspondente àquela determinada conduta. Assim, a pessoa que comete determinado delito ofensivo à lei, aos bons costumes tem direito a não ser lembrada por aquela conduta, pois, se não fosse assim, ter-se-ia uma situação de pena perpétua.

A metodologia empregada é dedutiva e qualitativa, que se desenvolve pelo método de análise bibliográfica com base em artigos e doutrinas a respeito da temática. Tem-se ainda uma pesquisa exploratória, em relação à análise das jurisprudências e da legislação consultadas.

Com a finalidade de tornar este trabalho mais didático e de fácil entendimento por parte do leitor, apresenta-se dividido em quatro partes: inicia-se pelo desenvolvimento histórico do direito ao esquecimento. Em seguida, mostra-se a necessidade do direito ao esquecimento, abordando brevemente o caso de Mario Costeja González, com entendimento doutrinário a respeito do assunto. No terceiro capítulo, o trabalho aponta para o direito ao esquecimento no Brasil, onde obteve

⁴ Direito de ser esquecido.

ênfase com o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), além de explorar também os principais casos, como: Chacina da Candelária, Aída Curi, Xuxa vs. Google Brasil Ltda e S.MS vs. Google Brasil Ltda, conteúdos necessários para sua compreensão. O capítulo subsequente discorre sobre os direitos fundamentais em colisão, junção dos direitos à personalidade, privacidade e dignidade da pessoa humana, de satisfatório interesse a ponderação de tais direitos e projetos de lei no Brasil, em que prevaleceu os questionamentos a respeito da normatização do direito ao esquecimento na internet. Ao final, tem lugar as considerações finais que apresentam as notas conclusivas desta pesquisa.

1. O direito ao esquecimento: origem da expressão *Droit à l'oubli*

O direito ao esquecimento tem o propósito de evitar que informações remotas sejam restabelecidas nos dias de hoje, afetando a personalidade do cidadão. Assegura-se o poder de ser esquecido, de ser deixado em paz, sem que tais fatos possam amedrontar novas escolhas. Este direito está reconhecido nos direitos da personalidade, devendo ser analisado de acordo com o caso concreto (BEZERRA JUNIOR, 2018).

O *droit à l'oubli*, historicamente, origina-se da legislação e jurisprudência francesa e italiana no ano de 1970. Era aplicado em casos específicos, à pessoas condenadas penalmente que decidiam deixar as práticas criminosas. Esse direito não se limita apenas ao âmbito criminal e quando pleiteado em outras esferas tem como fundamento o direito à privacidade e direitos de personalidade, impedindo que fatos do passado sejam revividos na atualidade, violando assim a intimidade e integridade da pessoa. Está voltado a assegurar que a pessoa possa revelar-se, tal como se apresenta atualmente, de acordo com a sua autenticidade, tendo objetivo de proteção contra os danos causados à dignidade (FRAJHOF, 2019).

Este conceito do direito ao esquecimento é baseado na necessidade fundamental de um indivíduo em determinar o desenvolvimento de sua vida de maneira autônoma, sem ser perpetuamente ou periodicamente estigmatizado por uma ação específica ocorrida no passado, especialmente quando esses eventos ocorreram há muitos anos atrás e não tem qualquer relação com o contexto contemporâneo. O *droit à l'oubli* satisfaz uma necessidade humana específica e isso tem facilitado a difusão do conceito e a proteção do referido direito em diferentes contextos. (MANTELERO, 2013, APUD FRAJHOF, 2019, p. 59).

Nesse sentido, segundo Luciana Nepomuceno (2017, s/p),

Direito ao esquecimento não é a nomenclatura mais acertada porque quando se fala em direito ao esquecimento pode-se dar a entender que seria um apagar da história, seria um controle dos fatos (...) feito pelos julgadores que eles teriam uma chave do sim ou do não daquele que pode ou não ser divulgado. (...) Esse tipo de controle é típico das ditaduras, é uma forma de manipulação da memória coletiva.

Ainda segunda a autora, o direito ao esquecimento manifesta-se como tutela de uma liberdade individual, especificamente a um conteúdo pessoal que a pessoa quer que seja divulgado. No entanto, vive-se na época da pós-verdade, em que as pessoas, geralmente, não se preocupam com a fonte e veracidade dos fatos, importando a aparência de ser verdadeiro ainda que o fato não seja (NEPOMUCENO, 2017).

1.1. O direito ao esquecimento na internet

O direito ao esquecimento se originou por meio do argumento tradicional do direito à privacidade, da personalidade seguindo os parâmetros da dignidade humana. Portanto, *droit à l'oubli*

É invocado primariamente em casos que uma exposição pública indesejada é dada ao passado de determinada pessoa, em que esta alega que tal exposição viola seu direito fundamental a privacidade ou direitos da personalidade, em um grau que não é justificado por nenhum interesse público. A este respeito, debates sobre o *droit à l'oubli* são semelhantes a outros casos, como quando o direito à privacidade de pessoas públicas vai de encontro com a liberdade de expressão. (GRAUX; AUSLOOS; VALCKE, APUD FRAJHOF, 2019, p. 70).

O objetivo é distinguir entre ambos os seus fundamentos, como: os indivíduos abrangidos, o contexto, os deveres e obrigações que surgem no decorrer do tempo quando o direito é violado. O direito ao esquecimento aplicado ao âmbito da internet não se vincula ao *droit à l'oubli*, pois este tem como fundamento o direito fundamental à privacidade, enquanto o outro se relaciona à privacidade de informação e ao controle de dados pessoais. Entretanto, o mundo virtual abarca os responsáveis pela publicação de informações e dados, como as redes sociais, provedores de pesquisa, sites, blogs e mídias (FRAJHOF, 2019).

Atualmente, o conceito de direito ao esquecimento obteve novos contornos diante da aplicação na internet, levando em consideração a decisão do caso González e da previsão desta expressão no novo Regulamento de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia. Considerando essa versão, revela-se nova ideia do “direito ao esquecimento”, não mais compatível com o *droit à l'oubli* e o “direito ao esquecimento” ligados à internet como especificamente paralelos. Esta compreensão do direito à privacidade está direcionada à proteção de dados pessoais, garantindo mecanismos para assegurar a tutela, gerando, assim, novos deveres que devem ser ponderados por todos os envolvidos no ambiente virtual (FRAJHOF, 2019).

Diante dos fatos, os pedidos passaram a ocorrer em virtude da violação ao direito à privacidade da vítima, limitando-se à indenização ou extinção do teor divulgado. Todavia, nos casos de “direito ao esquecimento” na internet, nasce, então, uma nova ideia de deveres e obrigações que podem ser impostos para garantir a tutela dos direitos daqueles que se sentem lesados pela divulgação de informações sobre si (FRAJHOF, 2019).

Com os avanços tecnológicos, houve a simplificação dos meios de comunicação, por outro lado, trouxe efeitos para alguns direitos de personalidade, como a perda da capacidade de praticar o domínio sobre a própria identidade, direito de preferência e superar fatos pretéritos. O mundo virtual ocasionou um momento em que os fatos atuais e pretéritos se misturam, sendo expostos de acordo com os critérios dos provedores de busca. Portanto, são visíveis a qualquer tempo em diversos contextos, ao longo dos anos e tem menos relevância do que as informações mais recentes (BEZERRA JUNIOR, 2018).

1.2. A necessidade do direito ao esquecimento na internet

Em 2012 com a divulgação da necessidade de reformar o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia, o vocabulário “direito ao

esquecimento” repercutiu em diversas instâncias, sendo reconhecido nas mídias em todo o mundo, causando grandes polêmicas (FRAJHOF, 2019).

Com base em Frajhof (2019), Viviane Reding explica que o direito ao esquecimento é de suma importância aos cidadãos europeus, visando garantir a retomada do controle sobre seus próprios dados, percebido por ela como uma possibilidade de retirada de consentimento da atividade de processamento de dados pessoais que foram disponibilizados pelos próprios cidadãos. Esta possibilidade se encontra no artigo 17 da mencionada regulação, tendo como finalidade o direito de apagar dados (FRAJHOF, 2019).

A divulgação indispensável para este direito ocasionou críticas, apoios e desconfiança, pois o nome atribuído a esse direito ao esquecimento não se vincula à proposta de controlar terceiros em relação ao comando de esquecer algo, trazendo dificuldades para atribuir um conceito (FRAJHOF, 2019).

Ainda de acordo com Frajhof (2019), após o anúncio da proposta formulada por Viviane Reding, em 2014, para o direito ao esquecimento na web, o caso González foi julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, dando ensejo ao “direito ao esquecimento”, pois compreendeu-se que seria mera obrigação de eliminar com fundamento na legislação de dados pessoais, em que os provedores de busca foram considerados responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, tendo em vista a necessidade de se eliminar os links apresentados pelo ofendido sempre que contiverem informações pessoais consideradas inadequadas (FRAJHOF, 2019).

A consequência do resultado motivou o aumento de demandas, fato que requereu tal direito, provocando os Tribunais de diversos países a interpretarem o que seria de fato o “direito ao esquecimento”. Houve também a elaboração de várias leis que tentavam regular este direito, tendo como inspiração a decisão do TJUE, levando em consideração que a maioria dos projetos de lei eram completamente diferentes daquela prevista no caso (FRAJHOF, 2019).

Então, o conceito do direito ao esquecimento foi-se desenvolvendo de acordo com o contexto da sociedade da informação e, atualmente, pode ser percebido como uma garantia aos cidadãos para que tenham controle sobre suas informações pessoais no ambiente virtual (FRAJHOF, 2019).

1.3. Breve análise do caso de Mario Costeja González à luz de Frajhof

Em maio de 2014, a decisão do TJUE, no caso de Mario Corteja González, apontou novidades no “direito ao esquecimento” e essa consumação foi assimilada por muitos no ambiente virtual. Contudo, a convicção seria a probabilidade de apagar *links* específicos do índice de pesquisa na internet, sendo compreendido apenas como um dos deveres que tal direito assegura. Sendo assim, os Tribunais se basearam em diversas soluções, utilizando-se deste direito para requerer desde a desindexação, até a remoção da informação do mundo virtual (FRAJHOF, 2019).

Ademais, concluiu-se que, com base nos artigos 12º, alínea b e artigo 14º, parágrafo primeiro e alínea a da Diretiva 95/46, é direito do cidadão a solicitação de que uma informação indesejada relacionada ao mesmo deixe de estar vinculada a sua pessoa por meio de busca feito em seu nome em provedor de pesquisa na web. O TJUE constituiu que o direito do indivíduo sobrepõe ao direito coletivo no mundo

virtual e ao interesse econômico do provedor de buscas, salvo quando informações estiverem relacionadas a pessoa pública (FRAJHOF, 2019).

O caso tratou de ação pleiteada por González em face da *Agência Española de Protección de Dato – AEPD*, do jornal de grande circulação da Catalunha *La Vanguardia Ediciones SL (La Vanguardia)* e das empresas *Google Spain e Google Inc.* De acordo com o demandante, seus direitos à proteção de dados pessoais e a privacidade haviam sido infringidos pelas demandadas, perante dois *links* que ressurgiam toda vez que fosse feita uma pesquisa em seu nome relacionada aos provedores de busca. Os resultados dessa pesquisa estão vinculados à notícias divulgadas pelo jornal *La Vanguardia*, referente à venda de imóvel de propriedade do demandado em hasta pública, a fim de recuperar créditos junto à Seguridade Social espanhola (FRAJHOF, 2019).

O Sr. González solicitou a extinção ou modificação dos dados expostos referentes àquela notícia, tendo como objetivo a exclusão de seus dados pessoais ou que o jornal utilizasse meios para a proteção de suas informações pessoais. No tocante às empresas *Google Spain e Google Inc.*, requereu que os buscadores apagassem suas informações, de modo que os links da página do jornal sobre os fatos não voltassem ao índice de pesquisa. Sua alegação sobre o caso em tela era que o processo sobre a recuperação de crédito havia sido julgado há anos, sendo que seu nome continuava ligado aquele episódio irrelevante (FRAJHOF, 2019).

A AEPD julgou improcedente a solicitação quanto à *La Vanguardia*, pois entendeu que a publicação é uma mera obrigação prevista pelo Ministério do Trabalho e de Assuntos Sociais, tendo como finalidade a divulgação e a venda de imóveis em hasta pública a fim de proporcionar maior número de licitantes a participarem do leilão. Por outro lado, o pedido relacionado às empresas *Google Spain e Google Inc.* foi deferido, observando que os provedores estão vinculados à legislação de proteção de dados pessoais da União Europeia, desempenhando como intermediário da sociedade e da informação. Sendo assim, deveriam ter a obrigação de recepcionar as solicitações de retirada dos dados todas as vezes que as mesmas fossem capazes de violar a dignidade da pessoa humana, sendo a vontade do indivíduo respeitada (FRAJHOF, 2019).

Entretanto, foi interposto recurso pelas empresas *Google Spain e Google Inc.* perante a mencionada decisão, indagando quais seriam os deveres necessários aos provedores de busca. Sendo assim, o fundamento para tal questionamento baseava-se na análise Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, referente a este assunto. Assim, a Agência suspendeu o processo e encaminhou ao TJUE (FRAJHOF, 2019).

O requerimento baseava-se nos artigos da Diretiva, sendo o TJUE solicitado a responder os artigos 12º, alínea b) e artigo 14º, parágrafo primeiro e alínea a) da Diretiva 95/46, que autoriza o “direito a ser esquecido” e gera a obrigação de apagar os índices de pesquisa de certos links, os quais reaparecem nas buscas realizadas no nome de determinado sujeito, ainda que de forma lícita. *Google Spain e Google Inc.*, contestaram relatando que tal encargo não é proporcional, visto que o dever do ônus é daquele usurpa a informação em seu site (FRAJHOF, 2019).

No entanto, este argumento foi rejeitado pelo TJUE, se valendo do artigo 1º da Diretiva 95/46 em prol das obrigações inerentes aos responsáveis sobre a proteção

de dados pessoais. Apesar de as empresas afastarem sua obrigação quanto ao controle das informações expostas na internet, o tribunal manteve seu entendimento de agravar o ônus dos intermediários a desindexarem tais matérias (FRAJHOF, 2019).

2. O direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira

Durante grande lapso temporal sem normativa a respeito do tema no Brasil, a principiologia constitucional tutelava o direito ao esquecimento.

Com a entrada em vigor do Regulamento e Diretiva Gerais sobre Proteção de Dados Pessoais da União Europeia em maio de 2018, o Congresso Nacional deu início à movimentação do projeto de lei que tratavam sobre o assunto, culminando na recente aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (Lei nº 13.709/2018). No entanto, enquanto vigorou o vácuo legislativo sobre o assunto, defendia-se que fosse possível inferir a existência de dispositivos constitucionais que asseguravam a proteção de tal direito, por ser ele inerente ao direito à privacidade, e ser estreitamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. (SARMENTO APUD FRAJHOF, 2019, p. 113).

Nota-se que, mesmo prevalecendo a lei geral sobre a proteção de dados pessoais, não foi aplicado qualquer dispositivo aos casos referentes ao direito ao esquecimento, demonstrando que julgamentos sobre direito ao esquecimento na internet podem ocorrer de diferentes formas em outros países (FRAJHOF, 2019).

Luiz Fernando Moncau, pesquisador no *Center for internet and society da Stanford Law School*, afirma que em vários países, assim como no Brasil, os casos que envolvem o direito ao esquecimento são referentes a demandas de diversos meios de comunicação, tendo como base os direitos da personalidade, como direito à intimidade, à reputação, à imagem e à dignidade da pessoa humana (FRAJHOF, 2019).

Essa expressão tem sido utilizada para pleitear qualquer pedido que envolva o direito do indivíduo a não ser lembrado por fatos remotos, que se referem a um acontecimento ao qual ele não deseja mais estar vinculado. No entanto, tais causas nem sempre partilham um mesmo grupo de pressupostos e, por esse motivo, é relevante que essas causas sejam classificadas de formas distintas (FRAJHOF, 2019).

A ausência de previsão legal do 'direito ao esquecimento' no rol dos direitos da personalidade não seria um obstáculo para o reconhecimento da sua existência, diante da proteção daqueles pela cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. (BRANCO APUD FRAJHOF, 2019, p. 115).

Para o autor, o direito ao esquecimento está próximo à teoria geral do direito civil, tendo em vista este ramo do direito ser mutável, vinculando assim ao direito de personalidade, à imagem e à privacidade (FRAJHOF, 2019).

Nesse sentido, Daniel Sarmento reconhece que apesar de a Constituição não recepcionar o direito ao esquecimento, como foi julgado nos casos *Aída Curi* e *Chacina da Candelária*, revela que tal direito só poderia ser acolhido no âmbito da garantia à proteção de dados privativos, levando-se em consideração a amplitude de acúmulo no mundo virtual dos nossos indícios digitais, com enormes coletas de informações pessoais, sites de busca, mensagens privadas. Consequentemente, Sarmento declara o interesse de novos instrumentos jurídicos que conceda aos

indivíduos o comando sobre seus dados exclusivos livres do interesse público (FRAJHOF, 2019).

É recente o debate acerca do direito ao esquecimento no Brasil, sendo o primeiro caso de grande destaque o da ação da apresentadora de televisão Xuxa Meneghel em face do servidor de pesquisas *Google Search*, julgado pelo STJ em junho de 2012 (FRAJHOF, 2019). Esse assunto será explorado no capítulo III deste trabalho, todavia relaciona-se à esfera do direito ao esquecimento na web.

De acordo com o professor Anderson Schreiber, existem 03 (três) posições sobre a matéria, sendo elas: a primeira é a posição pró-informação, sendo que os que apoiam esse entendimento defendem que não existe direito ao esquecimento, com fundamento de que tal direito não se apresenta na legislação brasileira, não podendo ser extraído de qualquer direito fundamental, como por exemplo, o direito à privacidade e à intimidade (SCHREIBER, 2017).

A opinião de diversas entidades ligadas à comunicação afirma que seria adverso da memória e história da coletividade, portanto a liberdade de informação sempre prevalecerá. Já a segunda posição é a pró-esquecimento, ao afirmar que o mesmo deve ser assimilado, devendo sempre prevalecer como “expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade” e a terceira posição é a intermediária que defende que o direito ao esquecimento é um desdobramento da privacidade, não havendo hierarquia prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade, devendo analisar qual direito será aplicado no fato determinado ao caso concreto (SCHREIBER, 2017).

2.1. O Enunciado nº 531 do CJF

Destaca-se que há pouco tempo, o direito ao esquecimento alcançou ênfase no ordenamento jurídico brasileiro devido ao Enunciado n.º 531 do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF). Ademais, dois casos sobre remoção de conteúdo fora do contexto da Internet (Chacina da Candelária e Aída Curi) transitaram em julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, fato que repercutiu no debate a respeito do assunto (CANÁRIO, 2013).

O Enunciado nº 531 admitiu que entre os direitos da personalidade protegidos no artigo 11 do Código Civil encontra-se o direito de ser esquecido, ou seja:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2002).

A redação tem como pilar a interpretação do Código Civil conectada ao direito de ser esquecido de acordo com um dos direitos fundamentais à personalidade. Em linhas gerais, ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado, podendo invocar judicialmente o direito ao esquecimento como garantia de tutela à dignidade humana, visto que exatamente assim ocorreu no caso conhecido como Chacina da Candelária enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, não existem

regras, mas sim argumentos que necessitam de ponderação de acordo com o caso concreto (CANÁRIO, 2013).

2.2. O caso Chacina da Candelária

Em maio de 2013, o Superior Tribunal de Justiça analisou os Recursos Especiais dos casos Chacina da Candelária - nº 1.334.097/RJ - e Aída Curi - nº 1.335.153/RJ, que serão relatados adiante. Logo, o direito ao esquecimento foi apreciado em virtude do julgamento da Chacina da Candelária. Nessa situação, refutaram a divulgação pela TV Globo, no programa “Linha Direta-Justiça”, do nome do responsável ao acontecimento, apesar do postulante ter sido absolvido (FRAJHOF, 2019).

O episódio referiu-se aos assassinatos de moradores de rua, no Rio de Janeiro no ano de 1993. Jurandir foi suspeito de ser um dos autores do crime, posto que, apesar disso, o mesmo foi submetido ao júri, no trâmite do processo, sendo declarado inocente por unanimidade do Conselho de Segurança (FRAJHOF, 2019).

A reportagem trouxe pontos negativos para a vida do requerente, expondo sua imagem e nome em rede nacional, sendo um dos autores dos homicídios, mencionando apenas sua absolvição, o que acarretou diversos danos. Jurandir sofreu ameaças e agressões, dificultando a procura de emprego, acontecimentos que levaram o mesmo a trocar de domicílio, a fim de proteger sua integridade e de seus familiares (BRASIL, STJ, *REsp.* Nº 1.334.097-RJ, 2013).

Segundo entende, levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por ‘justiceiros’ e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares. (SALOMÃO, STJ, 2013, p. 1).

Assim sendo, o pedido do autor foi acolhido pelo STJ e a Rede Globo de Televisão foi condenada por danos morais. O STJ, com destaque na decisão do recurso, reconheceu e aplicou o direito ao esquecimento ao caso concreto como um dos desdobramentos do direito à vida privada, tendo assimilado como o direito do indivíduo de ser deixado em paz e não ser lembrado contra sua vontade (BRASIL, STJ, *REsp.* Nº 1.334.097-RJ, 2013).

Além do fato apresentado, outra apreciação semelhante a do STJ é do Recurso Especial n. 1.335.153/RJ referente ao caso Aída Curi, ajuizado com o objetivo de condenar ao pagamento de indenizações por desrespeito a um dos direitos da personalidade, o direito ao esquecimento (FRAJHOF, 2019).

2.3. O Caso Aída Curi

Nesta situação, repetidamente, a TV Globo expôs no mesmo programa “Linha Direta-Justiça” sobre o caso do homicídio de Aída Curi, ocorrido em 1958, sendo que, na época do fato, havia sido amplamente divulgado pela mídia. A reconstituição feita pelo programa de televisão trazia nome e imagem da vítima, o que levou seus familiares a pleitearem judicialmente, sob a alegação de que a divulgação dos

acontecimentos pela emissora lhes retomou feridas antigas que já deveriam ter sido apagadas, além de ter auferido verbas publicitárias com a exposição do programa, o que configura enriquecimento ilícito por parte da TV Globo (FRAJHOF, 2019).

O Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, julgado no ano de 2013 pelo STJ, representava os irmãos de Aída Curi, vítima de estupro e homicídio. Em tal caso, os autores não alcançaram êxito no pedido de compensação por danos morais (BRASIL, STJ, *REsp.* nº 1.335.153-RJ, 2013).

Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. Por outro lado, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. De fato, em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. (SALOMÃO, STJ, 2013, p. 37-39).

Desse modo, a Corte, ao fazer a ponderação de valores, entendeu que o caso em mérito é de domínio público, afastando a aplicabilidade do direito ao esquecimento. Além disso, baseou-se no extenso lapso temporal de 50 anos entre a morte da jovem e a reportagem. O Tribunal esclareceu ser irregular o acolhimento do pleito de indenização, pois entendeu não ter havido abalo moral apto a gerar esse direito (BRASIL, STJ, *REsp.* Nº 1.335.153-RJ, 2013).

O caso exposto alcançou o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de agravo. Assim, em virtude do reconhecimento desse instituto processual, o Supremo deve decidir um posicionamento a ser seguido pelo Judiciário. O Tribunal já vem realizando audiências públicas com a presença de advogados, julgadores, juristas e pesquisadores, a fim de encontrar um meio mais conveniente para a prática do direito ao esquecimento na esfera de noticiários pela imprensa (BRASIL, STJ, *REsp.* Nº 1.335.153-RJ, 2013).

Entende-se que o requerimento pelo direito ao esquecimento, nos termos do *droit à l'oubli*, poderá ser efetivo no direito ao esquecimento, quanto nos direitos tradicionais de personalidade, sendo reconhecida a presunção de retratação em ambos os casos. Por esse motivo, o direito ao esquecimento é questionado, pois neste teor seria de fato um direito independente, quando, na verdade, seja qual for outro direito de personalidade pode valer-se tendo como base os pleitos de *droit à l'oubli*. Enquanto isso, os fundamentos das causas obtiveram novos traços, quando o direito ao esquecimento for voltado ao provedor de pesquisa da internet. Portanto, serão abordados outros casos julgados pelo STJ (FRAJHOF, 2019).

2.4. O caso Xuxa vs. Google Brasil Ltda

O direito ao esquecimento no mundo virtual diz respeito à desindexação dos provedores de busca, vinculando-se ao caso da apresentadora Xuxa Meneghel em face da empresa Google, pelo qual ela reivindica a extinção, seja qual for a seqüela, associando seu nome à pedofilia, pois, em pesquisas realizadas no site de busca, quando se digitava “Xuxa pedófila” ou qualquer outro termo que ligasse o nome da autora, o mencionado mecanismo apresentava dados, fotos e vídeos de objeto sexual como efeito (FRAJHOF, 2019).

Em junho de 2012, o Recurso Especial nº 1.316.912-RJ estabeleceu a responsabilidade subjetiva dos provedores de pesquisa. Vale ressaltar a omissão legislativa sobre o assunto, no sentido de que ainda que o termo direito ao esquecimento não tenha sido solicitado pelas partes ou tribunal, o processo se vincula ao arcaico acontecimento de esquecimento na web, estabelecido pelo TJUE (FRAJHOF, 2019).

O litígio da apresentadora buscando a desindexação do conteúdo associado ao seu nome foi acolhido em primeira instância, porém a relatora, Ministra Nancy Andrihgi, considerou que os serviços de buscas na Internet estavam em uma relação de consumo. Desta forma, culminou que a função exercida por um meio que não adota comando sobre as consequências das pesquisas, não pode ser apontado como um serviço vicioso, pois essa administração não se trata de atuação essencial à sua prestação. Assim sendo, o STJ percebeu ser o motor de busca um simples intermediário. Conforme sua decisão, o indivíduo que suportou violação deve pleitear em face do autor da postura ilegal, isto é, a pessoa identificada por meio do *Uniform Resource Locator (URL)*, com o objetivo de remoção da página da rede, sem interferência do mecanismo de pesquisa a fim de dificultar a possibilidade de eliminação daquela informação, prevalecendo o direito à informação (BRASIL, STJ, REsp. N° 1.316.912-RJ, 2012).

2.5. O caso S.M.S. vs. Google Brasil Ltda

O primeiro caso qualificado como o direito ao esquecimento aconteceu em um julgamento decorrido do vigor do Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014, que ordenará como os demais casos acerca da responsabilidade civil dos provedores deverão ser estimados futuramente. A ação movida por S.M.S. perante a Google teve como finalidade a obstrução absoluta da página no sistema de pesquisa, a fim de frustrar a duplicação de imagem relacionada à nudez vinculando a procura feita em seu nome, fazendo referência ao caso Xuxa (FRAJHOF, 2019).

Em primeira instância, o magistrado extinguiu o pedido sem análise do mérito, certificando a ausência de interesse de agir pela parte autora e a ilegitimidade passiva da ré. Não obstante, a decisão foi revertida na Corte dando atribuição à apelação interposta pela autora, assim como o Google interpôs Recurso Especial diante do STJ (BRASIL, STJ, 1.593.873 - SP, 2016).

A Ministra relatora Nancy Andrihgi, ao avaliar o pedido de esquecimento apontado a um buscador, observou a carência legal no ordenamento jurídico brasileiro que certificasse a proteção dos dados pessoais dos indivíduos brasileiros, visto que ela fez menção ao caso González, sem se valer do mesmo entendimento

sustentado, visto que são distintos os pressupostos jurídicos reais entre a União Europeia e o Brasil. O reconhecimento, conforme a relatora, seria imputar ao provedor a obrigação de crítico virtual, verificando o que é viável ou não a ser compartilhado virtualmente (BRASIL, STJ, 1.593.873 - SP, 2016).

Afirma-se que houve a mesma percepção do caso da apresentadora Xuxa, ao não haver preceito legal brasileiro para responsabilizar a empresa Google obrigando-a a efetivar o direito ao esquecimento de S.M.S., posto que determinado encargo consiste sobre o responsável pelos dados na web (BRASIL, STJ, 1.593.873 - SP, 2016).

Por fim, com relação à jurisprudência desta Corte superior, no que se refere ao direito do esquecimento, há duas situações distintas. A primeira não aborda diretamente a responsabilidade do provedor de aplicação de busca na internet, ao envolver apenas empresas de comunicação televisiva, como nos julgamentos dos REsp 1.335.153/RJ e REsp 1.334.097/RJ. A segunda, em que se encontra o decidido no REsp 1.316.921/RJ, quando aborda a questão do direito ao esquecimento no ambiente digital, rejeita imputar ao provedor de buscas a obrigação de fiscalizar o conteúdo acessível ao público, como expressamente afirmado naquela oportunidade. (ADRIGHI, STJ, 2016, p. 16).

No desfecho, ocorreu o receio em distinguir os casos *droit à l'oubli* avaliados pelo STJ - Chacina da Candelária e Aída Curi - da apreciação do direito ao esquecimento no mundo virtual, salientando que os mesmos equivalem a contextos diversos fornecido (BRASIL, STJ, 1.593.873 - SP, 2016).

Entretanto, o direito ao esquecimento na internet, como foi assimilado pelo TJUE no caso de González, foi claramente repudiado pelas diferenças normativas e também pela jurisprudência permanente do STJ em relação à isenção do dever dos provedores por objeto fornecido por terceiro. Baseando-se no voto do relator, a natureza do conteúdo que deseja desindexar não é relevante, visto que, neste caso, os provedores não terão incumbência pelo teor online fornecido (BRASIL, STJ, 1.593.873 - SP, 2016).

2.6. O caso da Promotora vs. Yahoo

No STJ, uma promotora do Rio de Janeiro conseguiu o direito de não ter mais o nome vinculado ao assunto referente a uma fraude em concurso para magistratura. Tal decisão determina que os mecanismos de busca da internet não revelem mais o nome da servidora no que concerne o caso citado. O acontecimento é um dos primeiros que o Tribunal aplica o direito ao esquecimento, sem pressupor ainda como a percepção do STJ será aplicada neste assunto. A Corte se fundamenta na antiga jurisprudência sobre a obrigação da exclusão do conteúdo aparentemente danoso (MUNIZ, 2018).

Na circunstância da servidora, absolvida pelo Conselho Nacional de Justiça da imputação de fraudar o concurso em 2007, não houve referência típica, ao decorrer das diversas sessões para decisões da demanda, a respeito de indicar os eletrônicos da matéria que deverá ser excluído. A temática deu início ao julgamento em agosto de 2017, foi destacado por contínuas solicitações de análises, sendo resolvido pelo voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto mencionou o caso apreciado pelo TJEU no ano de 2013, dirigindo a empresa Google a responsabilidade da remoção dos resultados de busca dos links considerados ofensivos, para o

ministro este cenário é muito parecido à da promotora de Justiça. A demanda segue em análise no Recurso Especial 1.660.168/RJ (MUNIZ, 2018).

3. Direitos fundamentais em colisão: liberdade x intimidade

O direito ao esquecimento é compreendido como um desdobramento dos direitos da personalidade, vinculando-se à intimidade que representa um dos direitos que se encontram elencados na CRFB/88. Consoante Pinho (2003, p. 111), a intimidade se apresenta como um “direito fundamental do ser humano, que lhe garante a individualidade, reservando-lhe um âmbito no qual a sociedade não pode adentrar, a não ser quando o próprio indivíduo permita ou, em função de sua conduta, provoque.”

No contexto do direito ao esquecimento, de outro lado, tem-se o direito à liberdade que “envolve todas as formas de expressão do homem, por meio do jornalismo, rádio, televisão, relações públicas, artes ou qualquer outra forma de exteriorizar o pensamento. A tudo isso acresça-se a liberdade de convicção política, filosófica ou religiosa, (...)” (PINHO, 2003).

Entretanto, é comum a existência de conflitos em relação a esses dois direitos fundamentais com outros bens jurídicos tutelados constitucionalmente, configurando a denominada colisão de direitos fundamentais. Em um caso de colisão entre o direito à intimidade do ser humano e a liberdade de comunicação, a ponderação de bens deve ser utilizada para sua solução, o que já é indicado pela jurisprudência. (PINHO, 2003).

De acordo com a afirmação acima, a colisão entre o direito à intimidade e o direito à liberdade de comunicação revela que as convicções e circunstâncias pertinentes ao ramo da proteção legal de tais direitos não toleram exposição social sem distinção, tendo em vista que a liberdade de comunicação, como direito fundamental, supera o aspecto individual, sendo necessário para o ponto de vista coletivo o que é crucial em prol da normatização do desempenho do Estado Democrático de Direito (PINHO, 2003).

Os direitos alusivos à intimidade e à vida privada estão dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente no artigo 5º, inciso X. Mesmo em face da obscuridade da definição desses direitos, a CRFB/88 os assentou como distintos e autônomos. Com a finalidade de caracterizar o direito à intimidade, entende-se que está vinculado ao direito de personalidade, por isso existe grande dificuldade em distinguir seus fundamentos, ou seja, seus pressupostos são similares. Em determinados casos, no que diz respeito ao direito à vida privada, o titular do direito mencionado pode deixar de exercê-lo, de acordo com a ordem pública e bons costumes (PINHO, 2003).

Enfim, o direito à intimidade seria a união de elementos que apenas o seu titular conduz com objetivo de proteção, abrangendo inalterabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional. Teoricamente, acredita-se que o direito à intimidade seria pleno, no sentido de que o Estado estaria obstruído de introduzir-se no espaço interno do sujeito. Os direitos fundamentais são relativos tendo em vista a aplicação do princípio da proporcionalidade, reparando algumas garantias essenciais, como exemplo da utilização de tal preceito é a plausibilidade

da prova lograda por meio ilícito para preservar um novo direito tutelado pela Constituição (PINHO, 2003).

Historicamente, a liberdade de comunicação ou expressão abrange todas as formas de manifestação do indivíduo. Com base na CRFB/88, a liberdade refere-se a um grupo de direitos, demandas e formas, provocando vasta exposição de ideias, respeitando medidas estabelecidas pela Lei Maior. Tal direito tange à informação correta, sendo a mídia produtora do que pensa a sociedade com relevante valor social. O direito de informar é livre, sendo vedado qualquer tipo de censura. Afirma-se que ao menos uma parte das informações tem a ver com opiniões políticas, ideológicas ou artísticas, devendo ser devidamente abordados. O abuso da liberdade de informação se dá por meio do excesso dos limites legais, gerando por consequência o dever de indenizar (PINHO, 2003).

3.1. Direitos da personalidade: privacidade e dignidade da pessoa humana

O direito ao esquecimento se apresenta relacionado à dignidade da pessoa, sendo essencial para sua proteção o devido respeito a sua integridade, não apresentando natureza patrimonial.

Antigamente, o direito da personalidade foi repudiado pela lei civil brasileira devido à ausência de norma no Código Civil de 1916, mas a Constituição de 1988 adotou vários direitos da personalidade no artigo 5º, incisos V e X. Com a evolução no ordenamento brasileiro, o vigente Código Civil apresentou uma parte específica destinada ao direito da personalidade, resguardando a honra, imagem, integridade física e identidade pessoal. O atual Código Civil aborda, além da tutela repressiva, as tutelas inibitória e preventiva das notáveis atuais garantias. Assim, o indivíduo poderá invocar na jurisdição antes da efetivação do dano, já que a demora pode ser desfavorável ao sujeito (CORDEIRO; PAULA NETO, 2015).

Tomando-se em conta os direitos de personalidade, recepciona-se o denominado direito à privacidade, que, de modo geral, é compreendido como o direito de gozar a vida particularmente, não sendo obrigatoriamente exposto ao fato que não viabilizou ou desejou. Concerne ao direito indispensável do homem que a coletividade não pode exibir, exceto com a permissão do próprio agente ou por meio de seu induzimento. Resta claro que este direito é subjetivo à personalidade, pois sem o resguardo seria impossível manter sua singularidade no meio social (PINHO, 2003).

A privacidade é a estabilidade, em que o cidadão garante a individualidade e bem-estar da rotulação do corpo social, que até aquele momento lhe consente. Então, é cabível que o ordenamento jurídico entenda a privacidade como um dos direitos de personalidade constitucionalmente garantido (PINHO, 2003).

É necessário destacar que o Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil estabelece que o rol de direitos de personalidade é meramente exemplificativo, sendo admissível identificar outros direitos da personalidade que não estejam determinados em lei, como, por exemplo, o direito ao esquecimento (BRASIL. CJF, 2002).

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles,

como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (BRASIL, 2002).

A dignidade da pessoa humana é o ponto inicial de toda a estrutura judiciária. No entanto, por seu enfoque interdisciplinar, apresenta-se não apenas no ramo jurídico. Refere-se ao princípio instituidor vinculado aos valores inerentes à pessoa, tendo cabimento no direito civil de acordo com a Constituição fazendo-se ainda mais necessária a clareza de tais normas do direito privado (BEZERRA JUNIOR, 2018).

No ramo dos direitos existenciais, sempre serão percebidas inovações referentes à personalidade, pois a expressão não é taxativa, mas sim exemplificativa, sendo cabíveis novas situações. Portanto, fortifica-se a ideia de solucionar os casos de colisões por meio da informação, liberdade, intimidade, privacidade e honra do cidadão. Sendo ausente o parâmetro legal entre os preceitos implicados, utiliza-se a ponderação com o intuito de averiguar o acontecimento existente, de maneira completamente inclinada à dignidade da pessoa humana. Logo, a dignidade humana será, a todo momento, a estrutura limitativa de demais princípios, sem causar danos à ponderação, sendo apelada em vários episódios a fim de certificar a defesa da dignidade oponente alheia (BEZERRA JUNIOR, 2018).

3.2. Ponderação de interesses no direito ao esquecimento

Inicialmente, a única forma de entender a aplicabilidade do direito seria adequação de uma norma pesar sobre os fatos, como consequência sobrepondo o conteúdo da lei acima do caso concreto.

Suponha-se a possibilidade da objeção da liberdade de expressão e do outro lado os valores inerentes à pessoa, os preceitos compreendidos são distintos, apresentando resultados diferentes para a demanda. No entendimento introdutório, a solução para esta adversidade seria diligenciar com apenas uma das diretrizes, adaptando uma e descartando as demais, não sendo constitucionalmente conveniente. O julgador não pode rejeitar uma norma que, em tese, seria cabível da mesma forma que outra, posto que não há hierarquia entre elas. Assim, a Constituição possibilitou meios qualificados para lidar com tal circunstância (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

O problema descrito alcançado pelos doutrinadores é claro, o caso mencionado não é de simples compreensão, sendo necessário discernimento complexo apto a elaborar ordem efetiva ao caso hipoteticamente citado. No entanto, a ponderação constitui-se uma técnica de decisão jurídica cabível em eventos árduos, quando o enquadramento foi escasso. O sistema de ponderação vem crescendo com o passar dos anos e de experiências judiciárias, sendo estudado com cautela pelos doutrinadores (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

A ponderação se desenvolve em três etapas, sendo elas: a primeira etapa cabe ao executante identificar os pressupostos dos conflitos insuperáveis, indicando que a norma não se confunde com o mecanismo, podendo surtir efeitos na união de mais de um dispositivo. A segunda etapa seria a de examinar os atos, situações materiais e reflexos que as normas da primeira etapa produzirá após aplicabilidade. Na terceira etapa, após a análise dos princípios, poderão ser empregadas com maior ou menor veemência de acordo com as condições técnicas. Nessa fase, as normas e situações serão avaliadas conjuntamente, verificando que valores serão imputados

ao fundamento concorrente, decidindo qual o melhor grau a ser adotado. Todo esse procedimento é denominado como proporcionalidade ou razoabilidade (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Ante o exposto, resume-se que a ponderação adentrou no ramo da perspectiva constitucional, necessariamente, sendo que antes como alternativa filosófica. A figura da ponderação vinculada à justiça não é resistente às críticas, pois pode estar submetida à má aplicação, não sendo amparada em todas as situações.

Apesar da ponderação pressupor influências distintas de tal caso, não oferece indicações materiais para seu reconhecimento, disponibilizando ao máximo um sinal para soluções *ad hoc*. A técnica da ponderação não alcançou a finalidade desejada, concedendo espaço à ampla arbitrariedade judicial, devendo delimitar casos em que o ordenamento jurídico não solucionou, procurando a seriedade que deverá prevalecer. A vigilância de legalidade das sentenças atingidas por meio da ponderação é realizada através da argumentação elaborada, tendo como objetivo a apuração da correção das alegações apontadas categoricamente (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

3.3. O direito à privacidade *versus* interesse social e coletivo

Os direitos vinculados à personalidade têm de ceder lugar ao direito de informar, sendo que o fato verídico mostra o comportamento regular do agente propagação. Em determinadas situações, o interesse público será examinado com primazia sobre o interesse individual e particular referente à vida privada. O interesse público tem seu conceito indeterminado, conforme a síntese de Bruno Miragem (2005), visto que, para melhor compreensão, existem razões de modo coerente do interesse público que irão auxiliar os julgadores perante o caso concreto que esteja presente um interesse de ordem pública, retirando ou não a ilegalidade da publicação a um dos diversos direitos da personalidade através do direito ao esquecimento (BEZERRA JUNIOR, 2018).

Deve-se considerar alguns pressupostos para chegar ao resultado harmonioso, sendo eles: a verdade do que deseja explanar, não sendo de utilidade pública conteúdos vagos, com especulações, com a finalidade de agradar apenas o meio privado para promover acessos ao negócio de informação cada vez mais concorrente. Também não se vincula ao interesse público dados distintos do que se deseja informar, tal como divulgações pessoais equivocadas, ofensas a qualquer direito da personalidade, danificando sua autoestima, honra e evolução da pessoa, não gerando vantagem para a sociedade (BEZERRA JUNIOR, 2018).

No sentido de existir o interesse público, deve haver assuntos referentes ao passado, que se planeja perdurar a evidente utilidade. Com o passar do tempo, em regra, poderá perder a característica útil para a o ponto de vista público, haja vista a necessidade do registro histórico, a exposição de alguns fatos consideráveis, não sendo presumido o interesse histórico. Por fim, para que o interesse público seja estimado vai além dos pressupostos iniciais, devendo conter a adequação da notícia publicada, sendo que mesmo o interesse público no caso concreto acima dos direitos da personalidade alcançados serão analisados os limites do objetivo da exposição (BEZERRA JUNIOR, 2018).

Por essa razão, é necessário diferenciar o interesse coletivo, instigado pela curiosidade nos fatos sucedidos de um indivíduo, do concreto interesse público, afastando a ilicitude do insulto aos direitos inerentes a pessoa. Como exemplo, uma celebridade que tem fatos pessoais expostos constrangedores não é relevante ao interesse público, não obtendo valores informativos ou úteis para a sociedade, pois tal intromissão na vida privada busca lucrar com esses episódios (BEZERRA JUNIOR, 2018).

Em alternativa, a narrativa da carreira de algum político ou magistrado por ações de improbidade, mesmo com o cumprimento das sanções impostas, irá permanecer, tornando-se importante para o interesse público, não se apelando ao direito ao esquecimento. Não implica, portanto, em mera curiosidade social, mas sim ao interesse público, cabendo haver a ponderação a ser realizada no caso concreto (BEZERRA JUNIOR, 2018).

Por isso, é necessário haver a sopesação do interesse particular em face do interesse público e social para que, no caso concreto, seja privilegiado o bem jurídico mais valioso, qual seja, aquele capaz de representar o que melhor resguarde a dignidade da pessoa humana (BEZERRA JUNIOR, 2018).

3.4. Projetos de Lei conforme o Direito ao Esquecimento no Brasil

No Congresso Nacional, alguns projetos de lei (PL) tramitam na tentativa de normatizar o direito ao esquecimento, mesmo existindo fundamentos que servem de base para os requerentes do esquecimento, na esfera penal e cível. O Congresso direciona o foco para o direito ao esquecimento no âmbito virtual, fazendo referência ao caso de González, mas a preocupação seria a respeito de assegurar que os dados ultrapassados fossem excluídos da internet. Todavia, o conteúdo dos PLs são múltiplos, pois elenca a constituição de leis típicas acerca do assunto, inclusive a implantação da norma no Marco Civil da Internet (FRAJHOF, 2019).

O PL nº 7.881/2014 foi o que originou a matéria de iniciativa do ex-deputado federal Eduardo Cunha, possuindo apenas dois artigos, a saber:

Art. 1º É obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 7.881, 2014).

Os parâmetros empregados no PL são abstratos, gerando dificuldades quanto à descrição, sendo constantemente discutido quanto a execução do direito ao esquecimento, sobretudo ante a discórdia de como impossibilitar que o teor de interesse público se torne alcançado. A idêntica opinião se estende às informações desatualizadas, pois a solicitação da exclusão é incerta diante da reivindicação da correção dos dados, devendo ser reportada ao responsável do tema, exceto ao intermediário (FRAJHOF, 2019).

No momento atual, o PL mencionado foi desprezado pela Comissão de Cultura e Comissão de Defesa do Consumidor pela falta de recurso, sendo que encontra-se arquivado desde o dia 11 de julho de 2017 (FRAJHOF, 2019). Já o Projeto de Lei nº

1.676/2015 que versa sobre o referido tema foi recomendado pelo Senador Federal Veneziano Vital do Rêgo, ao dispor sobre crime nos seguintes artigos:

Art. 1º Esta lei tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação.

Art. 2º Filmar, fotografar ou captar a voz de pessoas, sem autorização ou sem fins lícitos: Pena - reclusão, de um a dois, e multa.

§ 1º Divulgar tais informações: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

§ 2º Se a divulgação se dá pela rede mundial de computadores, internet, ou por meios de comunicação social: Pena - reclusão, de quatro a seis anos, e multa.

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

Art. 4º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, devem criar, dentro de noventa dias, departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente.

§ 1º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, na hipótese de não reconhecerem a existência do direito ao esquecimento, deverão fornecer ao requerente, por escrito, motivadamente, as razões da negativa, em até trinta dias.

§ 2º O prazo máximo de trinta dias mencionado no § 1º não constitui impedimento para a pronta solução de casos mais urgentes.

§ 3º O descumprimento do dever de instalação dos departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento ou o seu mau funcionamento acarretará a responsabilidade dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, a ser promovida por meio de ação civil pública.

Art. 5º Esta lei entra em vigor sessenta dias após a sua publicação. (BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 1.676, 2015).

Em referência aos artigos apontados, sinteticamente:

Existem aqui dois questionamentos relevantes sobre o PL 1676/2015. O primeiro diz respeito aos critérios para o estabelecimento do direito ao esquecimento. Esse ponto fundamental para a construção do instituto parece estar nos referido PL de forma tão vaga quanto no 7881/2014. Adicionalmente, a obrigação de se dedicar centrais telefônicas para atender a pedidos de direito ao esquecimento de forma indiscriminada parece fadada ao descumprimento em massa (SOUZA; LEMOS APUD FRAJHOF, 2019, p. 144).

Vale destacar que o Senador que propôs o PL é unido ao PMDB, notável partido político acometido pela operação Lava Jato, pois foi enfraquecido pela ligação de inúmeras gravações e cenas que foram explanadas, mostrando práticas de corrupção de seus associados. Nesse sentido, segundo Sérgio Branco, o PL se refere

a jornalistas de qualquer meio como possíveis infratores. Entretanto, adverte-se a inaptidão do poder legislativo para tratar da temática, sendo que a dita PL encontra-se desarquivada no dia 22/02/2019, sujeita à apreciação do Plenário (FRAJHOF, 2019).

No que lhe concerne, foram apensados ao dito PL nº 1.676/2015 o PL nº 8.443/2017, que sugere modificação dos artigos 7º e 19º do Marco Civil da Internet no sentido de presidir o direito ao esquecimento, absorvido como garantia que as pessoas possuem de retirar de circulação elementos íntimos que sejam apontados impróprios a sua imagem e integridade, não sendo de interesse público. Essa solicitação pode ser dirigida a qualquer meio de anúncio, sendo que, caso o requerimento seja rejeitado, o requerente poderá solicitar a exclusão do conteúdo judicialmente, exceto pessoa pública.

Outro PL é nº 2.712/2015 que prevê a inserção do artigo XIV ao artigo 7º do Marco Civil da Internet, objetivando a exclusão, por meio do requerimento da vítima, de suas informações em redes de busca, desde que não seja de interesse público tal divulgação e que os dados sejam de fatos pretéritos. Ambos os PLs, propostos pelos deputados federais Jeferson Campos e Luiz Lauro Filho, se encontram na mesma fase de tramitação, fazendo menção ao caso de González e a pelo menos um dos precedentes analisados pelo STJ (FRAJHOF, 2019).

Durante esse período que aqueles projetos de lei ainda estão sendo analisados, o poder legislativo concedeu a Emenda nº 06 ao PL nº 8.612/2017 sobre a reforma política, autorizando o pedido de modo direto ao provedor de retirada de matéria que vincule discurso de ódio, dados falsos, insultos prejudicando partido político, candidatos e coligações. Como consequência, houve muitas observações, pois divergiu com o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014, sendo que, após diversas manifestações, o ex-presidente Michel Temer vetou seu tema (FRAJHOF, 2019).

Afinal, todos os projetos de lei citados são questionáveis, seja por motivo vago para regulamentar o direito ao esquecimento, alterando a responsabilidade dos provedores, de acordo com o Marco Civil da Internet, a não observância dos princípios fundamentais. De modo geral, estão ausentes os pressupostos adequados para guiar a decisão dos magistrados (FRAJHOF, 2019).

Considerações finais

Resta claro que, de acordo com a velocidade da propagação de informações na internet, em face dos diversos meios de comunicação, como aplicativos, dentre outros recursos, o ser humano está cada vez mais exposto à exibição e à eternização da memória dessas informações divulgadas, pois o esquecimento é tênue na atribuição da conquista eterna dos dados do sujeito, visto que esses ficam registrados de forma definitiva na mídia e no ambiente virtual.

Diante dessa realidade, constatou-se que nenhuma conduta ou feito de uma pessoa que seja capaz de macular sua imagem deve estar disponível na internet de forma perene ao alcance das ferramentas de busca.

O direito ao esquecimento, como tutela dos direitos de personalidade, visa retirar das buscas aqueles fatos cometidos por determinada pessoa em que ela mesma deseja se esquecer e não ser lembrada naquele contexto. Para isso, é

necessário que se analise no caso concreto, por meio da ponderação de interesses, se o interesse da coletividade deve prevalecer sobre os direitos particulares à privacidade daquela pessoa.

Entretanto, devido aos “excessos” do direito à informação, liberdade de expressão e imprensa, surgem abusos aos direitos fundamentais. Sabe-se que ambos os direitos são protegidos constitucionalmente, portanto, a execução de cada um deve atentar aos limites do outro, trazendo harmonia ao caso em análise.

O problema abordado abrange o conflito dos direitos inerentes à pessoa, estando de um lado a liberdade de informar e expressar, preceitos da sociedade moderna não sendo submetidos à censura, e, de lado oposto, os direitos da personalidade, vinculando o direito ao esquecimento.

Assim, o tema do direito ao esquecimento, em razão dos conflitos assinalados, precisa constantemente ser estudado, devido aos problemas que envolvem o meio de informar. Conclui-se que, perante a problemática questionada entre a vontade de querer suprimir e querer expor, deverá ser solucionada de acordo com o caso concreto, até que se tenha uma norma que regulamente o assunto.

Deste modo, servirá de parâmetro aos conflitos de interesses as diversas decisões proferidas pelos julgadores sobre o mesmo conteúdo, auxiliado pela ponderação e o princípio da proporcionalidade com o objetivo de que a retirada de um direito em face do outro, no caso estipulado, possa esclarecer a relevância daquele que preponderou.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo FGV**, v. 232, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>> Acesso em: 07 nov. de 2019.
- BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.68 – RJ (2014-0291777-1)**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-indexacao.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2019.
- BRASIL. STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0)**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- BRASIL. STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2019.
- BRASIL. STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6)**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-pedido-google-retirada.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2019.

- BRASIL. STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1)**. 2016. Disponível em:
<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4415553/mod_resource/content/0/REsp%20Do%20Esquecimento.pdf> Acesso em: 07 nov. 2019.
- BRASIL. Jus. **Artigo 11 Código Civil**. 2002. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730030/artigo-11-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acesso em: 07 nov. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
Acesso em: 07 nov. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 7881 de 2014**. Câmara dos Deputados. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- CANÁRIO, Pedro. **STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>> Acesso em: 07 nov. 2019.
- COMUNIDADES EUROPÉIA. Jornal Oficial. **Directiva 95/46** do Parlamento Europeu e do Conselho. 1995. Disponível em:
<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Diretiva%2095-46-CE.pdf>
Acesso em: 07 nov. 2019.
- CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. **A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- ENUNCIADOS. CJF. Nº 531 **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 07 nov. 2019.
- FRAJHO, Isabella Z. **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**. São Paulo: Almedina, 2019.
- MARTINS, Mariana. **STJ permite que promotora seja esquecida em buscas sobre fraude em concurso**. JOTA, 2018. Disponível em:
<<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/stj-promotora-esquecida-noticias-fraude-concurso-09052018>>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- NEPOMUCENO, Luciana. **Direito ao esquecimento**. 2017. Disponível em:
<<https://www.youtube.com/watch?v=cSFoxG9-zRE>> Acesso em: 07 nov. 2019.
- PINHO, Judicael Sudário de. Colisão de Direito Fundamentais: liberdade e comunicação e direito à intimidade. **Themis Revista da ESMEC**, Fortaleza/CE, v. 3, n. 2, p. 107-161, 2003. Disponível em:

<<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/327/306>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento**. Jota, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>> Acesso em: 07 nov. 2019.

Políticas públicas de inclusão podem gerar exclusão? (*)

Can public inclusion policies generate exclusion?

¿Pueden las políticas de inclusión pública generar exclusión?

Alexandre Campaneli Aguiar Maia¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. 1. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. O desenvolvimento do “conceito soberania”. 2. As crises e a transformação do Estado. 3. A política do reconhecimento. 4. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Este trabalho pretende realizar uma análise sobre a discussão das políticas públicas do Estado e sobre a possibilidade de que as políticas de inclusão adotadas pelo Estado em benefício de indivíduos ou grupo de indivíduos podem gerar exclusão dentro da sociedade, criando conflitos internos. Para poder analisar estas políticas públicas, a base teórica utilizada neste artigo está baseada nas obras de Jose Luís Bolzan de Moraes, Charles Taylor e Jurgen Habermas, que começou o trabalho através do estudo das crises do Estado e as mudanças do conceito soberania. Posteriormente, abordaremos a análise das políticas de reconhecimento na obra de Taylor, para finalizar com a obra de Habermas na análise das constituições modernas em relação à luta por reconhecimento no Estado democrático de direito partindo da interrogação de que a teoria dos direitos com orientação individualista pode dar conta de lutas de reconhecimento de identidades coletivas.

Palavras-chave: inclusão/exclusão, crise do Estado, reconhecimento, identidade.

Abstract: This paper aims to analyze the discussion of public policies of the state and the possibility that inclusion policies adopted by the state for

(*) Recibido: 05/10/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.
Alexmaia360@hotmail.com.

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.
mfqobregon@yahoo.com

the benefit of individuals or groups of individuals can generate exclusion within society, creating internal conflicts. In order to analyze these public policies, the theoretical basis used in this article is based on the works of Jose Luis Bolzan de Moraes, Charles Taylor and Jurgen Habermas, who had begun working by studying the crises of the state and the changes in the concept of sovereignty. Subsequently, we will address the analysis of recognition policies in Taylor's work, to conclude with Habermas's work in the analysis of modern constitutions in relation to the struggle for recognition in the democratic rule of law based on the question that the theory of rights with individualistic orientation can cope with struggles to recognize collective identities.

Key words: inclusion / exclusion, State crisis, recognition, identity.

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo analizar la discusión de las políticas públicas del estado y la posibilidad de que las políticas de inclusión adoptadas por el estado en beneficio de individuos o grupos de individuos puedan generar exclusión dentro de la sociedad, creando conflictos internos. Para analizar estas políticas públicas, la base teórica utilizada en este artículo se basa en los trabajos de José Luis Bolzan de Moraes, Charles Taylor y Jurgen Habermas, quienes comenzaron a trabajar estudiando las crisis del estado y los cambios en el concepto de soberanía. Posteriormente, abordaremos el análisis de las políticas de reconocimiento en el trabajo de Taylor, para concluir con el trabajo de Habermas en el análisis de las constituciones modernas en relación con la lucha por el reconocimiento del estado de derecho democrático basado en la cuestión de que la teoría de los derechos con orientación individualista puede hacer frente a las luchas para reconocer las identidades colectivas.

Palabras-clave: inclusión / exclusión, crisis del Estado, reconocimiento, identidad.

Introdução

Na primeira e segunda parte do trabalho, foi realizada uma análise da obra de Jose Luís Bolzan sobre a transformação do Estado, a partir do Estado mínimo, o surgimento do Estado Liberal Clássico, a construção do Estado de Bem-Estar Social, a importância do atributo da solidariedade até atingir a crise estrutural.

Posteriormente e através da obra de Charles Taylor, A Política de Reconhecimento, foi feita uma crítica ao paradigma do Estado de Bem-Estar Social, observando se ele gera mais exclusão do que inclusão.

Finalmente foi abordada a obra de Jürgen Habermas. A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito, defendendo a necessidade do reconhecimento no Estado Democrático de Direito como condição de autonomia.

1. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. O desenvolvimento do “conceito soberania”

Analisando a obra de Bolzan, observa-se que o autor reconhece que o Estado Constitucional atravessa uma série de crises e mutações que o levam a

transformações, muitas vezes como consequência de fatos sociais e políticos, ou produzidas pelos efeitos da globalização conforme pode-se observar na vida cotidiana e que estabelecem divisões de cunho econômico na sociedade internacional (países de primeiro, segundo, terceiro mundo, países falidos etc.), dando lugar à formação de sistemas econômicos de integração comunitária ou integração meramente comercial, no primeiro caso, delegando uma parte de sua soberania para um direito comunitário que cria instituições supranacionais.

O meio ambiente e os direitos humanos são também fatores importantes na transformação do Estado Constitucional e na construção de uma sociedade mais justa, responsável pela proteção do equilíbrio ecológico e desta maneira, a proteção da sociedade no seu conjunto.

Estas transformações do estado Constitucional provoca uma tentativa de implementação dos direitos humanos numa sociedade que se transforma velozmente, influenciada pelas relações econômicas e comerciais, criando cenários territoriais internacionalizados, globais e com vínculos universais (BOLZAN, 2002, p.15).

Estes novos cenários ou Estados comunitários, com ordenamentos jurídicos supranacionais, desconstroem os estados tradicionais possuidores de uma soberania absoluta, e ao mesmo tempo se submetem à jurisdição de Cortes Internacionais, cujas decisões devem ser respeitadas pelos judiciários nacionais, comprometidos através de acordos internacionais atrelados a interesses econômicos globais.

Estas transformações, analisadas por Bolzan, são consideradas como um tema concreto, denominado processo de crises de Estado, que acontece ao longo do seu processo histórico de construção, interconectado com o constitucionalismo e os direitos humanos (BOLZAN, 2011, p.17).

Para o autor, o Estado erigido na modernidade atravessa um processo de consolidação, acompanhado de transformações. Há o entendimento de que esse Estado moderno estaria esgotado, por ter passado por um longo processo de exaustão, ou como afirma Bolzan, existiria a necessidade de uma “refundação, podendo significar seu fim, sua transformação, seu recomeço, sua continuidade” (BOLZAN, 2011, p.15).

Aponta-se então a problemática apresentada no texto do Bolzan sobre as crises do Estado em relação às suas características conceituais básicas, em particular a ideia do conceito soberania.

É necessário iniciar a pesquisa discutindo “poder como soberania” através do desenvolvimento histórico do conceito de soberania proposto pelo autor no contexto que pretendemos analisar. A ideia de soberania e poder estão ligados à formação do Estado desde o final da Idade Média, quando o poder permanecia nas mãos do soberano de maneira absoluta; essa ideia vai evoluir até que, em 1575, Jean Bodin inicia um tratado teórico sobre ela na sua obra *Les Six Livres de la République*.

De qualquer maneira, o conceito soberania se transforma permanentemente, acompanhando a evolução da sociedade e a transformação do Estado, a partir do seu absolutismo e caráter perpetuo e divino na Idade Média, passando pela Revolução francesa e a criação do Estado moderno, quando a soberania sai das mãos

de uma única pessoa, o monarca, para ser entregue ao povo, através do contrato social, estabelecendo um aspecto racional do poder soberano para posteriormente ficar nas mãos do Estado, o mesmo que passa a deter o poder soberano tanto internamente como externamente.

O Estado nacional moderno, que nasce com Rousseau e a Revolução francesa, possui uma série de características e peculiaridades, pode ser considerado como um Estado paternalista, que outorga direitos e cria normas obrigatórias de caráter imperativo que devem ser cumpridas inclusive de maneira coercitiva dentro do seu espaço geográfico, fortalecendo desta maneira o Princípio da Territorialidade, tal como observa Bolzan:

Ela é, assim, tradicionalmente tida como uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado-Nação. Aquela caracterizada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional – sobre um determinado território (BOLZAN, 2011, p.27).

O conjunto dos Estados nacionais modernos e soberanos fazem parte de uma sociedade internacional que se relacionam entre si através de tratados internacionais onde prima a boa-fé para o cumprimento deles. Esse fato que dará lugar a novas transformações do conceito soberania como consequência das relações internacionais, não somente entre Estados, como também com organismo internacionais com personalidade jurídica de direito internacional e com capacidade de concluir acordos internacionais.

As relações internacionais entre Estados e organismos internacionais implicam em mudanças substanciais do conceito soberania, mas de forma voluntária e como consequência de interesses econômicos, políticos e até militares ou por imposição dos próprios tratados, no caso concreto de submissão a tribunais internacionais relacionados aos direitos humanos. Esta relação internacional obriga aos Estados a uma série de modificações internas, especialmente no âmbito político, o aperfeiçoamento e fortalecimento da democracia e o respeito aos direitos humanos. Esses fatos, afirma Bolzan, acarretam um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural dessas relações.

O aprofundamento da globalização transforma a sociedade pós-moderna e o conceito de soberania, criando uma dispersão nos centros do poder como consequência do surgimento de potências econômicas, militares, tecnológicas e organizações econômicas transnacionais sem vínculo com os Estados. Surgem novas formas de soberania, flexibilizando fronteiras, criando sistemas de integração supranacionais, estabelecendo uma interdependência entre Estados, fortalecendo as formas de cooperação jurídica entre eles.

As transformações do conceito soberania ao longo dos tempos e conforme a evolução da sociedade, no leva a analisar outro fenômeno de cambio que se encontra atrelado ao indivíduo e à sociedade e que vem atravessando por uma série de crises influenciada por uma série de fatores, principalmente econômicos, que afetam profundamente nas decisões políticas dos governos, modificando o poder soberano do Estado.

2. As crises e a transformação do Estado

Quando falamos em evolução da sociedade, estamos nos referindo ao aperfeiçoamento político, cultural e econômico do indivíduo que, com o passar do tempo,

consolida novas relações sociais, tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicam um açambarcamento por tais atores de funções tradicionalmente públicas. Assim, os sindicatos e as organizações empresariais, além de outros movimentos sociais, passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluíam no rol do poder soberano do Estado (BOLZAN, 2011, p.31).

As transformações do Estado são analisadas no texto de Bolzan a partir da formação do Estado Mínimo, este modelo sofre invariavelmente fortes influências econômicas, dando as indicações ou características de um modelo onde o Estado tem pouca participação nas atividades econômicas da sociedade.

A passagem do modelo de Estado Mínimo para o Estado Liberal clássico significa também em mudanças do conceito soberania, já que entre as características do Estado Liberal Clássico a soberania é considerada como um poder incontestável. Mas o Estado Liberal se caracteriza por ser uma sociedade eminentemente individualista, na qual o indivíduo é considerado o elemento principal e central da sociedade, o Estado deve fornecer condições de igualdade a todos os membros da sociedade sem nenhuma distinção, todos são iguais perante a lei.

Podemos destacar neste modelo, a importância social, especialmente na defesa dos direitos humanos e as liberdades individuais. O Estado Liberal Clássico, portanto, constitui uma sociedade de indivíduos livres e iguais, tendo o Estado como um elemento garantidor da paz social e com um poder soberano incontestável.

A posterior implementação de um Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), que na verdade é um processo que se inicia em 1930 e atinge seu apogeu após a Segunda Guerra Mundial, estabelecendo uma sociedade solidária com o objetivo de atingir a paz social, atendendo às demandas da população, regulando e administrando os serviços para garantir a qualidade de vida dos cidadãos.

O Poder Público assume a responsabilidade de arbitrar os interesses das classes dominantes e dominadas, empresários e trabalhadores, redistribuindo a riqueza e reconhecendo os diferentes grupos e organismos sociais dando participação na tomada de decisões políticas e outorgando todos os benefícios da sociedade contemporânea. Cabe ao Estado, a partir desse momento, fornecer remuneração, renda justa, políticas de alimentação, educação, segurança jurídica, assim como a infraestrutura necessária para o transporte coletivo, esporte e cultura e principalmente o fortalecimento dos direitos civis, políticos e sociais.

Uma das principais características do Welfare State é o seu viés social com a participação dos movimentos operários, os mesmos que através de longas jornadas de luta conseguiram neste modelo a implementação de princípios e normas nas condições de trabalho, e como afirma Bolzan, direitos à previdência, assistência social, salubridade pública, moradia etc., considerados por ele como sendo os alicerces do Estado de Bem-Estar Social (BOLZAN, 2011).

Conforme observa e assinala o autor do presente texto, a classe trabalhadora não foi a única beneficiária do modelo, a iniciativa privada também se beneficia com os métodos aplicados pelo Estado através dos investimentos em estruturas básicas

incentivando o processo produtivo da indústria, tais como a construção de usinas hidrelétricas, estradas, portos etc., outorgando financiamentos à iniciativa privada, criando uma tríplice vantagem para a burguesia: “a formação do Estado Social produziu uma tríplice vantagem para a burguesia, a saber: flexibilização do sistema, divisão de custos de infraestrutura básica e concessão de obras e serviços públicos” (SCAFF apud BOLZAN, 2011, p. 38).

Como podemos observar, todos estes modelos de Estado e de soberania não são permanentes, eles se modificam conforme as permanentes mudanças da sociedade, produzindo transformações que se incorporam nos novos contextos históricos. Dessa maneira, surge um novo modelo de sociedade política, o Estado Democrático de Direito, o mesmo que tentará aperfeiçoar a aplicação das políticas públicas em benefício dos cidadãos com o objetivo de criar formas de reconhecimento, identidade e inclusão cidadã, porém estas podem gerar diferentes formas de exclusão, provocando conflitos e enfrentamentos na sociedade.

Esses conflitos se caracterizam pela adoção de diferentes políticas que tentam beneficiar a determinado grupo social, mas excluem outros grupos que também fazem parte do conjunto. É o caso da adoção de quotas, reconhecimentos multiculturais e reconhecimento de gênero e linguagem.

3. A política do reconhecimento

As transformações da sociedade e sua permanente evolução provocaram crises e transformações do Estado e do conceito soberania, mas ao mesmo tempo, o indivíduo ou grupos de indivíduos passam a exigir políticas de reconhecimento e de identidade, conforme afirma Charles Taylor: “A exigência de reconhecimento assume nesses casos caráter de urgência dados os supostos vínculos entre o reconhecimento e identidade, em que “identidade” designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos.” (TAYLOR, 2000, p.24)

Desta maneira, a identidade deve estar acompanhada obrigatoriamente pelo reconhecimento por parte do outro, um reconhecimento real e verdadeiro a fim de evitar danos nesse indivíduo ou nos grupos que reivindicam o reconhecimento. Muitos são os exemplos de reconhecimento errôneo, como o caso das feministas, alegando que algumas mulheres “foram induzidas nas sociedades patriarcais a adotar uma imagem depreciativa de si mesmas”, ou os negros, considerados pela sociedade branca como seres humanos inferiores, no caso das populações indígenas latino-americanas, consideradas pelos conquistadores como meros objetos incivilizados, sem capacidade de discernimento.

Com as transformações do Estado e o fortalecimento da democracia, obrigatoriamente foi incluído o conceito de dignidade como sendo compatível com uma sociedade democrática, a mesma que deve reconhecer a identidade dos seus membros, dando igualdade de direitos aos grupos socioculturais e de gênero. Este foi um processo longo, de muitas transformações, de muita luta por parte dos grupos que reivindicavam o reconhecimento. Tal é o caso dos movimentos negros nos Estados Unidos e na África do Sul, da luta dos movimentos feministas, ou dos movimentos sociais camponeses na América latina, que de maneira organizada e

democrática conseguiram conquistar o poder governamental nos seus países, modificando suas constituições e desta maneira, participando na vida pública como cidadãos.

Com o aperfeiçoamento destas políticas, a doutrina passa a analisar duas formas de reconhecimento, uma na esfera íntima de formação da identidade e do Self, e uma segunda na esfera pública, criando ao mesmo tempo políticas de inclusão, mas que provocam exclusão de cidadãos e grupos de cidadãos. Este fenômeno surge como consequência das influências socioeconômicas ou das políticas econômicas adotadas pelos Estados, criando sistematicamente cidadãos de primeira ou de segunda classe, conforme o seu poder aquisitivo, onde o mais pobre fica excluído da sociedade, impedida de exercer seus direitos de cidadania.

A preocupação dos Estados é a de realizar políticas corretivas para evitar esta desigualdade, criando programas de redistribuição de oportunidades, como o caso das políticas de quotas, as mesmas que são denunciadas como formas de exclusão já que as mesmas podem ser consideradas como formas de favoritismo indevido. Taylor cita outro exemplo de ação praticada pelo Estado, com a intenção de corrigir um erro ou injustiça a determinado grupo da sociedade, mas que automaticamente vai gerar um ato de exclusão: “Por exemplo, alguns dos (aparentemente) mais flagrantes afastamentos da “ cegueira às diferenças” são medidas de discriminação reversa, oferecendo a pessoas de grupos antes desfavorecidos uma vantagem competitiva em empregos ou vagas em universidades. Essa prática tem sido justificada a partir do fundamento de que a discriminação histórica criou um padrão no âmbito do qual os desfavorecidos lutam com desvantagem” (TAYLOR, 2001, p.247).

Este tipo de política, embora bem-intencionada socialmente, cria uma série de formas de exclusão, onde a sociedade está obrigada a aceitar como uma forma de corrigir a injustiça cometida contra estes grupos ou minorias desfavorecidas. A busca pela justiça é uma adequação a um dever-ser do Estado, impõe uma tarefa a ser realizada (FABRIZ, 2006, p.16).

De toda maneira, para poder conviver de maneira justa dentro de uma sociedade, onde o respeito aos direitos fundamentais é o pilar fundamental para o fortalecimento da democracia, é necessário respeitar a diversidade, compartilhando com as minorias que não fazem parte do *modus vivendi* da maioria, tentando procurar objetivos de maneira conjunta.

4. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito

Para Habermas, as constituições modernas devem ter a sua origem numa ideia de direito racional, isto quer dizer, que estas normas devem nascer da livre iniciativa dos indivíduos que fazem parte de uma sociedade onde todas as pessoas são consideradas livres e ao mesmo tempo iguais com os mesmos direitos e obrigações, onde cada indivíduo deve reconhecer o direito do outro a fim de ter uma convivência pacífica e legítima dentro das normas do direito positivo. Estas relações de reconhecimento estão sancionadas pelo Estado, de maneira individual, demonstrando desta maneira que a teoria dos direitos tem uma orientação fundamentalmente individualista (HABERMAS, 2002, p.229).

Cada geração ou em cada ciclo histórico da sociedade, os indivíduos constroem a sua constituição como consequência do *modus vivendi* desse agrupamento social, esta construção normativa é considerada como um projeto histórico que os mencionados cidadãos devem cumprir, dando lugar desta maneira a um Estado democrático de direito.

O autor do texto, afirma, que “o exercício do poder político está duplamente codificado”. (2002, p.230). Quer dizer que na prática, no dia a dia da sociedade ou mais concretamente, no discurso ou debate político, a discussão é feita através de grupos ou identidades coletivas, que defendem os interesses da coletividade à qual representam, reafirmam os seus objetivos coletivos e defendem a distribuição destes bens, desta maneira, temos uma afirmação de identidades coletivas, por outra parte, no discurso ou debate jurídico, a ação é individual, cuja eficácia ser através da ação judicial.

As transformações do Estado como consequência da evolução da sociedade faz com que o direito vigente seja interpretado conforme às exigências contemporâneas, ou seja, reivindicações que historicamente não foram resolvidas e lutas por reconhecimento coletivo ou de sociedades culturais que foram abandonadas e exploradas e que agora, no Estado democrático de direito, exigem os seus direitos comunitários; quer dizer reconhecimento de identidade, língua, cultura, arte, literatura e cidadania em forma coletiva e não meramente individual.

A luta dos trabalhadores europeus deu lugar à divisão da sociedade em classes sociais onde os grupos privilegiados tinham mais oportunidades que os grupos desprivilegiados, fazendo com que o Estado tome a iniciativa para a implementação de uma reforma social, outorgando direitos aos trabalhadores assalariados e plena participação nas decisões políticas a fim de consolidar uma forma de vida mais justa para os grupos desfavorecidos através de uma distribuição equitativa dos bens coletivos, passando a contar com segurança jurídica, justiça social e políticas de bem viver.

O questionamento de Habermas ou a crítica ao Estado democrático de direito se relaciona justamente com as reivindicações de sociedades multiculturais que lutam por reconhecimento para identidades coletivas dando lugar ao surgimento de uma espécie de direitos coletivos que, segundo o autor, “faz ir pelos ares a auto-compreensão do Estado democrático de direito que herdamos, moldada segundo direitos subjetivos.” (2002, p.231).

Este questionamento pode ser confirmado com o surgimento de uma nova corrente doutrinária constitucional, ou mais concretamente com uma nova transformação do Estado, o surgimento do Novo Constitucionalismo Latino-americano, que através de décadas de lutas sociais e reivindicações de reconhecimento das suas identidades sócio culturais e originárias, decidiram, conforme a afirmação de Taylor, em relação à província do Québec, “formar no conjunto do Estado uma sociedade de natureza própria”. (2002, p.232). Concretamente dois países, Bolívia e o Equador, elaboraram suas Cartas Constitucionais, criando Estados Plurinacionais.

A Nova Constituição boliviana foi aprovada por Referendum em 25 de janeiro de 2009 e promulgada em 07 de fevereiro de 2009, e inclui direitos coletivos que

modificam o formato do Estado democrático de direito, moldado segundo direitos subjetivos que nos oferecem uma compreensão diferente de uma sociedade que garante o respeito de identidades coletivas e que passa a concorrer com o direito a liberdades subjetivas iguais.

O preâmbulo da Nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia confirma esta nova tendência, assegurando oportunidades e direitos às identidades coletivas.

Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El Pueblo boliviano de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas de indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, constituimos un nuevo Estado". (BOLÍVIA, 2007).

No capítulo segundo: Princípios, valores e Fins do Estado, artigos oitavo e nono do mesmo texto constitucional, reafirma esta nova corrente, que tenta uma nova transformação do Estado e da aplicação da norma jurídica, garantindo o respeito de identidades coletivas:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve con principios ético morales de la sociedade plural [...], suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común. Responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Artículo 9.

Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

Constituir una sociedade justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales:

Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el dialogo intracultural, intercultural y plurilíngüe".³.(BOLÍVIA, 2007).

³ Artigo 8.

I. O Estado assume e promove com princípios ÉTICO MORAIS DA SOCIEDADE PLURAL [...] (viver bem), (vida harmoniosa),(vida boa), (terra sem mal),(caminho ou vida nobre).

II. O Estado se sustenta nos valores de unidade, igualdade, INCLUSÃO, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de GÊNERO na participação, bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição dos produtos e bens sociais, para o BEM VIVER.

Artigo 9.

São fins e funções essenciais do Estado, além dos que estabelece a Constituição e a lei:

Embora o Novo Constitucionalismo Latino-americano tenha elaborado constituições plurinacionais abrangentes às comunidades indígenas, classificadas como sendo a maioria da população nestes países (países ibero-americanos), do ponto de vista jurídico surge um forma de discriminação e exclusão que afetam às pessoas nascidas no país, mas que não fazem parte dessa plurinacionalidade mencionada na Carta Constitucional, dando lugar a uma de classificação errada , para Habermas, “ classificações “erradas” levam a intervenções no modo de vida em questão, que o “normalizam” e que permitem converter as almejadas compensações de perdas em novas discriminações, ou seja, permitem converter garantia de liberdade em privação de liberdade”. (2002, p.236).

A elaboração das constituições plurinacionais não pode estar longe do sistema de direitos de cunho liberal, porque desta maneira estariam desconhecendo a universalidade dos direitos fundamentais e aplicando a norma de maneira autoritária e não democrática, posto que não estão considerando algumas diferenças dessas sociedades, no momento em que não se oferece uma segurança à integridade dos sujeitos jurídicos em geral.

Na visão de Habermas, existem na sociedade diferentes formas de reivindicação de reconhecimento, muitas delas através de lutas por parte de movimentos coletivos e de identificação própria, que de uma ou outra maneira compartilham similitudes históricas e objetivos comuns, a luta por reconhecimento das suas identidades coletivas, que obrigatoriamente, segundo Taylor, encontram-se “embasadas no plano de referência do direito e da política. (2002, p.242).

Quer dizer, que qualquer decisão política, deve ser regulamentada pelo direito positivo para poder ter validade na sociedade, através da elaboração de normas positivas elaboradas pelo poder competente, dentro de um direito formal e individualista que outorga direitos e obrigações às pessoas ou indivíduos, normas que são obrigatórias, imperativas e coercitivas, legitimadas por procedimentos democráticos, com a participação e o consentimento dos indivíduos , por serem autores do direito e participantes dos processos legislativos.

Assim sendo, do ponto de vista da teoria do direito e sob uma visão plurinacional que corre o risco de, ao mesmo tempo que criar formas de inclusão dentro da sociedade, pode também cometer os erros de fomentar atos de exclusão não somente de indivíduos como também de grupos minoritários, que deve ser resolvido através da igualação jurídica.

Isso também traz consequências para o tratamento do problema da igualação jurídica e do igual reconhecimento de grupos culturalmente definidos, ou seja, de coletividades que se distinguem de outras – seja pela tradição, forma de vida, proveniência étnica etc. - e cujos integrantes realmente *querem* distinguir-se das demais

I. Construir uma sociedade justa e harmoniosas, cimentada na descolonização, sem discriminação nem exploração, com plena justiça social, PARA CONSOLIDAR AS IDENTIDADES PLURINACIONAIS:

II. Garantir o bem-estar, o desenvolvimento, a segurança e a proteção e igual dignidade das pessoas, AS NAÇÕES E AS COMUNIDADES, fomentar o respeito mútuo e o DIÁLOGO INTRACULTURAL, INTERCULTURAL E PLURILINGÜE”. (Tradução e grifado nosso).

coletividades, em virtude da manutenção e desenvolvimento de sua própria identidade. (HABERMAS, 2002, p.243).

Conclusão

A visão da teoria do direito e o multiculturalismo analisada por Habermas na luta por reconhecimento no Estado democrático de direito é a de que o direito moderno com orientação individualista tem eficácia quando garante a liberdade individual e a segurança pessoal dos indivíduos, mas ao mesmo tempo tenha a capacidade de defender comunidades ou nações, culturas ou religiões dentro do mesmo Estado.

As políticas públicas de inclusão podem gerar exclusão, e em seu sentido mais concreto ocorre quando a identidade de uma determinada parcela da população não é portadora de autonomia. Não é possível, numa sociedade plural, a satisfação de todos os desejos, indiscriminadamente. Mas é necessário que todas as parcelas tenham voz ativa, num Estado Democrático de Direito, legitimado por um procedimento jurídico.

A Nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia estabelece essa possibilidade de autonomia ao prever a igualdade, inclusão e principalmente a equidade na participação da vida política. É nesse contexto que o reconhecimento se afirma: não apenas na dimensão de ter sua existência catalogada, mas de ter sua voz legitimada.

Referências

- BOLIVIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO. Disponível em:
<http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>. Acesso em: 12 jul. de 2015.
- BOLZAN, Jose Luís de Moraes. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Ed. Do Advogado, 2011.
- FABRIZ, Daury César. A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI. Revista de direitos e garantias fundamentais, Vitória, n. 1, 2006.
- FABRIZ, Daury Cesar; MAIA, Alexandre Campaneli Aguiar. Teoria da interpretação literária e teoria da interpretação: uma análise do pensamento de Ronald Dworkin e Richard Posner. In: GOLDCHMIDT, Rodrigo; STRAPAZZON, Carlos; TRAMONTINA, Robison (Org.). Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p.43-54.
- HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002.
- SCAFF, Fernando Facuri. A Responsabilidade do Estado Intervencionista. São Paulo: Saraiva. 1990.
- TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000.

DERECHO CIVIL

Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano (*)

Interdiction vs. supports and safeguards in the Peruvian legal system

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Sumario: Introducción. **1.** La trivialidad en los procesos de apoyos y salvaguardias. **2.** El solicitante en el proceso de apoyos y salvaguardias. **3.** La búsqueda de la “mejor interpretación” de una voluntad que no existe. **4.** ¿Y el sujeto que necesita apoyos pero no los tiene? **5.** La interdicción actual y los apoyos actuales. **6.** Acerca de la participación del ministerio público. **7.** El tratamiento en caso de haber oposición. **8.** Sobre la publicidad de las medidas. **9.** ¿La discapacidad mental es un problema socio-político? **10.** La discapacidad mental vs. Los menores de edad. **11.** La plena capacidad civil y su repercusión penal. **12.** La extensión del esquema de apoyos: la asistencia. **13.** Un retorno parcial al esquema de interdicción: curador sin incapacitación. – A modo de conclusión. – Lista de referencias.

Resumen: En el presente trabajo se muestran las principales dificultades prácticas de la regulación actual simultánea de la interdicción y de los apoyos y salvaguardias en el sistema legal peruano. Para ello se trabaja con casos reales e hipotéticos y su problemática, y se culmina proponiendo algunas medidas para poder superar en algo estas inconvenientes.

Palabras clave: Interdicción, apoyos, salvaguardias, modelo social de discapacidad.

Abstract: In this work we show the main practical difficulties of the current simultaneous regulation of interdiction and of supports and safeguards in the peruvian legal system. For this we work with real and

(*) Recibido: 13/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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. Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. yerioma@hotmail.com

hypothetical cases and their problems and we conclude by proposing some measures to overcome these drawbacks.

Key words: Interdiction, supports, safeguards, social model of disability.

Introducción

En nuestro Código Civil originalmente regía el esquema de interdicción y curatela para el tratamiento de la incapacitación de los sujetos que tenían alguna dificultad en el desarrollo de su personalidad.²

Con la dación del Decreto Legislativo 1384 se introdujo el modelo social de discapacidad y con él, la figura de los apoyos y salvaguardias, generando un tratamiento doble para la capacidad, pues por un lado se mantenía las instituciones de la interdicción y la curatela para algunos supuestos,³ mientras que para otros se fijó el trámite de apoyos y salvaguardias.⁴

La realidad ha ido enseñando que la mayoría de las personas que recurren a un juzgado por un caso de apoyos y salvaguardias, en puridad, lo hacen porque existe un sujeto con discapacidad que necesita cobrar una pensión sea de viudez o de orfandad u obtener otro beneficio económico, pero, pese a ser considerados sujetos plenamente capaces, la entidad encargada les exige contar con una sentencia judicial que así lo autorice.

Y como -al menos de un sondeo cercano- las notarías no están llevando a cabo los trámites de designación de apoyos, se hace necesario que estos sujetos recurran al despacho judicial para la obtención de dicha Resolución, aunque, lamentablemente, como esta debe ser elevada en consulta,⁵ para quedar ejecutoriada se requiere el pronunciamiento de la Sala Superior, lo que hace que el trámite se torne en excesivamente largo, pese a su urgencia.

Así las cosas, uno -desde fuera- se puede preguntar por qué si el sujeto con una discapacidad mental puede designar por sí mismo a sus apoyos y salvaguardias ante un notario, sigue recurriendo al Poder Judicial.

La respuesta es casi evidente, por lo regular los sujetos que “recurren” al Poder Judicial no son los que tienen una discapacidad mental leve, sino más bien los que adolecen de una discapacidad grave que prácticamente los imposibilita comunicarse o valerse por sí mismos. Y generalmente son los que ya tienen un proceso de interdicción culminado o en camino con la legislación derogada, o quienes tendrían que recurrir a dicho trámite si la modificación legal no se hubiese introducido.

² Cf. artículos 44º, 45º, 564º y 566º originales del Código Civil.

³ Cf. artículos 44.4, 44.5, 44.6, 44.7 y 44.8, 45-A y 581 del Código Civil.

⁴ Cf. artículos 42º, 45-B.1, 45-B.2 y 659-E del Código Civil.

⁵ Cf. artículo 408º inciso 2 del Código Procesal Civil.

Este conjunto de acontecimientos nos mueve a una serie de reflexiones que pasamos a desarrollar.

1. La trivialidad en los procesos de apoyos y salvaguardias

Al revisar las notas de teoría general del proceso y la explicación de cómo apareció el proceso judicial, la conclusión final es que todo trámite judicial finalmente se reservó para temas de relevancia para el derecho.

Es decir, no todo asunto social o interhumano es de importancia para el ordenamiento jurídico.

El proceso judicial fue concebido para que el aparato judicial se movilice cuando los sujetos en sociedad no fuesen capaces de solucionar alguna dificultad por sí mismos y que amerite la ineludible participación de un tercero con cualidades muy especiales.

Ciertamente, para nosotros, el proceso judicial está reservado para las incertidumbres o conflictos de intereses pero ambos con relevancia jurídica.⁶ Y se habla de relevancia jurídica cuando el legislador ha previsto la situación real en un supuesto de hecho normativo, a lo cual se arriba vía simple subsunción o a través de un ejercicio interpretativo (cf. Ledesma Narváez 2008a, 42).

Con ello, no es dable movilizar a toda la maquinaria judicial para la solución de un problema aparente o de un problema de mínima importancia.

Así las cosas, llama la atención cuando en la realidad los usuarios de justicia recurren al despacho para pedir apoyos a fin de brindar ayuda en las actividades cotidianas del auxiliado como son su vestimenta, su aseo personal, la toma de medicamentos, etc.

Como se puede observar, desde nuestro punto de vista, para este tipo de asuntos no se requiere de comunicación o autorización judicial, pues se trata de conductas regidas por la solidaridad humana, que no requieren de mandato judicial en sentido estricto. Y si alguien desea desplegar en favor de algún sujeto - usualmente un pariente- con discapacidad esta serie de acciones para su cuidado, ello es solamente una decisión personal que desde ningún punto de vista requiere de aquiescencia del magistrado. Es un absurdo pedir autorización al juez para brindarle cuidados a mis padres, cónyuge, hermanos o algún pariente con discapacidad. Ello es más bien un imperativo moral. Y si alguien no lo desea hacer, el juez no está en la capacidad de ordenar dicho apoyo, y por eso es que en nuestra legislación se exige que el apoyo acepte su designación.⁷

⁶ En el artículo III del Código Procesal Civil se lee que el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, *ambas con relevancia jurídica*, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

⁷ Cf. artículos 13^o inciso e), 24.1 literal f), 30.1 literal g) y 42^o literal f). del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En cambio, si el sujeto con discapacidad cuenta con bienes de importancia que no sabe cómo administrar, o sí sabe, pero se le dificulta ello; o si requiere hacer trámites administrativos o judiciales pero tiene aprietos varios para efectuarlos por sí solo, o situaciones similares, para estos casos está prevista la designación de apoyos y salvaguardias.

2. El solicitante en el proceso de apoyos y salvaguardias

Ya se conoce que la designación de apoyos se puede llevar a cabo ante un notario público.⁸ Y se sabe también que un trámite ante una notaría, si bien puede ser un poco más costoso -dinerariamente hablando- es mucho más rápido. Y si comparamos las ventajas y desventajas de hacer una designación de apoyos ante el Poder Judicial o ante una Notaría Pública, no cabe duda de que la tramitación ante esta es la más idónea, pues, a la larga, el trámite judicial resulta “costando” más, pues se pierde tiempo, hay que pagar tasas, hay que pagar un abogado, etc.

Pero si ello es así, ¿por qué se sigue recurriendo al Poder Judicial para la designación de apoyos y salvaguardias?

Como adelantamos, la práctica nos ha ido mostrando que quienes usualmente recurren al Poder Judicial son aquellos sujetos cuya discapacidad es tan grave que ni siquiera pueden expresar su voluntad. Es decir, de aquellos a quienes el código original consideraba incapaces absolutos y requerían de la figura de la interdicción. Pero ahora, estos sujetos son, por mandato aún incomprensible de la ley, capaces plenos en ejercicio.⁹

Y decimos incomprensible, porque al verificar su real estado y/o contrastarlo con las documentales médicas del expediente, no queda lugar a dudas de que ni siquiera pueden ubicarse en tiempo y espacio.

En efecto, en casi todas las audiencias al hacer preguntas al auxiliado, resulta que no puede contestar porque no entiende lo que se le pregunta, y a lo sumo identifica a sus acompañantes.

Entonces, el juzgador se pone en serias dudas, porque tiene que decidir la designación de “apoyos”, no de alguien que “sustituya” la voluntad del solicitante. Pero, como vemos, es evidente que no es posible detectar que el sujeto desea un apoyo, porque no se conoce su voluntad. Y solo le queda al juzgador “intuir” que quienes lo han traído a la audiencia son quienes realmente lo apoyarán, porque esa es la “supuesta voluntad”.

En resumen, suele ser el mismo auxiliado quien solicita la designación de apoyos, pese a haber evidencia de su falta de voluntad. Y si bien es cierto que se debe presumir que la voluntad de la persona con discapacidad es razonable, debiendo prevalecer sus deseos (Arstein-Kerslake 2010, 16), sin embargo, ello cuesta creer cuando en la audiencia se detecta que el sujeto ni siquiera puede comunicarse y donde la documental médica nos da cuenta de que su edad mental es de apenas unos 2 o 3 años de edad.

⁸ Cf. artículo 841º del Código Procesal Civil y artículos 45-B.1 y 659-D del Código Civil.

⁹ Cf. artículo 42º del Código Civil.

Este último asunto nos traslada a otro conexo, que consiste en que la ley exige que la solicitud la debe presentar el propio sujeto que designa los apoyos, y sólo excepcionalmente puede ser presentada por un tercero.¹⁰

Ciertamente, la solicitud puede ser presentada por un tercero pero sólo cuando no sea posible que lo haga el apoyado. Y se entiende que esta situación está prevista para cuando el auxiliado no puede presentar la solicitud por diversos motivos pero que no tengan que ver con su manifestación de voluntad o discernimiento, porque -insistimos- la ley presume, *iuris et de iure*, que es un sujeto plenamente capaz. Es decir, si el auxiliado presenta la solicitud, él debe ser plenamente consciente de lo que está haciendo.

Así, los ejemplos excepcionales serían que el sujeto no puede firmar la solicitud por defectos físicos, por estar hospitalizado, por una enfermedad que lo inmoviliza, por su avanzada edad, etc., pero jamás porque no entiende lo que está firmando.

No obstante, en la realidad, algunas veces la solicitud suele ser firmada por el propio auxiliado, quien, lamentablemente, ni siquiera sabe lo que está firmando, lo cual se comprueba al momento de la audiencia y al revisar la documental médica.

Esta podría ser una explicación de por qué no se recurre ante una notaría, porque un notario jamás va a avalar que un sujeto que ni siquiera sabe lo que hace, esté firmando una designación pública de apoyos.

Pero, ¿y acaso un juez sí podría avalar una situación similar?

Definitivamente que no, pero se sabe que en un proceso judicial, toda documentación presentada se la presume cierta porque es un acto unilateral que se da a conocer ante el mismísimo Poder Judicial.

Y el problema se complica porque en la audiencia se evidencia con claridad que la persona solicitante en realidad no sabe lo que está pidiendo, pero del contexto se desprende que quienes lo acompañan lo que desean es “apoyarla” en cobrar una pensión, o retirar una cantidad dineraria, que se torna en urgente para su atención personal.

Entonces, ¿acaso un juez debe rechazar toda la tramitación porque se verifica que la persona solicitante en puridad no ha presentado la solicitud? ¿No es evidente, acaso, que realmente dicho sujeto necesita de la atención afirmativa de la solicitud presentada, pese a que se ha comprobado que no la ha suscrito realmente, porque así urge?

Y el tema se enreda un poco más porque todas estas causas se elevan al superior, pues legalmente está ordenada la consulta, en caso de no ser apelada.¹¹ Y, como bien se conoce, la Sala de alzada, por lo general, únicamente verifica que la documentación coincida con lo resuelto, puesto que, en estricto, no hace una audiencia con el sujeto solicitante. Y como la solicitud figura presentada por el

¹⁰ Cf. artículos 842º y 843º del Código Procesal civil, artículos 844 659-D, 659-E y 659-F del Código Civil y artículo 14º del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹¹ Cf. artículo 408º inciso 2 del Código Procesal Civil.

auxiliado, no cabe duda de que su pedido tiene que ser atendido positivamente. De hecho, se ha dicho que en la mayoría de los casos el consentimiento es de la persona y la documentación se revisa en un tribunal, por lo que no es necesario que ninguna parte implicada comparezca en persona (Arstein-Kerslake 2010, 8).

Entonces, si el *a quo* resolviera negando la solicitud a base de que el sujeto no pudo firmarla por su real estado comprobado en audiencia, se corre el riesgo que, ante la apelación, el colegiado superior la revoque porque obra en autos la solicitud rubricada por el propio apoyado, quien legalmente es capaz.

Ante ello alguien podrá decir que toda la problemática anotada se ahorra con la presentación de la solicitud por parte de un tercero, también permitida por ley.¹² Sin embargo, ello no es del todo comprensible desde el esquema que insiste en que estos sujetos son plenamente capaces en ejercicio, cuando en la realidad no lo son (nos referimos a aquellos cuya discapacidad mental es muy severa); además de que actuar bajo este contexto exigiría que el juzgador averigüe la supuesta voluntad del futuro auxiliado,¹³ cosa por demás intrincada, cuando se trata de alguien que jamás ha tenido propiamente un discernimiento.

Resumiendo, la labor del juez es sumamente delicada porque la solicitud suele ir firmada por el futuro apoyado, pero el solicitante real es un tercero, ya que el socorrido no puede expresar su voluntad debido a una deficiencia mental grave que lo aqueja, y no queda más remedio que atender el pedido con la complicada normatividad propuesta por el legislador.

3. La búsqueda de la “mejor interpretación” de una voluntad que no existe

Conectado a lo acabado de decir, desde un inicio ha surgido la duda de cómo se debe actuar cuando los apoyos se los va a designar para un sujeto que no puede de ninguna manera expresar su voluntad, pese a haber desplegado los esfuerzos necesarios para ello.

Para ello se han postulado dos caminos: buscar la “mejor interpretación” de la voluntad del sujeto con discapacidad, teniendo en cuenta determinados criterios como sus creencias, voluntad pretérita, personalidad, gustos previos, etc.; o, bien, determinar el “interés superior de la persona con discapacidad” (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 19).

La primera postura, o sea la de buscar la mejor interpretación de la voluntad a base de la voluntad pretérita es defendida por el Comité de derechos de las personas con discapacidad, y es la que ha sido acogida por nuestro legislador.¹⁴ En cambio, la

¹² Cf. artículo 38.2 y 43º del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1384.

¹³ Cf. artículo 659-B del Código Civil.

¹⁴ En el artículo 659-B del Código Civil se dispone que cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona

segunda postura, la de establecer el interés superior del sujeto con discapacidad, es la defendida por el Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sobre ello, en hermenéutica se afirma que es posible interpretar diversas manifestaciones culturales, es decir, desplegadas por la conducta humana, y entre ellas está el propio comportamiento humano.

Sin embargo, se habla aquí de una “mejor interpretación”, pero no se sabe bien de qué. Y no se puede referir a la voluntad, porque justamente estamos en el supuesto en que no existe propiamente una voluntad.

Ello quiere decir que el punto de partida es erróneo, pues el análisis de la conducta previa sí puede dirigirse a averiguar la “voluntad previa” del sujeto pero jamás a interpretar que esa sería la voluntad actual, porque en hermenéutica no existe la interpretación de algo que existirá o que debiera existir, sino de algo que existe realmente. Es un absurdo pretender interpretar algo que no existe. Y cuando se habla del interés superior de la persona con discapacidad, evidentemente no se habla de interpretación, pues aquí ya no se puede hablar de voluntad del sujeto ni pretérita, ni actual.

En síntesis, no nos parece correcto hablar de una “mejor interpretación” cuando no se tiene definido el objeto interpretativo.

Pareciera más bien que lo que se tiene que definir es cuál es el mejor mecanismo de apoyo que le corresponde al sujeto que no puede expresar su voluntad y para ello hay dos itinerarios: evaluar su voluntad previa, o evaluar el contexto actual que rodea a la persona con discapacidad. Pero ello poco o nada tiene que ver con interpretar una voluntad actual, porque simplemente no la hay.

Asumiendo, entonces, que el verdadero problema es este, corresponde definir cuál de los dos caminos es el idóneo para fijar el tipo de apoyo adecuado para el sujeto en estas condiciones.

Se dice que se trata de criterios contrarios porque uno es subjetivo y el otro objetivo, es decir, el subjetivo es la evaluación del recorrido histórico del sujeto apoyado, mientras que el objetivo sería velar por el interés superior de la persona con discapacidad (cf. Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 20).

En realidad, nos parece que ello no es así, salvo por un tema de simple denominación (o sea propedéutico), porque la evaluación histórica de las creencias, voluntad pretérita, personalidad, gustos previos, etc. también requiere de una evaluación objetiva, porque es indispensable que el sujeto solicitante (que será distinto a la persona con discapacidad) acredite cuál ha sido la voluntad previa del sujeto a apoyar, al menos indiciariamente. Y ello requiere de un análisis eminentemente objetivo.

Y por la misma razón, indudablemente, la evaluación del interés superior de la persona con discapacidad no se puede llevar a cabo de modo subjetivo, sino que se requiere de bases reales y concretas, las que también tienen que ser probadas en el

asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

proceso. Además, llama la atención de que se hable del interés superior de la persona con discapacidad sin tener en cuenta su opinión.

En efecto, cuando evaluamos, por ejemplo, el interés superior del menor en un caso concreto, una fase ineludible en dicho análisis es la recepción y estudio de la voluntad del menor inmerso en el conflicto y sobre quién va a recaer la decisión.¹⁵

En el caso de la persona con discapacidad no queda en claro en qué consistiría la evaluación de su interés superior sin conocer su voluntad, porque el caso parte de que el sujeto con discapacidad no puede evidenciar su voluntad.

Aquí, entonces, no queda más remedio que evaluar el contexto actual y el contexto previo para tomar una decisión.

Demás está decir que esta “doble” evaluación (del contexto actual y el previo) es sencillo desde una perspectiva meramente académica, pero se torna en sumamente compleja al interior de la actividad judicial, porque el solicitante será un tercero distinto a la persona con discapacidad (porque esta no puede manifestar su voluntad), y, además, porque una evaluación de tal naturaleza implica un despliegue de energías por parte del juzgador que, a veces, por la cantidad de causas por atender, no sería posible en el modo deseado.

Pero el tema es mucho más complicado cuando el sujeto con discapacidad ha sufrido con ella desde siempre o casi siempre. Ciertamente, es posible chocarse con casos donde el futuro apoyado sufre con la discapacidad mental desde que nació o desde los primeros años de vida, de modo tal que siempre sus progenitores o representantes tomaron las decisiones por él.

Aquí será muy complicado hablar de una voluntad pretérita e, indirectamente, del contexto actual del cual se pueda desprender el interés superior del sujeto, ergo, la decisión a tomar, ineludiblemente, será más que todo intuitiva, conforme a lo que se pueda percibir, sobre todo en la audiencia respectiva, o con la ayuda de un equipo multidisciplinario.

4. ¿Y el sujeto que necesita apoyos pero no los tiene?

Un tema bastante delicado es el referido al caso del sujeto que necesita de apoyos, pero no cuenta con alguien cercano para que desempeñe tal labor.

Ciertamente, cuando se emitió el Decreto Legislativo 1384, existían muchos casos de sujetos con demencia o enfermedades mentales, internados en centro de salud mental u otros similares. Dado el referido decreto que los consideraba sujetos plenamente capaces, la duda surgió sobre qué se debía hacer con ellos.

Algunos centros médicos consultaron la posibilidad de retirarlos de sus establecimientos, pero decían que para ello necesitaban contar con una autorización judicial.

¹⁵ Cf. artículo XII de Convención de los Derechos del Niño, artículos IX y 85º del Código de los niños y adolescentes, artículo 4º inciso 1 de la Ley 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, y artículo 9.1 del Reglamento de la Ley 30466, aprobado por Decreto Supremo 002-2018-MIMP.

Evidentemente un juzgador no podía “autorizar” que retiren a un sujeto con discapacidad mental severa de un establecimiento médico. En todo caso, si el establecimiento médico entendía que al tratarse de seres plenamente capaces correspondía “dejarlos ir” de sus instalaciones, simplemente debían hacer lo propio. Pero es obvio que ningún médico iba a autorizar dicha salida por el riesgo que ello implicaba en su función, aun cuando el propio decreto establece indudablemente que se trata de sujetos “plenamente capaces”.

Desde otra orilla, pero bajo el mismo rumbo, la policía puso en conocimiento que había “capturado” a un loco generando daños a las personas y a sus bienes, y lo ponían a disposición del Poder Judicial. La pregunta inmediata era, ¿para qué ponían a dicho sujeto a disposición del juzgado? Se esperaba que el juzgado ordene su internamiento en un centro mental o similar, porque al ser inimputable penalmente no era posible iniciarle una investigación de esta naturaleza. Sin embargo, era evidente que el juez no podía ordenar tal cosa.

La población reclamaba el actuar del Ministerio Público y del Poder Judicial, porque, efectivamente, corrían peligro su integridad física y el bienestar de sus patrimonios (a la que se puede sumar la prensa, las redes sociales, etc.).

Pero, cómo hacer entender a la población que se trataba de un ser “plenamente capaz” que “se puede valer por sí mismo”, y que, a lo sumo, requería solamente de alguien que lo auxiliase para desenvolverse.

En realidad, el actuar de la Policía tampoco era inadecuado del todo, pues tranquilamente podía concebir que el sujeto orate, al ser ahora “plenamente capaz”, debía responder por los daños que había ocasionado, y por eso estaba detenido.

Evidentemente, ello nos traslada a la dicotomía entre la responsabilidad penal y civil que comentaremos líneas abajo.

Ahora bien, ¿cómo solucionar un caso como este? Lamentablemente el legislador, una vez más, no se puso a pensar en ello, dejando todo el problema en la orilla del juzgador y el Ministerio Público.

Aquí era difícil recurrir al control difuso, sea constitucional, sea convencional, a fin de inaplicar la norma, porque formalmente no contradice al bloque constitucional; aunque la realidad nos mostraba que todo ello era absolutamente alejado del contexto.

Y como el Poder ejecutivo le “endosó” el problema al Ministerio Público y al Poder Judicial, correspondía a ellos solucionar esta dificultad.

¿Cómo se fue solucionando? El Ministerio Público tomó la iniciativa de solicitar expresamente al juez que ordene el internamiento del sujeto con discapacidad mental grave, a base de que se tenía que ponderar, por un lado, el dejarlo en libertad, y por el otro, el riesgo que corría la sociedad. Y amoldando al tratamiento legislativo vigente,¹⁶ se pidió que “el apoyo” de dicho sujeto sea el director del centro de salud

¹⁶ Se recurrió al Reglamento del Decreto Legislativo 1428 donde se indica que las personas desaparecidas en estado de vulnerabilidad -donde se incluyen a las que adolecen de alguna discapacidad- que son encontradas deben ser atendidas por el Ministerio de la Mujer, brindándoles un albergue temporal hasta que aparezcan sus familiares.

donde se lo iba a internar (aunque en puridad, se trataba más bien de un real curador).

Ante este escenario real y concreto, y no meramente “formal”, al juzgador no le quedaba más remedio que aceptar el pedido del Ministerio Público.

Para terminar ese caso, la última dificultad con la que nos enfrentamos es que quien funge de apoyo tiene que aceptar el encargo,¹⁷ y en un caso como este, queda en claro que el Director del establecimiento muy pocas veces va a aceptar *motu proprio* ser “apoyo” de un paciente. No queda más remedio que ordenárselo.

5. La interdicción actual y los apoyos actuales

Hay que recordar que el modelo de interdicción, es decir, aquel en virtud del cual se entiende que un sujeto con incapacidad absoluta o relativa, requiere ser declarado interdicto y designarle un curador para que supla su voluntad, está vigente aún en el Perú.

Ciertamente, luego del exabrupto “ingreso” del Decreto Legislativo 1384, en el Perú se incorporó el esquema de los apoyos y salvaguardias para quienes adolecieran de cualquier discapacidad, sea esta física, mental, intelectual o sensorial,¹⁸ sin importar el nivel o gravedad de estas, desterrando el esquema de interdicción y curatela porque era necesario apoyar la voluntad del sujeto con discapacidad y no suplirla.

Pero el legislador se olvidó que los supuestos de interdicción no solamente se conectaban con temas relacionados con discapacidades, sino que también había casos de otra índole, como, por ejemplo, asociados a temas económicos o de dependencia a sustancias.

Efectivamente, entre los casos de interdicción se contemplaba también a los incapaces relativos, resultado de la prodigalidad y la mala gestión, como asuntos económicos;¹⁹ así como al toxicómano y al ebrio habitual, como supuestos de dependencia a sustancias;²⁰ todo ello dejando de lado el supuesto del penado con interdicción civil anexa, caso en el cual al estar ya declarado como interdicto, solamente le corresponde la designación de un curador.²¹

Con todo lo dicho, a la razón le cuesta creer que un pródigo o dilapidador sufra de una “discapacidad” tal que requiera ser declarado interdicto y designársele un curador, pero a un sujeto con esquizofrenia paranoide grave e irreversible se le considere con plena capacidad y, a lo sumo, necesite solo de apoyos.

¹⁷ Cf. artículos 13º inciso e), 24.1 literal f), 30.1 literal g) y 42º literal f) del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹⁸ Cf. Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014, punto 9.

¹⁹ Cf. artículo 44º incisos 4 y 5 del Código Civil.

²⁰ Cf. artículo 44º incisos 6 y 7 del Código Civil.

²¹ Cf. artículo 44º inciso 8 del Código Civil.

Igualmente es enigmático que a un sujeto que ha desplegado una mala gestión se le tenga que declarar interdicto y nombrársele un curador, pero a un demente con una edad mental de 1 año se le repute como plenamente capaz y solo requiera de apoyos, “si él lo estima necesario”.

Piénsese, de similar modo, en el toxicómano o en el ebrio habitual que se da cuenta de lo que hace, pues tiene gran cantidad de espacios lúcidos en su actuar, pero que sufre de esta dependencia. ¿Por qué a él si hay que declararlo interdicto y asignarle un curador, y no hacer lo propio *-a fortiori-* con un sujeto cuya deficiencia mental es tan severa que no tiene el raciocinio necesario para la comprensión de sus actos?

Y si trasladamos este razonamiento a los presos -pensemos en un estafador a gran escala con un coeficiente intelectual súper alto- el asunto se puede tornar en más abstruso, pues al recluso realmente sólo se le debería privar del derecho a la libertad y no de otros derechos.

Por lo dicho hasta aquí, queda en claro que si el toxicómano o el ebrio habitual, resultado de su enfermedad, ve muy mermado su nivel mental, al punto de no comprender sus actos, es preferible -por un tema *pragmático*- tratar el tema solo como interdicción y ulterior curatela, y no como de apoyos y salvaguardias, dado que también encaja en el supuesto de discapacidad mental.

En conclusión, existen situaciones irreconciliables e incomprensibles entre los tratamientos actuales de apoyos y salvaguardias para un sujeto con discapacidad mental grave, y el de interdicción para un mal gestor, un pródigo, un ebrio o un toxicómano.

6. Acerca de la participación del ministerio público

Otra vacilación que se ha ido generando y, a su vez, propiciando aprietos prácticos, es acerca de si el representante del Ministerio Público debe o no participar en este tipo de procesos.

Al tratarse de un proceso no contencioso, tal y como lo precisa la nueva regulación,²² es evidente que no hay partes en el proceso.

Desde luego, esta clase de procesos no tiene partes en sentido estricto, pues ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, por lo tanto, solo es aplicable a los procesos contenciosos. Y por ello corresponde reemplazar el concepto de parte por el de peticionario, peticionante o pretensor, quien no es sino el sujeto que en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinada situación o relación jurídica privada. Recuérdese que no hay parte ni contraparte porque el peticionario no pide nada contra nadie (Ledesma Narváez 2008b, 655). Ergo, el Ministerio Público definitivamente no es parte.

²² Cf. artículo 749º inciso 13 del Código Procesal Civil y artículo 36º del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Pero, si bien no es parte, la interrogante es si debe o no intervenir de alguna otra manera. Así, algunos juzgados inician el trámite con citación o comunicación al Ministerio Público, en el entendido de que ya no es parte.

Sin embargo, el Ministerio Público, con igual dicotomía, en algunos casos se ha negado a intervenir y en otros ha ido aceptando su participación. Para lo primero arguye que no tiene por qué participar, pues se trata de un proceso no contencioso donde “no están de por medio derechos de sujetos incapaces”, lo cual, formalmente es correcto, además de que el incorporado subcapítulo 12 en el Código Procesal Civil²³ regula el trámite del establecimiento de apoyos y salvaguardias sin mencionar la participación del Ministerio Público.²⁴ Mientras que para lo segundo afirma que, si bien se trata de sujetos formalmente capaces, en la realidad pueden ser víctimas de abuso, por lo que su participación se justifica.²⁵

Este escollo procesal, insistimos, tiene repercusiones serias. Piénsese en un caso sumamente urgente, donde el juzgador no ha notificado al Ministerio Público, porque las veces anteriores en que lo hizo, el Fiscal respondió diciendo que no tenía por qué intervenir. Continúa la causa y finalmente sentencia. Pero como el expediente tiene que ir en consulta de modo obligatorio, la Sala al resolver, olvidándose que se trata de un caso sumamente urgente, anula toda la tramitación, so pretexto de que el Ministerio Público debió participar “como parte” o de “cualquier otra manera”. Y ordena un nuevo trámite desde la admisión de la solicitud.

Un abogado que conoce de litigio sabe perfectamente que la elevación y su solución por parte de la Sala Superior puede tomar varios meses. Y no entiende bien, por qué la Sala ordena la participación del Ministerio Público, cuando en otras ocasiones este ya comunicó que “no va a participar en este tipo de procesos”.

El resultado se lo puede vaticinar. El juez de primera instancia ordena la notificación al Ministerio Público, indicándole que los vocales ordenan su participación. El Ministerio Público contestará diciendo que no tiene por qué intervenir, máxime cuando los vocales no le pueden ordenar su participación porque pertenecen a otra institución. Con ello, el juzgador retomará la causa, llevando a cabo la audiencia y sentenciando nuevamente. Y ante la nueva elevación a la Sala, lo más optimista y saludable que puede suceder es que los vocales confirmen el fallo. Pero también se corre el riesgo de tocarse con vocales que nuevamente anulen lo resuelto exigiéndole al juzgador que “ordene” al fiscal que intervenga en el caso, y así caeríamos en un dilema sin sentido, y siempre en perjuicio de los litigantes. Es más, en el caso en que la vocalía confirme la sentencia, igualmente ya se generó un perjuicio a los solicitantes por la demora improductiva.

²³ Cf. artículos 841º a 847º del Código Procesal Civil.

²⁴ Ver en similar sentido el artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público que regula las atribuciones del Fiscal Provincial de Familia.

²⁵ En el artículo 759º del Código Procesal Civil se dispone que cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos regulados en el título sobre procesos no contenciosos, este deberá ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del artículo 250º inciso 2 de la Constitución, pero no emite dictamen.

Desde nuestra perspectiva, como el Ministerio Público es una institución independiente, si el fiscal es de la opinión que debe participar, pues que intervenga; y si es de la opinión que no debe intervenir, pues que no intervenga. Es decir, en tanto el legislador no fije de manera clara la participación del Ministerio Público, no se debe recurrir a interpretaciones que perjudiquen a los solicitantes, o, mejor dicho, toda interpretación de la ley debe encaminarse a proteger al auxiliado.

Por consiguiente, si el juzgador al ir viendo el caso entiende que es prudente comunicar al Ministerio Público para que intervenga en la causa, que lo haga; pero si este no desea intervenir, ello no es responsabilidad del juez y, por tanto, no hay supuesto de nulidad para invalidar la tramitación, pues no se olvide que el carácter de un dictamen es meramente ilustrativo, por lo que su omisión no puede generar vicio nulificante alguno.²⁶

7. El tratamiento en caso de haber oposición

De otro lado hay que tener en cuenta que estamos ante un proceso no contencioso, y en este tipo de procesos se entiende que no hay contienda porque el asunto no lo amerita. Sin embargo, es posible que la incertidumbre jurídica que se pretende resolver se transforme en una contienda porque algún sujeto entienda que la decisión de la incertidumbre lo puede afectar.

Es por ello que en este tipo de procesos se prevé la posibilidad de una contradicción por parte del sujeto emplazado.²⁷ Como acabamos de decir, la presentación de esta contradicción genera como efecto el *transformar* al proceso originalmente no contencioso en una suerte de trámite contencioso. Pero, lamentablemente, al legislador nuevamente se le olvidó este pequeño detalle porque asumió, sin más, que el auxiliado es un sujeto plenamente capaz, y, por tanto, no había posibilidad de controversia porque la designación de los apoyos, a fin de cuentas, era decisión del sujeto “plenamente capaz”.

No obstante, la realidad otra vez contradujo al mandato legal, pues es viable una contradicción cuando la solicitud la presenta un tercero que pretende aprovecharse de la situación del sujeto con discapacidad grave, y sale al frente otro sujeto que da cuenta de ello y contradice la solicitud.

Pero también hemos visto algún caso donde el solicitante tenía una discapacidad mental leve y él pedía expresamente que su apoyo fuese una tía y no su propia madre, porque esta se había desentendido de él. Sin embargo, en audiencia la madre contestó diciendo que todo ello era mentira, que, en realidad, la tía quería aprovecharse de la situación de su hijo -quien tenía algunos inmuebles dejados por su padre en herencia- y lo había manipulado, pues los bienes en arrendamiento generaban algunos ingresos económicos considerables.

En este caso, formalmente la petición del sujeto es plenamente atendible dado que su discapacidad mental le permitía expresar su intención; empero, siempre queda la duda remota de si la madre tenía o no algo de razón. Y ello solamente se podrá detectar más adelante con algún informe o comunicación al respecto, en caso

²⁶ Cf. artículo 89-A literal b) de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²⁷ Cf. artículo 753º del Código Procesal Civil.

de haberlos; pero en ese supuesto, posiblemente sea demasiado tarde para remediar lo resuelto.

Pues bien, sobre esta posible situación, el artículo 754º del Código Procesal Civil postula una solución que consiste en que, una vez admitida la solicitud en un proceso no contencioso, el juez debe fijar fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial. Y, de haber contradicción, corresponde al Juez ordenar la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, debe conceder al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla, pudiendo, excepcionalmente, reservarse su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.

Como se aprecia, nuestro Código Procesal Civil reguló anticipadamente este problema para los casos oriundos sin contienda, y lo que queda es su aplicación para los supuestos de apoyos y salvaguardias, todo ello sin perder de vista que el juez es el director del proceso, y si estimase que la defensa de la contradicción merece un tratamiento con algo más de detenimiento, así lo debe ordenar.

Sintetizando, en caso de haber oposición, hay que laborar con el mandato previsto en el artículo 754º del Código Procesal Civil, pero si dicha tramitación resultase insuficiente, estimamos que el juzgador puede adecuar la tramitación a una similar a la sumarísima, teniendo a la contradicción como una suerte de contestación de la solicitud, la cual se la entendería como demanda.

8. Sobre la publicidad de las medidas

En cuanto a la publicidad de las medidas dictadas, el tema es bastante controversial porque en el artículo 22º de la Convención de los Derechos de la Persona con Discapacidad se dispone que los Estados deben proteger la privacidad de la información personal y relativa a la salud y rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

Se entiende el postulado de la Convención, por cuanto se trata de un tema conectado al derecho a la intimidad de dichos sujetos.

No obstante, no hay que perder de vista que un registro público tiene una finalidad clara, la cual es brindar seguridad a toda la población sobre los datos de las personas con las cuales se tiene cierto acercamiento. O sea, todo registro público busca garantizar que sus datos sean reales, y por ello existe la presunción *iuris et de iure* de que todos conocemos la información registrada, así ello no sea verdad.²⁸

Dicho de modo ejemplificador; con la regulación actual, por ejemplo, si un sujeto con discapacidad mental celebra un acto o negocio jurídico sin la participación de su apoyo, pese a estar así designado, dicho acto adolece de un defecto que puede desencadenar su invalidez.

Pensemos, entonces, en que un sujeto con estas características dispone de un bien suyo sin la participación de su apoyo respectivo. Luego el apoyo tiene toda la legitimidad para pedir que se anule tal contrato, afectando al tercero con quien se ha contratado.

²⁸ Cf. artículo 2012º del Código Civil.

Justamente para estos casos es que existe el registro, de modo tal que el tercero tiene la facultad de revisar los registros públicos y enterarse de que su co-contratante para actuar requiere de la ayuda de un apoyo. Y si el tercero aun así contrata o si fue negligente al no revisar el registro, por la presunción de conocimiento público, no puede luego defenderse arguyendo que desconocía del estado de su co-contratante.

Con lo dicho, si tomamos al pie de la letra el mandato de la Convención, se dejaría desarmado a cualquier tercero que pretendiese celebrar un acto jurídico con el sujeto con discapacidad, pues como el punto de partida es que se trata de sujetos plenamente capaces en ejercicio, no se podría presumir *prima facie* que necesitan de algún apoyo.²⁹

Para el caso peruano en el artículo 847^o del Código Procesal Civil se dispone que la resolución final de un proceso de apoyos y salvaguardias debe indicar quién o quiénes serían las personas o instituciones de apoyo, a qué actos jurídicos se restringen, por cuánto tiempo van a regir y cuáles son las medidas de salvaguardia, de ser necesarias, y añade que tal resolución se *inscribe en el Registro Personal* conforme al artículo 2030^o del Código Civil.

Como se puede apreciar, el legislador peruano se desentendió totalmente de la disposición efectuada en la Convención.

Sobre este tema puntual se ha postulado un registro especial que recoja las situaciones descritas pero sujeto a publicidad formal limitada (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 27), idea con la cual concordamos perfectamente.

Efectivamente, el fallo correspondiente se podría inscribir en los Registros Públicos, pero no serían de acceso ilimitado, de tal modo que al interior de la SUNARP se tendría que disponer que quien pretendiese acceder a las anotaciones de esa índole debería previamente acreditar su legitimidad para ello.

Así, en el caso propuesto, el tercero estaría en el deber de acreditar el estado de negociación con el sujeto con discapacidad y poder acceder al registro para verificar su real situación, y ya luego contratar con toda la seguridad que el caso amerita.

9. ¿La discapacidad mental es un problema socio-político?

Desde nuestro punto de vista, muchas de las dificultades generadas por la modificación civil se deben a un error de presupuesto en la concepción del modelo de la discapacidad³⁰ en que se basa el Decreto Legislativo 1384, tal y como se reconoce expresamente en su Primera Disposición Complementaria Transitoria, en su parte final.

²⁹ Por ello se habla del principio de presunción de capacidad (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 23).

³⁰ Es de hacer notar que en doctrina se habla de que a partir del siglo XXI rige más bien el modelo de Derechos Humanos: XXI, que consiste en que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra los derechos de estas personas como derechos fundamentales. Por consiguiente, todas las personas, gozan de igual dignidad, todas las personas tienen derecho a participar plenamente en actividades y acceder en iguales condiciones a las oportunidades que el resto (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 3).

Ciertamente, el citado decreto de basa en el llamado modelo social de discapacidad plasmado en la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014. Y en este documento, en el punto 14, se afirma lo siguiente:

El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación.

Como ya lo venimos diciendo, definitivamente esta afirmación no nos parece acertada. Decir que la capacidad mental, medida siempre desde el punto de vista médico, es más bien un fenómeno que depende de los contextos sociales y políticos no es correcto. Es decir, el hecho de que una sociedad discrimine a un sujeto con discapacidad es una cosa, pero otra muy distinta es que se afirme que la capacidad mental depende del contexto socio-político.

De ser esto totalmente cierto, entonces, cómo es que se va a determinar quién necesita apoyos y ajustes razonables y quién no. Si el punto de partida es que todos son capaces, cuál debe ser la base para un juez, en el caso en que el pedido lo haga, sobre todo, un tercero distinto al sujeto con discapacidad.

Dicho de otro modo, si bien es cierto es necesario corregir una serie de actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, para ello, sin embargo, no es ni adecuado ni prudente afirmar que su discapacidad está en la sociedad y no en el sujeto. En todo caso, el sujeto tiene una discapacidad y parte de la sociedad necesita entender tal situación y facilitarle un desarrollo con los ajustes razonables que fuera menester, pero esto es otra cosa.

Es cierto que el objetivo del modelo es loable por su justicia, pues persigue un cambio de trato para con las personas con discapacidad de cualquier índole, procurando que cada uno de estos sujetos decida autónomamente sobre sí, y, a lo sumo, con la ayuda de alguien de su confianza (*vid.* Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 7).

Pero, la discapacidad mental definitivamente es un tema médico; solamente un diagnóstico médico podrá decir quién tiene una discapacidad mental y quién no. La discapacidad mental no es un tema social o político.

Y por ello mismo es que la solución postulada trae muchas dificultades en su aplicación – como estamos viendo- porque parte de sus concepciones son absolutamente irreales.

10. La discapacidad mental vs. Los menores de edad

Vamos a insistir en otro punto que enfrenta dos modelos teóricos plasmados normativamente.

Por un lado, tenemos al modelo social de discapacidad que pone énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad (Pérez Bueno *apud* Victoria Maldonado 2013, 824). Es decir, para este modelo la discapacidad, en realidad, radica en la propia sociedad y nunca en la persona, de manera que aquello que pueden aportar a la sociedad las personas con

discapacidad se halla estrechamente vinculado con la inclusión y la aceptación de la diferencia de modo tal que, junto a una variante denominada modelo de la *diversidad*, el *discapacitado* es una persona diversa a otra y su presencia en la sociedad, en igualdad de derechos, implica un elemento de enriquecimiento (De las Heras García 2010, 6). Por ello se dice que la discapacidad es una construcción social, ergo, no es la deficiencia que impide a las personas con discapacidad acceder o no a un determinado ámbito social, sino los obstáculos y barreras que crea la misma sociedad, que limitan e impiden que las personas con discapacidad se incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades (Victoria Maldonado 2013, 817).

De otro lado tenemos al modelo de capacidad o autonomía progresiva por el cual se entiende que los menores de edad propiamente no son incapaces, sino que son sujetos cuya capacidad está en construcción o consolidación. Este modelo, traducido en garantía, ha sido elevado a la categoría de principio al interior del derecho de menores, y por él es indudable que la capacidad no aparece repentinamente en un sujeto, sino que se la va construyendo de a pocos, desde que uno es pequeño, hasta que llega a afianzarse y consolidarse definitivamente (*cf.* Viola 2012, Venegas Sepúlveda 2010).

Ello explica por qué un pequeñito no tiene discernimiento, pero conforme va avanzando en edad, su discernimiento se va aclarando y su voluntad afirmando. Y por ello mismo es que es investigable un hecho delictivo cometido por un menor de edad, aunque el tratamiento es distinto cuando es mayor de 14 años, donde la medida socio educativa que se le impone es propiamente una sanción (*vid.* Cruz Blanca 2018).

Esta concepción ha sido acogida por nuestro ordenamiento jurídico en el Reglamento de la Ley 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, aprobado por Decreto Supremo 002-2018-MIMP, que en el literal j) de su artículo 3º consagra como principio el desarrollo progresivo del menor, declarando que se considera a las niñas, niños y adolescentes en su edad y sus características, con un proceso de desarrollo particular y con un ritmo propio de maduración y no como una mera suma de funciones fragmentadas o un inventario de capacidades o incapacidades más o menos temporarias o permanentes.

Así mismo, este paradigma explica por qué existe responsabilidad civil en un menor de edad por los daños que genera, siempre que cuente, cuando menos, con discernimiento.

A diferencia del modelo social de discapacidad, la autonomía progresiva está basada en diversos estudios que demuestran que la capacidad de un sujeto no aparece de la noche a la mañana, sino que se va formando de a pocos, de manera que es posible hablar de una capacidad ya consolidada en un joven, y aún en construcción en un niño o adolescente.

Este paradigma cuenta, entonces, con un pertinente sustento científico.

Insistimos, una cosa es que se haya detectado que existen una serie de barreras discriminatorias para algunos sujetos con discapacidad, y otra muy distinta, afirmar que la “causa” de su discapacidad es el comportamiento de la sociedad.

Esta última afirmación es absolutamente absurda y acientífica. No hay modo de conectar causalmente a la conducta de terceros con la aparición de una discapacidad. La causa de la discapacidad mental o física la puede responder la medicina. Una persona es ciega o sorda, no porque los demás digan que no ve o no escucha. La ceguera o la sordera son resultado de una evaluación médica. Igualmente, una enfermedad mental grave no aparece porque a la sociedad se le ocurrió tratar mal a un loco; ello es inconcebible. Que esté mal que parte de la sociedad trate mal a un vesánico, es cierto, y que se requiera implementar mecanismos para empoderar a un sujeto con discapacidad y comience a decidir autónomamente, dentro de sus circunstancias y en la medida de lo posible, también lo es; pero definitivamente, aquella conducta -reprochable, por cierto- no es la causa de la locura o de la discapacidad.

El inadecuado comportamiento discriminatorio de un sector de la sociedad obedece a sus concepciones culturales, a su formación, a su idiosincrasia, etc. O sea, esta formación en un sector de la población desemboca en una suerte de cosmovisión que se traduce en una conducta discriminatoria hacia los demás, porque estos cuentan con alguna situación (edad, sexo, ingresos económicos, religión, nivel de instrucción, origen étnico, discapacidades, etc.) diferente a la del sujeto que los maltrata.

Ello quiere decir que la discapacidad, como una de las tantas situaciones que generan trato discriminatorio, coexiste con el conjunto de patrones culturales del sujeto que discrimina, de manera que, al encontrarse con este tipo de sujeto, se materializa el acto discriminatorio. Ergo, la discapacidad existe de modo independiente al acto discriminatorio, de manera que haya o no discriminación, la situación de discapacidad (así como la de nivel cultural, religión, origen étnico y demás) seguirá existiendo. O ¿acaso cuando todos los sujetos tratemos a los demás de modo igual habrán desaparecido la discapacidad, o la religión, el origen étnico, el nivel de instrucción, etc.?

No se olvide que una relación causal se evidencia cuando al suprimir la causa, el efecto desaparece de modo ineluctable. Y ello no sucede para el caso de la discapacidad mental, que concierne a un tema objetivo, que sigue y seguirá existiendo por más que uno se esfuerce en tratar, sea bien o sea mal, al sujeto.

El tema pasa más bien por aceptar las diferencias de cualquier índole, y, a base de la dignidad del ser humano, tolerarlas mutuamente, a fin de evitar cualquier acto que discrimine. Parece más bien un asunto pedagógico, de educación, de respeto y empatía.

Retomando el rumbo, en caso de colisión entre los modelos sociales de discapacidad y el de autonomía progresiva, debiera dársele preferencia al segundo, porque su basamento es la realidad en sí, debidamente contrastada.

Veamos, según las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1384, un sujeto con discapacidad mental grave, cuya edad mental sea de 2 años, por ejemplo, es un sujeto plenamente capaz; pero, en cambio, un adolescente que no ha cumplido los 16 años es un sujeto absolutamente incapaz.³¹

³¹ Cf. artículos 43^o al 45^o del Código Civil.

Si eso es cierto, el primer sujeto es responsable de cualquier daño que cause, y la totalidad de sus actos jurídicos son plenamente válidos. Ciertamente, en la actualidad ello se refleja en la regulación vigente,³² pero, cómo podría reprochársele la conducta a alguien que médicamente no tiene discernimiento, pero que la ley lo presume consciente. Así mismo, cómo concebir que sus actos jurídicos son totalmente válidos.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el adolescente de 15 años de edad no debiera ser responsable por los daños que genere y sus actos jurídicos debieran adolecer de nulidad, pues se trata de un sujeto absolutamente incapaz. Efectivamente, en el inciso 1 del artículo 43º del Código Civil se sigue designando a los menores de 16 años como incapaces absolutos de ejercicio. Sin embargo, lo raro es que la legislación se modificó estableciendo que el menor sí es responsable de los daños que genere; es más, es responsable ya no de modo solidario con sus representantes, sino de modo exclusivo.

Veamos. El artículo 1975º del Código Civil fue derogado y en él se disponía que la persona sujeta a incapacidad de ejercicio quedaba obligada por el daño que ocasionase, siempre que haya actuado con discernimiento; entre tanto el representante³³ legal de la persona incapacitada era solidariamente responsable.

Como se recuerda, con este artículo se lograba que el resarcimiento por algún daño generado por un menor con discernimiento fuese asumido por su propia persona y compartido solidariamente con su representante.

Pero si esto se derogó, ¿de dónde sacamos que el menor sigue siendo responsable pero ya sin que lo auxilie su representante en el supuesto de resarcir?

Lo que sucede es que al legislador se le olvidó que la responsabilidad de un menor de edad por los daños que cause no solo se regulaba en el artículo 1975º, sino también en el 458º del Código Civil; y este último no fue derogado.

El artículo 458º reza: *El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.*

Por ello, el resultado final es que si un menor con discernimiento causa un daño le corresponde resarcirlo, pero ya no de modo solidario con sus representantes, pues sobre esto último no quedó norma subsistente en el ordenamiento jurídico.

Y en cuanto a sus actos jurídicos, estos se suponen que son inválidos, pero la causal lamentablemente fue retirada del Código Civil. Ciertamente, se ha derogado el numeral 2 del artículo 219º que aludía a la nulidad del acto jurídico por incapacidad absoluta del agente.

Como vemos, el modelo social de discapacidad trastocó el esquema civil respecto de los menores, desarticulando -entre otros- la construcción que propugna la autonomía progresiva de los menores, tanto para la celebración de actos jurídicos, como para la responsabilidad civil en caso de generar daños.

³² Cf. artículos 140º inciso 1 y 219º del Código Civil.

³³ Obviamente debe leerse en el sentido no del representante sino de la persona al cuidado del sujeto, al momento de la generación del daño (*vid.* Espinoza Espinoza 2012, 938).

11. La plena capacidad civil y su repercusión penal

Todo lo que acabamos de decir genera, como corolario, una serie de titubeos en cuanto a los efectos penales del tratamiento introducido.

Veamos, si un sujeto con discapacidad mental grave comete un hecho ilícito de naturaleza penal con repercusiones civiles, por ejemplo, unas lesiones graves, ¿cómo debe ser el tratamiento?

Si acabamos de decir que este sujeto es plenamente capaz y debe responder por los daños que genere, ¿acaso dejó de ser inimputable penalmente?

Hasta donde sabemos, en un caso como el mostrado, el sujeto sigue siendo inimputable penalmente, y así debe ser. Es absurdo pensar que un sujeto con discapacidad mental es pasible de reproche penal (*vid.* Espinoza Espinoza 2012, 935).

Pero de este modo se cae en el contradictorio de que, por el mismo hecho y los mismos efectos antijurídicos, es imputable civilmente, pero inimputable penalmente.

Alguien podrá argüir que hay diferencia entre la materia penal y la civil, de modo que existen conductas civiles que no repercuten penalmente; a lo que hay que replicar que, si bien los subordenamientos jurídicos pueden tener peculiaridades, todos ellos pertenecen a un solo ordenamiento jurídico, el cual reclama coherencia (*vid.* Bobbio 2013, 180 y ss.), y es evidente que ello se ha resquebrajado con la modificatoria introducida.

Es decir, no se puede afirmar que un sujeto es plenamente capaz para desplegar actos jurídicos y para el resarcimiento de daños en caso de generarlos, por tener un completo discernimiento, pero inimputable penalmente, porque no tiene discernimiento.

Pensemos ahora en el caso del adolescente infractor. En el ámbito penal el menor ha sido considerado inimputable pero para el tratamiento penal de adultos, pues existe un tratamiento penal para menores, en virtud del cual se le impone una sanción llamada socio-educativa, siempre que tenga más de 14 años; y en el hipotético de ser menor se recurre a unas medidas de protección. En todo caso, queda en claro que existe una forma de regulación según la edad del menor.

Entre tanto, en sede civil siempre se ha dicho que el discernimiento se debe evaluar caso por caso (y por ello en sede civil no se trabaja con edades), de modo que, si un menor sin discernimiento genera un daño, no tiene por qué resarcir, pero si lo tuviese que hacer –por tener discernimiento– está en el deber de resarcir solidariamente junto a su representante.³⁴

Resumiendo, en la actualidad, el tratamiento penal vigente no ha variado, pero en el civil se ha dicho, contradictoriamente, que, al ser un sujeto menor de edad, es absolutamente incapaz, o sea *no tiene discernimiento*, pero en caso de generar daño y *tener discernimiento* (¿?) tendrá que resarcir él solo y ya no con sus representantes.

³⁴ Ya se indicó que en el original artículo 1975º, hoy derogado, se contemplaba esta regulación.

En conclusión, es indispensable revisar la coherencia que tiene que existir al interior de todo el ordenamiento jurídico peruano que se ha visto trastocado parcialmente por la introducción repentina de este modelo, que hasta la fecha no termina de cuajar.

12. La extensión del esquema de apoyos: la asistencia

Con todo lo mostrado, nos parece que es recomendable efectuar algunos cambios para intentar darle algo de coherencia a nuestro sistema normativo.

Así, creemos que el esquema de apoyos y salvaguardias sería pasible de extensión -con ciertos *ajustes razonables*- para los casos en los cuales actualmente se mantiene la interdicción.

Efectivamente, estamos convencidos de que un mal gestor o un pródigo, no tienen defecto mental alguno que les impida desenvolverse normalmente, por tanto, ni siquiera merecerían contar con un apoyo, salvo para temas económicos. Justamente, si el defecto que los ha incapacitado es concerniente a un asunto netamente económico o de administración patrimonial, entonces, se les puede designar un apoyo solamente para esos rubros. Hoy en día al ser un interdicto, se piensa que su estado afecta todas sus esferas vitales, lo cual no es cierto.

Efectivamente, bajo el esquema de interdicción y curatela, una persona puede llegar a perder gran parte de sus derechos fundamentales, como elegir el lugar de residencia, el derecho al voto, el decidir con quién quiere casarse, o tomar decisiones sobre su propia integridad corporal, siendo que se puede perder estos derechos simplemente por haber sido privado totalmente de su capacidad jurídica de obrar (Arstein-Kerslake 2010, 3).

Dicho de mejor modo, el esquema actual de interdicción y curatela para el mal gestor y el pródigo no es desacertado si se lo utiliza correctamente, de manera que se los debiera incapacitar solamente para los temas de administración patrimonial, entre tanto el curador los debiera “suplir” solamente en tales asuntos, por lo que los demás espacios vitales permanecen invariables, de tal modo que un mal gestor o un pródigo se pueden casar, pueden adoptar, pueden reconocer un hijo, etc. Pero, lamentablemente se piensa que el mal gestor o el pródigo, al ser “incapacitados” lo son para todos los actos civiles, lo que se deriva de que en la sentencia respectiva no se precisa lo propio.

Por ello, creemos que sería posible que en estos casos se designe un apoyo que oriente y los ayude a no cometer los mismos errores de manejo patrimonial, sin que se suplante sus voluntades, pero que tampoco se les deje decidir de modo absolutamente libre sin auxilio alguno.

A este apoyo, técnicamente en otras latitudes se les denomina asistente, de manera que al pródigo o al mal gestor les corresponde designarles un asistente que los auxilie únicamente en los temas propios donde han errado. Este asistente incluso puede ser un profesional, que bien podría ser un contador o economista, para el caso en comento.

En Alemania, por ejemplo, si la persona no indica quién quiere que sea su *betreuer*, se da preferencia en el nombramiento a sus familiares o aquellos que tienen una relación cercana con la persona, y en caso de que no existieran, el tribunal

nombrará a un profesional. Por ello se habla de una toma de decisiones compartida (Arstein-Kerslake 2010, 10-11, Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 28).

Estos asistentes, incluso, son de uso para las personas hospitalizadas de larga duración sin parientes o debilitados por edad y fácilmente sugestionables, depresivos, entre otros (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 27-28).

Es de hacer notar que en el anteproyecto de Reforma al Código Civil peruano, en la propuesta del artículo 44^º, se habla justamente de un régimen de asistencia.

Desde otra orilla, si se piensa en el toxicómano y el ebrio habitual, cuya incapacitación es por temas de dependencia, creemos que el esquema también debe ser el de apoyos del mismo modo en que se labora con un sujeto con discapacidad mental leve. Es decir, el apoyo debe orientar en algunas decisiones a tomar teniendo en cuenta su salud deteriorada. Y en todo caso, ante la posibilidad de cualquier riesgo, preferentemente patrimonial, se puede recurrir a las salvaguardias.

La única atingencia a hacer consiste en recalcar que este tratamiento sería solamente posible de utilización cuando el nivel de dependencia no haya generado una discapacidad mental grave; pues se sabe que el consumo excesivo de alcohol y otras drogas puede desembocar en una deficiencia mental severa, de modo tal que el sujeto puede perder prácticamente de modo total el discernimiento. Ya lo anticipamos, para estos casos, el esquema de apoyos no nos parece el más idóneo.

Para culminar, estimamos que las salvaguardias solamente serían pasibles de uso para el caso del mal gestor o el pródigo, o cuando el toxicómano o el alcohólico estuvieran inmersos en temas económicos.

Dicho de modo más claro, concordamos con la experiencia de Canadá, donde la designación de apoyos requiere de contar obligatoriamente con un monitor (salvaguardia) cuando se trate de la representación para la gestión de los asuntos económicos de la persona, siendo que tanto las personas de apoyo como los monitores estarían obligados a presentar informes periódicos y completos sobre su trabajo con la persona que necesita apoyo (Arstein-Kerslake 2010, 14 y 16).

13. Un retorno parcial al esquema de interdicción: curador sin incapacitación

Si bien, por un lado, estamos de acuerdo con la extensión del esquema de apoyos y salvaguardias para algunos de los casos que no se comprendieron de modo original, desde otra óptica estimamos necesario una suerte de retorno al esquema de interdicción para algunos casos puntuales.

Como se recuerda el esquema de interdicción y curatela consiste en declarar incapaz a un sujeto de valerse por sí mismo, entre tanto el curador suple su voluntad.

Desde nuestro punto de vista esto sigue sucediendo cuando el solicitante de apoyos y salvaguardias es un tercero, porque el futuro auxiliado no tiene mecanismo de expresar su voluntad, toda vez que su nivel de discernimiento es prácticamente nulo.

No nos engañemos, el sujeto que funge de apoyo en estos casos, en realidad, suple la voluntad de su apoyado. Eso es de fácil constatación en las audiencias, aunadas a la revisión de la documentación médica.

Entonces, realmente, al sujeto cuya discapacidad mental es de suma gravedad corresponde nombrarle un curador, porque, objetivamente, se va a suplir la voluntad del apoyado. Y para ello la declaración previa del sujeto como interdicto o como incapaz es lo correcto, a fin de evitar cualquier acto posterior que atente contra sus propios intereses.

Veamos, se considera a la legislación sueca como un buen ejemplo de normatividad en cuanto a sujetos con discapacidad.

Allí, el *forvaltarskap* supone la asignación de un administrador o persona de confianza y la pérdida de la capacidad jurídica en función de la asignación del administrador por parte del tribunal. Este puede sustituir y tomar decisiones por el interdicto. Equivale al curador en nuestra legislación. Por su parte el *god man* -equivalente a los apoyos o asistentes- no está autorizado a obrar sin el consentimiento de la persona a la que proporciona apoyo, y su nombramiento no modifica los derechos civiles (Arstein-Kerslake 2010, 5).

Sin embargo, hasta la propia legislación sueca permite el nombramiento de un *forvaltarskap*, claro está que como último recurso, pues también requiere el consentimiento de la persona, salvo que sea imposible que el tribunal escuche la opinión de la persona debido a su discapacidad. Es decir, se recurre al sistema de *forvaltare* cuando las demás formas de asistencia resultan insuficientes, pues se trata de una figura residual.

En resumen, atendiendo a la propuesta del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Suecia ha suprimido las figuras equivalentes al curador o al tutor peruano y ha propiciado los apoyos con mucho éxito, pues, por ejemplo, el *god man* es utilizado para prestar asistencia a las personas enfermas o con discapacidad intelectual, y, en el caso de los refugiados, las personas desaparecidas o las personas que residen en el extranjero (Arstein-Kerslake 2010, 6); pero aun allí se mantiene de modo excepcional la curaduría, si bien sin incapacitación y para casos extremos.

En consecuencia, para el hipotético del sujeto que por cualquier causa y habitualmente está privado de discernimiento o no puede expresar su voluntad de modo indubitable, la designación de un curador es entendible,³⁵ pues en puridad no queda otro recurso al que acudir.

Entiéndase, entonces, que esta declaración de incapacidad no pretende atentar contra la dignidad del sujeto, sino por el contrario, busca protegerlo por su delicada situación. No se olvide que la figura de la interdicción y la curatela nacieron bajo el auspicio de los valores de la solidaridad, la misericordia y la justicia social (*vid.* Espinoza Espinoza 2012, 954), aunque al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad le preocupa la prevalencia de un enfoque paternalista (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 23).

Con todo lo anotado se va evidenciando que el esquema de interdicción y curatela no es posible de aplicación cuando la discapacidad no sea de naturaleza mental o intelectual. O sea, para cuando la discapacidad sea física o sensorial el

³⁵ En el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, de manera muy flexible, se recurre a la figura de la asistencia para todos los casos, dejando un amplio abanico de posibilidades.

modelo de apoyos y salvaguardias, indudablemente, es el idóneo. Y como sucede en la provincia de Columbia Británica de Canadá, si una persona quiere firmar un acuerdo de representación (léase designación de apoyos para el Perú) no tiene que demostrar su capacidad jurídica para hacerlo; únicamente está obligada a comunicar su deseo de contar con el apoyo de un representante, poder demostrar la capacidad de seleccionar, y disfrutar de una relación de confianza con el representante (Arstein-Kerslake 2010, 13).

Y, como acabamos de decir, para el supuesto de la persona privada habitualmente de discernimiento o que no puede expresar su voluntad de modo indubitable, la designación de un curador es la salida apropiada, o más técnicamente, una curatela proteiforme, o sea la que puede implicar complemento de capacidad o representación, siempre de modo excepcional (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 26).

Pero, si no se desea laborar ya con este esquema, porque -se aduce- declararlo incapaz es atentatorio contra su dignidad, entonces, simplemente corresponde que no se lo declare incapaz, y solamente se le designe un curador.

A modo de conclusión

Debe quedar bien en claro que es nuestra intención que todos los sujetos que adolecen de algún tipo de discapacidad sean tratados como verdaderas personas sin ningún atisbo discriminatorio, y se les facilite los accesos y ajustes razonables para un pleno desenvolvimiento de sus personalidades.

Pero es también nuestro deber advertir sobre los riesgos que implica la imposición de cambios repentinos sin detenerse en las consecuencias.

Venimos insistiendo en que el esquema de apoyos y salvaguardias es saludable, pero no hay que olvidar que, así como un curador o un tutor pueden tomar decisiones en contra de los deseos de la persona y aprovecharse de ella de varias maneras, no es menos cierto que también es factible que contra la persona que necesita el apoyo se manifiesten situaciones de abuso, pues se trata de un colectivo que corre mayor riesgo de ser víctimas de explotación y engaño (Arstein-Kerslake 2010, 8 y 15).

Además, no se debe perder de vista que en la misma Suecia, donde el esquema funciona casi a la perfección, se ha criticado que algunos apoyos no cuentan con una formación adecuada en los derechos de la persona con discapacidad y las necesidades específicas que pueda tener. Y ello se explica porque, por ejemplo, en Alemania, una persona sin titulación académica y sin formación específica puede convertirse en *betreuer* y cobrar 27 euros por hora, desencadenando el desempeño de dicho papel por parte de muchas personas que no cuentan con la formación o titulación adecuadas, influyendo en la validez del sistema en general, toda vez que pueden obrar en contra de la voluntad de las personas que auxilian, existiendo un riesgo razonable de sustitución en la toma de decisiones (Arstein-Kerslake 2010, 7 y 12).

Ergo, es necesario mirar hacia otras latitudes para ganar experiencias, pero también es indispensable mirar nuestra propia realidad, trasladando lo correcto a nuestro entorno, siempre con una debida adecuación.

Así, coincidimos en que, por muy espléndido que sea el esquema sueco, por ejemplo, no se recomienda que algunos aspectos de tal sistema se utilicen como prototipo a seguir en las futuras reformas de otros (Arstein-Kerslake 2010, 8).

El resultado al que arribó la comisión encargada de la reforma del Código Civil, en este aspecto, era mucho más saludable por su amplitud y elasticidad. Sin embargo, el cambio ya se hizo y solamente queda ir parchando de a pocos las hendeduras dejadas por tan precipitada “evolución”.

Lista de referencias

- Arstein-Kerslake, Anna. *El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos*. 3 de marzo de 2010.
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/\\$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf) (último acceso: abril de 2020).
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 4ª edición. Traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 2013.
- Casas Planes, María Dolores, y Laura Marín Cáceres. «Derecho de las personas con discapacidad.» *Módulo VI del Diplomado de Posgrado en Derecho de Familia, niñez y adolescencia*. Jaén, 2020.
- Cruz Blanca, María Jesús. «Legislación penal juvenil española y política criminal en torno a sus sucesivas reformas.» *Cubalex*, nº 38 (enero-diciembre 2018): 68-82.
- De las Heras García, Manuel Ángel. «Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil.» *Informes Portal Mayores*. 2010.
<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/heras-discapacidad-01.pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).
- Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las personas - Concebido y personas naturales*. Sexta edición. Vol. I. II vols. Lima: Grijley - Iustitia, 2012.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Vol. I. 3 vols. Lima: Gaceta Jurídica, 2008a.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Vol. III. 3 vols. Lima: Gaceta Jurídica, 2008b.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición. Lima: Grijley, 1994.
- Palacios, Agustina. «El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de Derechos Humanos.» *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*. enero-junio de 2017.
<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/2190/pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).

- Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.
- Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico*. Quinta edición actualizada y aumentada. Vol. I. II vols. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- Venegas Sepúlveda, Paula Andrea. «Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos.» *Repositorio académico de la Universidad de Chile*. 2010.
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107103> (último acceso: abril de 2020).
- Victoria Maldonado, Jorge A. «El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de derechos humanos.» *Revista de Derecho UNED*, nº 12 (2013): 817-833.
- Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Novena edición actualizada, revisada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- Viola, Sabrina. «Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente.» *Revista electrónica Cuestión de derechos*. 2012.
http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ninios.pdf (último acceso: abril de 2020).

Transplante de órgãos e tecidos: desafios no processo de doação *post mortem* (*)

Organ and tissue transplantation: challenges in the *post-mortem* donation process

Trasplante de órganos y tejidos: desafíos en el proceso de donación *post mortem*

Natália Coelho Teixeira¹

Margareth Vetis Zaganelli²

Silvia Salardi³

Sumário: Introdução. **1.** Doação *post mortem* de órgãos e tecidos: os aspectos fundamentais para o transplante no Brasil. **2.** A legislação brasileira sobre a doação de órgãos e tecidos *post mortem*. **3.** Os desafios estatais e particulares para a doação voluntária de órgãos e tecidos. **4.**

(*) Recibido: 01/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do **Bioethik** – Grupo de Estudos em Bioética.
n.c.teixeira@hotmail.com
- ² Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais 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, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" - cofinanciado pela União europeia.
mvetis@terra.com.br
- ³ Professora Associada de Filosofia do Direito e Bioética, Universidade de Milano-Bicocca, Departamento de Direito. Coordenadora Acadêmica do Erasmus+ Jean Monnet Module 'Emerging 'moral' Technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities'.
silvia.salardi@unimib.it

Projetos de lei e políticas nacionais. 5. Direito Comparado. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O artigo trata da problemática da doação de órgãos e tecidos *post mortem* no Brasil. Aborda-se as alterações sofridas na legislação brasileira e as medidas propostas e implementadas para proporcionar a melhoria do sistema de transplantes. Opta-se pela apresentação de variadas visões sobre o tema, trazendo posicionamentos divergentes nacionais e estrangeiros. Fez-se uso do método descritivo, exploratório, de abordagem qualitativa, utilizando pesquisa bibliográfica, baseadas em publicações científicas, reportagens e legislações nacionais e internacionais. O trabalho assinala os desafios estatais e particulares, mormente o de aumentar o envolvimento das famílias dos potenciais doadores, que se impõe frente a um dos maiores sistemas públicos de transplante de órgãos e tecidos humanos do mundo.

Palavras-Chave: doação de órgãos e tecidos *post mortem*, consentimento presumido e consentimento expresso, entraves à doação de órgão e tecidos humanos.

Abstract: The article approaches the issue of *post mortem* organs and tissues donation in Brazil. It addresses the changes undergone in Brazilian legislation and the measures proposed and implemented to improve the transplantation system. It opts for the presentation of diversified visions on the subject, bringing different national and foreign positions. The descriptive, exploratory method with a qualitative approach was used, availing bibliographic research based on scientific publications, reports and national and international legislation. The work points out the state and private challenges, particularly the one surrounding the increase in the involvement of potential donors families, that face one of the largest public systems of human organs and tissues transplantation in the world.

Key words: *post mortem* organs e tissues donation, presumed consent and explicit consent, hurdles to organs and tissues donation.

Resumen: El artículo trata el problema de la donación de órganos y tejidos *post-mortem* en Brasil. En él se abordan los cambios en la legislación brasileña y las medidas propuestas y aplicadas para mejorar el sistema de trasplantes. Se opta por la presentación de diversos puntos de vista sobre el tema, aportando posiciones nacionales y extranjeras divergentes. Se utilizó el método del enfoque descriptivo, exploratorio y cualitativo, utilizando la investigación bibliográfica, basada en publicaciones científicas, informes y legislación nacional e internacional. En la obra se señalan los retos estatales y privados, especialmente el de aumentar la participación de las familias de los posibles donantes, que se impone ante uno de los mayores sistemas públicos de trasplante de órganos y tejidos humanos del mundo.

Palabras clave: donación de órganos y tejidos *post mortem*, presunto consentimiento y consentimiento expreso, obstáculos a la donación de órganos y tejidos humanos.

Introdução

O Brasil é um dos países que mais se destaca no transplante de órgãos e tecidos do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos em números absolutos (DECRETO..., 2017). Segundo relatório do Registro Brasileiro de Transplantes, entre janeiro e setembro de 2018, foram transplantados 5.576 órgãos provenientes de doação post mortem (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 2018, p. 3).

Apesar disso, em critérios relativos, há ainda um longo caminho a ser percorrido. Em julho de 2012, da média de seis mil pacientes em que se visualizou a morte encefálica, e que poderiam salvar por volta de vinte e duas mil pessoas que aguardavam por um transplante, apenas mil e oitocentos, aproximadamente, concretizaram a doação (OLIVEIRA, 2013). Já no ano de 2018, 43% dos entrevistados para autorizar a doação de órgãos se recusaram a conceder tal permissão (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 2018, p. 26).

Nesse contexto, assume grandes proporções a fila de espera por doações de órgãos e tecidos no Brasil, que não se restringe a um critério cronológico, mas leva em consideração o tempo de deslocamento de cada órgão a ser transplantado, a gravidade da doença e a compatibilidade dos grupos sanguíneos, por exemplo (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 181). Em dezembro de 2018, 33.454 pacientes ativos⁴ se encontravam na lista de espera por transplante. Relativamente aos pacientes pediátricos, o número chegava a uma totalidade de 635 crianças (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 2018, p. 22).

Em virtude dessa situação, o presente artigo realizou um corte metodológico para adentrar a complexa realidade da doação de órgãos e tecidos *post mortem*, ou seja, da doação proveniente de pessoas em que já se configurou a morte encefálica.

Procurou-se analisar o papel da legislação brasileira nos casos de doação e entender as barreiras que levam tantas famílias a negarem autorização. Não se buscou aprofundamento nos casos em que, independente do motivo, a negativa provém de uma decisão construída e consciente do próprio doador, quando ainda em vida, ou da família. O maior questionamento persistia nos casos de potenciais doadores que, por razões que poderiam ser debatidas, não assim se concretizavam.

Dessa forma, compreendendo a necessidade nacional de enfrentamento dessas barreiras e a preocupação com a saúde da população, o próprio cenário brasileiro se comprometeu na busca por mudanças, incrementando algumas políticas e propondo projetos a serem debatidos e implementados. Não obstante, dado à recente alteração na legislação nacional, optando-se pela doação post mortem com base no consentimento familiar e abandonando a antes vigente doação presumida, vigoram questionamentos sobre o real comprometimento à melhora assumido pelo país, entendendo muitos ter o Brasil retrocedido.

⁴ Diversos fatores, como as condições clínicas do paciente e questões de convênio de saúde, interferem no status que se atribui àquele que espera pelo transplante, classificando-o como ativo, semiativo ou mesmo removido. Sobre essa classificação, ler o texto “Manual do paciente: transplante de córnea” (p. 5, 2012).

Há um longo caminho a ser percorrido para a quebra das dificuldades que envolvem a doação de órgãos e tecidos e para a construção de um novo conceito de saúde pública, que não envolve apenas a contribuição isolada do indivíduo, mas coloca o Estado em papel de destaque na construção de um sistema justo e humanitário.

1. Doação *post mortem* de órgãos e tecidos: os aspectos fundamentais para o transplante no Brasil

A doação de órgãos e tecidos é o ato pelo qual uma pessoa dispõe de parte integrante do seu corpo em benefício de outra necessitada para sua sobrevivência ou para seu tratamento. A doação pode ser feita com a retirada do órgão ou tecido do falecido ou mesmo de uma pessoa viva. Se viva, são passíveis de doação o rim, a medula óssea, o fígado e o pulmão, sendo estes dois últimos doados apenas em parte (NOGUEIRA, et al., 2017, p. 59). Se já falecido o doador, além dos já citados e sem pretensão de esgotar as possibilidades, podem ser transplantados ainda córneas, coração, pâncreas, válvulas cardíacas, intestino delgado e ossos (FREIRE, et al., 2015).

No Brasil, para que ocorra a doação *post mortem*, objeto deste artigo, é necessária a confirmação da morte encefálica, que se caracteriza como a “parada total e irreversível das funções encefálicas” (BRASIL. RESOLUÇÃO..., 1997, p. 1) ou, no mesmo sentido, a “morte baseada na ausência de todas as funções neurológicas” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 2016?). A exceção a esse caso se encontra na doação de córneas, que dispensa o diagnóstico de morte encefálica (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 2002, p. 4).

Em 1968, a Associação Médica Mundial adotou, em sua 22ª assembleia, a Declaração de Sidney sobre a Certificação da Morte e a Recuperação de Órgãos. Baseada em critérios clínicos, a certificação pode ser feita a partir da cessação irreversível de todas as funções de todo o cérebro ou da cessação irreversível das funções circulatórias e respiratórias.

No Brasil, a legislação permite apenas a extração em situações de morte encefálica. Outros países aceitam a morte em assistolia ou morte circulatória – a cessação irreversível das funções circulatórias e respiratórias. (CIOATTO; PINHEIRO, p. 184, 2018)

Essa confirmação, segundo o parágrafo §1º do artigo 17 do decreto nº 9.175/2017, que regulamenta a Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434), deve ter como base os critérios definidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Em 2017, o CFM publicou a Resolução nº 2.173/2017, em substituição à Resolução nº 1.480/1997, atualizando os requisitos a serem atendidos para definição da morte encefálica e determinando que o estado clínico do paciente esteja caracterizado pela “[...] presença de lesão encefálica de causa conhecida e irreversível, ausência de fatores tratáveis que confundiriam o diagnóstico, temperatura corporal superior a 35°C e saturação arterial de acordo com critérios estabelecidos [...]” (MORTE ENCEFÁLICA: RESOLUÇÃO..., 2018). Pelo artigo 3º da Resolução, o paciente deveria, ainda, se encontrar em coma não perceptivo e demonstrar ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestibulo-calórico e de tosse.

Importante ressaltar que a morte encefálica em nada se confunde com o isolado estado de coma. Enquanto neste o paciente é médica e legalmente vivo, podendo respirar por si só e/ou possuindo atividade cerebral (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 2016?), naquele constatou-se a parada irreversível de todas as funções do cérebro, sendo incapaz de respirar sem o auxílio de máquinas ou mesmo perceber o batimento independente do coração.⁵ Quando em estado de coma, há a possibilidade de recuperação do paciente. A morte encefálica, como o próprio nome já diz, é a própria definição legal de morte e, portanto, cientificamente impossível de ser revertida.

Confirmada a morte encefálica, há de se verificar a existência de fatores impeditivos da doação. Pacientes portadores de insuficiência orgânica comprometedora do funcionamento dos órgãos, pacientes com doenças contagiosas transmissíveis por transplante, com infecção generalizada ou portadores de certos tumores malignos, por exemplo, não podem ser doadores de órgãos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2001?).

Não havendo qualquer fator impeditivo, adentra-se o grande questionamento sobre a realidade da doação: como saber quem é doador? Passando por algumas divergências e presenciando mudanças ao longo de tempo, a legislação brasileira tem se incumbido dessa resposta, determinando critérios a serem seguidos para permitir ou não a doação de órgãos e tecidos da pessoa já falecida.

2. A legislação brasileira sobre a doação de órgãos e tecidos *post mortem*

No Brasil, o procedimento de transplante de órgãos teve início por volta de 1960, passando por uma fase de precária regulamentação e extrema informalidade legal (ROZA, 2006, p. 1753).

A lei nº 5.479/1968 dispunha sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidade terapêutica e científica e, em 1992, foi revogada pela Lei nº 8.489, que já alterava o termo cadáver, fazendo referência à retirada de partes do corpo humano.

Ambas as leis seguiam o critério do consentimento expresso (*opting in*) para que se concretizasse a doação *post mortem*, ou seja, optavam por um sistema no qual “a pessoa falecida manifestou expressamente, antes de morrer, a autorização para a extração; ou um familiar, para o caso de a pessoa não ter deixado nenhuma declaração em sentido contrário” (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 182).

Assim, a Lei nº 5.479/1968, em seu artigo 3º, entendia ser necessário o consentimento proveniente do próprio disponente, quando ainda em vida; de um instrumento público, no caso de incapazes e analfabetos; do cônjuge ou dos responsáveis; ou, por fim, caso inexistente a figura do responsável, do Diretor da instituição onde ocorresse o óbito.

⁵ “O coração é um músculo autônomo e pode bater até quando retirado do corpo. A oferta de oxigênio é o que o induz a continuar ativo após a morte cerebral, e esta é suprida por respiradores eletrônicos, nos casos em que a morte ocorre em socorro hospitalar. Assim, com o sangue oxigenado mecanicamente, o coração pode bater por até alguns dias após a morte cerebral, e para imediatamente caso o respirador seja desligado”. Para entender melhor, ler “Morte encefálica: o dilema de aceitar a morte de um coração que bate” (2010?).

Por sua vez, a lei nº 8.489/1992 permitia a doação *post mortem* apenas com o desejo expresso do disponente, quando ainda em vida, através de documento pessoal ou oficial ou, na ausência deste, em casos em que não houvesse manifestação contrária do cônjuge, ascendente ou descendente.

As leis vigentes na época, porém, eram insuficientes e incapazes de preencher as questões levantadas sobre a doação *post mortem* (CASTRO, 2008, p. 4). Apenas em 1997 obteve-se uma regulamentação em âmbito nacional, entrando em vigor a Lei nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Ao regulamentar a doação de órgãos e tecidos post mortem, objeto do presente artigo, a Lei nº 9.434 dispunha sobre a doação presumida (*opting out*). O artigo 4º determinava que, salvo manifestação em contrário, era entendida como autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, objetivando transplante ou terapêutica. Dessa forma, para que fosse preservado o corpo inviolável após a morte, deveria a pessoa ter gravada em sua carteira de identidade ou de habilitação a expressão “não doador de órgãos e tecidos”. Em síntese, confirmada a morte encefálica, todos seriam potenciais doadores, com exceção dos que, em vida, expressamente informaram que assim não o seriam.

Houve grande discussão a respeito do assunto. Enquanto uns apoiavam a necessidade de aumentar a quantidade de doações e sustentavam que tal medida em muito favorecia as milhares de pessoas que passavam anos na fila de espera para transplante, outros alegavam que o referido artigo se configurava em violação ao princípio da autonomia da vontade e entregava ao Estado o domínio sobre o corpo do indivíduo. Alegavam, ainda, que o caráter moral que revestia o ato da doação era retirado pela obrigatoriedade imposta (ROSENVALD, 2017).

Atendendo a essa segunda corrente, a Lei nº 10.211/2001 mudou a redação do artigo 4º e adotou o sistema de consentimento expresso, fazendo constar que

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

A família passou a ser a autoridade maior para decidir sobre a doação. Tamanho poder foi concedido que, diferentemente de boa parte dos países que adotam o mesmo sistema, ainda que tivesse a pessoa em vida informado sobre o desejo de doar seus órgãos, sua vontade seria sobreposta por aqueles que, por lei, adquiriram a capacidade de decidir sobre o assunto.

Na interpretação da professora de Direito da USP, Rachel Sztajn, prevaleceu o respeito à autonomia dos familiares, detentores do corpo, uma vez que o falecido não possui vontade ou forma de expressão. Ainda segundo suas palavras, somente caberia a presunção da doação de órgãos se fosse o Estado o dono do corpo, o que não se visualiza (BONATELLI, 2007).

Nesse sentido, em 2017, foi publicado decreto de número 9.175, que regulamenta a Lei nº 9.434 e elimina definitivamente do sistema brasileiro a doação presumida. Não obstante a mesma já tivesse sido substituída pelo consentimento familiar na Lei nº 10.211, o decreto nº 2.268/97, antigo responsável por essa

regulamentação e agora revogado, ainda fazia uso do termo consentimento presumido, em discrepância com a legislação atual.

O novo decreto estabeleceu que a doação de órgãos e tecidos *post mortem* somente poderá ser feito com o consentimento livre, esclarecido e expresso da família, trazendo como inovação a possibilidade de autorização dada pelo companheiro, ainda que não tenha constituído matrimônio.

Configurou-se em uma tentativa de modernizar o Sistema Nacional de Transplantes e modificou certas concepções estabelecidas pelo decreto nº 2.268/97. O diagnóstico da morte encefálica passou a ser realizado por apenas um médico especificamente qualificado e baseado nos critérios neurológicos dispostos em resolução do Conselho Federal de Medicina, sendo dispensada a antiga necessidade de avaliação realizada por dois médicos, entre eles um neurologista ou neuropediatra. Entre outras modificações importantes, o novo decreto trouxe, ainda, a Força Aérea Brasileira para o cenário dos transplantes de órgãos, de modo a permitir maior agilidade e volume de procedimentos (DECRETO..., 2017).

3. Os desafios estatais e particulares para a doação voluntária de órgãos e tecidos

Como já dito, o Brasil possui um dos maiores índices de doações de órgãos do mundo. Esses índices, porém, fazem referência a critérios absolutos e não relativos, o que significa dizer que, em análise da grandiosidade populacional brasileira, muito ainda há de ser melhorado.

Com a mudança do critério de doação presumida para o consentimento familiar, grande parte dos transplantes que seriam, por presunção, realizados passaram a depender de autorização expressa da família do falecido, que, em diversas ocasiões, não era concedida. Criou-se, assim, pelo próprio Estado, – acertadamente ou não, a depender do posicionamento defendido – uma barreira à doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

Embora dificilmente se visualizem casos em que a família contrarie a vontade daquele que partiu, a dor da perda e a sensação de um final definitivo que a doação pode trazer se tornam motivos para não conceder a autorização, ainda que, em vida, tenha o potencial doador demonstrado seu desejo de doar. O inverso, embora não impossível, encontraria maiores barreiras, pois custoso o pensamento de que a família, sabendo que o falecido jamais consentiria com a doação, assim mesmo a autorizaria.

Os casos mais comuns, porém, se encontram naqueles que, em vida, não pensaram, discutiram ou manifestaram expressamente vontade relacionada à doação. Esses, que, por inexistir recusa explícita, como exigia a antiga redação da Lei nº 9.434, seriam, em totalidade, presumidos doadores, passam a depender da vontade da família. Ainda que muitas famílias autorizem, a recusa de algumas já diminui o índice de doações entre aqueles que jamais se pronunciaram, uma vez que todos estes, pela legislação anterior, seriam considerados doadores em potencial.

Para os defensores da doação presumida, o sistema anterior configura-se como mais benéfico quando se trata da saúde da população, levando a um maior número de doações. Corroborando essa tese, embora não descartando a influência

de outros fatores, Alejandra Zuniga-Fajuri, em artigo publicado pela Organização Mundial de Saúde, ressalta os resultados da adoção do sistema *opt out*.

There is evidence that supports the association between presumed consent and increased donation rates and that countries with opt-out laws have rates 25 to 30% higher than those in countries requiring explicit consent. However, presumed consent appears to be only one of several influential factors. Other factors include potential donor availability, transplantation infrastructure, health care spending and public attitudes, as well as familial consent and donor registries. (2015, p. 199) ⁶

Além disso, para eles, a o sistema *opt out* permitiria uma maior conscientização social. Nas palavras do professor Nelson Rosenvald,

Quando qualquer um é obrigatoriamente tido como doador a menos que expressamente se manifeste em contrário, surge uma conscientização bem maior sobre o tema, já que as pessoas conversarão abertamente com os seus entes queridos sobre o consentimento. Enquanto no sistema do “opt in”, o tema só é discutido entre aqueles que assumidamente serão doadores, tornando-se um tabu para a maior parte da sociedade, no sistema do “opt out” a zona cinzenta é banida, pois toda a comunidade se envolve na discussão e mesmo aqueles que se recusam a se tornar doadores, assim procedem confiantes de assumirem a decisão correta. (ROSENVALD, 2017)

Não caberia aqui, segundo o mesmo entendimento, alegar violação à autonomia da vontade ou a estatização do corpo humano. Isso porque a doação não era imposta, mas presumida, sendo estabelecidos mecanismos simples para assegurar que o desejo manifesto daquele contrário à doação de seus órgãos e tecidos fosse cumprido e devidamente respeitado.

Sem a obrigatoriedade da doação, uma vez que existentes os mecanismos citados para assegurar a inviolabilidade do corpo, não haveria como se falar em perda de caráter moral, como alegado pelos defensores do critério do consentimento familiar. Verdadeiramente imoral, para a vertente da presunção, é a preservação de uma perspectiva conservadora ante a possibilidade de salvação de milhares de vidas.

Por outro lado, mais do que os argumentos já mencionados, os defensores do sistema do consentimento familiar na França, país que recentemente optou pelo consentimento presumido, trouxeram questões como o acesso desigual às informações, o que poderia fazer com que muitos que desejariam expressar sua recusa não o fizessem (CONSTANTINO, 2017). Especialmente no Brasil, onde se visualiza uma acentuada desigualdade social, um grande número dos que se encontram marginalizados pelo sistema tenderia a não possuir o conhecimento necessário sobre a necessidade de uma recusa expressa ou mesmo sobre como fazê-la (CONSTANTINO, 2017).

Ultrapassando essa discussão, porém, e analisando sob a ótica da nova legislação, há de se entender quais são as barreiras particulares, tanto por parte do

⁶ Há evidências que indicam a associação entre o consentimento presumido e o aumento das taxas de doação, bem como que os países com leis do sistema de opt out têm taxas 25 a 30 por cento mais altas do que aquelas em países que exigem consentimento expresso. No entanto, o consentimento presumido parece ser apenas um dos vários fatores influentes. Outros fatores incluem a potencial disponibilidade dos doadores, a infraestrutura de transplantes, os gastos com assistência médica e atitudes públicas, bem como o consentimento familiar e os registros de doadores. (ZÚÑIGA-FAJURI, 2015, p. 199, tradução nossa).

indivíduo, quando ainda em vida, quanto por parte da família, que se erguem ante a doação e quais são as razões que as constituem.

Embora atualmente o assunto tenha se tornado mais comum, em grande parte devido às campanhas que tem sido feitas para estimular a doação, muitos ainda repensam a possibilidade quando questionados sobre o desejo de doar. Em meio a uma vida corrida e entendendo a doação de órgãos e tecidos como algo distante ou fora do seu dia a dia, é comum a não priorização do esclarecimento das dúvidas que rodeiam a questão.

Nesse contexto, objeções conservadoras e que geraram diversas discussões no século passado, como a preocupação com a doação do coração, local no qual habitaria a alma do indivíduo (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 180), ainda ocupam lugar na sociedade brasileira.

No aspecto religioso, não obstante a crença comum de que não permitiria a doação de órgãos, diversas religiões e igrejas já se manifestaram de forma positiva, entendendo como nobre a escolha do doador (RELIGIÕES..., 2015). Pequenas objeções, por parte de algumas, se levantam para assegurar que a doação tenha como fim a salvação ou melhoria de uma outra vida, respeitando sempre a vontade prévia do falecido ou de sua família, quando for o caso (REDAÇÃO..., 2011).

Nesse viés, a Igreja Católica entende que a doação post mortem é um ato de grande nobreza, devendo ser livre e consciente. Tornar-se-ia inaceitável, porém, se o doador ou seu representante não consentisse expressamente com a mesma. A única objeção levantada diz respeito a uma possível doação do cérebro e dos órgãos genitais, caso os avanços médicos os colocassem como objetos da doação (O QUE..., 2018).

As Igrejas Batista, Assembleia de Deus e Testemunha de Jeová entendem que a decisão cabe a cada membro. A última, porém, coloca como condição a retirada de todo o sangue dos órgãos e tecidos a serem doados (REDAÇÃO..., 2011).

O Judaísmo, por sua vez, enfrenta questões mais específicas, uma vez que o corpo do judeu não poderia ser mutilado nem ter qualquer proveito de suas partes tirado. Esse entendimento, porém, tem sido mitigado quando se pondera sua importância frente à salvação de outra vida. A recomendação final é a de que se consulte o rabino competente em cada caso, analisando a fundo a situação concreta (TRANSPLANTE..., 20--).

Além dessas, o Islamismo e o Candomblé também apoiam a doação como meio de salvação de vidas (RELIGIÕES..., 2015).

Superada a questão individual e analisando a partir da perspectiva familiar, uma das principais barreiras que se levantam é o apego da família para com o falecido e a sensação de definição que a doação de órgãos permite. Enquanto o falecido repousa em cama hospitalar, sustentado por máquinas, a ideia da morte parece, ainda que irracionalmente, distante, transmitindo um certo conforto e esperança para a família. Para a professora Bartira de Aguiar Roza,

[...] não é que ele não compreende o diagnóstico de morte encefálica, mas que o indivíduo não compreende que seu parente está morto. Essa é a principal questão. Não foi explicado pra ele o suficiente ou ele também ainda está numa fase do luto em que ele não aceita essa informação de que seu parente faleceu. (RÁDIO CÂMARA, 2016)

Autorizar a doação, mesmo quando conhecedores dos critérios de morte encefálica e dos termos médicos, a muitos soa como desistência, como a entrega definitiva da esperança, e se torna inadmissível perante o ente amado que partiu.⁷ Mais do que isso, significaria abrir mão do que ainda existe materialmente, o que muitos não se sentem preparados para fazer.

Outro impedimento que se levanta para a doação, como bem dispõe a reportagem realizada pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, é o fato de a família jamais ter conversado sobre o desejo de doação de órgãos *post mortem* (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. 20--). Desconhecendo o propósito do potencial doador, muitos optam por não doarem, evitando o risco de desrespeitarem o corpo e uma possível negativa que o falecido, se com vida, poderia conceder.

A morte, na cultura brasileira e ocidental, como um todo, adquire um aspecto proibitivo e é comumente repreendida quando assunto de conversas ou discussões. Quando se veem perante a decisão de autorizar ou não a doação, além de não saberem a real vontade do falecido, muitos sequer entendem o conceito de morte encefálica. Agarram-se na visualização de um coração ainda pulsante e na esperança de um despertar de um profundo coma, muito embora, como já aqui explicado, este em nada se confunda com a morte encefálica.

Em casos como esse, cabe ao corpo hospitalar a explicação de conceitos médicos em um dos momentos mais difíceis da vida do ouvinte, que acaba se sujeitando, em meio ao sofrimento, a prestar informações sobre seu ente querido (IANDOLI, 2017) ou ouvir, repetidamente, sobre a sua morte. Nesse momento, é imprescindível um bom preparo dos profissionais responsáveis por essa abordagem. A professora da Unifesp, Janine Schirner, corrobora esse entendimento e destaca a dificuldade do ser humano em lidar com a perda, ressaltando que

[...] o profissional que tem que lidar com isso precisa ter uma série de ferramentas emocionais e de conhecimento de legislação, de ética, de bioética para que ele possa compreender e ter a sensibilidade necessária pra entender a dor das pessoas que perdem. [...] Não basta ser enfermeiro simplesmente. Esse enfermeiro tem que ser qualificado para lidar com esse aspecto em si. Não pode ser um autômato que trata aquilo como um protocolo, que tem um procedimento para seguir. Às vezes, esse procedimento a seguir envolve uma legislação, mas envolve muito mais do que isso, que é como lidar com as pessoas, como respeitar o sentimento do familiar que tem aquela perda e que você tem que chegar nele e falar da morte e da possibilidade que esse familiar tem de doar os órgãos. (RÁDIO CÂMARA, 2016)

Ainda que amparados pela correta abordagem médica, todo esse processo é facilmente passível e compreensível de ser rejeitado pela família. Como já acima mencionado, mesmo na hipótese de que esta entenda e se conforme com a morte, enfrenta imensas barreiras para dispor de órgãos e tecidos que não pertenciam a si, mas a um ente amado que não consentiu expressamente com a retirada de partes do

⁷ “A survey in France previously showed that while up to 80 percent of the population was in favor of donating their own organs, about 40 percent of families refuse when pressed to make the choice”. Uma pesquisa na França anteriormente demonstrou que, enquanto 80 por cento da população era a favor da doação de seus próprios órgãos, aproximadamente 40 por cento das famílias recusavam quando pressionadas a fazerem a escolha. (JUNE, 2017, tradução nossa)

seu corpo. Entende não possuir direito para a concessão de autorização ou mesmo que, se fosse a doação o desejo do falecido, teria o mesmo o manifestado.

Importante ressaltar o desconhecimento de boa parte da população para com o sistema de transplantes e para com a real dimensão dos benefícios que as doações de órgãos e tecidos podem trazer. Mesmo em casos em que se saiba sobre a finalidade da doação, muitos não entendem ou, dado às circunstâncias da perda, não se atentam para a importância do ato. Em meio ao luto, acabam não levando em consideração a existência de milhares de pessoas à espera de um órgão na luta pela vida e a capacidade que possuem de promover auxílio e retirar da dor uma finalidade digna e significativa.

Por esse motivo, o trabalho que pode ser realizado, embora não somente por eles, pelos profissionais de saúde, com a indicação de possíveis receptores, das vidas a serem salvas e da contribuição nacional a ser efetuada por aquela família, é capaz de transformar negativas em autorizações e sensibilizar as pessoas pela causa do próximo, despertando o sentimento de solidariedade, ainda que em momento tão difícil.

4. Projetos de lei e políticas nacionais

Em uma tentativa de enfrentar as barreiras que impedem o avanço ainda maior da doação de órgãos e tecidos no Brasil, algumas medidas vem sendo adotadas pelo governo brasileiro.

Em 2017, a Secretaria Estadual de Saúde em Pernambuco realizou a Semana Estadual de Incentivo à Doação de Órgãos e Tecidos, homenageando o trabalho da Força Aérea Brasileira no transplante dos órgãos e promovendo palestras para conscientizar sobre a importância da doação (SEMANA..., 2017).

Em setembro do mesmo ano, o Estado do Espírito Santo organizou palestras técnicas para os profissionais e diversas atividades para funcionários, familiares de pacientes e para a população em geral. Em alusão ao Setembro Verde, campanha nascente da referência ao dia 27 de setembro, Dia Nacional da Doação de Órgãos e Tecidos, diversos hospitais foram iluminados com a cor verde e se organizaram para oferecer palestras sobre a doação e sobre a morte encefálica, montar tendas para distribuição de materiais informativos, uniformizar os funcionários de acordo com a campanha e concretizar projetos voltados para as escolas (HOSPITAIS..., 2017).

Além das movimentações e campanhas nacionais organizadas, alguns projetos de lei têm surgido em tentativa de facilitar o sistema de doações.

O Projeto de Lei do Senado nº 405/2012, proposto pelo senador Humberto Costa, tinha como intento reestabelecer a doação presumida no Brasil. Para o senador, tal sistema ajudaria no problema da carência de órgãos e se baseia em critérios éticos, altruístas e compatíveis com a solidariedade humana. Argumenta, ainda, que não existiria uma obrigação de doar, podendo a pessoa deixar expressamente manifesta sua vontade contrária, quando assim for o caso. Ressalva, porém, que, nos casos de inexistência de documentação pública de identidade do falecido, prevaleceria a vontade da família (SENADO..., 2013).

Mais recentemente, o senador Lasier Martins apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 453/2017, buscando alterar o artigo 4º da Lei nº 9.434 e tornar o

consentimento familiar para doações *post mortem* necessário somente nos casos em que o falecido não manifestou vontade expressa sobre o assunto ou se a mesma se caracteriza como controversa. Dessa forma, se, quando em vida, o potencial doador manifestou expressamente seu desejo de doar, não caberia mais à família o papel de autorizar o procedimento; prevaleceria a vontade do doador (BRASIL, PROJETO..., 2017).

Em 20 de junho de 2018, o projeto se encontrava na pauta da reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, já tendo sido aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (BRASIL, PROJETO..., 2017).

Em defesa de seu projeto, o senador sustentou a necessidade de políticas públicas para estimular concretamente a doação e respeitar a vontade do doador, que, em diversas ocasiões, é comprometida pela dor e pelo abalo dos familiares (CAS, 2018).

5. Direito comparado

Em introdução ao presente artigo, ressaltou-se o lugar de destaque do Brasil na doação de órgãos e tecidos em critérios absolutos. Em números relativos, porém, analisando a grandiosidade da população brasileira, há muito a se realizar. Sem pretensão conclusiva, mas informativa, importa relatar as regulamentações adotadas por alguns países do mundo, trazendo à discussão possibilidades para o cenário nacional.

Diferentemente do critério adotado pelo sistema brasileiro, no qual requer-se especificamente a morte encefálica para fins de doação, a Espanha, citada aqui a título exemplificativo, recordista mundial no número de doadores de órgãos falecidos por milhão de habitantes (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 181), utiliza o também o critério cardiorrespiratório (BEDENKO, 2016, p. 286), certificando a morte “a partir da cessação irreversível das funções circulatórias e respiratórias” (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 184).

Embasando a opção pelo critério mencionado, em 1995, foi realizado um workshop na cidade Maastricht, identificando quatro tipos de morte por parada cardíaca ou respiratória. No ano 2000, um novo tipo foi acrescido, totalizando cinco categorias, incluídas entre elas (I) a morte na chegada ao hospital, (II) a reanimação sem sucesso, (III) a parada cardíaca já aguardada, (IV) a parada cardíaca em doador com morte encefálica e, por último, (V) a parada não esperada em paciente grave. Os diversos países que adotam esse critério, como Estados Unidos, Canadá, Austrália e outros tantos, variam na escolha das categorias que permitiriam a doação. Alguns entendem ser possível apenas na ocorrência dos tipos III e IV, enquanto outros, como a Espanha, permitem doadores enquadrados até na primeira categoria (BEDENKO, 2016, p. 286).

Em síntese, em casos em que há morte circulatória – por exemplo, na ocorrência de parada cardiorrespiratória programada, em que aguarda-se a assistolia e descarta-se a reanimação, de pacientes que, de acordo com a família, têm limitado o tratamento de suporte vital –, a depender do controle do tempo e das circunstâncias do falecido, seria também possível o aproveitamento de diversos órgãos (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 185).

Doadores após morte circulatória são um grupo potencial de pessoas falecidas que podem ampliar o escasso número de órgãos disponíveis para transplante. Se a parada cardíaca é recente, é possível a retirada de órgãos, em especial, os rins. Em se tratando de parada não recente, podem-se aproveitar apenas os tecidos. (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 185).

Além da possibilidade de se pensar a utilização de ambos os sistemas para fins de doação, sem, porém, desconsiderar as ponderações eventualmente levantadas sobre a segurança do diagnóstico, a legislação de diversos países permite retomar o debate sobre o consentimento expresso ou presumido.

Persistindo no caso espanhol, sabe-se que prevalece no país o sistema legal do consentimento presumido. Apesar disso, a decisão final, no contexto prático e do dia a dia hospitalar, é assumida pelos familiares (CIOATTO; PINHEIRO, 2018, p. 182).

Na França, por sua vez, dado ao alto número de pessoas que morreram na fila de transplante em 2015 (AGORA..., 2015), desde 2017 todos os franceses são presumidos doadores (GUTIERREZ, 2017). Cabe, então, aos que se opuserem à doação fazer constar em registro oficial sua negativa. Tal registro pode ser preenchido na internet ou mesmo deixado com familiares antes da morte, se escrito e assinado pelo declarante. Ainda assim, caso a família apresente prova de que o falecido não desejaria a doação de órgãos, terá sua vontade respeitada (AGORA..., 2015). Até janeiro de 2017, 150 mil dos aproximadamente 66 milhões de habitantes franceses haviam aderido a lista para rejeição do consentimento (JUNE, 2017).

Além desses, Portugal também integra a lista de países optantes pelo sistema do consentimento presumido, entendendo como potenciais doadores todos os cidadãos que faleçam em unidade de saúde e que não tenham, em registro nacional criado em 1994, manifestado vontade oposta (MARQUES, 2017).

Diversos outros países, como Áustria e Bélgica, decidiram pelo sistema *opt out* (GAJEWSKI, 2017). Já Singapura, também defensora do sistema, foi além, implantando uma política que permite o balanceamento entre a decisão de doação e a prioridade em eventual entrada na lista de espera. Assim, se a pessoa opta por não ser doador de órgãos após sua morte, entende-se que ela também desiste da possibilidade de receber prioridade para o recebimento de órgãos, caso necessite no futuro. A política adotada não foge de críticas, mas tem se mostrado efetiva para aumentar a quantidade de doações (ZÚÑIGA-FAJURI, 2015, p. 199).

No mesmo viés, a experiência de Israel com a situação incluiu a aprovação, em 2010, de nova lei que introduzia um sistema de pontos de prioridade para incentivar a doação de órgãos. Uma pessoa que assinasse o cartão de doador ou doasse um órgão em vida, por exemplo, ganharia pontos, de modo a pertencer à categoria de máxima prioridade, prioridade regular ou segunda prioridade, a depender dos requisitos por ela preenchidos. Na chamada segunda prioridade, poderiam ser enquadradas até mesmo as pessoas que não possuísem o cartão de doação, desde que algum parente de primeiro grau o tivesse (ZÚÑIGA-FAJURI, 2015, p. 199).

Por outro lado, países como Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos optaram pelo sistema do consentimento expresso (LI; NIKOLKA, 2016, p. 90). Na Alemanha, em especial, desde 2012, todos os cidadãos segurados maiores de 16 anos de idade recebem de seus seguros de saúde um material informativo sobre a doação de órgãos, bem como um cartão para documentarem o desejo de serem ou não

doadores de órgãos. Nesse cartão, é possível relatar não somente a recusa ou a autorização para a doação, mas especificar quais órgãos receberiam eventual permissão do doador para sua disponibilização. Caso, porém, na ocasião do falecimento, não se encontre documentação comprovando a opção pela doação, o país segue a mesma linha dos demais optantes pelo sistema do consentimento expresse, questionando a família sobre sua decisão (DIE ENTSCHEIDUNGSLÖSUNG..., 2019).

Apesar do sistema informativo, a Alemanha enfrenta sérios problemas dado ao baixo índice de doadores, o que levou o Ministro da Saúde alemão, Jens Spahn a sugerir a adoção de uma política tendenciosa ao consentimento presumido (CAMILO; RISO, 2018). Embora tal política não tenha sido implementada, em fevereiro de 2019, o Parlamento alemão decidiu por uma nova lei para aperfeiçoamento do sistema de transplantes, melhorando a qualidade e o método de funcionamento dos hospitais e, entre outras medidas, estabelecendo novas bases para a identificação de potenciais doadores (DIE ENTSCHEIDUNGSLÖSUNG..., 2019).

Os norte-americanos, por sua vez, têm assumido uma das principais colocações no *ranking* de doadores *post mortem* por milhão de habitantes, elaborado pelo Registro Internacional de Doação de Órgãos e Transplante (INTERNATIONAL..., 2017, p. 3). Resultado de estudos em busca de entender e promover a melhoria do sistema de transplantes, um documento produzido, em 2011, por pesquisadores da Universidade Johns Hopkins, alegava ser improvável que a política do consentimento presumido aumentasse consideravelmente a disponibilidade de órgãos no Estados Unidos, podendo causar mais malefícios do que benefícios (GUTIERREZ, 2017).

Esse entendimento provém do fato de que os norte-americanos já possuem uma maior proporção de doadores de órgãos do que muitos países que optaram pelo sistema *opt out*. Para os pesquisadores, entre eles o doutor Dorry L. Segev, uma eventual mudança de política poderia colocar as famílias e as comunidades de transplante em oposição, reduzindo as taxas de doação. Seria gerado um entendimento de que, a menos que o cidadão tivesse tempo para preencher um formulário, o governo tomaria seus órgãos para si (GUTIERREZ, 2017).

Os pesquisadores alegaram ainda que, de treze países pesquisados em que se implantava o consentimento presumido, apenas Portugal seguia propriamente a lei. Na prática, os demais não permitiam o transplante se houvesse negativa da família, temendo haver uma repercussão negativa ou dano psicológico a familiares (PRESUMED..., 2011). A melhor opção, então, sob seu ponto de vista, seria seguir o exemplo espanhol no que se refere à disponibilização de médicos para procurar potenciais doadores em hospitais e conversar honestamente com os familiares sobre suas opções (GUTIERREZ, 2017).

Segev says there are still lessons to learn from countries like Spain, whose donation rate far surpasses the United States. In Spain, there are dedicated physicians at every hospital who are knowledgeable about transplant issues and who screen for potential donors, manage their care and approach families. He believes these dedicated physicians are a key reason why Spain has a higher rate of donation, not the mere existence of presumed consent.

[...] The most important thing, Segev adds, 'is that people need to be very clear with their next of kin while they are still alive about whether or not they want to be organ donors. That's who will ultimately make the decision' (PRESUMED..., 2011) ⁸

Em via alternativa, o Canadá, também adepto do consentimento expresso (GAJEWSKI, 2017), vem discutindo a possibilidade da adoção de um novo sistema, qual a seja o da manifestação compulsória. Nele, ao obter capacidade, todos os cidadãos devem expressamente optar por serem ou não doadores de órgãos (WEBER, 2017).

Por fim, o já mencionado Registro Internacional de Doação de Órgãos e Transplante, ou International Registry in Organ Donation and Transplantation (IRODaT), disponibilizou amplo relatório, em nível mundial, sobre os transplantes e doações de órgãos em 2017. Em gráfico relativo ao número de doações *post mortem* por milhão de habitantes, a Espanha figurava na primeira colocação, atingindo o total de 46.9 doações. Em seguida, vinham Portugal, Bélgica, Croácia, Estados Unidos, Malta, Itália e França. O Brasil aparece na vigésima terceira posição (INTERNATIONAL..., 2017, p. 3).

Conclusão

O Brasil apresenta um considerável número de doações de órgãos e tecidos em critérios absolutos. No que diz respeito a sua capacidade e grandiosidade, porém, o número não impressiona. Em 2017, o país ocupou apenas a vigésima terceira colocação no *ranking* mundial de quantidade de doações de órgãos *post mortem* por milhão de habitantes.

Buscando entender as controvérsias e construir o cenário mais propício ao crescimento das doações, a legislação brasileira sofreu algumas alterações, aplaudidas por alguns e questionadas por outros, ao longo dos anos.

A Lei nº 9.434/1997 permitiu uma maior regulamentação sobre a doação de órgãos e alterou o antes vigente sistema do consentimento expresso, que tornava necessária a manifestação expressa do doador, quando em vida, ou do responsável, quando ausente a anterior. Criou, assim, o sistema do consentimento presumido, que tornava todas as pessoas potenciais doadores, excluindo aqueles que expressamente se manifestaram em sentido contrário.

Alvo de várias críticas, a Lei nº 9.434 teve seu artigo 4º alterado pela Lei nº 10.211/2001, trazendo novamente o sistema do consentimento expresso ao país e requerendo a autorização da família para a doação independentemente da vontade do falecido.

⁸ Segev diz que ainda há lições para aprender com países como a Espanha, cuja taxa de doação ultrapassa em muito a dos Estados Unidos. Na Espanha, há médicos dedicados em todos os hospitais que possuem conhecimento sobre as questões envolvendo os transplantes e que avaliam potenciais doadores, administram seus cuidados e abordam as famílias. Ele acredita que esses médicos dedicados são a razão principal pela qual a Espanha tem a maior taxa de doações, não a simples existência do consentimento presumido. [...] A coisa mais importante, Segev adiciona, 'é que as pessoas precisam ser bem claras com seus relativos enquanto ainda vivas sobre quererem ou não ser doadores de órgãos. Eles são quem irão definitivamente tomar a decisão'. (PRESUMED..., 2011, tradução nossa)

Em 2017, o decreto nº 9.175/2017 trouxe novas medidas para modernizar o Sistema Nacional de Transplantes e eliminou permanentemente os resquícios legais da doação presumida, fazendo prevalecer o consentimento expresso no Brasil. Estabeleceu-se, acertadamente ou não, a depender do posicionamento defendido, uma barreira estatal à doação de órgãos, que necessitaria passar pelo crivo familiar, antes dispensado.

Não obstante a importância do papel estatal no sistema de doações e transplantes, as atitudes particulares têm se mostrado capazes de impor grandes barreiras ao aumento das doações. Entre elas, o desconhecimento assume grandes proporções, permitindo que pessoas não concedam seu consentimento em virtude de percepções incorretas sobre os posicionamentos religiosos, por exemplo. O apego da família para com o falecido, a falsa percepção de esperança concedida pelo trabalho das máquinas, o não conhecimento da vontade do falecido e a incompreensão da real dimensão benéfica da doação são outras barreiras que se levantam todos os dias.

Nesse contexto, o Brasil tem adotado medidas para informar e conscientizar a população sobre a doação de órgãos, realizando palestras, promovendo semanas dedicadas ao tema e distribuindo materiais explicativos. Projetos de Lei têm sido propostos e discutidos, questionando o sistema de doações como um todo.

A política implementada pelos países estrangeiros também é alvo de análise e discussão. Enquanto uns optam pelo sistema presumido, outros entendem mais benéfico o consentimento expresso. Em alternativa, o Canadá tem estudado a possibilidade do sistema da manifestação compulsória, exigindo que os cidadãos manifestem expressamente o desejo de serem ou não doadores.

Para além dessa discussão, as medidas espanholas para melhoria do sistema de transplantes têm sido amplamente elogiadas e outros países têm buscado alternativas para incentivar a doação. Nesse sentido, os alemães adotaram um procedimento de entrega de carteirinhas de doação, introduzindo a discussão sobre a doação de órgãos no cotidiano da população.

O Brasil oferece grande potencial para o aumento do número de doações *post mortem*, procurando a legislação nacional facilitar a realização dos transplantes e oferecer maior segurança, agilidade e eficiência durante todo o processo. Firma esse objetivo, porém, sob uma premissa mais conservadora, confiando em uma conscientização e mudança cultural da população brasileira. Não obstante serem estas indispensáveis, nada impede a discussão sobre a adoção de novas políticas de incentivo ou de real concretização da doação e dos transplantes. Em se tratando da vida humana, a busca por desenvolvimento e aperfeiçoamento torna-se sempre meta a ser atingida.

Referências

Agora, não doador de órgãos é quem deve declarar-se, na França. 2015.

Disponível em:

<<http://curiosamente.diariodepernambuco.com.br/project/agora-nao-doador-de-orgaos-e-quem-deve-declarar-se-na-franca/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

- Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. **47% das famílias se recusam a doar órgão de parente com morte cerebral.** [20--]. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?c=1063>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. **Dados Numéricos da doação de órgãos e transplantes realizados por estado e instituição no período: janeiro / setembro - 2018.** São Paulo, 2018. p. 3. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2018/rbt2018-let-3t.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. **Entenda a Doação de Órgãos: Decida-se pela vida.** São Paulo, SP. Jornal Manual Estudante, final p. 65, p. 4. 06 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/entendadoacao.pdf>>. Acesso em: 20 jun 2018.
- Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. **Entendendo a morte encefálica.** São Paulo, SP. [2016?] Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=472&c=915&s=0&friendly=entendendo-a-morte-encefalica>>. Acesso em: 11 set. 2018.
- BEDENKO, Ramon Correa et al. Analysis of knowledge of the general population and health professionals on organ donation after cardiac death. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**, [s.l.], p.285-293, p. 286, 2016. GN1 Genesis Network. <http://dx.doi.org/10.5935/0103-507x.20160043>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbti/v28n3/0103-507X-rbti-20160043.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2019.
- BONATELLI, Circe. **Falecido não decide nada.** 2007. Disponível em: <<http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2007/espaco80jun/0capac.htm>>. Acesso em: 14 set. 2018.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 453, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.480, de 1997. Brasília, Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_908_ResolucaoA1480ACFM.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- CAMILO, Diogo; RISO, Leonor. **Alemanha quer tornar a doação de órgãos obrigatória.** 2018. Disponível em: <<https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/alemanha-quer-tornar-a-doacao-de-orgaos-obrigatoria>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- CAS aprova mudança na norma para doação de órgãos em caso de falecimento. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/11/cas-aprova-mudanca-na-norma-para-doacao-de-orgaos-em-caso-de-falecimento>>. Acesso em: 20 set. 2018.

- CASTRO, Ellen de Jesus Silva et al. **Políticas de transplantes**. Unisepe, São Lourenço. p. 4. 2008. Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/saude_foco/artigos/ano2016/052_politica_transplantes.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.
- CIOATTO, Roberta Marina; PINHEIRO, Adriana de Alencar Gomes. Transplante de órgãos humanos no Brasil: a temática não pode ser declarada morta. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p.181. 2018.
- Conselho Nacional de Justiça**. [2001?] Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/doar-e-legal>>. Acesso em: 12 set. 2018.
- CONSTANTINO, Graciano. **Nova lei em França: “Consenso presumido” Significa Que Todos Tornam-se Automaticamente Doadores de Órgãos, A Menos Que Você Recuse**. Fev. 2017. Disponível em: <<https://gracianoconstantino.com/2017/02/10/nova-lei-em-franca-consenso-presumido-significa-que-todos-tornam-se-automaticamente-doadores-de-orgaos-a-menos-que-voce-recuse/>>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- Decreto 9.175/17 reforma o papel da família na decisão sobre doação de órgãos**. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27236:2017-10-19-15-00-38&catid=3>. Acesso em: 10 set. 2018.
- Die Entscheidungslösung in Deutschland und gesetzliche Regelungen in anderen europäischen Ländern**. 2019. Disponível em: <<https://www.organspende-info.de/infothek/gesetze/entscheidungsloesung>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- Doação de órgãos**. [20--]. Disponível em: <<http://doeorgaossalvevidas.com.br/site/doacao-de-orgaos/>>. Acesso em: 10 set. 2018.
- FREIRE, Izaura Luzia Silvério et al. Estrutura, processo e resultado da doação de órgãos e tecidos para transplante. **Revista Brasileira de Enfermagem**, [s.l.], v. 68, n. 5, p.837-845, out. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167.2015680511i>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672015000500837&lang=en>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- GAJEWSKI, Mischa. **France adopts opt-out organ donor policy**. Jan. 2017. Disponível em: <<https://www.ctvnews.ca/health/france-adopts-opt-out-organ-donor-policy-1.3227135>>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- GUTIERREZ, David. New law in France: ‘Presumed consent’ means everyone automatically becomes an organ donor; you have to opt-out. **Natural News**. 26 jan. 2017. Disponível em: <<https://naturalnews.com/2017-01-26-new-law-in-france-presumed-consent-means-everyone-automatically-becomes-an-organ-donor-you-have-to-opt-out.html>>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- Hospitais movimentam mês de incentivo à doação de órgãos com capacitações e ações de conscientização**. 2017. Disponível em:

<<https://saude.es.gov.br/Not%C3%ADcia/hospitais-movimentam-mes-de-incentivo-a-doacao-de-orgaos-com-capacitacoes-e-acoas-de-conscientizacao>>. Acesso em: 19 set. 2018.

IANDOLI, Rafael. **O que impede o Brasil de melhorar ainda mais seu índice de doação de órgãos.** 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/10/30/O-que-impede-o-Brasil-de-melhorar-ainda-mais-seu-%C3%ADndice-de-doa%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%B3rg%C3%A3os>>. Acesso em: 15 set. 2018.

International registry in organ donation and transplantation: Final numbers 2017. 2017. p. 3. Disponível em: <<http://www.irodat.org/img/database/pdf/IRODaT%20Newsletter%202017.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

JUNE, Laura. **France begins opt-out organ donation: Studies show that more than 90 percent of people donate in opt-out nations.** 2017. Disponível em: <<https://theoutline.com/post/818/france-begins-opt-out-organ-donation?zd=2&zi=pfv4isre>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

LI, Jessica; NIKOLKA, Till. **The effect of presumed consent defaults on organ donation.** p. 90. 2016. Disponível em: <<https://www.cesifo-group.de/DocDL/dice-report-2016-4-li-nikolka-december.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Manual do paciente: transplante de córnea. p. 5. Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/MANUAISDOPACIENTETRANSPLANTE/ManualdoPacientedeCornea.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MARQUES, Pedro Vilela. **Portugal sobe para o top 3 mundial da doação de órgãos.** Dez. 2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-sobre-para-o-top-3-mundial-da-doacao-de-ogaos-8995213.html>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

Morte encefálica: o dilema de aceitar a morte de um coração que bate. [2010?]. Disponível em: <<http://santacasacg.org.br/noticia/morte-encefalica-o-dilema-de-aceitar-a-morte-de-um-coracao-que-bate>>. Acesso em: 11 set. 2018.

Morte encefálica: Resolução define novos critérios no País. 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27380:2018-01-15-17-58-52&catid=3>. Acesso em: 11 set. 2018.

NOGUEIRA, Maicon de Araujo et al. Doação de órgãos e tecidos para transplante: contribuição teórica. **Revista Científica de Enfermagem**, São Paulo, v. 7, n. 20, p.58-69, p. 59, ago. 2017. Disponível em: <https://www.reciem.com.br/index.php/Recien/article/view/226/pdf_1>. Acesso em: 20 jun. 2019.

OLIVEIRA, João Vitor. Dilemas e conflitos éticos na doação de órgãos. **Espaço Aberto**, São Paulo, ed. 145, jan. 2013. Disponível em:

<<http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=dilemas-e-conflitos-eticos-na-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 10 set. 2018.

O que a Igreja ensina sobre doação de órgãos? 2018. Disponível em: <<https://padrepauloricardo.org/episodios/o-que-a-igreja-ensina-sobre-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

Presumed Consent Not Answer to Solving Organ Shortage in U.S., Researchers Say. 2011. Disponível em: <https://www.hopkinsmedicine.org/news/media/releases/presumed_consent_not_answer_to_solving_organ_shortage_in_us_researchers_say>. Acesso em: 14 mar. 2019.

Rádio Câmara. **Doação de órgãos e transplantes: a recusa familiar – bloco 2.** 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/504039-DOACAO-DE-ORGAOS-E-TRANSPLANTES-A-RECUSA-FAMILIAR-BLOCO-2.html>>. Acesso em: 06. mar. 2019.

Redação Guia da Semana. **As religiões.** 2011. Disponível em: <<https://www.guiadasemana.com.br/compras/noticia/as-religoes>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

Religiões apoiam a doação e o transplante de órgãos. 2015. Disponível em: <<http://www.transplante.rj.gov.br/site/Conteudo/Noticia.aspx?C=fQO8P%2B%2B3Yik%3D>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

ROSENVALD, Nelson. **Os 20 anos da lei de transplante de órgãos: “opt in” ou “opt out”?** 2017. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/02/02/Os-20-anos-da-lei-de-transplante-de-%C3%B3rg%C3%A3os-%E2%80%9Copt-in%E2%80%9D-ou-%E2%80%9Copt-out%E2%80%9D>>. Acesso em: 13 set. 2018.

ROZA, Bartira de Aguiar et al. Captação de órgãos para transplantes. In: KNOBEL, Elias. **Condutas no paciente grave.** São Paulo: Atheneu, 2006. p. 1753. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/Biblioteca_Teses/Textos/CaptacaodeOrgaosLivroEliasKnobellBartira.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

Senado examina projeto que restabelece doação presumida de órgãos para transplantes. 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/07/26/senado-examina-sugestao-de-retorno-da-doacao-presumida-de-orgaos-para-transplantes>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Semana de Incentivo à Doação de Órgãos busca conscientizar famílias. Portal Folha Pe. 23 maio 2017. Disponível em: <<https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/cotidiano/2017/05/23/NWS,28551,70,449,NOTICIAS,2190-SEMANA-INCENTIVO-DOACAO-ORGAOS-BUSCA-CONSCIENTIZAR-FAMILIAS.aspx>>. Acesso em: 19 set. 2018.

Transplante de órgãos. [20--]. Disponível em: <<http://www.chabad.org.br/interativo/FAQ/transpante.html>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

WEBER, Fernanda. **Transplante de órgãos e tecidos post mortem e a autonomia da vontade do doador versus autorização da família do de cujus**. Out. 2017. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/61234/transplante-de-orgaos-e-tecidos-post-mortem-e-a-autonomia-da-vontade-do-doador-versus-autorizacao-da-familia-do-de-cujus>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

ZÚÑIGA-FAJURI, Alejandra. Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile. **Bulletin Of The World Health Organization**, [s.l.], v. 93, n. 3, p.199-202, 1 mar. 2015. WHO Press.

<http://dx.doi.org/10.2471/blt.14.139535>. Disponível em:

<<https://www.who.int/bulletin/volumes/93/3/14-139535.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

De Mariana a Brumadinho: por um novo contorno da responsabilidade civil ambiental do Estado a partir de uma perspectiva ecocêntrica (*)

From Mariana to Brumadinho: a new contour of the State civil
liability from an ecocentric perspective

De Mariana a Brumadinho: un nuevo contorno de la
responsabilidad civil ambiental del Estado desde una perspectiva
ecocéntrica

Antônio Lucas dos Santos da Mata¹

Sumário: Introdução. **1.** Os casos de Mariana à Brumadinho: os desastres ambientais ocorridos e a uma nova epistemologia da responsabilidade civil. **2.** O ecocentrismo e o novo constitucionalismo latino americano: uma nova abordagem ética do Estado diante do tratamento ambiental. **3.** A responsabilidade civil ambiental do Estado e o novo constitucionalismo latino americano: rompimento nas concepções éticas e proteção integral da natureza. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Esta pesquisa teve como objeto central de análise os novos contornos da responsabilidade civil ambiental do Estado a partir de uma perspectiva ecocêntrica de mundo, tendo como problemática central a insuficiência do antropocentrismo como concepção ético ambiental de tratamento da natureza. Para tanto, esta pesquisa utilizou uma metodologia exploratória descritiva, a partir da análise bibliográfica de textos científicos, entre outros. Estruturalmente, foi dividida em três tópicos, sendo abordado no primeiro os desastres de Mariana e Brumadinho e a nova epistemologia da responsabilidade civil; no

(*) Recibido: 24/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá, Ceará, Brasil. Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq-BR). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Criminal e Criminologia Contemporânea (GCRIMINIS/UNICATÓLICA) e do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). Secretário de Pesquisa e Extensão do Centro Acadêmico Arnaldo Vasconcelos. lucas.mata@outlook.com

segundo, foi apresentado os novos ideais introduzidos pelo novo constitucionalismo latino-americano, influenciando diretamente na concepção ecocêntrica adotada pelas Constituições desde a década de 90; por fim, no terceiro foi abordado a necessidade de uma nova visão ético ambiental de tratamento da natureza para fins de melhor se aplicar a responsabilidade civil do Estado diante de desastres ambientais. Concluindo-se, por fim, que o antropocentrismo como visão ético-ambiental não é mais suficiente para proteger o meio ambiente como se deve, devendo-se haver a introdução do ecocentrismo nos sistemas de responsabilização civil do Estado para fins de melhorar o tratamento destinado a natureza.

Palavras-chaves: responsabilidade civil, Estado, danos ambientais, ecocentrismo.

Abstract: This research had as its central object of analysis the new outlines of the State's environmental civil liability from an ecocentric perspective of the world, having as the central problem the insufficiency of anthropocentrism as an ethical environmental conception of nature treatment. For this, this research used an exploratory descriptive methodology, from the bibliographic analysis of scientific texts, among others. Structurally, it was divided into three topics, with Mariana and Brumadinho disasters and the new epistemology of civil liability being addressed in the first; in the second, the new ideals introduced by the new Latin American constitutionalism were presented, which directly influence the ecocentric conception adopted by the Constitutions since the 90s; finally, the third addressed the need for a new ethical environmental vision of treating nature for the purpose of better applying the State's civil liability in the face of environmental disasters. Finally, concluding that anthropocentrism as an ethical-environmental vision is no longer sufficient to protect the environment as it should, and for this reason it should be introduced the ecocentrism in the state's civil liability systems in order to improve the treatment intended the nature.

Keywords: civil liability, State, environmental damages, ecocentrism.

Resumen: Esta investigación tuvo como objeto central de análisis los nuevos contornos de la responsabilidad civil ambiental del Estado desde una perspectiva ecocéntrica del mundo, teniendo como problema central la insuficiencia del antropocentrismo como una concepción ambiental ética del tratamiento de la naturaleza. Para ello, esta investigación utilizó una metodología exploratoria descriptiva, a partir del análisis bibliográfico de textos científicos, entre otros. Estructuralmente, se dividió en tres temas, con los desastres de Mariana y Brumadinho y la nueva epistemología de la responsabilidad civil abordada en el primero; en el segundo, se presentaron los nuevos ideales introducidos por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que influyen directamente en la concepción ecocéntrica adoptada por las Constituciones desde los años 90; finalmente, el tercero abordó la necesidad de una nueva visión ambiental ética del tratamiento de la naturaleza con el propósito de aplicar mejor la responsabilidad civil del Estado ante los desastres ambientales. Finalmente, concluir que el antropocentrismo como una visión ético-ambiental ya no es suficiente para proteger el medio ambiente como debería, y por esta razón se debe introducir el ecocentrismo en los sistemas de responsabilidad civil del Estado para mejorar el tratamiento destinado a la naturaleza.

Palabras clave: responsabilidad civil, Estado, daños ambientales, ecocentrismo.

Introdução

As relações humanas são imbuídas de complexidade, considerando que a partir da interação entre diferentes membros que compõem o corpo social pode resultar nos mais diferentes resultados, desde relações harmoniosas até aquelas contrárias as normas de convivência social. E, quando existem atos praticados por alguém que firam direitos de terceiros, se torna imprescindível que hajam mecanismos adequados para responsabilizar o perpetrador da conduta, de modo a ressarcir ou recuperar o bem maculado. Dentre estes mecanismos, existe a responsabilidade civil.

Além da perspectiva de danos individuais, a responsabilidade civil abrange danos coletivos, sejam estes praticados por um particular ou pelo próprio Estado, de modo a verificar meios adequados de reestabelecer a harmonia das relações sociais com a busca pelo saneamento do dano ocorrido. Ainda no tocante a responsabilidade civil do Estado, dentre suas espécies, está a reponsabilidade ambiental, em que o Estado se responsabiliza pelos danos cometidos ao meio ambiente.

Ocorre que, o atual sistema ambiental adotado pela legislação brasileira tem se pautado em uma concepção ética antropocêntrica, reduzindo o tratamento do meio ambiente a um mero objeto, o que influencia diretamente nas formas de responsabilidade civil do Estado. Por tal razão, a presente pesquisa tem como objeto de análise a problemática advinda do tratamento antropocêntrico destinado a responsabilidade civil, sem que seja levado em consideração os aspectos ecocêntricos que contribuem para a proteção integral do meio ambiente.

Tendo, ainda, como objetivo central investigar o atual panorama de responsabilidade civil do Estado, traçando um paralelo com o novo constitucionalismo latino americano e como a nova concepção ética adotada pelas mais recentes constituições no que tange ao tratamento ambiental e que como pode modificar as manifestações externas da responsabilidade civil do Estado, de modo que a proteção ambiental passe a se dar em razão da necessária manutenção do meio ambiente pelo que ele é.

Justificando-se, ainda, a presente análise pela necessária discussão acadêmica acerca dos aspectos antropocêntricos e ecocêntricos que permeiam a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que, as visões filosóficas destinadas ao meio ambiente tem se modificado com o tempo, de modo que, atualmente, principalmente na América Latina, o meio ambiente tem ganhado um proeminente espaço nas legislações pátrias no que diz respeito a sua proteção a partir de uma perspectiva ecocêntrica.

Para tanto, este estudo far-se-á uso de uma metodologia exploratória descritiva, a partir da análise bibliográfica de textos científicos, entre outros, para melhor elucidar as discussões. Metodologicamente, esta pesquisa será dividida em três tópicos, sendo abordado no primeiro uma breve elucidação dos desastres ambientais ocorridos em Mariana e Brumadinho e o que seja a nova epistemologia da responsabilidade civil; no segundo, será apresentado os ideais introduzidos pelo novo constitucionalismo latino americano, principalmente no que tange as perspectivas ecocêntricas de tratamento ambiental; e, por fim, no terceiro será explanado acerca da necessidade de uma nova visão ético ambiental de tratamento da natureza para fins de melhor se aplicar a responsabilidade civil do Estado diante de desastres ambientais.

1. Os casos de Mariana à Brumadinho: os desastres ambientais ocorridos e uma nova epistemologia da responsabilidade civil

Nos últimos quatro anos o Brasil presenciou dois desastres ambientais de grandes proporções ocasionados pelo rompimento de duas barragens gerenciadas pela empresa Vale S.A., o que gerou grandes impactos ambientais e sociais no Estado de Minas Gerais e regiões limítrofes aos locais onde ocorreram os rompimentos. Diante das consequências ocasionadas, foi-se requisitado uma atuação direta e robusta do Estado, tanto no que diz respeito a contenção dos efeitos, quanto na sua responsabilização pelos eventos catastróficos.

1.1. O rompimento das barragens de mariana e brumadinho e as consequências socioambientais

O primeiro caso, caracterizado como o pior desastre ambiental do país, foi o rompimento da barragem de Fundão, localizada no município de Mariana, no estado de Minas Gerais em 2015. De acordo com informações oficiais presentes no Laudo técnico² emitido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a barragem continha um total de 50 milhões de m³ de rejeitos, sendo 34 milhões destes lançados no meio ambiente e 16 milhões deste continuaram indo em direção ao mar, afetando o estado do Espírito Santo. A partir deste rompimento, verificou-se a perda de um total de 19 vidas humanas (PASSARINHO, 2019).

Menos de quatro anos depois do rompimento da barragem de Mariana, outra barragem, administrada pela mesma empresa, se rompeu. No início de 2019, a barragem I da mina Córrego do Feijão, situada na cidade de Brumadinho, também no estado de Minas Gerais, se rompeu e gerou grande destruição ambiental e humana. Em termos ambientais, calculou-se, 2 dias após o desastre, um dano de pelo menos 269,84 hectares (TOLENTINO, 2019) e, quanto ao quantitativo de vidas que se perderam foram de 252 mortos e 18 desaparecidos (G1, 2019). Acredita-se que a tragédia que se sucedeu em Brumadinho seja considerada a maior em termos de perda de vidas humanas em décadas em razão de rompimento de barragens (PASSARINHO, 2019).

² Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/institucional/comissao-de-etica?id=117>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.

Tanto no rompimento da barragem de Mariana, quanto na de Brumadinho, é possível perceber danos severos e imensuráveis no que tange a perda de vidas humanas e a destruição deixada no meio ambiente. No caso de Mariana, por exemplo, o IBAMA verificou problemas socioambientais como: desalojamento populacional; destruição urbana e rural, tanto na perda de prédios públicos e privados, quanto na destruição de regiões agrícolas; destruição do meio ambiente, como a perda de áreas de preservação permanente, dano expressivo a fauna e a flora local, dentre tantos outros problemas (BRASIL, 2015).

Cumula-se também a situação de vulnerabilidade a que os moradores destas regiões foram inseridos, de tal modo a não terem direitos humanos básicos consagrados sendo efetivados, como é o caso do meio ambiente saudável e à saúde, sem contar o prejuízo econômico direto que sofreram ao ter a economia local colapsada com a destruição urbana. Isto tudo contribui para que o desemprego, realidade recorrente e agravada no país nos últimos anos, se intensifique para os moradores que já se encontram em uma situação de hipossuficiência (CALVI, 2019).

Ainda no que diz respeito as consequências negativas que afetam diretamente o meio ambiente no caso de Mariana, é possível perceber um grande impacto a área ecológica, principalmente no que tange a manutenção dos ecossistemas que existiam no local, pois, em razão do rompimento da barragem, o solo não se tornará propício para o plantio, por conta da perda de nutrientes do solo, gerando um estrago que pode, inclusive, chegar ao extremo de afetar a recuperação total da região avariada pelo rompimento da barragem de Fundão (LOPES, 2016, p.10).

Além dos danos aos ecossistemas, ainda se pode falar dos danos que sofreu a bacia hidrográfica do Rio Doce, afetando a manutenção da vida na região, seja humana ou não, além de limitar a efetivação do direito humano de acesso à água³, já que o rio de água doce que abastecia a região não mais poderia ser utilizado pelos habitantes que viviam na região. Dentre os danos causados, a sua extensão fora tamanha que gerou a destruição de diversas espécies aquáticas, em razão da contaminação gerada pelos dejetos lançados pelo rompimento (LOPES, 2016).

Em razão do rompimento de tais barragens, a noção de garantia do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado foi rompida, de modo que ecossistemas e a relação homem-natureza foi prejudicada. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado está previsto na Constituição brasileira, em seu art. 225, que, estabelece uma obrigação solidária entre o Poder Público e a sociedade na preservação ecológico em território nacional (BRASIL, 1988).

Diante deste dano concreto e seus efeitos contemporâneos e para as gerações futuras, em uma perspectiva de uma justiça ambiental intergeracional, vislumbra-se a atuação do Estado brasileiro diante da contenção de tais efeitos nocivos à natureza e a vida humana, seja em Mariana, seja em Brumadinho, de tal modo a mitigar as consequências e ser efetivado a responsabilização em razão da catástrofe ocorrida.

³ Cf. SAMPAIO, R. J. S. et al. O Direito Humano à Água no contexto da Lusofonia: a declaração da CPLP ao 8º Fórum Mundial da Água. Anais do 6º Congresso Internacional do Direito da Lusofonia, GT 10: Soberania, segurança alimentar e nutricional, 2019. Disponível em: <https://www.unifor.br/web/pos-graduacao/lusofonia/anais>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

2.2. Os processos de responsabilização civil ambiental pelos danos ocorridos em Mariana e Brumadinho à partir de uma nova visão epistemológica

Considerando todo o dano ocasionado em Mariana e Brumadinho, e nas regiões limítrofes ou que sofreram algum impacto, mesmo que em menor escala, em razão das tragédias ocorridas, questiona-se acerca dos processos de responsabilização por tudo que se transcorreu, tanto em uma perspectiva privada, quanto em uma perspectiva pública, tendo em vista os estragos deixados e a intensificação de problemáticas sociais, à perda de ecossistemas e de patrimônio cultural, além do baque na economia local.

De antemão, cabe mencionar o contexto de responsabilização da empresa responsável pela gerência das barragens, analisando-se a partir da premissa base de uma responsabilidade social empresarial. A ideia aqui se pauta na atuação socialmente consciente das empresas em sociedade, tanto no aspecto humanizado, na observância de direitos já estabelecidos e na oferta de oportunidades de trabalho e ambientes não insalubres, quanto no aspecto ambiental, em que a empresa direciona sua atuação a causar o menor impacto na natureza possível. Ocorre que, a noção de uma responsabilidade social empresarial apenas potencializa os discursos neoliberais ao entregar às empresas o condão de atuar de modo responsável, algumas acabam por desvirtuar o sentido deste conceito e atuar de modo a não efetivar os interesses coletivos, mas apenas os corporativos (FONTOURA, Y. et al., 2019, p. 20).

Esta situação, de atuação irresponsável de empresas na consecução de suas atividades, mesmo sabendo que deveriam ser socialmente responsáveis, fica evidente no caso da atuação da empresa Vale S.A., que, segundo o parecer técnico n. 07/2019 da Agência Nacional de Mineração⁴, não forneceu os dados corretos da situação da Barragem I de Brumadinho. De acordo com o parecer, a empresa não cumpriu com diversas de suas obrigações estabelecidas em lei, sendo que, caso o tivesse, poderia ter reduzido as chances do rompimento da barragem ao ser detectado pela Agência Nacional de Mineração o risco apresentado e o incremento na fiscalização do local, dentre outras atividades, que visariam a manutenção da vida útil da barragem.

Seguindo o que prediz a legislação pátria, àqueles que ocasionarem danos a terceiros, possuem a obrigação de os repararem, de modo que haja o restabelecimento da normalidade das relações sociais afetadas⁵. E, no caso, a obrigação de reparação de danos ambientais e sua proteção, como já mencionado, é imputado tanto ao ente público quanto a coletividade, de modo que, a iniciativa privada possui o dever solidário de proteção do meio ambiente.

⁴ BRASIL. Parecer técnico n. 07/219 – GSBM/SPM/ANM-ESGJ/LHPR/LPN/WAN, Agência Nacional de Mineração, 23/09/2019. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/parecer-007-2019-brumadinho-final>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL. Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23 de março de 2020).

Além da responsabilidade imputada ao ente privado, ainda há que se falar da responsabilidade civil ambiental do Estado diante de tais catástrofes, seja ao lidar com os eventos pós-rompimento das barragens, ao buscar conter os resíduos sólidos que foram lançados em diversas regiões, seja ao desenvolver medidas socioambientais que mitiguem as consequências negativas de tais eventos extremos.

A Constituição Federal, estabelece como de competência concorrente entre os entes federativos a possibilidade de edição de normas que visem, além da proteção do meio ambiente em sua integralidade, a elaboração de leis específicas sobre a responsabilidade quanto ao cometimento de danos ambientais⁶. Tais disposições constitucionais demonstra o interesse dos Constituintes originários de, ao se entregar a competência para todos os entes federativos, realizar uma proteção mais efetiva ao meio ambiente, de modo que seria possível a edição de normas locais, regionais e nacionais com as devidas necessidades observadas.

Contemporaneamente, fala-se em um novo senso epistemológico de se encarar a responsabilidade civil, seja esta privada ou pública, à medida que rompe com o tradicionalismo dos critérios e passa a adotar novos para aumentar o rol de aplicação da responsabilidade e a melhor adequação ao caso concreto. Dentre os novos critérios, pode-se citar o dever de proteção ao próximo, por exemplo, que entra em cena como a obrigação que as empresas e o Estado têm de defender os terceiros que fazem uso de seus serviços (MENEZES, LIMA, COSTA, 2019, p. 32). Isto demonstra que a responsabilidade civil não mais deve ser analisada apenas sob uma ótica, mas deve ser impregnada por outros aspectos e critérios que melhor ainda consubstanciem sua aplicação, principalmente considerando aspectos como o ecocentrismo que tem se difundido na América Latina à partir do Novo Constitucionalismo Latino Americano.

2. O ecocentrismo e o novo constitucionalismo latino americano: uma nova abordagem ética do estado diante do tratamento ambiental

O novo constitucionalismo latino americano se desenvolveu a partir das transações democráticas ocorridas na América Latina, modernizando as Constituições existentes de modo a trazer textos normativos progressistas e com novas visões éticas. Nesse aspecto, as Constituições que compõem este novo modelo estão inseridas no quarto período evolutivo constitucional na América Latina, que comporta as constituições criadas na década de noventa, assim como as demais anteriores a este período que foram modernizadas a partir das reformas ocorridas. Dentre as características deste novo modelo constitucional, pode-se citar o expansionismo dos direitos e garantias fundamentais, de tal modo a assegurar um

⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; [...] VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 de dezembro de 2019).

tratamento igualitário em todas as suas dimensões, e não simplesmente ser aplicado uma perspectiva formal da igualdade (MELO, 2010).

A partir deste novo constitucionalismo, fora introduzido na América Latina um novo modelo que se pauta na busca por vislumbrar as demandas sociais à medida que tenta solucionar erros passados no que tange ao Estado democrático. Um ponto de rompimento paradigmático trago por este novo modelo é da participação democrática das comunidades indígenas na construção constitucional, trazendo em seu bojo uma complexidade que inter-relaciona acessibilidade aos textos normativos, ineditismo nas redações constitucionais e o desenvolvimento de direitos e garantias com uma abrangência maior. Na própria noção do ineditismo apresentado por tais constitucionais, vêm à tona as discussões em torno de um Estado Constitucional socioambiental, de modo a introduzir um sistema que se preocupa com o histórico cultural da nação e do meio ambiente sem rejeitar o desenvolvimento de um estado socioeconômico que contribuirá para a garantia de uma boa qualidade de vida (VIEIRA, ARMADA, 2014).

Ainda no que tange as modificações introduzidas por este modelo, tem-se o ativismo judicial dialógico, que teve como caso emblemático o julgamento colombiano que introduziu o estado de coisas inconstitucionais. Este novo ativismo, que não se limita a Colômbia, trouxe uma nova metodologia do judiciário abordar os direitos socioeconômicos tendo em vista a omissão dos demais poderes nos tratos das problemáticas sociais. No caso julgado, a corte colombiana agiu de tal modo a desenvolver medidas com impactos em diferentes esferas, desde a coordenação de agências governamentais, até a reconfiguração da natureza do problema, sendo considerado pela corte como violação de direitos humanos (OLIVEIRA, et al., 2013).

O novo constitucionalismo latino americano apresenta uma nova epistemologia do ser a partir de uma cosmovisão sulista, que rompe com o tradicionalismo da visão humana a partir da sociedade ocidental nortista. O que se busca é uma intensificação valorativa dirigida aos conhecimentos e perspectivas dos membros que compõem o cone sul, para que se adeque as instituições democráticas e sociais à realidade sulista. Um exemplo de tal premissa é a introdução do bem viver como premissa base para as constituições andinas, que traz consigo um desejo de viver uma vida com qualidade e no presente, tendo em vista a liquidez e flacidez do tempo. Nessa perspectiva, o que se pretende é abrir um espaço democrático de respeito as diferenças étnicas à medida que se cria mecanismos de proteção a diversidade e aos direitos fundamentais (SILVA, KROHLING, 2015).

A partir do modelo constitucional emergente nos países que compõem a Comunidade Andina, tem-se percebido uma constante influência nos países latinos americanos no que tange a adoção de um modelo ecocêntrico, que tem como centralidade uma concepção ética ambiental protetiva ao meio ambiente⁷. Pode-se

⁷ A título de exemplo pode-se mencionar o disposto na Constituição Equatoriana, que prediz: “Art. 14 - Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, *labiodiversidad* y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. Art. 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el

citar, por exemplo, a atribuição à natureza de subjetividade jurídica (*Pachamama*), que lhe permite se autodefender perante ataques a sua manutenção⁸. Este modelo constitucional do bem viver busca harmonizar as relações antrópicas com a natureza, de modo a incorporar em sociedade um senso de unidade, solidariedade e equilíbrio entre os povos (MORAES, 2013).

Antes de se pensar o modelo ecocêntrico de constituição, prevalecia uma concepção ética ambiental pautada no antropocentrismo, em que reduzia o meio ambiente a um objeto para satisfação das vontades humanas. Assim, a proteção ao meio ambiente existiria, tão e somente, em razão da vinculação existente entre a necessidade do ser humano de utilizar os recursos naturais que este provê e as consequências que se dariam se este não fosse protegido. É possível perceber na proteção do meio ambiente a partir de uma concepção antropocêntrica dois momentos: o primeiro, de proteção subsidiária do meio ambiente, sendo apenas reflexo da proteção dos interesses privados; e o segundo, que havia a confusão entre proteção do meio ambiente e tutela da saúde humana, saindo da proteção do meio ambiente a partir da ótica da esfera privada individual e iniciando uma perspectiva mais geral no tocante a proteção do meio ambiente para garantir a saúde coletiva (ABREU, BUSSINGER, 2013).

Visando romper com os paradigmas até então adotados pela ética antropocentrista, surgiu o ecocentrismo ou o holismo que atribuiu a natureza um valor em si mesmo, desvinculado esta da objetificação da necessidade humana para se tornar um organismo vivo complexo sem o qual a vida na Terra não seria possível. Essa concepção não se limita a uma compreensão do meio ambiente natural como único aspecto que compõe a natureza, mas engloba também aspectos da ecologia humana e social, que se vincula às sociedades e suas culturas. O que se busca proteger, a partir do ecocentrismo, é uma coexistência harmoniosa entre os seres vivos, contemplando as relações entre o homem e a natureza de modo a proteger esta com valor próprio, e não em razão de uma subordinação a interesses humanos (PESSOA, BARRETO, 2015).

O ecocentrismo apregoa um sistema de ecologia integralizada, com respeito a todos os seres vivos e organismos que habitam no planeta. Nesta não existe diferenciação entre vida humana e vida não humana, tendo em vista que todas

derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.” (OAS. Constitución de la República del Ecuador 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 23 de março de 2020);

⁸ Em relação a subjetiva jurídica atribuída a natureza, pode-se citar o caso do Rio Vilcabamba, que, representado por Richard Fredrick Wheeler e Eleanor Geer Huddle, ingressou em uma ação judicial visando a proteção efetiva dos direitos da natureza estabelecidos na Constituição equatoriana (Cf. GUSSOLI, F. A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilcabamba, XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Felipe-Gussoli-classificado-em-1%C2%BA-lugar-.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019).

possuem seu valor para o ecossistema global. O que se vislumbra é a inserção do ser humano em um contexto natural da qual não poderia se apartar e que, ao não proteger efetivamente, estaria gerando um rompimento nas relações harmoniosas da natureza (MALISKA, MOREIRA, 2017).

Assim, tendo em vista a essência do novo constitucionalismo latino americano, se torna notório a adesão ao modelo ecocêntrico constitucional. A partir do rompimento com os paradigmas eurocêntricos e neoliberais de consumo e exploração, o novo constitucionalismo busca introduzir um sistema pluralista e diversificado, fundamentado nos conhecimentos tradicionais dos povos nativos, para imbuir o corpo normativo constitucional e infraconstitucional de uma ideologia de bem viver. O bem viver, enquanto novo modo de se verificar as relações humanas e ecológicas, não possui um significado fechado e concreto, se encontrando ainda em um estágio de desenvolvimento, podendo-se, preliminarmente, compreendê-lo como uma filosofia de vida indígena de equilíbrio entre os seres habitantes da Terra (MORAES, 2014).

E nessa perspectiva, de um novo constitucionalismo latino americano, questiona-se acerca da relação entre esse novo modelo constitucional e o sistema de responsabilidade civil do Estado em casos envolvendo danos ambientais, tendo em vista a relação das diferentes concepções éticas ambientais no tratamento ambiental.

3. A responsabilidade civil ambiental do estado e o novo constitucionalismo latino americano: rompimento nas concepções éticas e proteção integral da natureza

A responsabilidade civil para fins de indenização por danos cometidos contra direitos de terceiro se pauta na base de um sistema de justiça que prevê uma obrigação de arcar com todos os transtornos causados na esfera individual de outros indivíduos. E na perspectiva de uma responsabilidade civil do Estado, se dá em razão da intervenção deste em diferentes esferas da sociedade, podendo gerar a partir desta intervenção danos individuais ou coletivos. Nesse sentido, esta espécie de responsabilidade perpassou um contexto evolutivo histórico, indo de teorias que negavam qualquer responsabilidade do Estado, principalmente em razão dos contextos absolutistas que se desenvolveu, até a teoria de responsabilização objetiva do Estado, que independe da caracterização de culpa do dano ocorrido (TONINELLO, 2019).

E no que tange especificamente a responsabilidade civil ambiental do Estado, se torna necessário compreender os contornos conceituais do que seja o dano e como ele se manifesta. O dano ambiental pode ser entendido como uma violação de direitos transindividuais, de ordem coletiva ou não, seja este do meio natural ecológico ou do meio antrópico, como é o caso do patrimônio histórico e as tradições culturais. Além disso, ele se manifesta em diferentes dimensões, desde aspectos que dizem respeito a abrangência do impacto, seja na ordem particular ou coletiva, até aspectos monetários, em que o dano pode ser auferido a partir de critérios patrimoniais (CARVALHO, 2006, p. 159).

Além da perspectiva de uma responsabilização pós-facto, que se manifesta após a ocorrência do dano e que se pauta no risco concreto e que é objetivamente

possível auferir todos os seus efeitos; ainda, pode-se falar em uma perspectiva de responsabilização por danos ambientais futuros, dos quais os Estados – todos, sem exceção –, não podem se dar a prerrogativa de esperar que o dano ocorra para que alguma medida venha a ser tomada. Exemplos de tais situações seriam os grandes desastres ambientais, como o caso Chernobyl, no norte ucraniano, e os incêndios florestais na Amazônia brasileira, em que ambos ocasionaram grande impacto ecológico e antrópico. A responsabilidade pelos danos ambientais futuros se fundamenta em dois princípios do direito ambiental, o da precaução e da justiça intergeracional, que rompe com a noção de dano atual para abarcar também os danos que poderão ocorrer (CARVALHO, 2006).

O meio ambiente é um considerado pela Constituição Federal como um direito difuso, sendo que sua proteção se dá através de uma corresponsabilidade de todos os cidadãos de respeitá-lo, assim como, caso necessário for, propor ações judiciais que visem a sua proteção. Para tanto, a Carta Federal estabeleceu apenas dois critérios para ação civil pública ecológica, qual seja a titularidade dos direitos políticos e a comprovação do dano ambiental ocorrido (FRANCO, 2007).

E dentro da perspectiva de proteção deste direito difuso, a responsabilidade civil ambiental do Estado surge como mais um meio de efetivar o sistema de defesa da natureza de modo a garantir a subsistência dos espaços ecológicos, culturais e históricos em âmbito nacional. Ainda mais, tendo em vista o expansionismo de atuação do Estado, adentrando em diversos segmentos da sociedade, e figurando-se como salvaguarda central da natureza, considerando a essencialidade deste meio para a vivência humana e dos demais seres que habitam o planeta. Inclusive, fala-se na superação da própria noção de Estado Social ou Liberal, rumando para um Estado Socioambiental, que preconiza, além das relações humanas, a proteção e o respeito ao meio ambiente (TONINELLO, 2019).

Chegando na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano, que introduziu as visões de ecocêntricas a nível constitucional, é possível perceber um novo delinear de proteção, respeito e responsabilização por parte do Estado dirigido ao meio ambiente, patrimônio cultural e histórico da nação, de modo a defender a tradição ecológica dos países da América Latina. Os ideais tragos pelas Constituições da quarta geração do novo constitucionalismo latino americano, e as revisadas desde a década de noventa até a atualidade, buscam romper com a base eurocêntrica que havia construído a doutrina constitucional predominante nos países ocidentais, de modo a valorizar a cultura nacional e o espírito das tradições locais durante o processo de estabelecimento dos direitos e deveres constitucionais (SILVA, 2015).

A partir do espírito normativo pautado na cultura do Bem Viver, com o estabelecimento de direitos subjetivos à própria natureza, percebe-se um romper epistemológico entre a concepção ética antropocêntrica, de cunho mais individualista e subordinativa do meio ambiente aos desejos humanos, para uma concepção ética ecocêntrica, que traz um senso de coletividade e defesa da natureza em razão de si mesma, e não por ser um objeto de apreciação humana. Nessa ótica, o meio ambiente não mais existe como objeto, mas como ser vivo que carece de respeito e defesa por parte dos que o compõe, incluindo a humanidade. Um exemplo desta situação é perceptível a partir do Caso Vilcabamba, no Equador, em que um

rio, por conta da poluição que estava afetando sua vida útil, figurou como sujeito ativo em uma ação de reparação e proteção deste meio ecológico, sendo representado por duas pessoas (MALISKA, MOREIRA, 2017).

No que tange à realidade brasileira, a partir da dicção do artigo 225 da Constituição é possível depreender um sistema antropocêntrico de defesa do meio ambiente, tendo em vista que o Constituinte elencou o meio ambiente como um bem de uso comum (BRASIL, 1988). E tal concepção influencia diretamente na forma de tratamento do Estado diante de responsabilidade civil ambiental. Por exemplo, no caso de Mariana e Brumadinho, houveram danos tanto de natureza coletiva, à medida que gerou um grande desastre ambiental com a destruição de ecossistemas, poluição de fontes fluviais, etc., assim como houveram danos individuais, com a perda de vidas humanas, destruição de patrimônio, entre outros; a partir disso, o Ministério Público Federal têm atuado avidamente na busca pela reparação destes danos, desde Mariana à Brumadinho, entretanto, sua atuação têm se pautado em ideários antropocêntricos (MPF, 2016), no sentido de reparação da natureza pelos danos causados ao objeto de uso comum, e não da proteção do meio ambiente por sua essencialidade em si mesmo.

Por mais que os ideais antropocêntricos estejam imbuídos no art. 225 da Constituição Federal, ainda sim é possível perceber a importância que o Constituinte originário destinou ao meio ambiente de modo a preservá-lo completamente. A partir da dicção do parágrafo primeiro deste artigo, o Constituinte elencou critérios que objetivam a efetivação da proteção do meio ambiente, tais como medidas socioambientais sustentáveis e conscientes de empresas que possam gerar danos ambientais durante a prática de suas atividades; a educação ambiental em todas as esferas; etc (BRASIL, 1988). Deixando claro, com isso, que por mais que o meio ambiente seja atribuído de uma visão de “bem em comum”, deve-se haver a sua manutenção para se assegurar a pretensa vontade da coletividade de o preservar e garantir, para as gerações presentes e futuras, a possibilidade de usufruir daquilo que o meio ambiente fornece a humanidade sem que, no percurso, cause um dano irreversível aos ecossistemas e a harmonia natural.

O novo constitucionalismo, ao romper com a forma de tratamento da natureza de mero objeto, trouxe uma nova perspectiva de atuação do Estado na defesa do meio ambiente, seja na possibilidade de se estabelecer direitos subjetivos dos quais estes possam figurar como partes em sua própria defesa, seja no respeito integral e holístico de sua existência, ao contemplá-lo como parte essencial à vida. E a partir desta nova concepção ética, os próprios contornos de responsabilização do Estado em casos de danos ambientais são transmutados, a partir da infusão do ecocentrismo como diretriz base.

Conclusão

Esta pesquisa buscou discutir acerca de um novo contorno de responsabilidade civil ambiental do Estado através de uma perspectiva ecocêntrica de mundo, rompendo com os paradigmas tracionais antropocêntricos e começando a encarar o meio ambiente como um ser essencial em si mesmo. Para isto, este artigo descreveu no primeiro tópico acerca dos desastres ambientais que ocorreram em Mariana e a nova epistemologia de responsabilidade civil, demonstrando os danos

socioambientais que ocorreram e como se torna imprescindível que haja a responsabilização pelos eventos ocorridos.

Além disso, foi argumentado no segundo tópico acerca dos marcos centrais do novo constitucionalismo latino americano, a partir de uma perspectiva ecocêntrica, que vislumbra o bem viver como princípio basilar das relações humanas e não humanas, considerando a natureza como parte de um grande sistema harmônico e interligado entre si, do qual o ser humano é apenas mais um de seus componentes. E, por fim, no terceiro foi traçado os contornos da responsabilidade civil ambiental do Estado a partir de uma perspectiva ecocêntrica, de modo a preencher a atuação do Estado com um novo ideal de tratamento ambiental. Cumprindo-se, assim, a partir da presente investigação o objetivo proposto, qual seja a análise dos contornos da responsabilidade civil do Estado e como as concepções éticas ambientais a permeiam.

Podendo-se concluir, a partir desta pesquisa, que o tradicionalismo da concepção ética antropocêntrica não é mais suficiente para lidar corretamente com o meio ambiente, tendo em vista que este não é um mero objeto de usufruto da humanidade. Pelo contrário, o meio ambiente tem vida em si próprio, necessitando de respeito e cuidados especiais, uma vez que, caso este seja degradado, poderá atingir um ponto do qual não poderá ser revertido e isto afetará diretamente a vida no planeta, humana ou não.

Além disso, o atual panorama de responsabilidade do Estado em casos de danos ambientais se pauta em uma perspectiva antropocêntrica, seguindo os ditames constitucionais, priorizando o homem diante da natureza. Ocorre que, com a crescente onda do novo constitucionalismo latino americano, principalmente desde a década de 90, as Constituições têm modificado suas concepções para o ecocentrismo, tanto por razões histórico-culturais, quanto pelo desejo de proteger o meio ambiente em sua integralidade.

E com isso, constata-se que a responsabilidade civil do Estado está diretamente ligada a concepção ética adotado pelas Constituições, sendo imprescindível que haja uma mudança de mentalidade das formas de tratamento do meio ambiente para que esta possa entrar em cena com uma maior efetividade e senso de defesa pelo meio ambiente em si mesmo. Principalmente, ao transformar o meio ambiente em um sujeito de direitos, sendo representado por toda a coletividade, e não o tratar como um objeto da humanidade.

Referências

- ABREU, I. S. BUSSINGER, E. C. A. *Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: uma breve análise das escolas de pensamento ambiental*. Revista Derecho y Cambio Social, n. 34, 2013. Disponível em:
https://www.derechocambiosocial.com/revista034/escolas_de_pensamento_ambiental.pdf. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.
- BRASIL. *Código Civil*. 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 de março de 2020

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 de dezembro de 2019.
- BRASIL. *Laudo técnico preliminar: impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, 2015. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/institucional/comissao-de-etica?id=117>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.
- BRASIL. *Parecer técnico n. 07/2019 – GSBM/SPM/ANM-ESGJ/LHPR/LPN/WAN*, Agência Nacional de Mineração, 23/09/2019. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/parecer-007-2019-brumadinho-final>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.
- CALVI, P. *Os quatro anos do rompimento da barragem de Mariana: balanço das violações de direitos humanos*. Câmara dos Deputados, Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/os-quatro-anos-do-rompimento-da-barragem-de-mariana-balanco-das-violacoes-de-direitos-humanos>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.
- CARVALHO, D. W. *Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2470>. Acesso em: 09 de dezembro de 2019.
- FONTOURA, Y. et al. *“Da lama ao caos”: reflexões sobre a crise ambiental e as relações estado-empresa-sociedade*. Revista de Estudos Organizacionais e Sociedade – Farol, v. 6, n. 15, 2019. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/farol/article/view/5440>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.
- G1. *Vale omitiu problemas na barragem de Brumadinho antes do rompimento, diz relatório da ANM*. Jornal Nacional, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/11/05/vale-omitiu-problemas-na-barragem-de-brumadinho-antes-do-rompimento-diz-relatorio-da-anm.ghtml>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.
- GUSSOLI, F. *A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba*, XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Felipe-Gussoli-classificado-em-1%C2%BA-lugar.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019
- LOPES, L. M. N. *O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais*. Sinapse Múltipla, v. 5, n. 1, 2016. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/11377>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

MALISKA, M. A. MOREIRA, P. D. *O caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico*. Sequência: estudos jurídicos e políticos, v. 38, n. 77, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n77p149>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

MENEZES, J. B. LIMA, M. M. B. COSTA, A. P. *Análise epistemológica da responsabilidade civil na contemporaneidade*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 21, n. 3, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/463>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

MORAES, G. O. *O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas*. Revista da faculdade de direito, v. 34, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/11>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

MORAES, K. G. *Bem viver: um novo paradigma para a proteção da biodiversidade por seu valor intrínseco*, p. 107-130. In: LEITE, J. R. M. PERALTA, C. E. (Orgs). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329451420_Bem_viver_um_novo_paradigma_para_a_protecao_da_biodiversidade_por_seu_valor_intrinseco. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

MPF. *MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da Samarco*, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>. Acesso em: 09 de dezembro de 2019.

OAS. *Constitucion de la Republica del Ecuador 2008*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 23 de março de 2020.

OLIVEIRA, D. A. J. M. *O novo constitucionalismo latino-americano: paradigmas e contradições*. Revista Quaestio Iuris, v. 6, n. 2, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11775>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

PASSARINHO, N. *Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho poder ser a pior no mundo em 3 décadas*. BBC News Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.

- PESSOA, F. M. G. BARRETO, P. C. *Éticas ambientais, sustentabilidade e direito do meio ambiente*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA), v. 25, n. 27, 2015. Disponível em:
<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/15214>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.
- SAMPAIO, R. J. S. et al. *O Direito Humano à Água no contexto da Lusofonia: a declaração da CPLP ao 8º Fórum Mundial da Água*. Anais do 6º Congresso Internacional do Direito da Lusofonia, GT 10: Soberania, segurança alimentar e nutricional, 2019. Disponível em: <https://www.unifor.br/web/pos-graduacao/lusofonia/anais>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.
- SILVA, H. F. *A patrimonialização do meio ambiente e o novo constitucionalismo latino-americano: a Pachamama e a Busca pelo Buen Vivir*. Revista Derecho y Cambio Social, n. 42, 2015. Disponível em:
https://www.derechocambiosocial.com/revista042/A_PATRIMONIALIZACAO_DO_MEIO_AMBIENTE.pdf. Acesso em: 09 de dezembro de 2019.
- SILVA, H. F. KROHLING, A. *O novo constitucionalismo latino-americano: por uma epistemologia do ser a partir da América-Latina (sul)*. Revista Derecho y Cambio Social, n. 42, 2015. Disponível em:
https://www.derechocambiosocial.com/revista042/O_NOVO_CONSTITUCIONALISMO_LATINO-AMERICANO.pdf. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.
- TOLENTINO, L. S. *Rompimento de barragem da Vale destruiu 269,84 hectares*. Ministério do Meio Ambiente, 2019. Disponível em:
<https://www.mma.gov.br/informma/item/15392-rompimento-de-barragem-destruiu-269-hectares-em-brumadinho-mg.html>. Acesso em: 01 de dezembro de 2019.
- TONINELO, A. C. *Responsabilidade civil ambiental do Estado em decorrência dos desastres ambientais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019. Disponível em:
<https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/4829>. Acesso em: 08 de novembro de 2019.
- VIEIRA, R. S. ARMADA, C. A. S. *Paradigmas do novo constitucionalismo latino-americano*. Revista Científica Direitos Culturais, v. 9, n. 18, 2014. Disponível em:
<http://siaibib01.univali.br/pdf/Paradigmas%20do%20novo%20constitucionalismo%20latino-americano.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos requisitos de validade à luz da legislação brasileira (*)

Advance directives: an analysis of the validity requirements in the light of brazilian legislation

Directivas anticipadas de voluntad: un análisis de los requisitos de validez a la luz de la legislación brasileña

Gabriela Azeredo Gusella¹

Margareth Vetis Zaganelli²

Pedro Lenno Rovetta Nogueira³

(*) Recibido: 11/12/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Advogada. Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), com bolsa de mestrado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/DS). Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio (FD). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora acadêmica dos Grupos de Pesquisas *Bioethik* (UFES) e Desafios do Processo (UFES).
gabrielagusella@gmail.com
- ² Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais 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, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "*Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities*" - cofinanciado pela União europeia.
mvetis@terra.com
- ³ Advogado. Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Futura. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisador acadêmico do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES).
pedrolenno.rn@gmail.com

Sumário: Introdução. **1.** Considerações sobre autonomia da vontade e direito à morte digna: diretivas antecipadas de vontade. **2.** O panorama legal brasileiro e as perspectivas de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade. **3.** Os requisitos de validade para a formulação de uma diretiva antecipada de vontade. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O artigo tem por escopo as diretivas antecipadas de vontade, um mecanismo que visa garantir o respeito à autonomia da vontade do paciente e a sua dignidade humana, para que possa decidir previamente acerca de tratamentos médicos que quer, ou não, vir a ser submetido em um momento no qual se encontra impossibilitado de manifestar, de forma livre e consciente, a sua vontade. Este estudo versará sobre a utilização desse instrumento no Brasil, a partir de uma análise de seu conceito, tão quanto dos textos legais que tratam da temática no país. Por meio de metodologia de natureza qualitativa e pesquisa bibliográfica, pretende-se elencar quais são os requisitos de validade exigidos para sua formulação, com o objetivo de identificar se existe previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro para embasar a formulação das diretivas antecipadas de vontade, ou se é necessária uma legislação específica sobre a temática em comento.

Palavras-chave: diretivas antecipadas de vontade, requisitos de validade, autonomia da vontade, bioética

Abstract: The article has focus on the advance directives, a mechanism that aims to ensure that the patient's autonomy and human dignity are respected, so that can he decides in advance about medical treatments he want to undergo, or not, at a time when he is unable to freely and consciously express his will. This study will deal with the use of this instrument in Brazil, starting from an analysis of its concept, as well as the legislation regarding the theme in this country. Through qualitative methodology and bibliographic research, the intention of the study is to list the legal requirements for its formulation in a valid manner, in order to identify whether there corresponding legal basis already exists in the Brazilian legal system to support the formulation of an advance directives, or if a specific legislation is needed on the subject in commend.

Key words: advance directives, validity requirements, autonomy, bioethics

Resumen: El artículo tiene como alcance las directivas anticipadas de voluntad, un mecanismo para garantizar el respeto de la autonomía de la voluntad del paciente y la dignidad humana, para que pueda decidir por adelantado sobre los tratamientos médicos que desea, o no, someterse en un momento en que no puede expresar su voluntad de manera libre y consciente. Este estudio se ocupará del uso de este instrumento en Brasil, basado en un análisis de su concepto, así como de los textos legales que tratan el tema en el país. A través de la metodología cualitativa y de la investigación bibliográfica, se pretende enumerar qué requisitos de validez se requieren para su formulación, para identificar si existe una disposición legal en el sistema legal brasileño para apoyar la formulación de las directivas anticipadas de voluntad, o si se necesita una legislación específica sobre el tema en cuestión.

Palabras clave: directivas anticipadas de voluntad, requisitos de validez, autonomía de voluntad, bioética.

Introdução

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) configuram um importante mecanismo que o paciente tem à sua disposição para que possa decidir previamente acerca de tratamentos médicos que quer ou não vir a ser submetido em um momento no qual se encontre impossibilitado de manifestar, de forma livre e consciente, a sua vontade. É, portanto, um instrumento que visa garantir o respeito à capacidade de autodeterminação do paciente e assegura que a sua dignidade humana também será respeitada quando estiver diante de um diagnóstico de terminalidade de vida.

Em que pese o assunto ser amplamente debatido mundialmente no âmbito da bioética, no Brasil ainda existem problemáticas que não foram satisfatoriamente resolvidas, principalmente, no tocante à regulamentação legislativa e à formulação das DAV. Isso, pois, até mesmo o conceito do que viria a ser uma DAV ainda é vacilante no país, sendo muitas vezes, erroneamente, utilizado como sinônimo exclusivamente de testamento vital.

Além disso, a temática tem sido embasada, atualmente, principalmente por meio de resoluções da deontologia médica, de modo que, face à inexistência de lei em sentido estrito, nem mesmo os seus requisitos de validade são unânicos na literatura jurídica.

Sendo assim, esse trabalho buscará, por meio de metodologia qualitativa, pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, conceituar o que se entende por DAV no Brasil, tão quanto elencar quais são os seus requisitos de validade, com base em uma análise geral do panorama legal atual e das perspectivas futuras a respeito da temática no país. Objetiva-se, com isso, identificar se as normas que existem no ordenamento jurídico brasileiro são suficientes para embasar a sua formulação válida, ou se é preciso a criação de uma legislação específica sobre a temática.

1. Considerações sobre autonomia da vontade e direito à morte digna: diretivas antecipadas de vontade

Na cultura ocidental, a partir da segunda metade do século XX, o tema morte passou a ser encarado como um verdadeiro “tabu”.⁴ Ocorre que a morte é algo inexorável a todo ser humano e, por isso, não falar sobre o assunto e, principalmente, não se planejar para esse momento acaba suscitando verdadeiras problemáticas cotidianas que buscam na ciência jurídica uma possível solução.

Uma dessas problemáticas, extremamente atual no âmbito da bioética, é a que reveste o direito à morte digna. Parte-se da premissa de que do mesmo modo que “a vida humana deve ser respeitada, honrada e digna, a morte também deve ser vista

⁴ CAPUTO, Rodrigo Feliciano. O homem e suas representações sobre a morte e o morrer: um percurso histórico. **Revista Saber Acadêmico**, São Paulo, n. 6, p. 73 - 80, dez., 2008. p. 79.

sobre este prisma”.⁵ Dessa forma, questiona-se: quem deve decidir a quais os tratamentos um paciente será submetido e até que ponto a obstinação terapêutica estará respeitando ou ferindo a dignidade humana, principalmente, no final da vida deste paciente?

Segundo a concepção do princípio da autonomia da vontade, produzida pela cultura moderna ocidental, não há dúvidas de que tais questões dizem respeito à esfera pessoal do indivíduo, não devendo, portanto, ser a decisão relegada a terceiros, como médicos e familiares, havendo um claro confronto à adoção unicamente de uma postura paternalista baseada nos princípios de não-maleficência e de beneficência da tradição hipocrática.⁶

A questão se reveste, entretanto, de maiores questionamentos quando o paciente, o qual tem capacidade, discernimento e o direito de decidir com base na sua autonomia da vontade, não se encontra apto de manifestar livremente o seu desejo. Nesse contexto, surgem as diretivas antecipadas de vontade, como um instrumento capaz de trazer maior segurança, na medida em que garantirá que a vontade do paciente será respeitada, mesmo que este não esteja mais em condições de expressá-la livremente, respeitando, sobretudo, a sua dignidade humana e a sua capacidade de autodeterminação.

Vale ressaltar, porém, que reconhecer a autonomia do paciente não significa retirar a autonomia do médico, “mas reconhecer a alteridade presente nesta relação, onde as decisões devem ser compartilhadas”.⁷ Pode-se falar, portanto, que o papel do médico continua sendo fundamental, pois deve prestar as informações necessárias para que o paciente decida de forma adequada, por meio de um consentimento informado livre e esclarecido.⁸

Nesse contexto, as diretivas antecipadas de vontade (DAV) podem ser entendidas como um documento redigido por uma pessoa capaz, visando a manifestação prévia de sua vontade no que diz respeito a tratamentos aos quais deseja ou não ser submetida no caso de, futuramente, estar acometida por uma situação que a impossibilite de manifestar a sua vontade.⁹

As DAV são tidas como um gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandado duradouro. O mandado duradouro, consiste na nomeação de um procurador de saúde para decidir em nome do paciente, quando este estiver

⁵ WU, Linda Luiza Johnlei; ALVES, Bruna Aline Roque. Questões jurídicas e bioéticas acerca da terminalidade da vida. **Revista Jus Populis**, Barretos, v. 1, n.1, p. 142 – 152, jan/jun., 2015. p. 150. Disponível em: <<http://revistadigital.unibarretos.net/index.php/JusPopulis/article/view/55/55>>. Acesso em: 10 Abr. 2019.

⁶ SILVA, Franklin Leopoldo e; SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. **Revista Bioética**, v. 6, n. 1, p.15-23, 2009. p. 19.

⁷ ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA**, n. 32, v.3, p. 358-362, 2012. p. 361.

⁸ BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 26, p. 22-30, set., 2012. p. 28.

⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 110.

impossibilitado, definitiva ou temporariamente, de manifestar sua vontade.¹⁰ O testamento vital, por sua vez, considerado erroneamente como sinônimo de DAV¹¹, pode ser “entendido como documento elaborado por certa pessoa enquanto capaz, determinando quais tratamentos deseja receber, ou deixar de receber, acaso/quando vier a se tornar incapaz de declarar a sua vontade”¹² por estar acometido por uma situação de terminalidade.

Observa-se, dessa forma, que tanto o testamento vital quanto o mandado duradouro são documentos que serão utilizados em situações nas quais o paciente não possa expressar de forma livre e consciente a sua vontade, ao passo que as DAV, enquanto gênero, são mais abrangentes, podendo dispor inclusive sobre situações nas quais o paciente não se encontra em um quadro de diagnóstico de terminalidade.¹³

As DAV, assim, tornam-se um importante instrumento capaz de concretizar a democracia, “quando dada aos indivíduos a liberdade pessoal de poder decidir sobre os momentos finais da sua vida, retirando o peso do cunho familiar ou médico”.¹⁴

2. O panorama legal brasileiro e as perspectivas de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade

O debate acerca das diretivas antecipadas de vontade (DAV) no Brasil é pautado na análise de vários textos normativos, mas até o presente momento, diferentemente do que ocorre em outros países¹⁵, não há no país uma legislação específica que regule a temática.

¹⁰ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n.1, p. 106-112, 2013. p. 107.

¹¹ GOMES, Alessandra Dias Baião. Entre a cruz e a espada: diretivas antecipadas de vontade e o consentimento. **Revista do IBDFAM – Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 2. p. 26-32, mar./abr., 2014. p. 23.; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; DADALTO, Luciana. Um novo direito para um novo milênio. In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade: autonomia e dignidade do paciente**. Cap. 3. p. 58-73. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.1). p. 65.

¹² FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun., 2013. p. 2. Disponível em: <<http://civilistica.com/consideracoes-sobre-o-testamento-vital/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹³ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n.1, p. 106-112, 2013. p. 107.

¹⁴ PROVIN, Alan Felipe; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Diretivas antecipadas de vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana na hora da morte. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, p. 1799-1824, 2013. p. 1819. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5430/2855>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹⁵ Alguns países, à título de exemplo, que possuem legislação ou dispositivos de lei específicos sobre as DAV são: Estados Unidos, Espanha (MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas antecipadas de vontade: construções de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito**, Viçosa, v.10, n.01, p. 251-279, 2018. p. 254), Argentina, Chile, Uruguai (PATTELA, Lúcia Helena Dupuy; ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Diretivas antecipadas de vontade do paciente: uma breve introdução ao tema. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, vol. 58, n. 2, p. 162-165, abri./jun. 2014. p.

Dessa forma, para traçar um panorama atual de regulamentação da matéria e, principalmente, concluir se o que se tem até o momento é suficiente para a utilização desse instrumento, é importante analisar todos os diplomas que tratam da temática de forma direta ou tangencial, inclusive, aqueles provenientes da deontologia médica.

Primeiramente, como já foi falado, o estudo das DAV se dá com base na análise de alguns princípios constitucionais que visam assegurar ao paciente o direito a sua autodeterminação e a garantia de sua dignidade humana no final da vida. Sendo assim, pode-se afirmar que a formulação de uma DAV tem arcabouço legal constitucional nos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso II, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que tratam, respectivamente, dos princípios da dignidade humana, expressamente, e da autonomia, de modo implícito.¹⁶

As DAV são ainda regulamentadas pelas legislações infraconstitucionais nas esferas cível e penal, com base, principalmente, nas disposições do artigo 15 do Código Civil e dos artigos 121 e 146, §3º, inciso I, do Código Penal, que disciplinam os crimes de homicídio e constrangimento ilegal, respectivamente.¹⁷ Ademais, questões específicas relativas aos requisitos formais para formulação de uma DAV poderão ser extraídas tanto do Código Civil quanto da legislação especial, como será tratado no tópico *infra*.

A Constituição, tão quanto o Código Civil, o Código Penal e as legislações especiais, entretanto, embora contenham importantes normas que são utilizadas para nortear a disciplina da temática, não possuem um regramento específico acerca das DAV. Atualmente, as DAV são tratadas de uma maneira mais detalhada somente pela deontologia médica, que muito embora tenha sua relevância no panorama atual, não é lei em sentido estrito.¹⁸

A primeira regulamentação mais específica acerca da temática no Brasil que merece destaque é a Resolução de nº 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), publicada no Diário Oficial da União em 28 de novembro de 2006, Seção I, página 169. Tal diploma da deontologia médica dispõe, conforme o artigo

163.), Porto Rico, México, Colômbia (MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes da. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**, v. 27, n. 1, p. 86-97, 2019. p. 90), Alemanha (GUSELLA, Gabriela Azeredo; VETIS, Margareth Zaganelli. *Patientenverfügung*: direito à autodeterminação do paciente em final de vida no ordenamento jurídico alemão. In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade**: autonomia e dignidade do paciente. Cap. 11. p. 150-165. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.2), França, Portugal (DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M.**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 443-460, jul./dez. 2016.), e etc.

¹⁶ MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas antecipadas de vontade: construções de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito**, Viçosa, v.10, n.01, p. 251-279, 2018. p. 268.

¹⁷ ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. **Revista Bioethikos**, v.7, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, 2013. p. 267.

¹⁸ Por lei em sentido estrito, deve ser entendida apenas “a norma jurídica aprovada regularmente pelo Poder Legislativo.” (MONTORO, Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de informação legislativa**, v. 9, n. 33, p. 55-80, jan./mar., 1972. p. 56.).

1º, que é permitido aos médicos limitarem ou suspenderem procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, respeitando a vontade deste ou de seu representante legal.¹⁹

A Resolução nº 1.805/2006 do CFM pode ser tida como um importante marco na instauração de um debate mais profundo sobre a temática no país, principalmente, por ter sido alvo de pleito de nulidade ou, alternativamente de alteração, por parte do Ministério Público Federal (MPF) do Distrito Federal, na ação civil pública de nº 2007.34.00.014809-3 ajuizada em 2007, em face do Conselho Federal de Medicina (CFM), com pedido de antecipação de tutela para suspender os efeitos da Resolução – pedido este que foi deferido.²⁰

O MPF, em síntese, defendeu a nulidade desta Resolução por entender que o CFM não possui competência para regulamentar como ética uma conduta que é tipificada como crime no Brasil e, além disso, argumentou que o direito indisponível à vida só poderia ser restringido por lei em sentido estrito. Já o CFM, em sede de contestação, sustentou que a Resolução não disciplinava as condutas de eutanásia ou distanásia, mas tão somente de ortotanásia, que não é crime e seria uma prática decorrente do princípio da dignidade humana, consubstanciada no direito à boa morte.

Dessa forma, suscitou-se um debate no âmbito da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, que versou sobre conceitos importantes da bioética, estabelecendo-se, de maneira definitiva na sentença prolatada em 1º de dezembro de 2010, que a Resolução tratava de ortotanásia, que não viola o direito à vida e nem constitui o crime tipificado no artigo 121 do Código Penal, não havendo, portanto, nulidade na Resolução, bem como motivo para sua alteração, sendo, portanto, julgado improcedente a ação e revogada a antecipação de tutela concedida.²¹

Em 2009, visando regulamentar a temática legislativamente, foi proposto por autoria do senador Gerson Camata o Projeto de Lei nº 524/2009, construído com os “mesmos dispositivos da Resolução nº 1.805/2006 do CFM, porém de forma mais detalhada”.²² Esta tentativa de formular uma legislação específica, entretanto, não vingou e o projeto foi arquivado em 2014.

Também em 2009, o mesmo senador apresentou o Projeto de Lei nº 6.715/2009, visando alterar o Código Penal, para excluir a suposta ilicitude da

¹⁹ BRASIL. CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1805, de 2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

²⁰ BRASIL. Justiça Federal. TRF da 1ª Região. **Ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

²¹ BRASIL. **Sentença da ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²² BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 26, p. 22-30, set., 2012. p. 29.

ortotanásia²³, trazendo disposição interessante sobre quem estaria apto a tomar a decisão acerca dos tratamentos médicos diante da impossibilidade de consentimento do paciente, relegando tal tarefa, segundo o texto inicial, aos familiares – cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. Tal projeto de lei, dez anos após a sua propositura, ainda está em tramitação.

Importante, nesse ponto, ressaltar que o debate sobre a ortotanásia foi um passo fundamental para se chegar ao que se tem hoje sobre as diretivas antecipadas de vontade, entretanto, não são expressões sinônimas,

(...) a ortotanásia caracteriza-se pelo respeito à decisão do paciente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, de limitar ou suspender procedimento e/ou tratamento que prolonguem sua vida, sendo garantidos os cuidados necessários quanto a uma assistência integral, enquanto que as diretivas antecipadas de vontade tratam de decisão realizada em estado anterior de enfermidade, no caso em que, verificada ou ocorrida essa enfermidade, o paciente se encontre em estado de inconsciência, não podendo manifestar sua vontade de forma livre e autônoma.²⁴

Ainda em 2009, foi elaborado o novo Código de Ética Médica (CEM), Resolução do CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, ainda em vigor, que é um diploma normativo de destaque, pois busca o respeito por parte dos profissionais da medicina pela autonomia do paciente, “reconhecendo a importância e a influência que a bioética principialista teve, nas últimas décadas, sobre a estrutura das relações entre médicos e pacientes”.²⁵

Conforme o artigo 41 do CEM, o médico deverá levar em consideração a vontade expressa do paciente ou de seu representante legal, oferecendo os cuidados paliativos disponíveis nos casos de doença incurável e terminal.²⁶

Posteriormente, em 2012, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na V Jornada de Direito Civil, “tomando por base os artigos 1.729 e 1.857 do Código Civil Brasileiro, aprovou o enunciado nº 528”²⁷ que dispõe expressamente sobre o testamento vital. Entretanto, assim como as resoluções do CFM, os enunciados das jornadas não possuem força de lei em sentido estrito, mas podem ser apontados como importantes diretrizes a serem seguidas tanto por médicos, quanto por juristas.

²³ ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. **Revista Bioethikos**, v.7, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, 2013. p. 266.

²⁴ ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. **Revista Bioethikos**, v.7, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, 2013. p. 267.

²⁵ PATTELA, Lúcia Helena Dupuy; ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Diretivas antecipadas de vontade do paciente: uma breve introdução ao tema. **Revista daAMRIGS**, Porto Alegre, vol. 58, n. 2, p. 162-165, abri./jun. 2014. p. 165.

²⁶ BRASIL. CEM. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1931, de 2009**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁷ PROVIN, Alan Felipe; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Diretivas antecipadas de vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana na hora da morte. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, p. 1799-1824, 2013. p. 1818. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5430/2855>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

Conforme o enunciado de nº 528, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

é válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.²⁸

Também em 2012, surgiu uma das mais importantes disposições acerca da temática, a Resolução do CFM nº 1.995/2012, publicada no diário oficial da União no dia 31 de agosto de 2012, na seção I, páginas 269-70. Até o momento, todas as diplomas supracitados, sejam resoluções do CFM ou projetos de lei, tratavam de forma apenas tangencial sobre a temática, dispondo acerca de tratamentos médicos, autonomia da vontade, ortotanásia dentre outros conceitos de bioética.

O enunciado 528, da V Jornada de Direito Civil do CJF, foi o primeiro a trazer expressamente a nomenclatura “testamento vital”, entretanto, a Resolução do CFM nº 1.995/2012 foi a pioneira em disciplinar expressamente as diretivas antecipadas de vontade, de forma mais exaustiva.

Assim como ocorreu com a Resolução nº 1.805/2006 do CFM, a Resolução nº 1.995/2012 do CFM também foi objeto de questionamento por meio da ação civil pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500, ajuizada em janeiro de 2013 pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, “propondo a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da referida Resolução”²⁹, em face do Conselho Federal de Medicina, com pedido de antecipação de tutela para que esta fosse suspensa – pleito este que foi indeferido.³⁰

Dentre os argumentos trazidos pelo Ministério Público Federal, pode-se destacar a ausência de competência do CFM para tratar de matéria que somente a União poderia dispor, com base no artigo 22, incisos I, XVI e XXIII da CRFB/1988, tão quanto por entender que a Resolução foi omissa em pontos essenciais ao disciplinar as diretivas antecipadas de vontade.

Em sua contestação, o Conselho Federal de Medicina, alegou em síntese, como principais argumentos, que não haveria motivo para se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a União, por meio da Lei nº 3.268/57 teria outorgado ao CFM competência para tratar do exercício técnico e moral da Medicina e, além disso, tal resolução estaria devidamente embasada no respeito à autonomia e dignidade da pessoa humana, tão quanto nos artigos 5º, inciso III, da CRFB/1988 e artigos 1º, 5º e 15 do CC/2002.

²⁸ BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file>. Acesso em: 03 jul. 2019.

²⁹ ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. **Revista Bioethikos**, v.7, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, 2013. p. 266.

³⁰ BRASIL. Justiça Federal. TRF da 1ª Região. **Ação civil pública nº. 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trfcaptcha_id=c15a36d043d11f05e27321dd3fbf227d&trf1_captcha=gjqt&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Em sentença prolatada em 21 de fevereiro de 2014, foi julgada improcedente a ação, com base no entendimento, dentre outros, de que a resolução não extrapolava os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/57, apenas regulamentando uma conduta médica, estando de acordo com os artigos 15 e 107 do CC/2002, tão quanto os artigos 1º, inciso III e 5º, inciso III, ambos da CRFB/1988, tendo efeitos apenas na relação ético-disciplinar existente entre o Conselho e os médicos.³¹

Observa-se, dessa forma, a relevância do julgamento desta ação para o fortalecimento do instituto das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, pois foi a “primeira decisão judicial no país reconhecendo a validade da vontade manifestada pelo paciente em uma DAV”.³²

Ademais, a Resolução nº 1.995/2012 do CFM é até hoje uma das mais importantes fontes textuais sobre as DAV no Brasil. Prova disso é que, já no artigo 1º da Resolução, é traçado um conceito de DAV: “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.³³

Em 2013, por sua vez, foi aprovado o enunciado de nº 533 na VI Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, relacionado ao artigo 15 do Código Civil, que devido aos avanços biomédicos carecia de uma nova interpretação³⁴, com a seguinte redação:

o paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.³⁵

Ademais, no âmbito dos Tribunais brasileiros, embora ainda de maneira esparsa, é possível encontrar algumas decisões, principalmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que envolvem a temática, no sentido de que deve ser respeitada a vontade do paciente previamente manifestada, sendo,

³¹ BRASIL. **Sentença ação civil pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&proc_id=10003179584&cpw=10884523500250&secao=GO&proc=10398620134013500&desc=Senten%C3%A7a>. Acesso em: 10 jun. 2019.

³² DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M.**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 443-460, jul./dez., 2016. p. 446.

³³ BRASIL. CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1995, de 2012**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

³⁴ MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas antecipadas de vontade: construções de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito**, Viçosa, v.10, n.01, p. 251-279, 2018. p. 268.

³⁵ BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em: 10 jun. 2019.

inclusive, utilizada de base para a fundamentação da decisão com tal posicionamento a Resolução de nº 1.995/2012 do CFM.³⁶

Diante de todo o exposto, observa-se a importância que as resoluções do CFM tiveram no desenvolvimento da regulamentação do instituto no Brasil, tão quanto o papel da jurisprudência e das Jornadas em traçar uma diretriz interpretativa para viabilizar a sua utilização.

No que tange às perspectivas futuras de tratamento legal acerca das DAV, existem atualmente alguns projetos de lei em tramitação que visam melhor disciplinar a temática pelas vias legislativas. Pode-se destacar o Projeto de Lei nº 5559, de 2016, de autoria dos deputados Pepe Vargas, Chico D'Angelo e Henrique Fontana, em tramitação na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre os direitos dos pacientes trazendo em sua redação original artigos específicos sobre as DAV.³⁷

Além disso, existe outro projeto de lei tramitando no Senado Federal que visa regulamentar as DAV: o PL nº 149, de 2018, de autoria do senador Lasier Martins, tendo como relator atual o senador Fabiano Contarato. Por fim, pode-se citar a elaboração de mais um projeto de lei, em 2018, no Senado Federal, o qual foi tombado sob o nº 267, sendo o senador Paulo Rocha o autor. Porém, a tramitação deste foi encerrada por pedido de retirada do relator, que o destinou ao arquivo.

3. Os requisitos de validade para a formulação de uma diretiva antecipada de vontade

No Brasil, como foi demonstrado, as diretivas antecipadas de vontade foram regulamentadas até o momento pela deontologia médica, o que suscita o questionamento sobre a necessidade de formulação de uma legislação nacional específica para disciplinar o tema.³⁸

Não há dúvidas que uma legislação específica, assim como existe em vários outros países, ajudaria na implementação do instituto com uma maior segurança jurídica tanto para médicos, como para os próprios pacientes, familiares e juristas.

Além disso, uma legislação nacional auxiliaria em uma mais ampla divulgação desse instrumento e dos seus requisitos o que, por conseguinte, poderia fomentar a sua maior utilização.

Entretanto, a sua ausência não impede a formulação de uma DAV com base no panorama legal atual, mas ocasiona uma instabilidade principalmente quanto ao

³⁶ Nesse sentido: TJRS, 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70.065.995.078. Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 3.9.2015.; TJRS, 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70.054.988.266. Rel. Des. Irineu Mariani, j. 23.11.2013.

³⁷ MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas antecipadas de vontade: construções de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito**, Viçosa, v.10, n.01, p. 251-279, 2018. p. 270.

³⁸ PITHAN, Livia Haygert. Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. **Revista da SORBI**, v. 1, n. 1, p. 3-11, dez., 2013. p. 7.

cumprimento das diretivas já formuladas, o que leva, em alguns casos, à necessidade de se recorrer ao Judiciário para sanar a controvérsia.³⁹

Assim, reforça-se que com base nos textos legais atualmente em vigor no país, já é plenamente possível formular uma DAV, devendo o paciente, contudo priorizar a sua formulação com o auxílio multidisciplinar de profissionais técnico-científicos da medicina e do direito para que o instrumento formulado possa ter validade e, principalmente, eficácia.⁴⁰

Antes de traçar os requisitos de validade específicos para a formulação de uma diretiva antecipada de vontade é importante identificar que esta, enquanto declaração de vontade do paciente “destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece”⁴¹, nada mais é do que um negócio jurídico.

Sendo assim, como todo negócio jurídico, deve preencher os requisitos gerais de validade do artigo 104 do Código Civil, quais sejam: a declaração de vontade deve ser emitida por agente capaz, o objeto do negócio deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e a sua forma deve ser aquela disciplinada em lei.⁴²

Nessa mesma linha de raciocínio, a qual relaciona as DAV aos negócios jurídicos para uma aplicação analógica às primeiras dos dispositivos do Código Civil que regulamentam os segundos, dois dos autores deste artigo já tiveram a oportunidade de se manifestarem a favor de uma adaptação, às diretivas, dos artigos da parte geral do mencionado diploma material civil que disciplinam a interpretação dos negócios jurídicos.

Com isso, respeitando-se a evidente mudança de paradigma – já que as diretivas cuidam de direitos da personalidade e os negócios, normalmente, de direitos patrimoniais – seria possível interpretar uma declaração de vontade pretérita do paciente, visando à compreensão objetiva do que realmente o mesmo buscou deixar decidido acerca do tipo de tratamento médico pelo qual pretendia passar, antes de adentrar em estado terminal que o impossibilite de manifestar sua vontade.⁴³

³⁹ PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 168-186, ago. 2019. p. 182.

⁴⁰ Em recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, evidenciou-se a possibilidade de formulação de uma DAV no Brasil com base nas normas vigentes, ao se decidir que para a formulação desta não há necessidade de chancela judicial para atestar a sanidade do paciente, podendo a manifestação deste ser regularmente realizada em cartório extrajudicial e, caso queira, para fins de cautela adicional resguardando a validade do ato, pode ser feita mediante a presença de testemunhas e com a juntada de atestados médicos. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1000938-13.2016.8.26.0100. Rel. Des. Mary Grün, j. 10.4.2019.).

⁴¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 465.

⁴² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 492.

⁴³ NOGUEIRA, Pedro Lenno Rovetta; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A autodeterminação do paciente e a interpretação de sua declaração. In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade**: autonomia e dignidade do paciente. Cap.

Logo, nota-se a ligação dos negócios jurídicos com as diretivas antecipadas, haja vista que ambos são atos de vontade de um sujeito de direitos que regulamentam sua esfera jurídica. Tal premissa, somada à falta de uma regulamentação específica para as DAV, acaba não somente por cancelar a aplicação das regras pertinentes aos negócios jurídicos como parâmetros para interpretar a declaração de vontade formadora das DAV, mas também a adotar os mesmos pressupostos de validade do artigo 104, do Código Civil.

Dito isto, passa-se à análise de cada um dos requisitos de validade das DAV, de acordo com o panorama jurídico normativo atual. Inicialmente, é de bom alvitre explanar acerca da capacidade como pressuposto para a formulação de diretivas válidas. Nesse sentido, como se sabe, a interpretação conjunta dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 estabelece que os sujeitos de direitos de 18 anos ou mais são plenamente capazes para os atos da vida civil.

Dessa forma, pessoas naturais que estejam abrangidas por essa faixa etária, ou aquelas que, mesmo sem tê-la atingido, sejam emancipadas, podem reger de forma autônoma atos que influenciem sua própria vida. Por conseguinte, esses sujeitos de direitos poderão formular as DAV, uma vez que, notoriamente, são atos marcados pela autonomia da vontade, conforme já salientado, em respeito ao direito à liberdade do indivíduo sobre seu corpo e suas funções vitais.

Tanto é assim que o art. 3º, *caput*, do Projeto de Lei nº 149/2018, aludido no tópico acima, estabelece como requisito para formulação válida de DAV a necessidade de ser a pessoa maior e capaz. Com efeito, o citado enunciado prevê a elaboração das DAV como direito de “toda pessoa maior e capaz”.⁴⁴

Outrossim, o já citado PL nº 5.559/2016, em seu art. 2º, I, define autodeterminação como a “a capacidade do paciente de se autodeterminar segundo sua vontade e suas escolhas, livre de coerção externa ou influência subjugante”.⁴⁵

Logo, constata-se que tal projeto de lei, em trâmite na Câmara dos Deputados, também acaba prescrevendo a capacidade como pressuposto das DAV e, se interpretado à luz do texto vigente do Código Civil, o paciente considerado plenamente capaz de se autodeterminar é o que possui 18 anos de idade ou mais, ou, ainda, os emancipados.

Todavia, é preciso esclarecer sobre os maiores de 16 anos e os menores de 18 anos que não receberam a emancipação, pois são elencados no artigo 4º do Código Civil brasileiro como relativamente capazes.

12. p. 190-201. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.1). p. 196-197.

⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5559, de 2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=0E1B43D7BD52CAF18FEA2A87B308F3BD.proposicoesWebExterno2?codteor=1467788&filename=PL+5559/2016>. Acesso em: 24 nov. 2019.

Sobre o assunto já se manifestou Luciano Dadalto que “os limites objetivos de fixação de idade utilizados pelo Código Civil devem ser flexibilizados”, pois, explica a autora, que a capacidade do aludido diploma material civil é uma formalidade e, para elaboração das DAV, a capacidade deve ser entendida como discernimento, o qual deve ser verificado à época da manifestação de vontade, para averiguar se o paciente “estava em pleno gozo de suas funções cognitivas e não se este se enquadrava no conceito de pessoa capaz civilmente”. Assim, conclui Dadalto que, a pessoa menor de idade poderá formular diretivas antecipadas, contudo, é preciso “requerer autorização judicial, que somente poderá negá-la se for comprovada a falta de discernimento para praticar tal ato”.⁴⁶

No mesmo sentido, Joyceane Bezerra de Menezes e Júlia D’Alge Mont’Alverne Barreto apontam que não deve ser negado ao adolescente a faculdade de redigir uma DAV válida. Explicam as doutrinadoras que

uma vez atestado o discernimento do adolescente, não lhe pode ser negado o direito de conduzir sua vida da maneira que desejar, sobrepondo-se a vontade dos pais ou responsáveis em detrimento de seu próprio querer. O conceito abstrato de capacidade contido no Código Civil é, então, condição afastável para o adolescente elaborar diretivas antecipadas de vontade, desde que possua discernimento para tanto, segundo aferição médica, perfazendo, assim, sua autonomia.⁴⁷

Nota-se que os posicionamentos das três autoras acima abordadas não fazem ressalva a somente os adolescentes entre 16 e 18 anos poderem realizar DAV, mas mencionam qualquer menor de idade que tenha o necessário discernimento.

O presente trabalho, por sua vez, alinha-se a este posicionamento, de forma a aceitar as DAV formuladas por adolescentes, desde que o pedido seja endereçado e autorizado ao juiz competente, mediante o acompanhamento de profissional da medicina que possa atestar o discernimento do menor.

Todavia, destaca-se que para tanto, seria preciso alterar os textos dos mencionados Projetos de Lei nº 5.559/2018 e nº 149/2018, em curso na Câmara e no Senado, respectivamente, a fim de deixar claro o direito do adolescente, que deve ser deferido por um magistrado acompanhado de um parecer médico.

Outrossim, é importante ressaltar a respeito das pessoas maiores de idade, portadoras de algum tipo de deficiência que, por determinação da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) deixaram de ser consideradas incapazes. Isso porque, com a vigência do Estatuto, seu artigo 114 alterou a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, enquanto que o artigo 85 foi expresso ao trazer que a curatela somente afeta os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, de forma que os portadores de alguma deficiência maiores de 18 anos, inclusive as mentais, são plenamente capazes para os atos da vida civil relacionados aos direitos de caráter extrapatrimonial ou existencial.

⁴⁶ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n.1, p. 106-112, 2013. p. 109-110.

⁴⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra; BARRETO, Júlia, D’Alge Mont’Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 566-588, set./dez. 2017. p. 583.

Dessa forma, quanto à pessoa com deficiência, defende-se o mesmo raciocínio exposto para o adolescente, de modo que será preciso aferir o seu discernimento acerca da dimensão do que representa a formulação das DAV. Porém, a discussão precisa ser aprofundada quanto à necessidade de ocorrer uma autorização judicial nesse caso, haja vista a capacidade reconhecida pelo Código Civil.

No que concerne à forma, o já comentado artigo 104, do Código Civil pátrio, preceitua que ela deverá ser a prescrita por lei, ou, caso não haja uma determinação específica, que o meio escolhido para exteriorizar a vontade do sujeito de direito não esteja vedado pela legislação.

Nesse sentido, é cediço que ainda não há nenhuma norma jurídica no ordenamento brasileiro que determine uma forma própria para elaborar as DAV. Assim, atualmente, pode-se afirmar que as diretivas antecipadas de vontade “se aperfeiçoam livremente, ou seja, não há necessidade de instrumento escrito, nem particular, nem público para existência, validade e eficácia do ato”.⁴⁸

Entretanto, em análise do § 1º, do artigo 3º, do Projeto de Lei nº 149/2018, do Senado Federal, vê-se que o legislador pretende prescrever uma forma determinada para que as diretivas possam ser devidamente seguidas. Cuida-se de escritura pública sem conteúdo financeiro, lavrada em cartório competente. O artigo 2º, I, do mesmo projeto, também define as DAV como “manifestação documenta em escritura publicado sem conteúdo financeiro”.⁴⁹

Seguindo a mesma linha, o PL nº 5.559/2018, em curso na Câmara dos Deputados,⁵⁰ em seu artigo 2º, II e III, e artigo 22, parágrafo único, III, caracteriza as DAV como documento escrito, no qual o paciente declarará expressamente sua vontade. Contudo, o PL nº 149/2018, do Senado, avança no detalhamento quanto à escritura pública.

Ressalta-se, que o conteúdo dos mencionados projetos, embora não sejam idênticos, mormente aquele em trâmite no Senado da República, está em consonância com o entendimento da literatura jurídica pátria, a qual, mesmo diante da ausência de legislação específica, também aponta que deve ser pressuposto para formulação das DAV a forma escrita, com o devido registro em cartório, por meio de instrumento público.⁵¹

⁴⁸ ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas de vontade e a morte digna. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019. p. 52.

⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5559, de 2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0E1B43D7BD52CAF18FEA2A87B308F3BD.proposicoesWebExterno2?codteor=1467788&filename=PL+5559/2016>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵¹ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n.3, p. 463-476, 2013. p. 471.; DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n.1, p. 106-112, 2013. p. 110.

Ademais, quanto ao assunto, é de extrema relevância ressaltar que o Projeto de Lei nº 149, de 2018,⁵² em seu artigo 4º, *caput*, prevê que é possível a alteração verbal das DAV, por meio de declaração direta do paciente que anteriormente as formulou ao prestador de cuidados à sua saúde. Já o parágrafo único do citado artigo proposto, enuncia que o médico assistente deverá registrar no prontuário qualquer alteração verbal das DAV.

Entende-se que se trata de medida salutar que, se aprovada, poderá evitar muitos transtornos e irá privilegiar a vontade atual do paciente que, por um momento, puder se manifestar verbalmente. Entretanto, não há dúvidas de que este dispositivo, diante do artigo proposto no mesmo projeto de lei – de necessidade de formulação da DAV de forma escrita registrada em cartório –, pode suscitar uma problemática no que tange à validação dessa manifestação verbal realizada diretamente ao médico com o registro realizado apenas no prontuário do paciente.

Por conseguinte, quanto ao objeto, é intuitivo, pelo o que se expôs até aqui, que as DAV poderão versar sobre tratamentos e cuidados de saúde que o paciente desejará receber, ou não, caso seja acometido de doença terminal e fique impossibilitado de expressar sua vontade de maneira livre e autônoma. Exatamente nessa linha estão os artigos, 2º, I, e 3º, *caput*, do Projeto de Lei nº 149, de 2018. Não obstante, para esclarecer tal conteúdo das diretivas, os incisos III, IV e V, do citado artigo 2º, do PL nº 149/2018, ainda trazem as seguintes definições:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

III – pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde: pessoa em estágio avançado de doença incurável e progressiva ou vítima de grave e irreversível dano à saúde, cujo prognóstico, em ambos os casos, seja de morte iminente e para a qual, de acordo com a melhor evidência científica, não exista perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos;

IV – cuidados paliativos: procedimentos indispensáveis para promover a qualidade de vida e a dignidade do paciente, mediante prevenção e tratamento com finalidade de alívio de dor e de sofrimento de natureza física, psíquica, social e espiritual;

V – procedimentos desproporcionais, fúteis ou extraordinários: procedimentos terapêuticos que, no caso concreto do paciente, não são capazes de promover melhor qualidade de vida e cujas técnicas podem impor sofrimentos em desproporção com os possíveis benefícios delas decorrentes.⁵³

Assim, seguindo tais definições, o referido artigo 3º do projeto em questão, § 2º, prevê que apenas os cuidados ou procedimentos considerados desproporcionais, fúteis ou extraordinários poderão ser recusados nas DAV, sendo vedada, por outro lado, a negativa em receber cuidados paliativos.

Ao seu turno, o Projeto de Lei nº 5.559, de 20178, com tramitação na Câmara Federal, traz, em seu artigo 2º, II, a mesma essência em relação ao que pode ser

⁵² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

objeto das DAV, bem como, no inciso V, também traça contornos semelhantes ao que se compreende como cuidados paliativos. Além disso, o artigo 13, do mesmo projeto, faz alusão à necessidade de o paciente ser informado sobre o tratamento, a medicação e o método diagnóstico serem experimentais. Igualmente, o artigo anota que é direito do paciente consentir ou recusar-se em participar de pesquisas científicas na área da saúde.⁵⁴

Certamente, cuida-se de importante disposição do projeto de nº 5.559/2018, sob a análise dos deputados federais, pois é plenamente possível, em prestígio à autonomia, e dignidade do paciente, que este possa aceitar, ou não, cuidados que são apenas testes e possuem pouca – ou nenhuma – certeza de sucesso. Também por essa premissa, o autor das DAV poderá concordar ou discordar com sua participação em pesquisas das ciências da saúde.

Ademais, o Projeto de Lei nº 149/2018, do Senado da República, no artigo 6º,⁵⁵ assim como o de nº 5.559/2018, da Câmara dos Deputados, no artigo 2º, III,⁵⁶ também elencam como possível conteúdo das diretivas a indicação de um representante para decidir sobre os cuidados e tratamentos médicos aos quais o paciente poderá ser submetido, quando este também não pode exprimir seu desejo.

De outra banda, no que tange à legislação vigente, da qual se constroem normas jurídicas válidas, pode-se apontar o artigo 15, do Código Civil⁵⁷, como fundamento para o conteúdo das DAV. Isso porque, o citado dispositivo proíbe que alguém seja constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Sendo assim, como ensina Luciana Dadalto, as diretivas asseguram o cumprimento do mencionado artigo 15 da codificação civilista, porquanto evitam o constrangimento do indivíduo passar por tratamentos médicos inúteis, “que apenas potencializam o risco de vida, e os procedimentos médico-hospitalares sempre representam risco”.⁵⁸ Contudo, apesar de o artigo 15 do Código Civil ser um norte para as DAV, o ideal seria complementá-lo em legislação específica para o que pode ser objeto das diretivas, a exemplo dos projetos de lei analisados neste tópico.

⁵⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5559, de 2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0E1B43D7BD52CAF18FEA2A87B308F3BD.proposicoesWebExterno2?codteor=1467788&filename=PL+5559/2016>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5559, de 2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0E1B43D7BD52CAF18FEA2A87B308F3BD.proposicoesWebExterno2?codteor=1467788&filename=PL+5559/2016>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁷ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (BRASIL. CCB. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.).

⁵⁸ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71, maio, 2013. p. 66.

Outrossim, é vedada, pelas regras em vigor no ordenamento jurídico pátrio, a autorização, nas diretivas antecipadas, à realização de eutanásia, haja vista que configura crime de homicídio, nos termos do artigo 121, do Código Penal. Como explicam Lúcia Helena Dupuy Pattela, Rainer Grigolo de Oliveira Alves e Jussara de Azambuja Loch, as DAV não vinculam os médicos de forma implacável, pois, por vedação jurídica e ética, a eutanásia não poderá ser atendida pelo profissional da medicina.⁵⁹

Por conseguinte, pretendendo a pessoa formular diretivas que contenham pedido de eutanásia no documento, tal pleito deve ser visto como nulo, de forma que o tabelião do cartório de registros poderá se negar a colocar tal cláusula na escritura pública. Ressalta-se, que tal constatação, nos termos defendidos, está de acordo com o regramento atual do Código Civil sobre os negócios jurídicos, que prevê como requisito de validade no artigo 104, inciso II, a licitude do objeto.

Em suma, de acordo com o exposto até aqui, tanto em relação às normas vigentes, quanto aos projetos de lei, pode-se apontar como objeto das DAV, em linhas gerais: (i) a negativa de submissão a procedimentos que não proporcionam cura, nem amenização sofrimento, mas apenas prolongam a vida, sem perspectiva de melhora; (ii) a recusa, ou o aceite, a tratamentos, medicamentos ou métodos experimentais, bem como autorizar, ou não, a participação em pesquisa em saúde; (iii) o pedido para recebimento de todos os cuidados paliativos para evitar o sofrimento, pois tratam-se de medidas consideradas fundamentais tanto pelos projetos de lei analisados, quanto pelas normas jurídicas em vigor que preconizam o respeito à dignidade da pessoa humana e a defesa dos direitos da personalidade; (iv) a indicação de um representante, para, no lugar do paciente autor das diretivas, decidir sobre os cuidados à saúde deste.

Por derradeiro, é de grande relevância tecer algumas considerações acerca do prazo de validade das DAV, assim como da possibilidade de sua revogação. Entende-se, neste trabalho, que ambos são possíveis em razão de o supracitado princípio da autonomia da vontade ser o fio condutor, isto é, a base que fundamenta a formação das diretivas antecipadas.

Tal vetor é definido por Miguel Reale⁶⁰ como sendo a capacidade jurídica geral do ser humano que permite sua ação ou omissão de acordo com sua escolha. Ainda, Paulo Lôbo,⁶¹ ao discorrer sobre a interpretação dos contratos, ensina que a máxima da autonomia da vontade dá azo à busca pela real intenção do sujeito de direito ao se manifestar em um ato que afetará diretamente sua esfera jurídica.

Inclusive, conforme salientado supra, em obra que trata acerca da interpretação da vontade manifestada nas DAV, dois dos autores deste artigo já defenderam a possibilidade de se valer da norma construída a partir do artigo 112 do Código Civil, “visto que ela confere preferência a intenção do sujeito

⁵⁹ PATTELA, Lúcia Helena Dupuy; ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Diretivas antecipadas de vontade do paciente: uma breve introdução ao tema. **Revista daAMRIGS**, Porto Alegre, vol. 58, n. 2, p. 162-165, abri./jun. 2014. p. 163.

⁶⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 359.

⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

consubstanciada em sua declaração, em detrimento do sentido literal da linguagem”.⁶²

Nesse prisma, sendo a autonomia da vontade o fundamento das DAV, nada impede que o próprio paciente, no exercício de sua autodeterminação, estipule o período de vigência, ou seja, o prazo de validade da diretiva que ele formulou de forma anterior à impossibilidade de manifestar seu desejo devido à patologia que o acometeu. Igualmente, nada o impede que revogue sua declaração anterior, caso esteja em condições declarar uma nova manifestação de vontade.

Certamente, com isso se estará valorizando a verdadeira vontade do paciente, respeitando-se, pois, sua autodeterminação em prever um prazo de vigência para as DAV elaboradas, ou mesmo a possibilidade de revogá-las.

Dessa maneira, discorda-se parcialmente de Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco, quando os autores se posicionam de modo contrário à fixação de prazo nas DAV. Todavia, concorda-se em parte com os doutrinadores quanto à impossibilidade de a lei fixar, obrigatoriamente, de forma abstrata e genérica, um prazo específico para toda e qualquer diretivas antecipadas.⁶³ Como se disse acima, sendo as DAV corolário legítimo da autonomia da vontade, apenas o próprio autor delas poderá determinar um prazo específico para a sua validade.

Nesse contexto, quanto ao período de vigência, é mais uma vez importante ressaltar o PL nº 149, de 2018, que tramita no Senado Federal. Isso porque, de acordo com o artigo 5º, parágrafo único, inciso III, prevê a possibilidade de os profissionais da saúde não seguirem as determinações contidas no documento que forma as DAV “quando elas estiverem em evidente desatualização diante do progresso dos meios terapêuticos.”⁶⁴

Trata-se, pois, de uma limitação temporal da validade das DAV sujeita a uma espécie de condição, entendendo-se esta como evento futuro e incerto que, consoante o artigo 121 da codificação material civil, subordina o efeito de um negócio jurídico ao eventual acontecimento de tal condicionante. A condição, portanto, pode fazer com que um direito surja, ou até extingui-lo.⁶⁵

⁶² NOGUEIRA, Pedro Lenno Rovetta; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A autodeterminação do paciente e a interpretação de sua declaração. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade: autonomia e dignidade do paciente**. Cap. 12. p. 190-201. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.1). p. 197.

⁶³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n.3, p. 463-476, 2013. p. 470.

⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 376. Nesse prisma, vale destacar que, em que pese o mesmo doutrinador, nas páginas 380-381 da obra citada, apontar que a condição não pode ser aceita quando se cuidar de direito personalíssimos, a hipótese descrita no art. 5º, parágrafo único, III, do PL nº 149/2018 se apresenta como uma genuína condicionante que colocaria fim as DAV formuladas pelo paciente.

Na hipótese descrita no comentado PL nº 149/2018, a incerteza é evidente, porquanto não é possível prever quando a ciência médica terá avançado ao ponto de poder proporcionar chance de cura ao paciente que se encontra em estado terminal. Contudo, mesmo diante dessa imprecisão, a cláusula descrita no referido projeto de lei não deixa de colocar um possível fim à validade das diretivas, já que, ante ao avanço da medicina em momento posterior, o comando que o paciente havia exposto no documento apresentado aos profissionais da saúde poderá não ser seguido.

De outra banda, quanto à revogação ou modificação das DAV, o mesmo Projeto de Lei nº 149/2018 elenca, no artigo 4º, a possibilidade de o paciente modificar ou revogar as diretivas antecipadas de vontade a qualquer tempo, inclusive por meio verbal.⁶⁶ Desse modo, esclarece o parágrafo único do mesmo artigo que o profissional da saúde deverá considerar e registrar no prontuário a vontade manifestada verbalmente por quem esteja aos seus cuidados, com o intuito de alterar a determinação antes declarada no documento escrito. O que, como já afirmado, pode suscitar divergências em razão da previsão da forma verbal para essa alteração ou revogação.

Ainda sobre a forma de modificação ou revogação, entende-se, neste trabalho, que o representante do paciente apontado no documento que materializa as DAV – consoante previsão, acima explicada, no artigo 6º, do PL n. 149/2018, e no artigo 2º, III, do PL n 5.559/2016 – não pode promover alterações na manifestação de vontade do paciente. Com isso, quer-se dizer que o representante não poderá modificar ou revogar as DAV quando a extensão e definições de aplicação delas estiverem claramente delineadas.

Nessa esteira estão os aludidos projetos de lei, pois, como foi dito alhures, ambos apenas estabelecem que os representantes podem decidir sobre os cuidados à saúde do paciente que não pode expressar sua vontade. Porém, os mesmos projetos não preveem que o representante poderia revogar ou mesmo modificar as diretivas expressamente declaradas pelo paciente quando este podia manifestar sua vontade.

Com efeito, nessa hipótese, o representante poderá apenas decidir sobre o tratamento da saúde do representado no estrito limite das DAV, como, por exemplo, pleitear por certos tipos de cuidados paliativos que evitam dor e sofrimento. Além disso, como apontam Dadalto, Tupinambás e Greco, o procurador, nomeado no mandato duradouro, poderá se manifestar, em lugar do outorgante, quando o documento for omissivo.⁶⁷

Contudo, frisa-se, não poderá o nomeado no mandato duradouro revogar ou modificar determinações expressas das DAV. De fato, o representante não deve possuir esse poder, uma vez que as DAV são expressões genuínas da liberdade de cada indivíduo, que procuram possibilitar a sua autodeterminação sobre seu

⁶⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1567533600480&disposition=inline>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁶⁷ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n.3, p. 463-476, 2013. p. 468.

organismo e sua saúde, bens de caráter personalíssimo. Portanto, pensar que um terceiro pode alterar ou encerrar determinações sobre esse conteúdo é ir de encontro com o próprio instituto.

Por outro lado, é possível que, no documento escrito pelo paciente, este não tenha determinado quais os procedimentos médicos e tratamentos de saúde pelos quais desejaria, ou não, ser submetido em caso de situação terminal. Assim, o documento pode deixar para um terceiro definir tal questão, sendo hipótese de formulação de mandato duradouro, como já foi explicado supra.

Em casos tais, o procurador poderá revogar ou modificar somente a vontade que ele mesmo declarou em nome do paciente, no exercício do mandato. Vale lembrar, ainda, que o representante deverá interpretar a

suposta vontade do representado de acordo com os seus valores e objetivos, juízo este que o Procurador deverá estar apto a fazer dada a relação de proximidade existencial que mantém com a pessoa que representa.⁶⁸

Nota-se, pois, ao final dessa exposição, que os requisitos de validade supracitados são de suma importância para a formulação de uma DAV sem vícios, respaldada pelo ordenamento e que goze de toda segurança para ser cumprida pelos profissionais da medicina que cuidam do paciente, assim como pelos familiares deste.

Contudo, tais pressupostos precisam ser regulamentados de forma expressa, sendo de grande valia, portanto, que sejam eventualmente aprimorados e aprovados os projetos de lei destacados neste tópico, haja vista que os mesmos muito contribuem para a elaboração de diretivas seguras em relação à real vontade manifestada previamente pelo paciente em estado terminal.

Considerações finais

Pelo o que foi explanado alhures, as diretivas antecipadas de vontade (DAV) constituem uma ferramenta extremamente relevante para valorizar a dignidade e a autonomia do ser humano no que concerne ao seu próprio corpo, suas funções vitais e os cuidados à sua saúde.

Por meio delas, o paciente poderá valorizar sua autodeterminação, pois ele mesmo tem a possibilidade de deixar estabelecido previamente quais os tratamentos e medicações aos quais deseja, ou não, se submeter. Se estará prestigiando, portanto, o direito a uma morte digna, sem sofrimento e prolongamento sem sentido da vida, de modo que o indivíduo poderá recusar-se, de forma antecipada, a passar por certos tipos de procedimentos e a receber determinados cuidados quando se encontrar em estado terminal.

Nesse prisma, foi explicado que a autonomia da vontade é a base, o fundamento de constituição das DAV, visando plena autodeterminação do paciente. Dessa forma, já que é expressão da liberdade de um sujeito de direito poder cear regras próprias que afetem sua esfera jurídica, as diretivas se equiparam aos negócios jurídicos, o que permite analisar seus requisitos de validade à luz do artigo

⁶⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Janeiro-Março, p. 171-219, 2011. p. 177.

104, do Código Civil. Como é cediço, tal dispositivo da codificação civilista estipula que são pressupostos para a celebração de um negócio jurídico válido: a capacidade, a forma e o objeto.

Sendo assim, no presente trabalho foi possível analisar que, de fato, as DAV necessitam de cada um desses requisitos para serem constituídas sem vícios, estarem de acordo com o ordenamento brasileiro e, principalmente, gozarem de confiança para serem aplicadas pelo corpo médico que assiste o paciente, bem como por sua família. Com efeito, foram expostas considerações acerca dos três requisitos, defendendo, sob o ponto de vista deste artigo, como cada um dos pressupostos deve ser observado na formulação das diretivas antecipadas de vontade do paciente terminal.

Porém, constatou-se que, em que pese existam dispositivos na legislação brasileira vigente que podem nortear a elaboração de diretivas válidas de acordo com esses três requisitos, a matéria ainda carece muito de uma disciplina sistemática específica no ordenamento brasileiro.

Logo, pela explicação feita supra, foi possível demonstrar a importância dos textos dos Projetos de Lei nº 149/2018, em trâmite no Senado Federal, e nº 5.559/2018, em curso na Câmara dos Deputados. Ambos complementam, e muito, a legislação brasileira em vigor, merecendo apenas alguns aprimoramentos e acréscimos quanto a esses requisitos de validade. Certamente, a redação dos projetos já contribui valorosamente para a eliminação de muitas dúvidas hoje existentes, somente respondidas com mais acuidade pela doutrina.

Conclui-se que o aprofundamento do debate pelas duas casas legislativas, assim como o respectivo melhoramento dos textos e a sua fusão em uma única lei seria fundamental para, finalmente, disciplinar as DAV no Brasil. Assim, a edição de um novo diploma legislativo, com base nos dois aludidos projetos, poderá alcançar o desiderato de estabelecer, de forma clara e objetiva, os pressupostos de validade das diretivas antecipadas, permitindo a aplicação segura de tais mecanismos tão relevantes à preservação da dignidade e autonomia do ser humano em momento tão delicado que é o fim da vida, assim como sobre bem tão precioso que é o corpo.

Referências

- ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. **Revista Bioethikos**, v.7, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, 2013.
- ALVES, Cristiane Avancini. FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA**, n. 32, v.3, p. 358-362, 2012.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas de vontade e a morte digna. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019.

- BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 26, p. 22-30, set., 2012.
- BRASIL. CCB. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. CEM. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1931, de 2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/19312009.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1805, de 2006**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/18052006.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- BRASIL. CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1995, de 2012**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/19952012.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- BRASIL. CJF. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. Justiça Federal. TRF da 1ª Região. **Ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- BRASIL. Justiça Federal. TRF da 1ª Região. **Ação civil pública nº. 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1captchaid=c15a36d043d11f05e27321dd3fbf227d&trf1_captcha=gjqt&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.559, de 2016**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 267, de 2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. **Sentença ação civil pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/login/index.php?sistema=red&download=1&proc_id=10003179584&cpw=10884523500250&secao=GO&proc=10398620134013500&desc=Senten%C3%A7a>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. **Sentença da ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; DADALTO, Luciana. Um novo direito para um novo milênio. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade: autonomia e dignidade do paciente**. Cap. 3. p. 58-73. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.1).
- CAPUTO, Rodrigo Feliciano. O homem e suas representações sobre a morte e o morrer: um percurso histórico. **Revista Saber Acadêmico**, São Paulo, n. 6, p. 73 - 80, dez., 2008.
- DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M.**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 443-460, jul./dez., 2016.
- DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71, maio 2013.
- DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n.1, p. 106-112, 2013.
- DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.
- FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun., 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/consideracoes-sobre-o-testamento-vital/>>. Acesso em: 10 de jun. 2019.
- GOMES, Alessandra Dias Baião. Entre a cruz e a espada: diretivas antecipadas de vontade e o consentimento. **Revista do IBDFAM – Família e Sucessões**. vol. 2. p. 26 - 32, mar./abr., Belo Horizonte, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

- GUSELLA, Gabriela Azeredo; VETIS, Margareth Zaganelli. *Patientenverfügung*: direito à autodeterminação do paciente em final de vida no ordenamento jurídico alemão. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade**: autonomia e dignidade do paciente. Cap. 11. p. 150-165. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.2).
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas antecipadas de vontade: construções de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito**, Viçosa, v.10, n.01, p. 251-279, 2018.
- MENEZES, Joyceane Bezerra; BARRETO, Júlia, D'Alge Mont'Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 566-588, set./dez. 2017.
- MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes da. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**, v. 27, n. 1, p. 86-97, 2019.
- MONTORO, Franco. Fontes do direito em suas modalidades fundamentais. **Revista de informação legislativa**, v. 9, n. 33, p. 55-80, jan./mar., 1972.
- NOGUEIRA, Pedro Lenno Rovetta; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A autodeterminação do paciente e a interpretação de sua declaração. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.) **Diretivas antecipadas da vontade**: autonomia e dignidade do paciente. Cap. 12. p. 190-201. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. (Coleção Bioética e Dignidade Humana, v.1).
- PATTELA, Lúcia Helena Dupuy; ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Diretivas antecipadas de vontade do paciente: uma breve introdução ao tema. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, n. 58, v. 2, p. 162-165, abr./jun., 2014.
- PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 168-186, ago. 2019.
- PITHAN, Livia Haygert. Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. **Revista da SORBI**, v. 1, n. 1, p. 3-11, dez., 2013.
- PROVIN, Alan Felipe; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Diretivas antecipadas de vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana na hora da morte. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, p. 1799-1824, 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5430/2855>>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Janeiro-Março, p. 171-219, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Franklin Leopoldo e; SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. **Revista Bioética**, v. 6, n. 1, p.15-23, 2009.

WU, Linda Luiza Johnlei; ALVES, Bruna Aline Roque. Questões jurídicas e bioéticas acerca da terminalidade da vida. **Revista Jus Populis**, Barretos, v. 1, n.1, p. 142-152, jan/jun., 2015. Disponível em: <<http://revistadigital.uni-barretos.net/index.php/JusPopulis/article/view/55/55>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DERECHO DE FAMILIA

Tratándose de la familia, ¿por qué los gobernados llegan ante un tribunal? (*)

When it comes to family, why do the governed come before a court?

Laura G. Zaragoza Contreras¹

Sumario: Introducción. **1.** Respecto de los juzgadores. **2.** Los jóvenes y los Adultos Mayores. **3.** El patrimonio de los Adultos Mayores. **4.** Realidad económica. **5.** La mujer y los ingresos. **6.** El contexto. – Reflexiones finales. – Fuentes consultadas.

Resumen: No solo es importante conocer los diversos conceptos que hoy en día se tienen respecto de la *Familia*, ya que se encontrarán tantos como perspectivas de abordaje. Así, se puede entender a la Familia desde el punto de vista antropológico, desde una perspectiva feminista y de género, a partir de la función de cada uno de sus integrantes o bien a partir del rol que desempeña como grupo, o respecto de los estilos de crianza, - solo por citar algunos ejemplos-. El presente estudio a partir de la opinión de los propios juzgadores, se centra en conocer las razones que llevan a los mexicanos ante un juzgador para intentar dar solución a problemas que se originan al interior del grupo familiar; se toma como muestra el Estado de México.

Palabras clave: controversias familiares, tipos de familia, cambios en la familia.

Abstract: It is not only important to know the diverse concepts that are held today regarding the Family, since there are as many as there are perspectives of approach. Thus, the Family can be understood from an anthropological point of view, from a feminist and gender perspective,

(*) Recibido: 25/05/2020 | Aceptado: 29/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Doctora en Ciencias Sociales y Políticas. Miembro del Comité Técnico del Consejo Editorial de la Administración Pública del Estado de México. Profesora en la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Autónoma del Estado de México.
laurazaragozacontreras@live.com.mx

from the function of each of its members or from the role they play as a group, or with respect to the styles of upbringing, - just to cite some examples. The present study, based on the opinion of the judges themselves, focuses on knowing the reasons that bring Mexicans before a judge to try to solve problems that originate within the family group; the State of Mexico is taken as a sample.

Keywords: family disputes, family types, family changes

Introducción.

El Estado de México ocupa el 1.1% del territorio nacional y, en sus 125 municipios habita casi el 14% de la población nacional.² En esta entidad, la mitad de la población tiene menos de 28 años (COESPO, 2019).

Con frecuencia se escucha que la Ciudad de México se encuentra dentro de las ciudades más pobladas del mundo, pero esto se debe a la conurbación con el Estado de México. En 2015, se contaron 16'187,608 habitantes en el Estado de México y 8'918,653 en la Ciudad de México³. Esto son los últimos datos disponibles ya que, la pandemia del COVID-19 interrumpió el levantamiento censal 2020.

La situación geopolítica⁴ y heterogénea composición social, permite considerar que el Estado de México representa la suma y síntesis de la realidad nacional.

En el Estado de México, los conflictos vinculados con la *Familia* no son exclusivamente de índole legal; ya sea como grupo o bien a partir de la problemática particular de cada uno de sus integrantes, los Jueces de lo Familiar de esta entidad, perciben con frecuencia problemas de orden multifactorial por lo que, la creación de normas o de ordenamientos jurídicos especializados en temas de Familia distan de ser una solución real a los conflictos que activan el aparato jurisdiccional.

En la entidad no existen modelos únicos de *Familia*, aquí se encuentra una amplia gama de realidades y de heterogeneidades, así como en el resto del país. En el presente estudio, desde la realidad jurisdiccional, se aborda la percepción que los Jueces de lo Familiar tienen respecto de las causas que mueven a los gobernados a acudir ante un tribunal, a partir de entender la conformación, causas de fractura y de disolución de las familias asentadas en territorio mexiquense, o entre los mismos integrantes, lo cual no necesariamente deriva de la separación de una pareja. Cabe hacer esta precisión ya que un grupo significativo de usuarios de los servicios de administración de justicia, si bien es cierto tienen o tuvieron una relación afectiva,

² Consejo Estatal de Población del Estado de México. (COESPO) Consultado el 23 de mayo de 2020 en <http://coespo.edomex.gob.mx/>

³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (INEGI). Encuesta Intercensal 2015. Consultado el 23 de mayo de 2020, disponible en <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/df/poblacion/>

⁴ El Estado de México está alrededor de la Ciudad de México.

nunca cohabitaron, pero sí tuvieron hijos, lo que lleva cuestionar ¿Qué es una familia? ¿Cómo se forma una familia? Y, para responder estas preguntas se acudió a recabar la opinión de los propios juzgadores.

En mayo de 2012, se reformó el Código Civil del Estado de México y, así se introdujo la figura del divorcio incausado. Con esta reforma los divorcios se decretan en menos tiempo, pero también en menos tiempo se *disuelve* un matrimonio o una familia. Desde 2018, a través del Juzgado Familiar en Línea del Poder Judicial del Estado de México, es posible divorciarse en menos de seis días y por internet, sin asistir a un juzgado; todo como parte de un proceso rápido, seguro y sencillo⁵. Esto constituye una de las tantas limitantes para conocer las causas reales que llevan a un número significativo de parejas a separarse y por ende a fracturar o disolver una o varias familias, lo cierto es que, el divorcio se decreta, pero se desconocen las causas reales que generan fracturas y, por ende se carece de información para proponer acciones concretas para incidir en el fortalecimiento de la *Familia* como institución.

Los jueces, al tener contacto con las partes involucradas en un conflicto, representan una voz autorizada para opinar sobre la problemática que, hoy en día se vive al interior de la familia, no solo mexiquense, sino también de *La Familia* mexicana, y así conocer las razones que los llevan ante un juzgador y, saber qué demandan, a quién demandan, por qué demandan, -entre otros-, lo que abona al conocimiento del contexto social.

Actualmente, los juzgadores de Primera Instancia (Jueces Familiares) son los únicos que logran establecer un diálogo cercano y directo con las partes ya que, tanto en segunda instancia (Apelación) o bien, al promover un Juicio de Amparo, por excepción, los operadores judiciales llegan a entrevistarse con los gobernados y conocer de viva voz su sentir respecto de la problemática que los lleva ante un tribunal.

El ejercicio del Poder Judicial del Estado de México se deposita en un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia y es aquí donde se encuentran los jueces, a quienes se les rota con frecuencia en las 4 regiones en las que, para el ejercicio del quehacer jurisdiccional se divide la entidad: Tlanepantla, Texcoco, Toluca y Ecatepec. Cada una de estas regiones tiene características propias, lo cual, les permite a los juzgadores tener una clara idea de las diversas realidades que se viven en la entidad.

Es importante conocer las causas que, respecto de los temas de Familia, llevan a los gobernados ante un juzgador y dar un seguimiento puntual para conocer los cambios que se puedan generar después de la pandemia.

Cabe advertir que, del total de los asuntos iniciados entre 2015 y 2019 en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, alrededor del 35.5% corresponde a juicios familiares⁶. Esto implica que las personas acuden ante un

⁵ Poder Judicial del Estado de México. (2019) Consultado del 20 de mayo de 2020 en: <https://yoporlajusticia.gob.mx/2019/07/31/divorcio-en-linea-un-proceso-rapido-y-seguro/>

⁶ Medina Peñaloza Sergio Javier. (2019) Poder Judicial del Estado de México. *5to. Informe de Desarrollo Estratégico 2019*. p. 5. Consultado el 20 de mayo de 2020 en <http://quintoinforme.pjedomex.gob.mx/quintoinforme/>

juzgador con la finalidad de resolver una controversia que altera, desequilibra o fractura a una persona, a una pareja o, a un grupo familiar.

Esto coloca a la Justicia Restaurativa como alternativa para llegar a un acuerdo entre las partes e incluso para intentar restaurar las relaciones fracturadas o rotas a partir de problemas que se generaron dentro de la propia *Familia* por lo que, los gobernados acuden ante esta opción, única y personalizada. Quedan excluidos de la presente investigación, los métodos alternativos, donde se incluye la Justicia Restaurativa por ser de carácter voluntario y no jurisdiccional.

Nota metodológica.

El presente estudio se estructura a partir de la opinión de los 75 Jueces Familiares del Estado de México (incluye Juzgados de Cuantía Menor y de Primera Instancia), quienes a 2019 se encontraban distribuidos, 24 en la Región Toluca, 19 en la Región Tlanepantla, 12 de la Región Ecatepec y 20 de la Región Texcoco. La información recabada, se revisó a partir de la técnica de análisis de contenido ya que esta técnica de investigación está destinada a formular, a partir de datos específicos, inferencias reproducibles y válidas que puedan aplicarse a su propio contenido⁷. Con esta técnica se desarrolla un procedimiento que permite analizar y clasificar toda la información obtenida de los participantes entrevistados y así mantener distancia de las generalizaciones.

La construcción se materializa a partir de las interpretaciones realizadas por los propios informantes y, en cuanto a la codificación se determinó manejar la información en forma abierta para efectos de descomponer, comparar y manejar la agrupación en categorías, acorde a las variables materia de revisión.

A los juzgadores se les realizaron 11 preguntas: 1) Nombre, 2) Juzgado de adscripción, antigüedad en la plaza laboral de juzgador y en sede judicial, 3) Antigüedad como servidor judicial, 4) Desde que usted ingresó al Poder Judicial ¿en su opinión, *La Familia* del Estado de México ha tenido cambios?, 5) En su opinión, ¿cuál es el principal factor que ha propiciado cambios en la *Familia*?, 6) ¿Hacia dónde va *La Familia* en el Estado de México?, 7) ¿En qué se sustenta *La Familia* del Estado de México?, 8) ¿Quién de los integrantes de *La Familia* promueve con mayor frecuencia un juicio y qué demandan? (Hombre, mujer, padre, madre, etc.), 9) ¿Cuál es el principal reclamo que lleva a los integrantes de una *Familia* ante un juzgador?, 10) En este momento ¿debemos hablar de *Familia* o de *Familias*? ¿Por qué?, 11) ¿Percibe la misma problemática en todas las regiones del Estado de México?

1. Respetto de los juzgadores.

Cabe advertir que los juzgadores con mayor edad y antigüedad dentro de la institución perciben ***cambios*** en *La Familia* mientras que los operadores judiciales de menor edad y menos años de permanencia en el servicio, perciben una *evolución natural* en la estructura familiar derivada de los propios cambios sociales.

⁷ Krippendorff, Klaus. (1990). *Metodología de análisis de contenido. Teoría y Práctica*. Barcelona, Paidós. p. 28.

Los juzgadores más jóvenes explicaron que es imposible hablar de cambios en la Familia, ya que debe entenderse que la sociedad es dinámica y esto implica evolución, aun cuando hay observadores que eventualmente perciben una involución. La Familia no puede quedar fuera de los cambios sociales, basta con observar la modificación de los roles de sus integrantes.

Con solo visualizar el esquema de familia nuclear resulta incomprendible el intentar realizar propuestas de planes, programas o acciones de gobierno para toda la sociedad.

2. Los jóvenes y los Adultos Mayores.

Respecto de ¿cuál es el principal problema que lleva a los integrantes de una familia ante un juzgador? y ¿quién de los integrantes de la familia inicia con mayor frecuencia un juicio y qué demandan? Los jueces señalaron que promueve con mayor frecuencia ante un órgano jurisdiccional, *una mujer*, principalmente en su figura de madre, jefa de *Familia* y, la principal demanda es, la pensión alimenticia.

Esto lo perciben en una proporción de 80%-20%, pero esto no significa que el 20% de los juicios los promueva sólo el hombre ya que dentro de esta cifra hay un incremento en las demandas iniciadas por los Abuelos cuando estos se desempeñan como cuidadores de los nietos, ya sea de tiempo completo o de tiempo parcial.

La casa de los Abuelos es una de las opciones más viables para el cuidado de los menores, por el bajo costo que les representa a los padres, el cuidado y atención de los hijos, sobre todo cuando son menores de edad.

En la actualidad la población joven tiene mayores oportunidades de recibir instrucción escolar, comparada con la que tuvieron quienes ahora son adultos mayores, pero la escolaridad no les garantiza mejores condiciones de vida, ni mejores salarios. Al primer trimestre del año 2001, el 16% de la población con educación superior se encontraba desempleada y, en mismo periodo de 2020, es decir, 19 años después, la cifra aumentó hasta el 32%⁸. Esta es una de las variables que deben monitorearse para conocer hacia dónde se encaminarán las demandas sociales cuando lleguen a ser adultos mayores, quienes ahora son los jóvenes de este país, pero también debe darse puntual seguimiento ya que, según cifras del Seguro Social, la Secretaria del Trabajo⁹ reporta que los jóvenes en México están entre los segmentos de la población más resistentes al COVID-19, pero son los más vulnerables respecto a la destrucción de empleos que genera el virus.

Entre el 13 de marzo y el 6 de abril de 2020, en México se perdieron 375,714 trabajos formales ocupados por menores de 30 años, lo que representa más de la mitad de las plazas eliminadas en todo el país en ese periodo. Se debe considerar que se trata de un segmento de la población con poca antigüedad en el empleo,

⁸ Secretaria del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría de Empleo y Productividad Laboral. (2020) *Información Laboral*. Mayo, 2020. p. 16. México. Consultado el 23 de mayo de 2020 en <http://www.stps.gob.mx/gobmx/estadisticas/pdf/perfiles/perfil%20nacional.pdf>

⁹ El Universal. 22 de mayo de 2020. Declaraciones de la Secretaria del Trabajo, con datos del Instituto Mexicano del Seguro Social. Primera Plana. Consultado del 22 de mayo de 2020 en <https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/wp-content/plugins/galerias/includes/archivos/pdf/2205201.pdf>

aunado a los bajos salarios, por lo que el costo de liquidación resulta menor para los empleadores.

Sin políticas públicas adecuadas y acciones específicas, el Bono demográfico de México se encuentra en riesgo inminente de ser desaprovechado y de continuar con el subempleo, el desempleo y la inseguridad, lo que a largo plazo representará un alto costo económico y social.

3. El patrimonio de los Adultos Mayores

Otro problema severo que advierten los juzgadores es que, los jóvenes ven, en el patrimonio de sus familiares adultos mayores una opción para erradicar el sentido de frustración de sus vidas al darse cuenta que la escolaridad no es suficiente para alcanzar metas económicas.

Esta realidad ha derivado en una problemática particular para los adultos mayores, como integrantes activos de una *Familia*: la abierta y clara intención de sus familiares de despojarlos de sus bienes, especialmente si tienen ahorros, pensión o casa propia. Tanto a nivel nacional como internacional, la falta de normas protectoras del patrimonio de los adultos mayores, no es un problema en sí mismo, ya que hay una vasta normatividad tanto nacional, como internacional que los protege, pero con frecuencia los hijos, nietos, etc., encuentran variadas formas para obtener los bienes que, de antemano saben que por ellos mismos resultaría altamente improbable llegar a adquirir.

Estas formas van, desde lograr de los adultos mayores vivos, una firma para obtener, por la vía de cesión de derechos, o de una aparente compraventa, parte de su patrimonio o lograr que se les designe como herederos en un testamento, hasta las más retorcidas, como es el tomar huellas dactilares cuando estos han fallecido y, entonces elaborar diversos documentos donde *conste* la transmisión de sus bienes.

Esto obliga a voltear la mirada hacia el órgano jurisdiccional, por ser el espacio donde se dinamizan los derechos de los gobernados. El juzgador del siglo XXI, transita en forma dinámica del Estado legal al Estado constitucional de derecho y, con enfoque de derechos, particularmente de derechos humanos y, entre otras obligaciones, el juzgador debe convertirse en un especialista en realizar análisis de contextos y, así coadyuvar para que los Adultos Mayores tengan una vejez digna. Todo derecho humano requiere que cada Estado, instrumente acciones particulares que permitan dinamizar los derechos ya que de lo contrario, solo quedarían en la esfera de los derechos en abstracto.

Una norma por sí misma no resuelve la problemática que actualmente viven un significativo número de adultos mayores en el país. El espectro de la norma jurídica que regule y proteja a la *Familia*, como núcleo de la sociedad, debe ser tan amplio que, en caso de no regular en términos particulares, sí debe contener los lineamientos generales para regular al grupo familiar, la función social, las relaciones entre sus miembros, así como las relaciones entre sus integrantes en particular, -entre otras-.

4. Realidad económica.

Un aspecto cada vez más importante para las familias tiene que ver con el papel que desempeñan como red de apoyo entre sus miembros. En el caso de los

jóvenes, quienes fundamentalmente, la precariedad de los salarios y la dificultad de encontrar un empleo medianamente estable, hacen que aumente la edad a la que los jóvenes dejan el hogar de los padres.

Los padres aceptan que sus hijos permanezcan en su hogar hasta que sean independientes e incluso hasta que ellos así lo decidan. No obstante, en este mismo ámbito de las relaciones intergeneracionales es, el papel de la familia respecto del apoyo y cuidado de los viejos, un rubro que merece atención especial ya que solo un porcentaje mínimo de personas acepta que la obligación de los hijos hacia los padres es cuidarlos en la vejez. Hoy en día, los jóvenes consideran que su obligación se limita a respetarlos¹⁰. Si quienes actualmente son jóvenes encuentran en la casa de los padres el apoyo, a partir de la nueva composición social debe vigilarse, dónde buscarán esa ayuda y apoyo las futuras generaciones de adultos mayores.

Cierto es que el principal problema que lleva a los integrantes de una *Familia* ante un juzgador es de orden económico. La problemática económica es factor común en todo el país, pero tratándose de los municipios mexiquenses donde residen familias de mayor capacidad económica, como los comprendidos en la región de Tlanepantla, hay un elemento que se agrega y es: la lucha de poder que se da entre los integrantes de la pareja, lo cual se recrudece cuando una disputa los lleva a un tribunal.

El poder, ya sea económico, político, emocional o de cualquiera otra índole es, genera conflictos mayores, habitualmente dejando a los hijos en estado de vulnerabilidad. Los juzgadores manifiestan que, en los municipios con más alto índice de desarrollo, es donde esto se percibe con frecuencia.

También consideran que, en municipios con más bajo índice de desarrollo humano, así como en los casos de familias que acuden a los juzgados que se encuentran en las Regiones de Ecatepec y Texcoco, se presenta otro tipo de problemática ya que para efectos de asignación de pensiones alimenticias es imposible ordenar en una sentencia cantidades que, el juzgador de antemano sabe que es imposible que se cubran, en virtud de las condiciones laborales y/o económicas de los integrantes de la pareja o de algún otro familiar. Los jueces comentan que, en algunos municipios de la zona oriente de la entidad, de antemano saben que hasta el pago de un salario mínimo mensual por concepto de alimentos, - que es el mínimo que marca la ley-, a las partes en un conflicto, les resulta gravoso, o imposible de cubrir, tal y como sucede también en el resto del país.

Los juzgadores consideran que, a la par de la problemática de tipo económico se encuentra otro problema recurrente, pero imposible de resolver solo con lo establecido en la norma jurídica o porque así se ordene en una sentencia y, este es el que deriva de la falta de comunicación asertiva entre los integrantes del grupo familiar, así como la falta de madurez de uno o ambos integrantes de la pareja, para asumir con responsabilidad las consecuencias de sus actos y en relación con el rol que desempeñan, o moral o socialmente deben desempeñar al interior de la Familia. Los operadores judiciales manifiestan que esta es una de las principales causas que

¹⁰ Welti Chanes, Carlos. (2015) *¡Qué familia! La familia en México en el siglo XXI*. Encuesta Nacional de Familia. (Los Mexicanos vistos por sí mismos, Los grandes temas Nacionales) México, UNAM. p. 210.

encuentran como origen de desavenencias entre los integrantes de una pareja y, entre los integrantes del grupo familiar.

5. La mujer y los ingresos.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se visibilizó a la mujer hasta 1974¹¹ donde, en el artículo 4° se le reconoció *igualdad ante la ley*, pero esa igualdad debe considerarse en todos los ámbitos y, no solo en el legal. Desde la promulgación del texto constitucional en febrero de 1917 y hasta el año de esa reforma, solo aparecía 3 veces la palabra *mujer* y eso fue en el artículo 123, que se refiere al trabajo y la previsión social.

Para ejercer su labor, los juzgadores requieren una norma que permita su labor jurisdiccional y, en las leyes debe existir correspondencia entre las normas y la realidad social. Respecto de la mujer se puede apreciar que, en el texto constitucional hasta 1974 se mantuvo el espíritu de la división sexual y este es un principio básico de dominación y de violencia.

Si en el texto constitucional, entonces base de todo el sistema normativo mexicano, se mantuvo relegada a la mujer durante 57 años, pudiera entenderse también el porqué de la dominación masculina, las relaciones asimétricas entre los géneros y la violencia simbólica en la estructura social. La mujer, solo tiene 45 años de ser visibilizada y reconocida legalmente como actor social.

Los cambios, las transformaciones y la evolución también generan cambios en los roles sociales. Se resalta el aumento en el número de mujeres que encuentran su sentido de vida a partir de su desarrollo profesional y no en el desempeño de su papel de esposa o madre, lo cual, no necesariamente las coloca en estado de vulnerabilidad. En la actualidad, la mujer encuentra que la sexualidad está disociada de la procreación, según señalan los juzgadores del Estado de México.

Hoy en día, los hombres y las mujeres contraen matrimonio, como promedio entre los 30 y los 35 años de edad, pero también hay aumento en las relaciones de hecho, es decir la *unión libre* o el concubinato, pero esto no sucede de la misma forma en la totalidad del territorio mexiquense. Se observan una relación directa entre escolaridad-situación económica y tipo de uniones de pareja. Lamentablemente no hay información que permita precisar el número de parejas de hecho o de las parejas, que si bien es cierto tuvieron una relación sentimental, nunca cohabitaron.

Los juzgadores consideran que otro cambio es el que aportan las mujeres, pero en atención a la comunidad a la que pertenecen ya que perciben un cambio en el rol de las mujeres, en función de su escolaridad; las de mayor escolaridad deciden posponer la maternidad hasta después de los 30 años de edad, lo cual es menos frecuente tratándose de mujeres originarias de los municipios de más bajo índice de desarrollo.

A partir del empoderamiento de la mujer, se puede concluir que ahora también se debe repensar y analizar la construcción de las masculinidades como realidad multidimensional, como un elemento identitario de construcción cultural, ya que quizá, al iniciar una relación de pareja o de matrimonio, la intención es conjuntar

¹¹ Secretaría de Gobernación. Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1974.

esfuerzos en beneficio de la familia, esto puede distorsionarse por ambos cónyuges o concubinos. También debe considerarse que en este momento histórico coexisten, la generación de hombres que nacieron y se formaron en la era de la dominación masculina y, estos coexisten con los integrantes de la generación de varones que han vivido en la época de igualdad de derechos en particular, de derechos humanos.

La construcción de las masculinidades debe entenderse dentro del sistema sexo-género (sistema de ideologías y prácticas, personales e institucionalizadas, que actúan sobre el cuerpo humano definiendo el sexo, el género y el deseo, así como sus formas legítimas, naturales, morales, saludables o bellas de existencia) opera en los sujetos definidos desde su nacimiento como varones y en los que se tiene una expectativa de comportamiento masculino, dentro de lo que interesa es, conocer los procesos de significación que instituyen lo masculino, la masculinidad y la hombría en los diversos ámbitos de la vida de los sujetos y de la sociedad, con la consecuencia de configurar identidades, subjetividades, prácticas, relaciones sociales diversas, incluyendo relaciones de poder y resistencia entre las personas y en el cuerpo social todo.¹²

Christian Skoog, representante de UNICEF en México señaló que el aumento de los niveles de estrés, la inseguridad económica y alimentaria, así como el confinamiento a causa del COVID-19 han elevado radicalmente los niveles de violencia doméstica, así como abuso sexual, acoso sexual, violación, violencia de pareja.¹³ No obstante, antes de la pandemia ya se mostraba que en México¹⁴, el hogar es quizá el lugar más peligroso para las mujeres y sus hijos. Casi el 80% de las mujeres han sufrido violencia y el 52% ha sufrido violencia por parte de sus parejas y paradójicamente casi el 79% de ellas no buscan apoyo institucional ni presentan una denuncia.

Por otra parte, según datos de la Subsecretaría de Empleo y Productividad Laboral de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social¹⁵ en la República Mexicana, el ingreso promedio de la población ocupada al primer trimestre de 2020, fue de 6,814 pesos mensuales, de los cuales 7,477 pesos corresponden a percepciones de los hombres y 5,808 pesos a ingresos de las mujeres; los ingresos de las mujeres son, en promedio 1,669 pesos menos que los ingresos de los hombres. Cabe advertir que el Estado de México se encuentra 8 lugares por debajo de la media nacional en el rubro de percepciones económicas mensuales.

¹² Núñez Noriega, Guillermo. (2016) *Los estudios de género de los hombres y las masculinidades: ¿qué son y qué estudian?* Revista Culturales, 4(1), 9-32. México. Consultado el 19 de mayo de 2020 en <http://148.231.42.12/index.php/Culturales/article/view/305>

¹³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (UNICEF) comunicado de prensa, 18 de mayo de 2020. Consultado el 24 de mayo de 2020 en: <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/unicef-urge-reforzar-la-proteccion-de-ni%C3%B1as-y-adolescentes-en-m%C3%A9xico-ante-ftn1>

¹⁴ Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en el Hogar, 2016. (2017) Consultado el 23 de mayo de 2020 en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf

¹⁵ Secretaría del Trabajo y Previsión Social. *op. cit.* p. 25

6. El contexto.

Si bien es cierto todos tenemos una opinión respecto del significado del término '*Familia*', también lo es que, en los últimos años se entiende que la '*Familia*' ha cambiado, tanto en su composición, estructura y dinámica, pues al menos en México, la familia tradicional del siglo pasado, ya no funciona más en diversos contextos donde otrora fue protagonista.

Hoy, en 2020, al intentar definir lo que es una '*Familia*' se debe precisar si se pretende obtener una respuesta a partir del rol individual de cada uno de sus integrantes, a partir de la forma como se constituye, desde una perspectiva feminista y de género, a partir de las relaciones que se generan entre ellos, a partir de la función social que desempeña como grupo, desde el tipo de valores personales y sociales que pretenden promover e introyectar entre sus integrantes, como institución, sólo en términos conceptuales o, a partir de los lazos familiares o vínculos sanguíneos o, también se puede abordar a partir del espacio y la calidad de las relaciones que se generan con su entorno, dentro de muchas otras que puedan proponerse.

Pero, todos los seres humanos podemos coincidir en que el término *Familia* se refiere un grupo donde se tiene el primer contacto social y, este grupo puede presentar las más variadas, inimaginables e intrincadas inter-relaciones ya que, su constitución y funcionamiento depende de factores que existen y coexisten en relaciones de dependencia recíproca, como son los de carácter cultural, psicológicos, biológicos, religiosos, morales, económicos, educativos, etc., etc.

Las asimetrías y la heterogénea composición social mexicana llevan a encontrar diversos conceptos a partir de la influencia del medio social, la generación a la cual se pertenece, la relación entre estructura y conducta de los integrantes del grupo familiar, del espacio donde puede o no haber respeto o, donde están ausentes o presentes la violencia y el maltrato.

La sociedad mexicana ahora tiene una composición social diferente a la que se tenía en el no muy lejano siglo veinte. López¹⁶ señala que actualmente, la tradicional familia nuclear ya solo ocupa un 25,8%, dentro de la sociedad mexicana, la familia monoparental el 16,8%, las familias unipersonales el 12%, las parejas que libremente deciden no tener hijos el 5%, las familias homoparentales el 0,8% y, el resto de las estructuras tradicionales donde se ubican las familias ampliadas, reconstituidas, y reensambladas el 39,6%. Y, dentro de esta nueva composición social, encuentra que en México existen once tipos de familias con características y dinámicas diferenciales. Con base en esta clasificación, se identifican tres categorías de familias. Las familias tradicionales, las familias en transición y las familias emergentes. Las familias tradicionales son aquellas en las cuales están presentes el papá, la mamá y los hijos: las familias con niños, con jóvenes y las familias extensas, es decir, aquéllas en las cuales además del papá, la mamá y los hijos existe algún miembro de otra generación, como los abuelos o los nietos. En su conjunto estos tres tipos de familias representan casi la mitad de los hogares en México.

¹⁶ López Romo Heriberto. (Coord.) (2017) *Narrativas de los niveles socioeconómicos en México. Doce dimensiones del bienestar*. México. Instituto de Investigaciones Sociales, S.C. p. 25.

Las familias en transición no incluyen alguna de las figuras tradicionales de familia nuclear, ya sea el padre, la madre o los hijos. En esta clasificación se encuentran las madres solteras; las parejas jóvenes que han decidido no tener hijos o postergar por un tiempo su nacimiento; las que están formadas por una pareja adulta o cuyos hijos ya se fueron del hogar, también conocidas como “nido vacío”; las familias unipersonales, es decir, aquellos hogares donde solo hay una persona y las de corresidentes: hogares en donde sus miembros son amigos o parientes, pero no forman una pareja.

Aunque siempre han existido, esta categoría de familia en transición empezó a crecer de manera significativa durante la década de los sesenta y setenta, como resultado de fenómenos poblacionales de la época, entre ellos el empoderamiento de la mujer, la liberación sexual y la planificación familiar. Actualmente representan 45% de los hogares en México.

La tercera categoría de familia, contempladas por López¹⁷, son las familias emergentes, que han crecido principalmente a partir del nuevo milenio. En esta clasificación figuran los padres solteros, las parejas del mismo sexo y las familias reconstituidas, que se forman cuando uno o los dos cónyuges han tenido relaciones previas. Las familias emergentes representan 6% de los hogares. Y aunque la proporción no es relevante, son familias que marcan una tendencia significativa.

El presente documento representa sólo una aproximación al conocimiento del contexto familiar y de la problemática que lleva a sus integrantes ante un tribunal por lo que, solo se mencionan las principales conclusiones a partir de las respuestas proporcionadas por los servidores judiciales.

La *Familia* en el Estado de México ha tenido un cambio en la *dinámica de integración*, a partir de los nuevos modelos familiares, pero sobre todo en cuanto a la duración. La familia tradicional, inicia con la misma intención que antaño, pero ahora se fragmenta más rápido.

Aún en el siglo XX, un número significativo parejas permanecían unidas en matrimonio, hasta la muerte de uno de los integrantes de la pareja. La reforma a la legislación civil de la entidad, es muestra que también el legislador contribuyó a priorizar la economía procesal; es decir, hoy en día en más sencillo y rápido el trámite para disolver un matrimonio y, por ende, a la familia, pero omitió en forma simultánea, realizar propuestas de políticas públicas, planes, programas y/o acciones de gobierno para fortalecer a la familia como institución o sus valores.

Dentro de las múltiples funciones de la *Familia*, se encuentran la reproducción de los saberes del mundo, el generar los patrones de socialización y el sentido de protección -sólo por citar un par de ejemplos-.

No hay una causa única que haya propiciado los cambios en la estructura de la *Familia*, pero se continúa con la apuesta de su función social ya que no se han encontrado estructuras alternativas para transferir tan delicadas y trascendentes tareas. Cabe aclarar que para el logro de estos objetivos, los lazos sanguíneos distan de ser determinantes, ya que, por ejemplo en el caso de los niños expósitos, abandonados o albergados, son los integrantes del grupo donde un o una menor

¹⁷ *Idem.*

crece, donde se buscan estas funciones y quienes las cubran les permitirán generar el sentido de *Familia*.

Se percibe una variación en las funciones que antaño eran privativas de la *Familia*, ya que ahora se observa que algunas fueron transferidas de la Familia nuclear a la Familia extensa, por ejemplo la crianza de los hijos. Tal es el caso de los menores que permanecen bajo el cuidado de los Abuelos, o de algún otro familiar, o los menores que ante la separación de los padres, se someten a diferentes estilos de crianza con las nuevas parejas de los progenitores los cuales, no siempre son coincidentes.

Antes de 2010, en la legislación, se señalaba como concepto de matrimonio la unión de un solo hombre con una sola mujer con el propósito de perpetuar la especie y ahora se entiende como el estado de vida que dos personas, en forma voluntaria encuentran para la realización personal. Al respecto, se infería la existencia del amor entre los integrantes de la pareja al contraer matrimonio, lo cual, la propia norma excluyó con la reforma de 2010¹⁸ al Código Civil de la entidad.

Los juzgadores señalan que las instituciones jurídicas pretenden estar a la vanguardia y proteger a las mujeres y las y los menores, lo que ha permitido que los padres separados puedan llevar a cabo acuerdos para lo que consideran una “mejor integración”.

También la *Familia*, hoy en día encuentra un modelo en la pareja sin hijos; se trata de personas que no desean tener como un vértice de unión, la descendencia.

Otro cambio significativo es el crecimiento del rubro de personas que voluntariamente deciden vivir solas y esto lleva a cuestionar el rumbo que, como grupo social tomará la *Familia*. Este grupo lo integran, principalmente los y las jóvenes solteros/as para quienes el matrimonio o el tener descendencia no forma parte de su proyecto de vida.

Sin duda, el concepto de *Familia* debe actualizarse a partir de los cambios que cada sociedad presente. Cabe recordar que a principios de la década de los 60 del siglo veinte, antes de que se produjera el cambio de los roles de género, se escuchaba con frecuencia la crítica hacia a los jóvenes que decidían unirse en matrimonio a temprana edad, y en consecuencia, el ser padres se consideraba una decisión prematura. El legislador mexiquense en 2010, modificó el precepto que regula la edad mínima para contraer matrimonio y ahora se señalan 18 años como edad mínima para celebrar este acto jurídico.

Pero, el hecho de modificar la norma jurídica y señalar la mayoría de edad como edad mínima para contraer matrimonio no refleja una disminución de embarazos de mujeres adolescentes, lo que representa un problema complejo ya que con frecuencia el padre, quien también es un adolescente, es quien debe cumplir con obligaciones legales, sobre todo de tipo patrimonial y su realidad le impide cumplirlas, al igual que a la madre adolescente.

¹⁸ Gobierno del Estado de México. Gaceta de Gobierno, 6 de marzo 2010.

Las proscricciones sociales de la actividad sexual entre adolescentes [...] incrementan los costos sociales y el estigma, asociados al hecho de recurrir a los servicios, aumentan los temores acerca de la ruptura de la confidencialidad al acceder a los servicios, e imponen restricciones jurídicas al libre acceso a los servicios.¹⁹ La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) señala que los adolescentes, como grupo, han carecido sistemáticamente de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, a pesar de los compromisos para proporcionarlos. Aún se interponen normas jurídicas y otras normas muy arraigadas. Internet ha dado lugar a nuevos problemas, debido a que ofrece una avalancha de información no siempre correcta y a los riesgos que presenta, como el acoso cibernético y la trata sexual,²⁰ -entre otras-.

El embarazo en adolescentes es un fenómeno que ha cobrado importancia en los últimos años debido a que México ocupa el primer lugar en el tema, entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con una tasa de fecundidad de 77 nacimientos por cada mil adolescentes de 15 a 19 años de edad. En México, 23% de las y los adolescentes inician su vida sexual entre los 12 y los 19 años. De estos, 15% de los hombres y 33% de las mujeres no utilizaron ningún método anticonceptivo en su primera relación sexual. Es así que de acuerdo con estos datos, aproximadamente ocurren al año 340 mil nacimientos en mujeres menores de 19 años²¹. Esto obliga a las autoridades del ramo a revisar las necesidades específicas que en materia de salud sexual y reproductiva tiene este sector de la población y atenderlas en forma efectiva.

Lo cual no resulta novedoso ya que, desde 1990²², se señaló que 'familia' se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños.

Reflexiones finales.

No se encuentra un factor único que haya propiciado cambios al interior de la *Familia*, se considera que la razón es multifactorial, dentro de los cuales se puede

¹⁹ Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). (2019) *Estado de la población mundial 2019. Un asunto pendiente la defensa de los derechos y la libertad de decidir de todas las personas*. p. 81. Consultado el 23 de mayo de 2020 en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2019_ES_Estado_de_la_Poblacion_Mundial.pdf

²⁰ *Ibid.* p. 122.

²¹ Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES). (2019) *Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo en Adolescentes*. 2019. Consultado el 23 de mayo de 2020 en <https://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/estrategia-nacional-para-la-prevencion-del-embarazo-en-adolescentes-33454>

²² Naciones Unidas. (1990) *Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones)*.

destacar: mayor información debido a los medios de comunicación y la tecnología, el desempleo y los problemas que esto conlleva, el empoderamiento de la mujer, las diversas adicciones y la violencia, como los más recurrentes.

La *Familia* en el Estado de México, hoy va hacia nuevos modelos de integración y duración. La Familia de antaño era duradera, eran relaciones permanentes e indisolubles, lo cual mantenía a los gobernados alejados de los tribunales. Hoy la familia tradicional (padres-hijos), tiende a ser inestable, menos duradera y, en una alta proporción, después de una ruptura, los integrantes de la pareja forman nuevas familias, así se observan familias re-integradas con hijos de sus nuevas parejas y los hijos menores de edad incorporados en un seno de padrastro/hermanastro, que es más común cada día.

Esta es una de las razones por las que se considera que es posible hablar no sólo de *Familia*, sino de *Familias* en plural, ya que va a la alza el número de personas con más de un matrimonio o una relación donde se procrean hijos. Esto repercute en integrar diversos estilos de crianza a la estructura familiar, los cuales eventualmente pueden ser diferentes, cuando no prácticamente incompatibles.

Es de observarse la relación que existe entre escolaridad y fecundidad. En la actualidad, los juzgadores perciben que a mayor escolaridad de los integrantes de la pareja, es más frecuente la decisión de tener menos hijos, o no tenerlos, lo cual no necesariamente repercute en lo duradero de las relaciones.

Se percibe una devaluación sensible en cuanto a valores y sentimientos en los miembros de la *Familia* y lamentablemente aún no se encuentra otro grupo al cual transferirle la tarea de fortalecerlos.

La *Familia* se sustenta principalmente en las emociones, en las uniones de hecho o de derecho, aun cuando estas son más “volátiles”, se sustentan en la necesidad de afecto, compañía o solidaridad económica, más que en una integración basada en sentimientos, valores, principios religiosos o sociales rígidos como puede ser, la convicción de perpetuar el matrimonio, por lo que consideran que socialmente debe hablarse de *Familias* entendidas a partir de la diversidad, porque el concepto de *Familia* visto en la tradición social mexicana ha sido modificado por la apertura a nuevos modelos de relaciones en las parejas e incluso en la decisión de, voluntariamente no tener pareja. Esto último, ya debe considerarse como una realidad; hasta hace unas décadas esto hubiera resultado absolutamente impensable y atípico y hoy en día esto es real y va en aumento.

Otra realidad es que el número de matrimonios o de uniones eventuales o de hecho de los gobernados, ha aumentado, lo que lleva a los juzgadores a concluir que debe hablarse de *Familias*, ya que por lo menos ahora encuentran que hay dos estructuras *Familiares* bien definidas: la de Padres-Abuelos y/o la de Madres-Abuelos. Aunado a la convivencia derivada del régimen de visitas que se da entre los integrantes de la o las nuevas familias de los integrantes de la pareja original, lo que repercute en la formación de los integrantes del grupo familiar.

Es posible que próximamente no sólo se hable de distintos tipos de *Familias*, sino de la calidad de las relaciones personales, con independencia de los lazos de parentesco, ahora se abordarán a partir de la afinidad o por la vivencia de apego o cercanía. Un pronóstico es, respecto de relaciones cada vez más superficiales lo que

generará *Familias*, con una vida breve que fácilmente se diluirán, permaneciendo relaciones amistosas como las más estables.

Esto llevaría a reconsiderar al parentesco como el nexo jurídico tradicional que tenía sólo como fuentes constitutivas el matrimonio, la filiación y la adopción, ahora habría que pensar la inserción de la *voluntad* dentro de estas categorías.

Toda vez que las relaciones a partir de las cuales se construye la *Familia*, son endebles, estas relaciones están predestinadas a una vida breve y fácilmente se diluirán, creciendo las familias reconstruidas, lo cual se constituye en una de las principales causas que llevarán a los gobernados ante los órganos jurisdiccionales.

El hecho que en el Estado de México aún se encuentre pendiente de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, no significa que este tipo de *Familias* no se encuentren en la entidad. Se observa que hay parejas que, el matrimonio lo celebran en entidades donde sí está regulado, por ejemplo en la Ciudad de México, pero su domicilio lo establecen dentro del territorio del Estado de México. Al Derecho le corresponde regular las conductas y las de este sector deben ser atendidas por ser una realidad social y para efectos de la integración de una *Familia*, ha comenzado a crecer, pero en este momento; aún no es relevante el porcentaje ya que, actualmente no llegan al 1% las familias homoparentales registradas en la entidad.

Dentro de los pronósticos, *Familia* como concepto se modificará para entenderse, no a partir de lazos de parentesco, sino a partir del *espacio* que brinda posibilidades de realización personal a cada uno de los integrantes. No obstante, como institución debe prevalecer sólo *Familia*, en singular.

La infidelidad históricamente se invocaba como causal de divorcio y esta causal, con mayor frecuencia la hacía valer una mujer. Los juzgadores señalan que en la actualidad hay municipios donde es la queja principal de quienes acuden ante su presencia, pero ahora es queja de los varones ya que, el adulterio cometido por la mujer ha crecido en forma significativa. Este dato debe leerse con particular cuidado ya que, es difícil saber en qué casos, o en qué municipios se da esta situación toda vez que, para tramitar un juicio, ya no es necesario señalar la causa que lo genera.

Dentro de la diversidad de conceptos, se puede concluir que, en el siglo XXI, por familia se entiende un *Grupo formado por personas con proyectos comunes, en el cual pueden influir diversos estilos de crianza sin que sea requisito indispensable la existencia de lazos de consanguinidad, para generar intercambio de afecto, valores u otorgar protección y donde, dentro de sus funciones se encuentra la reproducción de los saberes del mundo.*

En un espacio donde se encuentre un grupo de personas conviviendo en un ambiente de violencia ya sea simbólica, psicológica, patrimonial, emocional, física o de cualquiera otra índole, no puede considerarse que hay una *Familia*. El lugar donde convive la *Familia* debe entenderse como un espacio libre de violencia (en todas sus formas) donde interactúa un grupo de personas, con sentido de solidaridad, comprometidas en el bienestar de todos sus integrantes.

Debe hacerse una revisión a fondo de los cambios o transformaciones que ha sufrido la *Familia* para diseñar las estrategias que permitan proponer la participación activa de los integrantes de cada grupo a fin de que cada persona,

desde su trinchera apoye a la reconstrucción del tejido social, lo cual será imposible lograr solo porque así se ordene en una sentencia.

Fuentes consultadas.

Código Civil del Estado de México. 2002 y sus reformas.

Consejo Estatal de Población del Estado de México. (COESPO) Recuperado de <http://coespo.edomex.gob.mx/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917 y sus reformas.

El Universal. 22 de mayo de 2020. Declaraciones de la Secretaria del Trabajo, con datos del Instituto Mexicano del Seguro Social. Primera Plana. Recuperado de <https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/wp-content/plugins/galerias/includes/archivos/pdf/2205201.pdf>

Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en el Hogar, 2016. (2017) Consultado el 23 de mayo de 2020 en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endir eh2016_presentacion_ejecutiva.pdf

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (UNICEF) Comunicado de prensa, 18 de mayo de 2020. Consultado el 24 de mayo de 2020 en: https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/unicef-urge-reforzar-la-protecci%C3%B3n-de-ni%C3%B1as-ni%C3%B1os-y-adolescentes-en-m%C3%A9xico-ante#_ftn1

Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). (2019) *Estado de la población mundial 2019. Un asunto pendiente la defensa de los derechos y la libertad de decidir de todas las personas*. Recuperado de https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2019_ES_Estado_de_la_Poblacion_Mundial.pdf

Gobierno del Estado de México. Gaceta de Gobierno, 6 de marzo 2010.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (INEGI). Encuesta Intercensal 2015. Consultado el 23 de mayo de 2020, disponible en <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/df/poblacion/>

Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES). (2019) *Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo en Adolescentes. 2019*. Recuperado de <https://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/estrategia-nacional-para-la-prevencion-del-embarazo-en-adolescentes-33454>

Krippendorff, Klaus. (1990). *Metodología de análisis de contenido. Teoría y Práctica*. Barcelona, Paidós.

López Romo Heriberto. (Coord.) (2017) *Narrativas de los niveles socioeconómicos en México. Doce dimensiones del bienestar*. México. Instituto de Investigaciones Sociales, S.C.

Medina Peñalosa Sergio Javier. Poder Judicial del Estado de México. *5to. Informe de Desarrollo Estratégico 2019*. Recuperado de <http://quintoinforme.pjedomex.gob.mx/quintoinforme/>

- Naciones Unidas. (1990) Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones).
- Núñez Noriega, Guillermo. (2016) *Los estudios de género de los hombres y las masculinidades: ¿qué son y qué estudian?* Revista Culturales, 4(1), 9-32. México. Recuperado de <http://148.231.42.12/index.php/Culturales/article/view/305>
- Poder Judicial del Estado de México. (2019) Recuperado de <https://yoporlajusticia.gob.mx/2019/07/31/divorcio-en-linea-un-proceso-rapido-y-seguro/>
- Secretaría de Gobernación. Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1974.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría de Empleo y Productividad Laboral. (2020) *Información Laboral*. Mayo, 2020. México. Recuperado de <http://www.stps.gob.mx/gobmx/estadisticas/pdf/perfiles/perfil%20nacional.pdf>
- Walti Chanes, Carlos. (2015) *¡Qué familia! La familia en México en el siglo XXI*. Encuesta Nacional de Familia, (Los Mexicanos vistos por sí mismos, Los grandes temas Nacionales) México, UNAM.

DERECHO PENAL

A (ir)relevância do conceito de ação em Direito Penal ^(*)

The (ir) relevance of the concept of action in Criminal Law

La (ir)relevancia del concepto de acción en Derecho Penal

Marcos Afonso Johner¹

Diego Alan Schöfer Albrecht²

Sumário: Introdução. 1. O conceito causal-naturalista de ação. 2. O conceito final de ação. 3. O conceito social de ação. 4. As escolas funcionais. 5. A busca por um conceito unitário de ação: falhas metodológicas. 6. Pela renúncia a um supraconceito de ação. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

Resumo: Uma das principais preocupações da dogmática penal sempre foi a de estabelecer um superconceito de ação, capaz de abarcar todas as formas de manifestação do delito. No entanto, isso coloca um problema: dado o atual estágio da teoria do delito, torna-se ainda relevante assumir um supraconceito de ação? A hipótese assumida é negativa, devendo abandonar-se os elementos pré-típicos e fundamentar o conceito-base de ação a partir da realização típica. Dessa forma, este artigo terá por objetivo analisar os principais conceitos de ação na teoria do delito e verificar se ainda é necessário manter um supraconceito de ação. O método de abordagem utilizado será o dedutivo e a pesquisa, a bibliográfica.

Palavras-chave: supraconceito, ação, realização típica.

Abstract: One of the main concerns of criminal dogmatics has always been to establish a supra-concept of action, capable for encompassing all forms of manifestation of crime. However, this poses a problem: given the

(*) Recibido: 17/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.
marcosjohner@yahoo.com.br

² Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.
diea2110@yahoo.com.br

current stage of the crime theory, is it still relevant to assume a superconcept of action? The assumed hypothesis is negative, and the pre-typical elements should be abandoned and the basic concept of action should be based on the typical realization. That away, this article will aim to analyze the main concepts of action in the theory of crime and to verify if it is still necessary to maintain a superconcept of action. The method of approach used will be the deductive and the research, the bibliographic.

Keyword: Supra-concept. Action. Typical realization.

Resumen: Una de las principales preocupaciones de la dogmática penal siempre ha sido la de establecer un superconcepto de acción, capaz de abarcar todas las formas de manifestación del delito. Sin embargo, eso plantea un problema: ¿dado el actual estadio de la teoría del delito, sigue siendo relevante asumir un superconcepto de acción? La hipótesis asumida es negativa, y los elementos pre-típicos deberían abandonarse y el concepto básico de acción debería basarse en la realización típica. Por lo tanto, este artículo tendrá como objetivo analizar los principales conceptos de acción en la teoría del delito y verificar si aún es necesario mantener un superconcepto de acción. El método de enfoque utilizado será el deductivo y de la investigación, el bibliográfico.

Palabras clave: superconcepto, acción, realización típica.

Introdução

Na construção dos variados sistemas penais, o conceito de ação sempre apresentou relevada importância, ora por ser o primeiro referencial do comportamento punível, ora por considerar a relação do indivíduo em seu meio social. Buscava-se elaborar, na realidade, um supraconceito de ação, situado num plano pré-típico, suficientemente amplo para abranger todas as formas de aparecimento do ilícito, seja na forma dolosa ou culposa, seja na forma comissiva ou omissiva.

O pretendido conceito unitário de ação, no entanto, pressupõe o preenchimento de três funções primordiais, sejam elas (a) *classificatória*, capaz de reunir sob a mesma rubrica todos os modos pelos quais o crime pode exteriorizar-se; (b) *definitória* ou *de união*, no sentido de fornecer um substrato material para que os demais elementos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) se lhe conectem como especificações anexas; e (c) *delimitadora*, cujo escopo é o de excluir, *ab initio*, aquelas condutas não manifestamente puníveis.

Contudo, os principais conceitos elaborados – causal-naturalista, final, social, negativo e pessoal – não lograram êxito em atender às funções acima mencionadas, pelas mais diversas razões, apontadas *infra* (tópico 6 e itens correspondentes). Portanto, abdicar-se-á de um conceito unitário de ação, a fim de simplesmente conceituá-la como o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime.

O trabalho será desenvolvido da seguinte maneira: nos primeiros quatro tópicos serão abordados os principais conceitos de ação elaborados desde o início do século XX. No quinto tópico, dedicar-se-á um pequeno espaço à proposta de Juarez Tavares. No sexto, serão expendidas as críticas necessárias às tentativas de obter-se um supraconceito de ação. No sétimo e derradeiro tópico, estabelecer-se-ão os motivos pelos quais se renunciará ao já mencionado supraconceito e qual o delineamento de ação a partir de então.

1 O conceito causal-naturalista de ação

O sistema causal-naturalista, também conhecido como *concepção clássica do delito*, teve forte influência das ciências mecânico-naturais do final do século XIX,³ buscando nelas um ideal de exatidão científica. Para tanto, procurava-se “o máximo possível em termos de objetividade, ordem e segurança, e, para tanto, valia-se de conceitos limitados a realidades perceptíveis pelos sentidos, a realidades do mundo natural”⁴.

Um dos principais precursores dessa corrente, Franz von Liszt dividia a ação, basicamente, em dois elementos, sejam eles o *ato de vontade* e o *resultado*, aos quais acrescia a *relação de causalidade*,^{5 6} cuja função era a de conjugar os dois primeiros para que formassem um todo.⁷ Para ele, havia duas formas de ação: a *comissão*, visualizada como “a causação do resultado por um ato de vontade”⁸, e a *omissão*,

³ “Así, la determinación de la producción de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de estos o aquellos hechos perceptibles por los sentidos y describibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos” (SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción de de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tenos, 1991, p. 43-44).

⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 147.

⁵ Também derivada das ciências mecânico-naturais, a teoria da *conditio sine qua non* era utilizada por von Liszt para estabelecer a relação de causalidade, conforme se deduz do seguinte excerto: “Dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pode supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo que de fato ocorreu” [redação adaptada] (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 201).

⁶ Mir Puig assinala que a causalidade consiste no *núcleo essencial* desse conceito (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 179).

⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, 2006, p. 193.

⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 198, redação adaptada. Acrescenta von Liszt que o ato de vontade se apresenta “como *movimento corpóreo voluntário*, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias ou representações e efetuada pela inervação dos nervos motores” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 198).

caracterizada pelo “não empreendimento de uma ação determinada e esperada”⁹. Portanto, ambas as formas poderiam ser reconduzidas a um *supraconceito*: o *ato humano voluntário que causa uma modificação no mundo exterior*.

Outro partidário do conceito clássico de ação, Ernst von Beling a compreendeu como o comportamento humano voluntário, consistente num fazer (ação positiva) ou num não fazer (omissão), produzido pelo domínio sobre o corpo. Na aceção desse autor, a ação era dividida em duas fases: uma interna, ou subjetiva, correspondente à voluntariedade, e outra externa, ou objetiva, vinculada ao comportamento.¹⁰

Basicamente, o sistema causal-naturalista se erigiu a partir dos seguintes elementos: a) *movimiento corporal*, que “se constituye en causa del resultado, que es el cambio en el mundo externo perceptible por los sentidos; el movimiento da origen a un proceso causal que se concreta en aquél”¹¹; b) *voluntariedade*, “aquella necesaria para hacer el movimiento que le da a éste carácter de espontáneo, y permite diferenciarlo del provocado por una fuerza física extraña al sujeto”¹²; c) *modificação do mundo exterior*, produzido “conforme a las leyes físicas de la causalidad”¹³.

Percebe-se, como bem observou Hans Welzel, que o conceito causal-naturalista fracionou a ação em duas partes: “o processo causal externo (‘objetivo’), de um lado, e o conteúdo da vontade, ‘meramente’ subjetivo, do outro”^{14 15}. Desse modo, tendo em vista que o dolo e a culpa ainda pertenciam à culpabilidade, tornava-se desnecessário perquirir, já no âmbito do injusto, acerca da intenção do

⁹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 208, redação adaptada.

¹⁰ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42.

¹¹ MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

¹² MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

¹³ MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

¹⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

¹⁵ “De acordo com esta concepção de ação, configura-se a seguinte sistemática: há uma distinção entre o impulso volitivo e o conteúdo de vontade. O primeiro (impulso volitivo) é elemento integrante do conceito de ação, portanto, objeto do juízo de antijuridicidade. O segundo pertence unicamente à culpabilidade e não se valora, por conseguinte, ainda na antijuridicidade. Em princípio, todo o processo causal-objetivo desencadeado por um impulso voluntário pertence à antijuridicidade e todo o processo anímico-subjetivo - motivos, propósitos, fins perseguidos pelo autor - pertence à culpabilidade” (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 217).

agente ou da previsão do resultado; bastava o processo causal desencadeante da vontade no mundo exterior.¹⁶

2 O conceito final de ação

Na primeira metade do século XX, Hans Welzel deu início à chamada *teoria finalista da ação*, partindo de um plano ontológico¹⁷ e tendo na finalidade o elemento fundante, a “espinha dorsal” do conceito de ação. Para o autor, a finalidade consiste no fato de que o homem tem a possibilidade de prever, desde a base do seu conhecimento causal, as consequências que uma atividade poderá produzir no futuro, e, desse modo, dirigir a sua conduta de acordo com um plano tendente a alcançar os respectivos objetivos.¹⁸ Daí ser possível depreender que “a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um *fim*”¹⁹. Nas palavras do próprio Welzel,

Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”; la causalidad es “ciega”.²⁰

A ação finalista divide-se, por sua vez, em duas dimensões: uma *subjetiva*, relacionada ao *plano interno* do sujeito e edificada a partir dos objetivos pretendidos pelo autor, dos meios que ele emprega para alcançá-los e das consequências secundárias, necessariamente vinculadas com os ditos meios, e outra *objetiva*, relativa ao *plano externo*, isto é, à colocação em prática da conduta para o alcance do resultado visado.²¹

Pode-se notar que não há o abandono do dogma da causalidade, ou a sua substituição pela finalidade: esta procura complementar aquela. Com efeito, “o pretendido paradigma ontológico é, isto sim, erigido a partir da *combinação* desses dois elementos de natureza igualmente ontológica: causalidade e finalidade”²².

¹⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 39-40.

¹⁷ Por consistir num conceito ontológico, afirmava Mezger, “la apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus elementos atributivos de la antijuridicidad y de la culpabilidad” [grifos do autor] (MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 87-88).

¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

¹⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 348.

²⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

²¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 40 e 42.

²² D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 152.

Não se há de confundir a finalidade com a voluntariedade, “que significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser indiferentes ao que o autor queria produzir”²³. Tome-se o exemplo da enfermeira que injeta morfina no paciente em dose demasiada, de consequência letal: aqui, ela “realiza uma ação final de injetar, mas não uma ação de matar. Há ato *voluntário*, abstraído o conteúdo da vontade”²⁴. Obviamente, num tal caso pode a profissional ser responsabilizada a título de culpa, tendo em vista que não observou os limites do risco autorizado.

Um dos grandes méritos do sistema finalista, senão o, foi o de transportar os elementos subjetivos da culpabilidade para o tipo.²⁵ Aquela, então de matriz psicológico-subjetiva, passou a ser encarada a partir de um ponto de vista normativo. De outro lado, do tipo, que se limitava à causação de um resultado, passou-se a exigir uma estrutura mais complexa, jungida, conforme antevisto, pela fase subjetiva (antecipação, escolha dos meios e consideração das consequências) e outra objetiva (prática da conduta).

3 O conceito social de ação

Partindo não mais de definições ontológicas, os defensores do *modelo social de ação* procuraram obter um conceito unitário e pré-típico a partir da *dimensão social*, calcada na categoria axiológica da *relevância social*, estranha às categorias do ser (causalidade e finalidade), nela fundamentando o núcleo hábil para a extração do respectivo conceito.²⁶ Para Jescheck e Weigend, por exemplo, ação é *todo comportamento humano socialmente relevante, com transcendência social, verbis*:

De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social [...]. Aquí el “*comportamiento*” significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad). Pero también puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia). Por último, puede expresarse a través de la inactividad frente a una determinada (aunque no es necesario que esté jurídicamente fundamentada) expectativa de acción, con lo cual también aquí se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión). [...] Una conducta tiene “*trascendencia social*” exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos. Para ello es necesaria que el comportamiento se manifieste exteriormente, por lo que en la omisión es suficiente con la ausencia de efectos que habría tenido el hacer sujeto a expectativa y dirección (por ejemplo, la ausencia de una posible prestación de auxilio en un accidente) (grifos do autor).²⁷

²³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 349.

²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 349.

²⁵ Silvestroni refere que esta foi a principal consequência sistemática do finalismo (SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 193-194).

²⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 154.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 239-240.

Adotando o conceito social de ação, Gonzalo Rodriguez Mourullo abordou-o num triplo aspecto, a partir dos seguintes elementos: a) o *comportamento humano*, comissivo ou omissivo; b) o *domínio efetivo* desse comportamento, ou, quando menos, a *possibilidade de ser dominado* pela vontade humana; c) a *relevância social*, atinente à conduta do homem relacionada ao mundo que o rodeia, passível de ser objeto de um juízo de valor de acordo com as consequências desejadas ou indesejadas que provoca na esfera social.²⁸

Denota-se, pois, que “a teoria social da ação vem, dessa forma, para abarcar tanto o conceito final quanto o conceito causal de ação”²⁹. De mais a mais, a relevância social do comportamento humano há de corresponder “à relação do indivíduo com o mundo que lhe cerca e lhe afeta por suas consequências”, de tal modo que “o que importa para a teoria social é a *significação social* da conduta humana do ponto de vista da sociedade (conceito valorado de ação)”³⁰.

4 As escolas funcionais

Nas últimas décadas, o conceito de ação vem perdendo o brilho que outrora lhe conferia posição de destaque na estruturação dogmática da teoria do delito. Isso se deve, segundo Tavares Lobato, “ao surgimento das teorias funcionalistas penais e com a consolidação de um pensamento crítico de rejeição à teoria finalista da ação”³¹. Acrescenta o autor que, face aos esforços na busca por critérios de imputação, “a ação deixou de ser o elemento ordenador das análises jurídico-penais para ser mero pressuposto discursivo referencial de incidência das regras de imputação - fundadas no risco, - ao tipo objetivo, da conduta praticada”³². Sem se descuidar da observação, é possível analisar duas propostas no âmbito das escolas funcionais: o conceito negativo e o conceito pessoal de ação.

4.1 O conceito negativo de ação

Herdado de Herzberg, no âmbito do funcionalismo o *conceito negativo de ação* encontra respaldo na obra de Günther Jakobs, que concebe a ação como a *causação individualmente evitável do resultado*, constituindo um supraconceito para o atuar doloso e culposo. Em suas próprias palavras:

²⁸ MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, sem informação de ano, p. 209.

²⁹ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

³⁰ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54.

³¹ LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso: 17 mar. 2020.

³² LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso: 17 mar. 2020.

A causação individualmente evitável do resultado é o supraconceito para o atuar doloso e (individualmente) culposo. O entendimento da execução do comportamento e, eventualmente, de suas consequências (no dolo) ou a cognoscibilidade individual (na culpa) como condições da evitação integram a conduta e, por conseguinte, o injusto. *Assim, concluindo, no âmbito do dolo, não existe uma diferença em relação ao conceito finalista de conduta; a visão apenas se deslocou da finalidade relacionada ao resultado para as condições da evitabilidade do resultado* [grifo nosso].³³

Por derradeiro, de acordo com Jakobs, “como o Direito Penal garante a motivação dominante para a evitação do comportamento proibido, são condutas aquelas reações corporais cujo aspecto impulsivo não teria existido”, se, de outro modo, “tivesse existido motivação dominante para a evitação”³⁴.

4.2 O conceito pessoal de ação

Claus Roxin projeta a ação como uma *manifestação da personalidade humana*, como tudo aquilo que se pode atribuir ao ser humano como centro de ação anímico-espiritual, submetido ao controle do “eu”, da instância condutora de tal centro do ser humano.³⁵ Tal conceito se vincularia com a forma pré-jurídica de entender a ação, sem se distanciar dos enfoques causais e normativistas, ao mesmo tempo em que abarcaria o fragmento relevante da realidade para uma primeira e prévia valoração jurídica.³⁶

Tal conceito, leciona Juarez Cirino dos Santos, “permitiria excluir todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do *ego* e, portanto, *não dominados* ou *não domináveis* pela vontade humana: força física absoluta, convulsões, movimentos reflexos etc., não constituem *manifestação da personalidade*” (grifos do autor)³⁷. De outro giro, “exclui pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano porque não representam *manifestação da personalidade*” (grifo do autor)³⁸.

5 O conceito dogmático de Juarez Tavares

Ainda que em obra específica relativa aos crimes culposos, é interessante trazer à baila a proposta de Juarez Tavares, para o qual “*ação é toda conduta conscientemente orientada em função de parâmetros (objetos) de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito*” [grifo do

³³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 209.

³⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 215.

³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 256.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 96.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 96.

autor]³⁹. O conceito delineado pelo autor não se identifica com os conceitos final e social de ação, justamente porque não o aborda desde um ponto de vista pré-jurídico, tampouco com o dos funcionalistas, tendo em vista que não vincula a ação a um sistema ou ao processo de imputação.⁴⁰

Juarez Tavares considera importante a discussão dos elementos materiais da ação, a partir do processo comunicacional, para propiciar relevância metodológica apta a delimitar normativamente aquilo que pode ser atribuído ao sujeito, de modo que a descrição, como ação típica, seja constantemente submetida a um procedimento de prova da sua legitimidade. Tais elementos, destaca o autor, “ainda que sejam apreciados sob o enfoque de uma prática social, portanto, como expressão do sujeito em uma comunidade comunicativa, só valem na medida em que possam servir, normativamente, como fatores limitativos da incriminação”⁴¹. Desse modo, os elementos comunicativos que caracterizam a ação como prática social somente passam a ter sentido quando “inseridos no processo normativo de sua avaliação como redutores da incriminação, quer dizer, como objetos aptos a fundamentarem uma dogmática crítica do delito”⁴².

Conforme o autor, o conceito proposto não é puramente normativo, tratando-se, pois, de um *conceito de relação*, “pois o homem não pode se subtrair às regras da estrutura social no sentido de uma dessocialização, mas pode, através de sua própria atividade, impulsionada por outras regras, modificá-las e transformá-las”⁴³. Por um lado, emerge a conduta como expressão de uma prática humano-social, significando que “a vontade só se torna objetivável e, portanto, empiricamente apreensível, a partir do momento em que se estabelece como relação entre o motivo do agir e o objeto do agir”, de forma específica, “como fator determinante e condicionante da escolha, emprego e manipulação dos meios causais disponíveis à integração dessa ação à atividade global do sujeito”⁴⁴, e, por outro, “ao assinalar que a sociabilidade da conduta se materializa tipicamente, o que se faz é excluir uma concepção pré-jurídica de conduta”⁴⁵.

6 A busca por um conceito unitário de ação: falhas metodológicas

Todas as teorias acima elencadas, à exceção do modelo esboçado por Juarez Tavares, procuraram delinear um *supraconceito* ou *conceito unitário de ação* (*Oberbegriff*), capaz de abranger todas as formas de aparecimento do delito: doloso

³⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016., p. 252. Acrescenta o autor: “Desta conceituação se infere, por conseguinte, como já foi dito, que toda ação é atividade volitiva e, assim, consciente. A menção à prática humano-social significa que a atividade do homem deve ser entendida como manifestação de sua sociabilidade, influente sobre os demais homens e vinculada às normas de convivência, como forma de união entre indivíduo e meio, que se estrutura em um processo contínuo de comunicação” (p. 252).

⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 251.

⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252.

⁴² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252.

⁴³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252.

⁴⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 252-253.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 253.

e culposos, comissivos e omissivos.⁴⁶ Para tanto, realizaram a abordagem desde um panorama pré-típico, ou seja, anterior ao tipo penal,⁴⁷ este que desenha a forma e a substância de aparecimento do injusto.

Para que o conceito unitário seja efetivo é imprescindível que atenda a três funções:⁴⁸ a) *classificatória*: deve ser aplicável a todas as formas de atuar do ser humano que tenham relevância para o Direito Penal, englobando tanto o comportamento doloso quanto o culposos, assim como o comissivo e o omissivo;⁴⁹ b) *definitória* ou *de união*: deve possuir conteúdo material suficiente para que os demais conceitos do sistema jurídico-penal (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) se lhe conectem como especificações anexas, sem as pré-determinar, isto é, “sem antecipar o significado material específico que anima cada uma delas”⁵⁰; c) *delimitadora*: deve excluir aqueles comportamentos que, em circunstância alguma, aparecem como puníveis, sem necessidade de ter que antecipar os elementos específicos do delito.⁵¹

Entretanto, todos os conceitos expostos pecam em ao menos uma das funções, de tal maneira que se tornam inábeis a dar forma ao pretendido supraconceito. Na sequência, far-se-ão as críticas necessárias, a fim de demonstrar o porquê do vazio estrutural e na falência dessa tentativa de construção de um *Oberbegriff*.

⁴⁶“Por anos a doutrina penal buscou um conceito de ação que pudesse ser definido em um momento prévio às valorações jurídico-penais e, desse modo, independente dos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Buscava-se uma espécie de *elemento primeiro*, de *denominador comum* da noção de crime, presente em todas as diferentes formas de manifestação do ilícito-típico. Um elemento que, uma vez identificado em um momento pré-jurídico (ou, ao menos, pré-típico), teria potencialidade de servir como pedra angular de toda a construção teórica do crime, sem, todavia, predeterminar essa estrutura” [grifos do autor] (D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 137).

⁴⁷ Maurach, por exemplo, é taxativo ao afirmar que “la acción, desde el punto de vista sistemático, es anterior al tipo” (MAURACH, Reinhardt. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 187).

⁴⁸ Conforme JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 234. Mezger apenas alude às funções de classificação e de definição (MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 86).

⁴⁹ Conferir, também, BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Buenos Aires: De Palma, 1973, p. 94-95.

⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 252.

⁵¹ Tal função refere-se àqueles supostos, comumente mencionados pelos manuais pátrios, relativos à ausência de ação, tais como a *coação física irresistível*, o *estado de inconsciência*, os *atos reflexos* e o *caso fortuito* ou *força maior*, porque, segundo Silvestroni, “son situaciones en las que el cuerpo se comporta simplemente como una masa mecánica y sin conexión con decisiones de voluntad” (SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 194).

6.1 Críticas ao conceito causal-naturalista

O conceito de ação extraído do sistema causal-naturalista não logra êxito na função classificatória, basicamente pelos seguintes motivos: 1º) a *voluntariedade* não é um elemento comum a todas as formas de aparecimento do delito; 2º) nem todos os crimes causam uma *modificação no mundo exterior*, a exemplo das infrações de mera atividade, como um ato obsceno, e os crimes omissivos;⁵² 3º) a omissão não existe estritamente no mundo psicofísico, “na medida em que a sua existência está necessariamente condicionada a um elemento estranho do mundo do ser: o dever de agir”⁵³, que não pode ser concebido pré-tipicamente. Além do mais, a eventual feição psicofísica da omissão sequer poderia limitar-se à contenção dos nervos motores. Tal circunstância, em outros termos, pressuporia “uma espécie de impulso natural de ação em atender o dever jurídico, o qual, na omissão, viria a ser voluntariamente contido pelo sujeito”, o que é insustentável, pois, “ao sonegar impostos, *v.g.*, o omitente certamente não está a conter um impulso natural de recolher tributos”⁵⁴.

Ademais, peca também na função de união, uma vez que não se sabe, de antemão, se o comportamento é doloso ou culposo, tendo em vista que o dolo e a culpa integram, nesse modelo, a culpabilidade. Bem observou Mayrink da Costa que “o caminho percorrido pelo causalismo é longo, pois para demonstrar que se trata de uma conduta típica foi necessário retornar-se ao nível da culpabilidade e depois descer até a tipicidade”⁵⁵. Dessa forma, é possível perceber que “os causalistas afirmam que não existe um tipo de homicídio culposo, mas um tipo de homicídio com duas *formas* de culpabilidade (dolo e culpa)”⁵⁶.

6.2 Críticas ao conceito finalista

No que tange à função classificatória, o conceito finalista de ação falha em relação ao fenômeno omissivo. Deveras, “não há causalidade ontológica na omissão

⁵² Talvez por isso a crítica de Bernd Schünemann, no sentido de que “el «*monismo causalista*» del naturalismo impidió así un desarrollo de la categoría de la «tipicidad», que quedó reducida a la mera «causación de la lesión de un bien jurídico» y, por ello, ya no estaba en condiciones de dar entrada a las discrepancias de valoración establecidas en la pluralidad de situaciones sociales de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual” [grifo do autor] (SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción de de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tenos, 1991, p. 45).

⁵³ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 149. O próprio Liszt já advertia que “o direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a obrar” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 208, redação adaptada).

⁵⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 149-150.

⁵⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 343.

⁵⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 343.

e, por isso, menos ainda, a possibilidade de *controlar o curso causal no sentido de atingir os fins* planejados. E se isso é assim, simplesmente não há como reconhecer na omissão uma *ação em sentido final*” [grifos do autor]⁵⁷.

A tentativa de Welzel de contornar o problema por intermédio da *finalidade potencial*, caracterizada pela *capacidade de ação*, e na ideia de *omissão de uma ação final*, tampouco satisfaz. Com efeito, “só faz sentido falar em finalidade potencial e capacidade de ação na ausência, respectivamente, de finalidade real e de ação real, i.e., de uma determinada ação que, embora possível ao sujeito, não chegou a ser praticada, não chegou a existir”⁵⁸. Por essa razão torna-se “absolutamente impossível retirar da *capacidade de ação* o elemento básico comum das manifestações comissivas e omissivas do ilícito-típico: capacidade de ação não é ação”⁵⁹.

Além disso, do mesmo modo que se advertiu quanto ao conceito causal-naturalista, a omissão é um fenômeno essencialmente normativo e, portanto, a sua existência não pode dissociar-se do tipo penal. Destarte, somente depois do surgimento da prescrição legal, contendo o respectivo dever de agir, é que se poderá falar na possibilidade de omissão típica; ou seja, ela não tem vida pré-típica.

Outra objeção possível remete à função definitória, uma vez que o conceito final não obtém êxito em relação aos crimes culposos, haja vista que a ação, nestas espécies delitivas, não está voltada à causação de um resultado ilícito, o que retira a unidade sistemática pretendida, tendo em vista que não fornece um substrato material suficiente para que a tipicidade culposa se lhe conecte como uma especificação.

Ainda que se procure justificar essa nuance ao argumento de que a finalidade, nos crimes culposos, refira-se a uma ação lícita, o que poderia englobar os meios inadequadamente utilizados para alcançá-la, é preciso realçar, conforme o fazem Jescheck e Weigend, que o descuido na execução não é precisamente um momento da finalidade. Ademais, de acordo com os autores, o juízo de imputação, enquanto caractere de cunho essencialmente normativo,⁶⁰ situa-se fora da relação final, o que desnatura, também por este motivo, a tentativa de obter um supraconceito de ação.⁶¹

⁵⁷ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 152.

⁵⁸ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 153.

⁵⁹ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 153.

⁶⁰ “A culpa independe da finalidade, mas da transgressão dos mandamentos jurídicos de cuidado de atenção, portanto, de um elemento normativo, não havendo qualquer estrutura ontológica preexistente que decida seu caráter” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 366).

⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 237.

6.3 Críticas ao conceito social de ação

O conceito social de ação não atende satisfatoriamente à função de união, justamente se se levar em consideração o fato de que a noção do que é socialmente relevante muitas vezes depende de uma valoração típica prévia. Exemplificativamente, uma lesão corporal culposa na direção de veículo automotor dependerá de um juízo normativo a partir da criação de um risco juridicamente desaprovado e da sua materialização no resultado, tendo como parâmetro as normas de segurança que disciplinam a direção correta: percebe-se que é, aqui, a valoração jurídica que determina a relevância social da ação.⁶²

A pretensão de Mourullo, de acrescentar ao conceito de ação o critério do *domínio efetivo* do comportamento ou a *possibilidade de domínio* também revela uma desconexão sistemática no que tange à função de união: a *dominabilidade* é um *critério de imputação*, ou seja, de atribuição de qualidade à conduta e, como tal, pertence ao âmbito do injusto, e não da ação.

De mais a mais, poder-se-ia pensar que o conceito em exame peca também no que tange à função de delimitação, uma vez que, aparentemente, as ações decorrentes de coação física irresistível e em estado de sonambulismo, por exemplo, gozam de significação social. Quanto a isso, deve-se ter mente que o que se busca, na realidade, é “uma ideia de relevância social bem mais restrita, capaz de observar o potencial limitativo do conceito e, desse modo, a sua função de delimitação”⁶³. No entanto, consoante frisado no parágrafo anterior, “ao tomar esse caminho, o juízo de relevância social acaba por aproximar-se demasiadamente do tipo legal de crime, tendo como consequência a perda da sua autonomia valorativa (ela se confunde com a valoração contida no tipo) e o esvaziamento da função de união”⁶⁴.

Por fim, registra-se a imprecisão da *categoria da relevância* como princípio unificador do conceito social. A pretensão de obter-se tal unicidade esbarra no alargamento e extensão do termo “relevância social”, que, ao fim e ao cabo, presta-se a tudo e não configura um atributo “específico do delito, mas antes uma característica genérica de todo fato jurídico, tomado este em seu sentido mais amplo”⁶⁵.

⁶² ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 246. Complementa o autor: “Por tanto, se puede afirmar que a veces es la tipicidad lo único que fundamenta la relevancia social de una conducta y que en otros casos influye decisivamente en la misma”. De forma semelhante adverte Ricardo Nuñez: “Sin embargo, este punto de vista no deja de estar subordinado al derecho, porque en definitiva debe tratarse de una conducta receptada por una figura de la ley penal” (NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal: parte general*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1999, p. 119).

⁶³ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 155-156.

⁶⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 156.

⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

6.4 Críticas ao conceito negativo de ação

O conceito negativo de ação não cumpre com a função de união, tendo em conta que inclui o tipo na sua estrutura, mostrando-se mais afeito à caracterização do *atuar típico* do que propriamente à ação enquanto categoria autônoma e instrumental para os demais elementos analíticos do crime. Além do mais, o conceito de “não evitação” somente tem sentido se se pressupõe um *dever de evitar*, que, no Direito Penal, deriva do tipo.⁶⁶ Destarte, percebe-se que, a partir da *evitabilidade*,⁶⁷ se antecipam critérios de *imputação objetiva* ao âmbito da ação, circunstância que não pode ser resolvida num plano pré-típico.⁶⁸

6.5 Críticas ao conceito pessoal de ação

Para que uma ação possa ser considerada manifestação da personalidade, aduz Roxin que ela precisa ser *dominável* pela *vontade* e pela *consciência*,⁶⁹ numa inter-relação entre *dominabilidade/controlabilidade* e *personalidade*. Entretanto, aqueles dois critérios “não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação”⁷⁰, o que desnatura, uma vez mais, a tentativa de obter um conceito unitário.

De outro lado, Roxin entra em contradição quando se reporta aos *movimentos reflexos* e às *ações automáticas*. Para elucidar, tome-se o exemplo do próprio autor: “En el momento en que una automovilista tomaba una curva, de repente entra desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo; la conductora hace un ‘movimiento defensivo brusco’ con la mano y pierde por ello el control del vehículo y provoca un choque”⁷¹. Muito embora Roxin admita que num tal caso inexista *reflexão consciente*, permite que a conduta seja considerada uma manifestação da personalidade por meio do critério da *direção final* ou da *finalidade inconsciente*, que consiste na “adaptación del aparato anímico a circunstancias o sucesos del mundo

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 249.

⁶⁷ A evitabilidade é, ela mesma, um critério de imputação; nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 238; ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 251;

⁶⁸ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 157-158.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

⁷⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 159.

⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 261.

exterior”⁷². Contudo, podem ser levantadas três objeções à proposta de Roxin, bem delineadas por Fábio D’Avila:

Primeiro, que a sua elaboração atende à “necessidade” jurídico-penal de reconhecer aqui uma ação. Em outras palavras, que o conceito pessoal de ação está, na verdade, informado pelo próprio tipo penal e, assim, busca conformar aquilo que é jurídico-penalmente interessante, defraudando desse modo a função de união. Segundo, que a possibilidade de reconhecer uma “direção final interna” – conceito que reclama um maior desenvolvimento – estaria prejudicada *a priori* pelo critério inicial de dominabilidade. Não se pode esquecer que, para Roxin, somente é manifestação da personalidade, aquilo que foi dominável pela *vontade e consciência*, aqui inexistente. A sua inserção, portanto, como categoria secundária (i.e., posterior ao critério “vontade e consciência”) é impossível e, se anterior, termina por esvaziar o critério inicial. Terceiro, que esta multiplicidade de critérios extraídos do conceito de *personalidade* implica uma noção de personalidade excessivamente aberta e pluriforme, incapaz de atender adequadamente à função de delimitação.⁷³

Noutro norte, tampouco a função classificatória é eficazmente atendida pelo conceito pessoal, mormente por pecar no que tange ao fenômeno omissivo, que, consoante já afirmado linhas acima, não tem existência ontológica, nem pré-típica, pois é uma categoria vinculada ao mundo do dever-ser e de natureza essencialmente normativa. Desse modo, a única avaliação axiológica em relação ao crime omissivo consiste “na avaliação permitida pela tipicidade, resultado absolutamente desnecessárias outras considerações de cunho valorativo”⁷⁴.

7 Pela renúncia a um supraconceito de ação

Diante das críticas elaboradas no tópico antecedente, percebe-se desde já que as tentativas de elaborar um conceito unitário de ação, partindo de um panorama pré-típico e capaz de abranger todas as formas de aparecimento do ilícito, falharam. Destarte, questiona-se acerca da importância de ainda procurar um conceito pré-típico de ação no atual estágio da teoria do delito.

Acredita-se que o ponto fulcral para responder ao problema reside na *tipicidade*. Radbruch já partira desse entendimento, referindo-se “al tipo de la acción punible en su totalidad, al llamado *tipo de acción*, y no al tipo del injusto” [grifo do autor]⁷⁵. Para o autor, ação e omissão seriam dois conceitos autônomos, o que implicaria a duplicação de todos os demais conceitos correlatos. Também Beling,

⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 264.

⁷³ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 159.

⁷⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 160.

⁷⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 87.

apesar de adepto do sistema clássico, chegou a visualizar no *Tatbestand* a pedra fundamental e angular do Direito Penal.⁷⁶

Por isso, deve-se renunciar ao esforço de obter-se um supraconceito de ação, o que é de todo infrutífero e acaba por não conferir sistematicidade à teoria do crime, ora por não conseguir abarcar todas as formas de aparecimento do comportamento punível, ora por antecipar critérios de imputação a um panorama anterior ao tipo, ora por todos os motivos já expendidos linhas atrás. Nessa senda, seguindo a proposta de Fabio D'Avila, abdica-se de um supraconceito de ação para simplesmente conceituá-la como “*o comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime*” [grifo do autor]⁷⁷.

Dessa forma, o conceito-base não é mais a ação, e, sim, a *realização típica*. Isso permite superar alguns dos inconvenientes das propostas elencadas no tópico anterior, principalmente no que tange à função classificatória. Assim sendo, não se procurará um conceito de ação que abarque, unitariamente, os tipos dolosos e culposos, comissivos e omissivos. Viabiliza-se uma análise separada de cada um deles, já que a realização típica pressupõe o estudo das quatro grandes formas de manifestação: tipo de ilícito comissivo doloso e tipo de ilícito comissivo culposo; tipo de ilícito omissivo doloso e tipo de ilícito omissivo culposo.⁷⁸

Além do mais, no que se refere à mencionada função de delimitação, enxergá-la a partir de um panorama pré-típico nada mais representa do que antecipar critérios de imputação a um momento anterior à análise essencialmente jurídico-penal, circunstância que entra em colisão com a própria função de união e retira o substrato material hábil a interconectar os demais elementos do crime à ação.

Imagine-se um aparente caso de coação física irresistível por omissão:⁷⁹ o pai é amarrado numa cadeira enquanto vê os torturadores matarem o seu filho. No entanto, a corda não fora bem atada, permitindo que o ascendente pudesse se desprender. Mesmo assim, a possibilidade de ação estaria condicionada ao ingresso da própria integridade em risco. A complexidade dessa situação não pode ser respondida pela simplificada função delimitadora, ficando na dependência da análise própria dos critérios de imputação dos crimes omissivos e das variáveis daí

⁷⁶ D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014.

⁷⁷ D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 136. De forma semelhante: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260; e, de certo modo, o próprio Juarez Tavares, quando fala acerca da *materialização típica* (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 251).

⁷⁸ D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 136.

⁷⁹ Adaptado do exemplo fornecido por D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 141-142.

decorrentes, tais como a natureza, o fundamento e a extensão do dever de agir.⁸⁰ Daqui resulta, conforme Figueiredo Dias, “que a própria função de delimitação não deve ser desempenhada por *um* conceito *geral* de acção, antes deve sê-lo por *vários* conceitos de acção tipicamente conformados” [grifos do autor]⁸¹.

Portanto, não se abandona o conceito de ação, mas apenas o redimensiona em importância, para que continue a cumprir um papel fundamental na teoria geral do crime. Desse modo, ele se torna “elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação”⁸².

Conclusão

A tentativa de elaborar um supraconceito de ação, capaz de abranger todas as formas de aparecimento do ilícito, sempre foi uma das principais pautas dogmáticas da teoria do crime. No entanto, as principais concepções hauridas não lograram êxito no objetivo alçado, por não atenderem às funções responsáveis pela sistematização de um conceito de ação que se pretenda unitário.

O conceito clássico, por exemplo, não atende (a) à função de classificação, porque a voluntariedade não é um elemento comum a todos os delitos, do mesmo modo que a modificação do mundo exterior, além do que a omissão não tem existência psicofísica, e (b) à função de união, ante a localização sistemática do dolo e da culpa. O conceito final, por sua vez, peca na (a) função classificatória, pois a omissão não tem existência ontológica, e na (b) função definitiva, já que a finalidade não abrange os delitos culposos. O conceito social falha, principalmente, na função de união, porque a relevância social, no mais das vezes, depende de uma valoração típica prévia. O conceito negativo, de outro lado, antecipa critérios de imputação ao plano pré-típico, da mesma forma que o conceito pessoal, que, ademais, não é capaz de abranger o fenômeno omissivo.

Por tudo isso, abdicou-se de um supraconceito de ação, a fim de simplesmente conceituá-la, na linha de Fábio Roberto D’Avila, como o *comportamento que realiza, dolosa ou culposamente, o tipo legal de crime*. Isso propicia um estudo específico de cada forma de aparecimento do ilícito, ao mesmo tempo em que abandona a dimensão pré-típica para focar na realização do tipo penal o fator preponderante de atribuição da responsabilidade jurídico-penal à conduta praticada pelo sujeito.

⁸⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 146.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

⁸² D’AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 136.

Referências

- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: De Palma, 1973.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002.
- LISZT, Frans von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? *Revista Liberdades*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141>. Acesso: 17 mar. 2020.
- MAURACH, Reinhardt. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.
- MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, sem informação de ano.
- NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal: parte general*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1999.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción de de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tenos, 1991.
- SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Dos crimes ambientais na região de Sousa-PB e suas relações com as atividades agroindustriais: uma análise a partir da judicialização de ações no período de 2010 a 2018 (*)

Environmental crimes in the Sousa-PB region and their relations with agro-industrial activities: an analysis from the judicialization of actions in the period of 2010 to 2018

Sobre los delitos ambientales en la región de Sousa-PB y su relación con las actividades agroindustriales: un análisis a partir de la judicialización de las demandas en el período de 2010 a 2018

Jardel de Freitas Soares¹
Robervaldo Queiroga da Silva²

Sumário: Introdução. 1. Revisão de literatura. 2. Material e métodos. 3. Resultados e discussões. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: aumento avassalador dos níveis de degradação ambiental pela utilização indevida do meio ambiente tem sido causa de desastres naturais, tornando-se cada vez mais motivo de preocupação do Estado, da comunidade científica e da sociedade em geral. Surge a real necessidade de se estabelecer uma proteção adequada e eficiente pela via legislativa para impedir a destruição da natureza, elevando o meio ambiente à categoria de bem jurídico penalmente protegido. Há, entre os estudiosos do direito ambiental, quem resista à ideia de proteção penal ambiental, embora já contemplada a nível constitucional. Objetiva-se com o presente trabalho analisar se, com a aplicação das normas penais ambientais, houve

(*) Recibido: 06/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Doutor em Recursos Naturais (UFCG), Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA), professor de Direito Penal e Criminologia (UFCG).
prof.jardelufcg@bol.com.br
- ² Mestre em Sistemas Agroindustriais (UFCG), professor de Direito (UFCG).
rquadv@hotmail.com

tendência à estabilidade da degradação ambiental na região de Sousa-PB, como também, dimensionar em que proporção o exercício das atividades agroindustriais tem influenciado ou contribuído com a prática dos crimes ambientais. Na abordagem deste trabalho é utilizada a metodologia qualiquantitativa, visando aferir a quantidade de crimes ambientais ao longo do período de 2010 a 2018, como também, dimensionar a influências das atividades agroindustriais na prática de tais crimes, além de que, se busca verificar quanto à efetividade das demandas judiciais ao longo do referido período, observando o modo de tramitação e os resultados processuais alcançados, com a finalidade de identificar sua contribuição para a preservação do meio ambiente. Partindo de tal verificação constatou-se que ações penais ambientais que tramitaram ou tramitam na justiça de Sousa-PB, são, predominantemente, resultados de fiscalizações que ocorreram de maneira ocasional, tornando limitado o nível de proteção ambiental; que os processos tendem ser resolvidos através da transação penal.

Palavras-chave: meio ambiente, proteção penal, crimes ambientais.

Abstract: The overwhelming increase in levels of environmental degradation due to the misuse of the environment has been the cause of natural disasters, becoming increasingly a matter of concern for the state, the scientific community and society at large. The real need arises to establish adequate and efficient protection through legislation to prevent the destruction of nature, raising the environment to the category of criminally protected legal property. There are those who study environmental law who resist the idea of environmental criminal protection, although it is already contemplated at the constitutional level. The objective of the present work is to analyze if, with the application of the environmental penal norms, there was a tendency to the stability of the environmental degradation in the region of Sousa-PB, as well as to determine in which proportion the exercise of the agro-industrial activities has influenced or contributed to the practice of environmental crimes. In the approach of this work the qualitative and quantitative methodology is used, aiming to assess the amount of environmental crimes during the period from 2010 to 2018, as well as to dimension the influences of the agro-industrial activities in the practice of such crimes, besides that, it seeks to verify as to the effectiveness of the judicial demands during the said period, observing the procedure and the procedural results achieved, in order to identify their contribution to the preservation of the environment. From this verification it was found that environmental criminal actions that have been or are being processed in the court of Sousa-PB, are predominantly the results of inspections that occurred occasionally, limiting the level of environmental protection; that proceedings tend to be resolved through criminal transaction.

Keywords: environment, criminal protection, environmental crimes.

Resumen: El abrumador aumento de los niveles de degradación del medio ambiente por el mal uso de éste ha sido la causa de los desastres naturales, convirtiéndose en un motivo de preocupación cada vez mayor para el Estado, la comunidad científica y la sociedad en general. Existe una necesidad real de establecer una protección adecuada y eficiente mediante la legislación para evitar la destrucción de la naturaleza, elevando el medio ambiente a la categoría de bien jurídico protegido penalmente. Entre los estudiosos del derecho ambiental hay quienes se

resisten a la idea de la protección penal del medio ambiente, aunque ya se contempla en el plano constitucional. El presente trabajo tiene por objeto analizar si, con la aplicación de las normas penales ambientales, hubo una tendencia a la estabilidad de la degradación ambiental en la región de Sousa-PB, así como medir en qué proporción el ejercicio de las actividades agroindustriales ha influido o contribuido a la práctica de los delitos ambientales. En el enfoque de esta labor se utiliza la metodología cualicuantitativa, que tiene por objeto evaluar la cantidad de delitos ambientales en el período comprendido entre 2010 y 2018, así como medir la influencia de las actividades agroindustriales en la práctica de esos delitos, además de tratar de verificar la eficacia de las exigencias jurídicas en ese período, observando la forma de proceder y los resultados procesales logrados, a fin de determinar su contribución a la preservación del medio ambiente. Sobre la base de esa verificación, se comprobó que las acciones penales ambientales que se han tramitado o se están tramitando en Sousa-PB, son predominantemente los resultados de inspecciones que se han realizado de manera ocasional, lo que limita el nivel de protección del medio ambiente; que los casos tienden a resolverse mediante transacciones penales.

Palabras clave: medio ambiente, protección penal, delitos ambientales.

Introdução

Atualmente a degradação ambiental tem atingido níveis alarmantes e a destruição dos recursos naturais vem provocando extinção de inúmeras espécies. Portanto, observadas essas considerações iniciais, os riscos ambientais provenientes da interação do homem com a natureza devem ser detectados, monitorados e controlados através de ações preventivas e corretivas, para que os impactos adversos efetivos no ambiente sejam prevenidos ou, pelo menos, reduzidos (PENATTI; GUIMARÃES, 2011). Deste modo, não paira dúvida alguma sobre a real necessidade de se estabelecer uma proteção adequada e eficiente para impedir a degradação da natureza. Tanto é verdade que inúmeras legislações de diversos países têm elevado o meio ambiente à categoria de bem juridicamente protegido (SOUZA, 2013).

A preocupação com as questões ambientais ganhou contornos normativos universais a partir de 1972, com a famosa Declaração de Estocolmo, na qual se encontra elencada uma série de princípios normativos que disciplinam condutas de desenvolvimento com proteção ao meio ambiente. A partir de então as constituições das grandes nações democráticas passaram a contemplar esses princípios universais e estabeleceram normas garantidoras de proteção ambiental.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, encampando a evolução dos direitos sociais pelo mundo, em seu art. 225, estabeleceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como de todos os cidadãos brasileiros e, no art. 200, inciso VIII, tratou da proteção ao meio ambiente como uma questão de Saúde Pública, inserindo entre as atribuições do Sistema Único de Saúde a colaboração na proteção do meio ambiente.

Antes da Constituição Federal vigente a primeira forma de acesso ao judiciário para a proteção do meio ambiente surgiu com o advento da Lei nº 6.938/1981 que, em seu art. 14, §1º, estabeleceu, entre outras coisas, a obrigação para o poluidor de, independentemente de culpa, indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros em decorrência de sua atividade.

Também antes da Constituição Federal atual fora instituída a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), que em seu art. 5º dispõe sobre Ação Civil Pública por danos causados ao meio ambiente.

Com a promulgação da vigente Constituição de 1988, torna-se cada vez mais crescente nos cidadãos brasileiros a consciência de que não é possível trabalhar a ideia de desenvolvimento sem a construção simultânea de um meio ambiente sustentável.

Paralelamente, com essa nova construção do pensamento social e ciente da responsabilidade que lhe foi imposta pela Constituição Federal, a administração pública também passou a avançar-se no sentido de procurar, de certa forma, cumprir com a sua parte no processo evolutivo de aplicação prática da Constituição na proteção do meio ambiente.

Não obstante o inegável crescimento da consciência dos cidadãos quanto à necessidade de proteção ao meio ambiente, para o bem de sua própria existência saudável, mesmo assim, esse processo evolutivo não foi suficiente para que se dispensasse a instituição de norma criminalizadora da ação danosa daqueles que ainda não conseguem enxergar que a proteção ao meio ambiente equivale à proteção da nossa própria vida.

Consequência disso é que, quase dez anos após a promulgação da Constituição, foi instituída a Lei nº 9.605/98 que dispõe, entre outras providências, sobre os crimes ambientais, estabelecendo sanções para quem incide na prática de ilícitos penais ambientais nela tipificados. Mesmo assim, transcorridos mais de vinte anos da sua vigência, continua sendo sentida a incidência constante da prática de agressões diversas contra o meio ambiente em todo país e não diferentemente na região de Sousa, no árido sertão, onde a natureza já claudica pela ação dos maus tempos de cada vez mais longas estiagens e clama por um melhor olhar dos cidadãos, que, não enxergando isso, insistem em práticas vetustas de agressão aos preciosos e escassos bens naturais de que ainda dispomos e nem damos conta de que estamos muito próximos de perdê-los definitivamente.

Esta situação de desconfortável persistência de ações danosas ao meio ambiente mesmo diante da instituição de normas punitivas e de lento, porém, inegável crescimento na atuação da administração pública no campo da proteção ao meio ambiente, é que instiga a incursão sobre a incidência dos chamados crimes ambientais na região de Sousa-PB, à partir da judicialização de ações nos últimos anos, com enfoque na aferição da eficiência da atuação dos órgãos de proteção ao meio ambiente para a redução dos crimes ambientais.

Enfatiza-se a importância de desenvolver pesquisas relacionadas a esta temática, como forma de demonstrar, através de dados estatísticos, a evolução de ações que tentaram coibir a degradação do ambiente ao longo dos últimos anos, visando, com isto, permitir a observação da eficácia ou não da atuação dos órgãos

de repressão aos crimes ambientais para a desejada e necessária garantia de preservação do que resta de precioso na natureza, como bem comum que é, indispensável à todo cidadão.

Desastres naturais provocados pela utilização indevida do meio ambiente têm sido cada vez mais motivos de preocupação da comunidade científica e da sociedade em geral que, atualmente, mais do que nunca, por estar vivendo a catástrofe, passou a perceber quão necessário é a busca do desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, tem cobrado mais a presença da atuação estatal com seus instrumentos de fiscalização e repressão aos meios inadequados de exploração do ambiente natural.

O que está se tornando bem presente na compreensão de todos os cidadãos é que o crime praticado contra o meio ambiente não afeta apenas esta ou aquela pessoa, e sim, uma coletividade, o que se explica no fato de que no meio ambiente há permanente interação entre a natureza e os seres vivos e dos próprios seres vivos entre si, de modo que, um acontecimento contra o meio ambiente acaba afetando toda a coletividade ali envolvida.

Dentro dessa visão dos acontecimentos relacionados ao meio ambiente, conquanto não se pode afastar a preocupação concernente a atividade individual do cidadão em relação ao meio em que ele vive, tem-se bem presente a necessidade de exigência e acompanhamento da atuação estatal como órgão de fiscalização, controle e repressão dos atos e ações que atentem contra o meio ambiente natural. Será nesta linha de pensamento que a presente pesquisa será desenvolvida, com o intuito de contribuir para informar com dados concretos sobre os resultados da utilização dessa função estatal e viabilizar com isto que se busque tornar mais efetivo, o combate aos crimes ambientais na região de Sousa.

No presente artigo é analisado se, com a aplicação das normas ambientais, especialmente as normas penais ambientais, houve a tendência à estabilidade da degradação ambiental na região de Sousa-PB, como também, é dimensionado em que proporção o exercício das atividades do agronegócio e da agroindústria influenciou ou contribuiu com a prática dos crimes ambientais.

1. Revisão de literatura

1.1. O meio ambiente natural e a vida humana: necessidade de proteção

O meio ambiente é questão que há muito preocupa os diversos povos e nações. No Brasil, desde seu descobrimento, até mais recentemente, houve a edição de algumas normas jurídicas voltadas à proteção desse bem comum.

Os conflitos ambientais que ora se avolumam não serão extintos por meio do Direito Ambiental, mas poderão ser minimizados com sua inserção. O Brasil, por ser o país mais rico em biodiversidade tem a responsabilidade de urgentemente formatar uma política que promova um desenvolvimento não predatório, com base na utilização sustentável dos recursos biológicos (BARBOSA, 2011)

No Brasil, a proteção ao meio ambiente, como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, jamais antes do artigo 225 da Constituição de 1988 (BRASIL, CF,1988) foi abordada de forma específica e sistemática, impondo ao

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações. Ao impor esse dever, a Constituição deixa claro que o exercício do Poder de Polícia em matéria ambiental é obrigatório (LEAL; PIETRAFESA, 2010).

A Lei 9.605/98, embora denominada Lei dos Crimes Ambientais, preocupou-se também com as infrações administrativas e com aspectos da cooperação internacional para a preservação do ambiente. Dita lei trata especialmente, de crimes contra o meio ambiente e infrações administrativas ambientais. Segundo Castro (2000), a lei 9.605/98 com seus 82 artigos, atualiza a legislação pré-existente e esparsa (Código Florestal, Código das Águas, Estatuto da Terra, Código de Mineração), além de revogar muitos dispositivos anteriormente utilizados, apresenta novas penalidades, além de impor mais agilidade ao julgamento dos crimes.

Crimes ambientais são as agressões ao meio ambiente e seus componentes (fatores físicos, químicos, biológicos, recursos naturais e culturais) que ultrapassam os limites legais, devendo tal qualificação se enquadrar aos termos da legislação ambiental. O dano ambiental, de acordo com Leite (1999), constitui expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tais alterações provocam na saúde das pessoas e em seus interesses.

Soares (2013), ao observar que o meio ambiente possui característica difusa destinada a uma dimensão de sujeitos que transcende à atuação individual, afirma que a ação solidária facilita e assegura mais eficazmente o trabalho de tutela do meio ambiente; é inconcebível em uma sociedade moderna e integrada que o ecossistema constitua preocupação isolada de poucas pessoas. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se acumulam, conforme seja o caso.

1.1.1. Meio ambiente natural – interação e equilíbrio

Define-se meio ambiente natural como o universo das relações entre a natureza e o homem, sendo este elemento integrativo do próprio meio ambiente, do qual, a vida é indissociável.

Ao longo dos tempos sempre se buscou questionar sobre a origem da vida e ainda hoje tem sido perturbador nas comunidades científicas as tentativas de encontrar uma explicação mais convincente sobre a origem do homem.

Enquanto isso, ninguém é capaz de duvidar de que o surgimento da vida sobreveio ao de um meio capaz de propiciar-lhe os elementos mínimos indispensáveis à sua existência. Não há nada que possa afirmar o contrário e o mais simples dos seres humanos, desde os primórdios, sempre foi capaz de perceber que sua vida é consequência do que a natureza oferece. O ser humano existe porque há um meio ambiente que disponibiliza os fenômenos ou elementos naturais capazes de fazer a vida florescer. Não há vida humana, onde não se tem a presença de água, do ar atmosférico e da flora, entre outros elementos indispensáveis à vida, gerados

e produzidos de forma equilibrada como consequência da conjunção de fenômenos naturais, como sol, vento, chuva, etc.

Dúvida nenhuma existe! Somos todos os conscientes de que a vida humana não existiria sem um meio ambiente propício. O mundo dito civilizado sempre percebeu isso. O que a humanidade tem demorado a perceber é que os bens naturais indispensáveis à vida das pessoas não são tão abundantemente disponíveis que se possam imaginar inesgotáveis. Ainda hoje não são poucos os que fechados nos espaços de suas ambições e interesses não conseguem divisar o abismo que já se coloca bem diante de si, como consequência da exploração desmedida e desequilibrada dos bens naturais, levada a efeito desde quando a abundância de tais bens e a carência de informação permitiam, de certo modo, que se acreditasse na sua inesgotabilidade. Não se pode obscurecer, contudo, que, em se tratando do Sertão Nordeste, onde está localizada a região de Sousa-PB, as intempéries próprias dessa região, onde sempre se vivenciou longos períodos de seca e, conseqüentemente, a baixa precipitação pluviométrica e escassez d'água é uma constante, torna-se maior a falta de percepção de que esse esgotamento das fontes d'água é consequência do mau uso dos recursos naturais pelo homem. Há, inegavelmente, em pleno século XXI, os que desconhecem essa realidade. Porém, pior do que isso é saber que existem os que, mesmo a conhecendo, tentam negá-la para fazer prevalecer os seus interesses econômicos, muitas vezes de pequena dimensão diante dos danos que surgem como consequência e, algumas vezes, até intensificados pelas peculiaridades de que se reveste a vida humana nessa árida região do país.

Fato é que, em todas as regiões do planeta, às necessidades humanas seguiram-se os interesses econômicos e estes fizeram com que a humanidade deixasse de enxergar que os bens naturais indisponíveis à nossa vida são esgotáveis e, conseqüentemente, a conscientização para a necessidade de proteção do meio ambiente surgiu tardiamente e de forma muito lenta. É algo que, inegavelmente, ainda se ignora e, certamente, esta é a razão porque, tenha o Estado de valer-se, nos dias atuais, da pena como meio mais eficiente de conter a sociedade no seu ímpeto de usar desordenadamente os recursos naturais, como se ainda não se conhecessem que estes são também recursos esgotáveis, que já estão se tornando escassos.

Só não vê quem não quer! No sertão nordestino, onde se insiste em tentar conviver com as adversidades da seca, os homens comuns, notadamente, os que vivem do campesinato, no meio rural, embora muito firmes na fé e na esperança do retorno dos tempos chuvosos, já perceberam os sinais de agravamento da escassez da água e da vida no bioma da caatinga. Não são raros os que enxergam e noticiam ter secado fontes que nunca antes secara; que observam o desaparecimento dos lençóis freáticos e noticiam a secagem de poços profundos; que vê com estranheza e surpresa a morte dos juazeiros, coisa jamais vista, uma vez que se trata de árvore típica da região, conhecida pela sua resistência à seca por estar entre as poucas que permanecem verdes propiciando sombra aos animais no período mais quente e mais seco do ano; que observa, ao seu modo, a desertificação, afirmando que a terra está cansada e já não produz mais como antes. Tudo isso já foi percebido pelo homem comum, mas não percebem e muitos insistem em não querer perceber, que

todo esse desastre ambiental está na ação desordenada e desequilibrada do próprio homem com seus interesses e ambições desmedidos.

O homem com sua inteligência viu um meio ambiente que é verdadeiramente dadivoso e capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento integral da sua vida. Porém, com sua ambição desmedida não foi e ainda não é capaz de perceber que este mesmo meio ambiente generoso também exige algo em troca- cobra interação entre os viventes e para com o próprio meio em que vivem. Embora, de admirável inteligência que lhe permitiu descobertas maravilhosas, a exemplo dos avanços tecnológicos que o fizeram alcançar o mundo cibernético, perde-se o homem pela falta de percepção ou por não querer compreender que a vida humano requer crescimento equilibrado e em interação com o meio.

Para uma humanidade com inteligência tal que chegou a alcançar tamanha evolução social, cultural e econômica, não se parece fácil compreender ser possível o desenvolvimento econômico sustentável? Talvez a indagação mais adequada não seja esta, posto que, diante de tudo o que observamos, se parece muito tarde para ser formulada. A indagação mais apropriada é porque a humanidade com toda sua inteligência e seus inventos tecnológicos não foi capaz de compreender mais cedo a necessidade da busca do desenvolvimento econômico sustentável? Lester Brown (2003), nos fornece uma resposta clara, consistente e preciosa para quem se diga pretender corrigir os rumos a serem tomados pelos que produzem o desenvolvimento econômico. Para este notável analista do ambiente tudo se explica no fato de que os economistas veem o meio ambiente como um subconjunto da economia, quando, na verdade, a economia é que deve ser vista como um subconjunto do meio ambiente, como observam os ecólogos.

Dentro da ótica de indispensável interação da vida humana com as demais formas de vida e com o meio ambiente natural, o notável escritor e analista de meio ambiente global, nos faz ver que constantes e verídicas informações de redução das florestas, de erosão de solos, de expansão de desertos, de aumento constante de níveis de dióxido de carbono (CO₂), de aumento de temperatura, de elevação do nível do mar, de derretimento de geleiras, de desaparecimento de espécies, todos esses desagradáveis acontecimentos naturais são consequências de uma relação estressada entre a economia e o ecossistema terrestre e se traduzem em prejuízos econômicos cada vez maiores que, um dia poderá alcançar tal nível que seja capaz de chegar ao declínio econômico.

Seguindo o mesmo entendimento basilar de que a vida humana não pode ser desenvolvida sem interação ecológica, é imperioso termos sempre presente que a agressão contra o meio ambiente natural é uma agressão contra o próprio ser humano. Com essa percepção e diante dos acontecimentos naturais relatados, representativos de grandes ameaças à existência humana, tem-se que, embora com atraso, o grande desafio dessa nossa geração é reverter as tendências que buscam o desenvolvimento econômico prescindindo da ideia de sustentabilidade.

O crescimento racional evitando o uso desordenado dos recursos naturais para a preservação do meio ambiente é objetivo estabelecido na Lei nº 6.938, de 3 de agosto de 1981, em seu art. 4º, I.

1.1.2. Da necessidade de proteção ambiental

Uma análise quanto à necessidade de proteção ambiental deve ser antecedida de algumas considerações sobre educação ambiental para a formação de consciência ecológica que está intimamente ligada à ideia de preservação do meio ambiente.

Perscrutando a história, percebe-se que, conquanto a necessidade de proteção do meio ambiente é algo que remonta ao início da vida humana, a evolução do homem até chegar a uma consciência ampla da necessidade de preservação do meio ambiente tem sido demasiadamente lenta. Isto se deve ao desmedido interesse de propulsão do desenvolvimento econômico, ainda que desprezando propositalmente, ou descuidando-se quanto a avaliação das consequências danosas que possam surgir, como normalmente surgem, no meio ambiente e na própria vida humana.

Foi necessário que a natureza ecoasse fortemente sua voz denunciando as agressões sofridas pela exploração descontrolada e desordenada dos recursos naturais, com risco do seu exaurimento em pouco tempo, ecos que se manifestaram sob a forma de catástrofes climáticas, para que o mundo capitalista saísse de sua ambiciosa ideia do desenvolvimento a qualquer custo e, ao menos em parte, passasse a pensar na necessidade do desenvolvimento sustentável.

Somente no ano de 1968, segundo Silva e Carneiro(2017) começaram as discussões em nível global quanto à degradação ambiental do planeta, quando, em Roma, cientistas de países desenvolvidos se reuniram para tratar sobre o consumo e as reservas de recursos naturais não renováveis, frente ao crescimento da população mundial, sendo este o primeiro registro em nível internacional de preocupação com a educação ambiental.

Note-se que o que dominou no mundo capitalista ao longo dos tempos foi ideia de desenvolvimento econômico, com intuito de lucro desmedido, ainda que, para tanto, se tivesse que empanar as consequências desastrosas ao meio ambiente, mantendo-se, com isso, um alto nível de desinformação ao cidadão comum e até mesmo formando entendimentos avessos da realidade e de modo que, ainda hoje, muitas pessoas não conseguem ver na ação humana desordenada contra o ambiente, a causa de tantos sinais de esgotamento dos recursos naturais.

No Brasil, em vez da educação ambiental, o que prevaleceu foi a má informação que gerou um processo de aculturação, de modo que, comunidades de pessoas sem consciência dos seus atos em relação ao ambiente do qual faz parte, tornaram-se inimigas deste e, ao mesmo tempo, incapazes de receberem com facilidade uma educação ambiental que as convençam da utilização limitada e equilibrada dos recursos naturais, em preservação destes, o que se pode dizer ser normal, quando se tem que o próprio Estado Brasileiro, certamente, mais por interesse desenvolvimentista do que por desconhecimento da realidade, demorou demasiadamente para colocar em prática uma política educacional voltada para a conscientização da necessidade do desenvolvimento sustentável.

Nas reais circunstâncias acima apresentadas, a máxima “educar para não ter que punir”, por não ter sido aplicada em tempo hábil, em se tratando de preservação do meio ambiente, não tem alcançado os objetivos necessários.

Pela ausência de educação ambiental adequada no momento oportuno, com o crescente número de danos ao meio ambiente, viu-se o Poder Público diante da necessidade de instituir, como meio de proteção, as medidas administrativas objetivando responsabilizar aos que agem em agressão e, por isto, causando danos ao meio ambiente. Foi então que se instituiu normas de responsabilidade administrativa por danos causados ao meio ambiente, no caso, a Lei nº 6.938/81, art. 14, I, II e IV, §§2º, 3º e 4º, que estabeleciam as sanções administrativas, de tão pouca aplicação, que somente nove anos depois foi regulamentada através do Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990. Este fato revela também que havia até então, a leniência do próprio Estado Nacional para com o exercício das atividades econômicas com o uso desordenado dos bens naturais.

A partir de 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal vigente, que foi instituída dentro de um ambiente democrático, com maior participação social, e quando o mundo já era mais consciente da responsabilidade ambiental ampliou-se a nível nacional a compreensão de que não se deve trabalhar a ideia de desenvolvimento sem a visão da necessária proteção ao meio ambiente. Com essa nova compreensão de desenvolvimento, a constituição vigente, entre outras disposições voltadas à proteção ambiental, estabelece em seu art. 225, §3º, a sujeição dos que praticarem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente à sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar os danos civis.

Como se observa, pela falta da oportuna formação de consciência quanto ao uso racional dos recursos naturais e, agora, pela urgente necessidade de racionalização no uso desses recursos, entende o Poder Público que já não basta mais a responsabilidade civil e administrativa, sendo necessário também algo mais severo, no caso, valer-se da proteção pela sanção penal ambiental.

Contudo entre os doutrinadores tem sido, sobretudo, discutido a tutela penal do meio ambiente voltada à gestão de riscos e tendo na precaução seu objetivo fundamental, em detrimento de princípios clássicos do direito penal, notadamente o princípio da intervenção mínima, que se desenvolve com base em uma estrutura de intervenção condicionada a limites estritos estabelecidos em lei.

Entre os que tendem a defender com mais rigor a preservação dos princípios do direito penal clássico, protetivo do indivíduo, Costa (2010) vê na utilização do direito penal para a tutela de interesses difusos, dentre os quais, o meio ambiente, o conceito vago e incerto de bem jurídico, o que se constitui um avanço desmensurado da violência estatal sobre o indivíduo. Para a mesma doutrinadora a reflexão sobre a intervenção penal na esfera ambiental deve ser profunda, pois seus problemas não se parecem solucionáveis pela tipificação de crimes ambientais, por um sistema de penas mais severas, ou, apenas afastando a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Certo é que, independentemente das divergências de opiniões sobre os que defendem a preservação de um direito penal mínimo de cunho garantista e os que rumam na defesa de um direito penal máximo, de natureza mais autoritária, o que se tem presente é que, com a previsão de crimes ambientais, no art. 225, §3º, da Constituição Federal, ganhou corpo a proteção do meio ambiente como bem jurídico penal e, com isto, a defesa do direito penal máximo para a proteção penal do meio ambiente.

Aliás, (Bobbio *apud* Freitas, 2015), ressalta que “o garantismo é um modelo ideal ao qual a realidade pode mais ou menos se aproximar. Como modelo representa uma meta que permanece tal mesmo quando não é alcançada”. Trata-se de um modelo de estado de direito que para (Ferrajoli *apud* Freitas, 2015) deve ser utilizado para aferir o grau de racionalidade e de certeza existente em um dado sistema penal, de modo que, a partir dele, é possível avaliar as instituições e o ordenamento de um sistema concreto a fim de aferir uma maior tendência ao direito penal mínimo (mais aproximado do modelo garantista) ou ao direito penal máximo (mais aproximado a um modelo autoritário).

Dentro dessa linha de adoção do direito penal máximo para a proteção penal ambiental, Soares(2016) relaciona novas perspectivas de proteção penal em relação aos bens ecológicos, observando que o meio ambiente é um todo interligado e intransferível e que, conseqüentemente, as perspectivas de sua proteção passam da análise do micro social para o macro social, do local para o transfronteiriço, do individual para o coletivo e do antropocêntrico para o biocêntrico, fazendo com que surjam alguns paradigmas criminológicos inovadores como são os casos, entre outros, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas; da teoria da imputação objetiva, pela qual se ver no próprio exercício de determinadas atividades um risco permanente que a torna passível de penalidade; do biocentrismo, pelo qual, invés do ser humano, a vida, como um todo único e central, é colocada como bem jurídico único a ser protegido; da vitimização massiva, que se observa quando se tem no dano ao meio ambiente, um dano coletivo.

Segundo a corrente que defende o direito penal máximo, o Estado viu na criminalização das práticas nocivas ao meio ambiente, o modo mais eficiente para sua firme atuação no combate à degradação ambiental, ante a ineficácia de outros meios adotados.

Para a avaliação dos resultados da intervenção penal ambiental em nosso meio o presente trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisas em processos distribuídos na 8ª Vara da Justiça Federal, com sede nesta comarca de Sousa-PB, além dos processos distribuídos nas unidades judiciárias competentes da Justiça Estadual, também com sede na comarca de Sousa-PB.

2. Material e métodos

A pesquisa foi realizada junto à 15ª Vara da Justiça Federal e às unidades competentes da Justiça Estadual de Sousa-PB. Inicialmente, a investigação tomará por base a pesquisa bibliográfica do tema delimitado para o estudo. Segundo Lakatos e Marconi (1996) o intuito de uma pesquisa bibliográfica é colocar o pesquisador em contato com o que foi produzido sobre determinado assunto.

A abordagem deste trabalho utilizou a metodologia qualiquantitativa, visando aferir a quantidade de crimes ambientais ao longo do período de 2010 a 2018, como também se conheceu os crimes ambientais que envolvem as atividades agroindustriais. Deste modo, fez-se um levantamento e análise de fontes documentais solicitadas junto à 8ª Vara da Justiça Federal, bem como dos processos distribuídos na 1ª 2ª e 6ª Vara e no 1º e 2º Juizados Especiais Mistos da Justiça Estadual todos da comarca de Sousa-PB.

Durante o desenvolvimento do projeto, os dados foram agrupados em duas modalidades: 1) Os que dizem respeito aos crimes ambientais que envolvem as atividades agroindustriais e 2) Os que tratam das demais modalidades de crimes ambientais. O objetivo dessa divisão foi evidenciar os crimes relacionados às atividades agroindustriais (meta principal do programa de mestrado) ou em detrimento destas, em relação a outros aspectos de crimes ambientais, visando o estudo do comportamento das ações na justiça, definindo se nesse período, houve crescimento, ou não, da quantidade de demandas penais ambientais. Posteriormente, foram construídos resumos de causas que ocasionaram cada ação, categorizando-as, com o objetivo de investigar quais os principais motivos de que se ocupa a justiça, na punição daqueles que danificam o ambiente.

Em etapa posterior, foi realizado o tratamento dos dados colhidos através de tabulação para definir percentuais e a aplicação da estatística descritiva, definindo médias.

Os gráficos elaborados para explicação da evolução dos processos que versam sobre crimes ambientais ao longo do período informado, contribuem no sentido de propiciar à comunidade acadêmica tanto do Centro de Ciências e Tecnologias Agroalimentar quanto do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais e à sociedade em geral, debates sobre a problemática ambiental na região de Sousa. Esta abordagem inicial ensinará estudos posteriores para acompanhamento da questão ambiental na mencionada região.

3. Resultados e discussões

Durante a condução do experimento, foram analisadas 108 ações referentes aos crimes ambientais de que trata a Lei 9.605/98 que tramitaram/tramitam na 8ª Vara da Justiça Federal de Sousa-PB e nas Unidades Judiciárias Competentes da Justiça Estadual (1ª, 2ª e 6ª Varas, além de 1º e 2º Juizados Especiais Mistos), especificadas e distribuídas por tipos penais, em percentuais, na Tabela 1.

Tabela 1 - Resumo com percentuais de ações de acordo com os artigos da Lei 9.605/98 no levantamento 2010-2018

Artigo/Ano	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
38	-	-	2,8	-	-	-	0,9	-	-
41	0,9	-	-	-	-	-	-	-	-
46	3,8	-	0,9	-	-	-	-	-	-
48	4,7	6,4	-	3,8	1,9	-	-	-	-
29	2,8	0,9	-	0,9	-	0,9	1,9	1,9	-
32	3,8	-	-	-	-	-	-	-	-
49	1,9	1,9	-	-	-	-	-	-	-
54	-	1,9	-	-	-	-	-	-	-
55	4,7	1,9	-	0,9	0,9	0,9	1,9	-	-

60	20,9	11,9	2,8	0,9	0,9	-	0,9	0,9	0,9
66	-	-	-	-	-	-	-	3,8	-

Fonte: Dados do autor

Os tipos penais que ensejaram as ações penais ambientais, entre 2010 e 2018 estão distribuídos na tabela 1, com base na seguinte divisão: a) aquelas relacionadas com as atividades da agroindústria (arts. 38, 41, 46 e 48 da Lei 9.605/98); b) as referentes aos demais tipos penais ambientais analisados (arts. 29, 32, 49, 54, 55, 60 e 66 da Lei 9.605/98). Ressalta-se que a ligação do primeiro grupo de tipos com o contexto agroindústria é que, de alguma forma houve uma relação direta ou indireta com tais atividades. Considerando as atividades relacionadas à agroindústria como fundamentais para a sociedade, a sua sustentabilidade é de crucial importância para que se atinja a meta de uma sociedade sustentável em sua integralidade. Muitos dos impactos negativos sobre o meio ambiente são determinados por ações ligadas à atividade agroindustrial, tais como: queimadas, erosão e poluição do solo, além de poluição da água e do ar que, conseqüentemente, afetam a qualidade de vida das pessoas. Sabe-se que os processos de produção agroindustriais geram resíduos (PEREIRA, 2005).

De acordo com análise feita no presente trabalho, observando a tabela 1, no tocante ao artigo 46 tipo “receber ou adquirir para fins ... industriais, madeira, lenha ...”, verifica-se que no primeiro ano em estudo (2010) houve 3,8 % de ações com fundamento no referido dispositivo legal, sendo que se verificou uma redução para 0,9 % em 2012; nos demais anos não foram ajuizadas ações embasadas no mesmo dispositivo legal.

Também na tabela 1, quanto ao artigo 48, da Lei nº 9.605/98, referente aos tipos “impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação”, há ocorrência em 2010, 2011 e 2013, 2014 revelando-se um crescimento da incidência do primeiro ano em relação ao ano seguinte e um decréscimo do quarto para o quinto ano, e não havendo mais registros de ocorrência nos anos subsequentes.

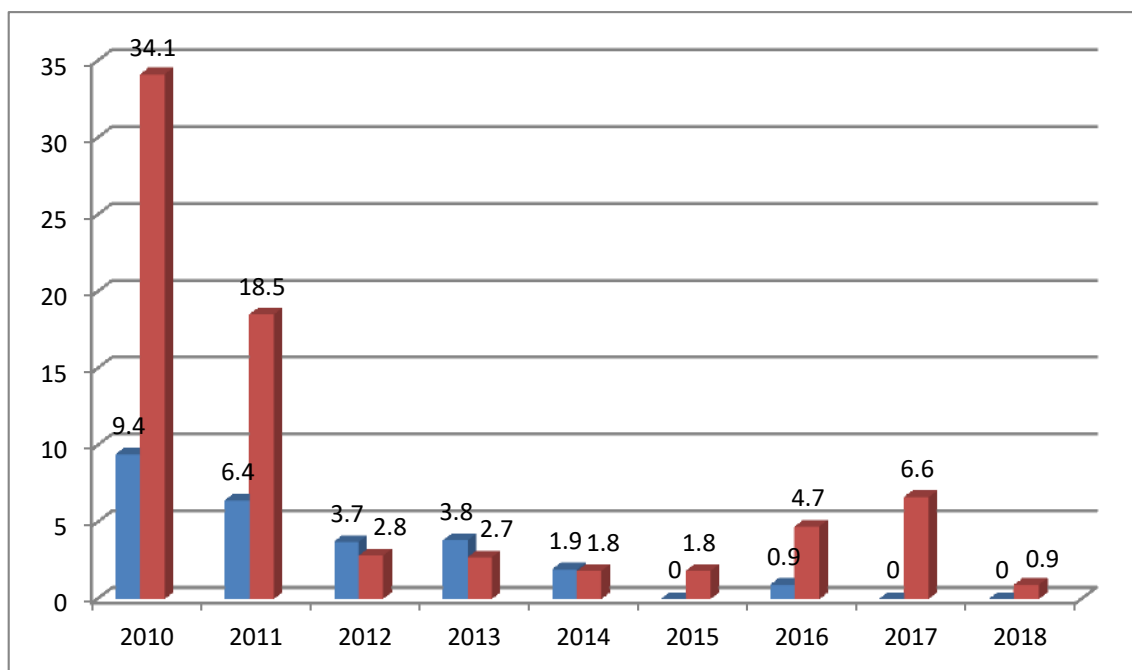
De igual modo, observando em relação aos demais tipos penais analisados e relacionados na tabela 1, no curso do período analisado (2010-2018) houve sempre uma tendência de estabilidade à leve redução no número de ações ajuizadas, exceção feita para as ações referentes ao artigo 60 que, nos anos de 2010 e 2011 teve um número bem elevado (20,9 e 11,9 respectivamente), tendo sido reduzido drasticamente logo no ano de 2012 e a partir de então tal como aconteceu com as demais ações, passaram a ter quantidades sempre com tendência de estabilidade à redução.

No que concerne ao elevado número de ações referentes aos mencionados artigos 48 e 60, essa situação explica-se no fato de que uma única medida fiscalizadora na área de proteção ambiental do DNOCS em São Gonçalo, ocorrida no ano de 2010, os elevados percentuais já referidos de ações ajuizadas no próprio exercício de 2010 e no exercício seguinte.

Observa-se também que dos artigos ligados aos demais crimes ambientais e que foram pontuados pelo levantamento da pesquisa, os artigos 29 (caça predatória

e utilização de espécies da fauna silvestre), 55 (extração ou lavra de recursos minerais sem autorização), e 60 (construir... estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores), todos da Lei 9.605/98, aparecem com mais frequência ao longo dos nove anos em análise.

Figura 1 - Percentual de ações ambientais no município de Sousa-PB. Período 2010-2018



Legenda: Barra azul representa ações com foco agroindustrial; barra vermelha refere-se a demais ações ambientais.

Fonte: Dados do autor.

Na Figura 1, observa-se que o maior número de ações visando punir os crimes ambientais ficou restrito aos anos de 2010 e 2011. Uma pergunta que cabe é por que as ações escasseiam nos demais anos? A considerar que o meio ambiente permanece sem a presença do desenvolvimento sustentável, então, há aqui um indicativo de pouca atuação dos órgãos de fiscalização, com conseqüente impunidade. A sazonalidade predominante na evolução do quantitativo de ações ao longo dos nove anos reflete que a atuação dos órgãos de fiscalização também ocorre de forma sazonal.

Conforme já relatado, o maior número de ações verificado nos anos de 2010 e 2011, foi resultado de uma única medida de fiscalização desenvolvida na área de proteção ambiental do DNOCS que fica nas proximidades do açude de São Gonçalo, na qual foram autuadas muitas pessoas, uma situação bem peculiar envolvendo área pertencente a um órgão da União que ao longo de muitos anos passou por um processo de quase abandono e que depois de ter sido ocupada irregularmente passou por esse processo de fiscalização. Portanto, trata-se de uma situação que reclama observação especial na aferição dos dados estatísticos levantados na pesquisa sobre a continuidade da incidência dos crimes ambientais na região de Sousa-PB.

O que se colhe das estatísticas acima apresentadas é que da eventualidade das fiscalizações ocorre a atuação por crimes ambientais também de forma bem eventual, situação que não tem sido suficiente para inibir com firmeza a prática de tais crimes.

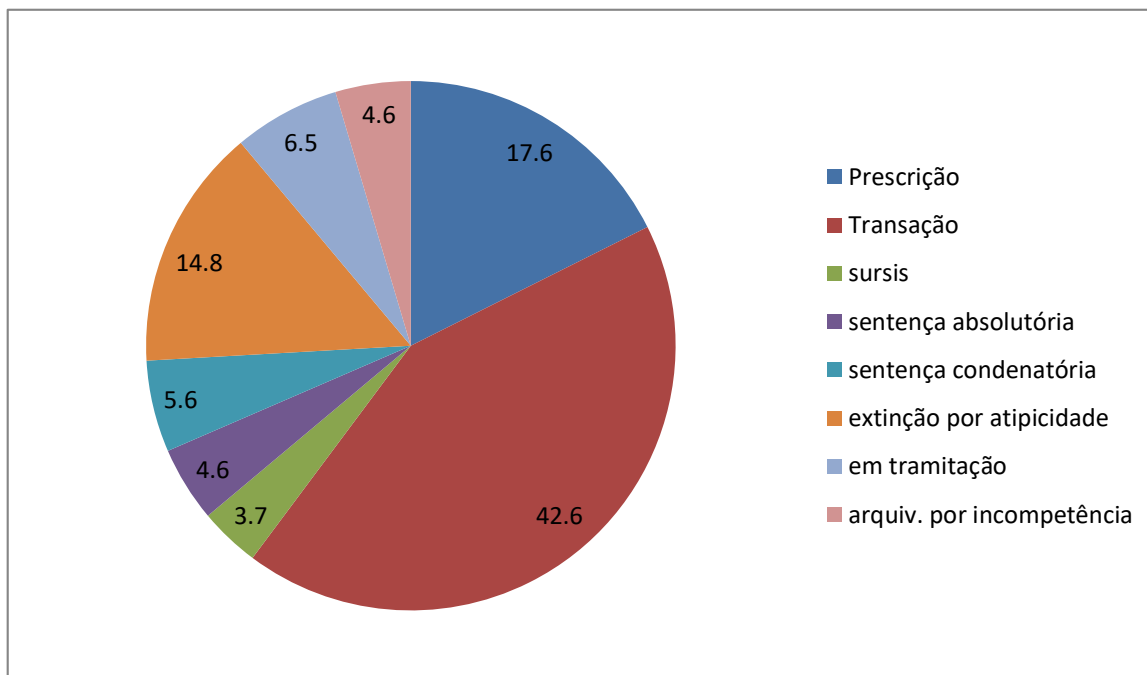


Figura 2 - Percentual dos resultados processuais Período 2010-2018

Fonte: Dados do autor.

Além disso, para melhor aferição do grau de punibilidade alcançado, verificou-se também os resultados processuais obtidos, na Figura 2, tendo sido observado que 42,6% dos casos ajuizados foram objetos de transação, 17,6% foram declarados extintos por incidência da prescrição, 14,8 por extinção por atipicidade, 4,6% de sentença absolutória e apenas 5,6% foram sentenciados com condenação do réu. Embora se saiba que a transação nos crimes ambientais de menor potencial leva à antecipação de pena restritiva de direito ou multa (art. 27, da Lei nº 9.605/98), não devendo, de tal modo, gerar impunidade, muito se tem afirmado sobre a sensação de impunidade dela decorrente.

Moreira (2011) afirma baseado nos processos judiciais na região do Pará, que a persistência dos problemas ambientais é resultado da alta impunidade. Como modelo, indica que apenas 2% dos infratores foram criminalmente punidos em uma amostra de 55 casos judiciais de crimes por infração ambiental entre 2000 e 2003, sendo que, 53% dos multados eram pessoas jurídicas e 47% eram pessoas físicas (BRITO; BARRETO, 2006). Também com respaldo em pesquisa feita no estado do Pará, Brito e Barreto (2007), observa que em 91% dos casos judicializados o Ministério Público Federal propôs acordos de transação penal. Dos processos que estavam em fase de cumprimento de transação penal, 70 % estavam com atraso no cumprimento do acordo. Ainda, um caso, ou seja, 2% do total, aguardava suspensão processual e 6% dos casos aguardavam a solução de problema processual, como

conflito de competência entre Justiça Federal e Estadual para julgamentos de crimes ambientais.

Da redação da Lei de Crimes Ambientais, extrai-se que a maioria das penas é de no máximo quatro anos; verifica-se pena acima de quatro anos, nos casos de pesca mediante uso de explosivo ou de substância tóxica, quando o agente causar danos às unidades de conservação, e no art. 54, em casos de poluição qualificada. Deve-se ressaltar que caso seja aplicada a pena máxima estabelecida para o crime, apenas os delitos dos artigos abordados e o caso do art. 54, § 2º, não admitem a substituição da pena.

Considerações finais

De acordo com o estudo realizado verifica-se que somente uma legislação que tente coibir com mais celeridade a degradação ambiental não é a chave mais importante para tal intento. A Lei 9.605/98 preconiza diversas ações, tenta alcançar tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica com penas que possam ser executadas, no entanto, se os órgãos fiscalizadores e aplicadores da lei restarem omissos diante da imensa quantidade de ações danosas ao meio ambiente, pouco resultado se obterá.

Verifica-se que as ações que tramitam na justiça em Sousa-PB, ocorrem de maneira ocasional, ou seja, prevalece um grande número de ações num determinado período, enquanto se observa um vácuo de ações em outro período, gerando uma falsa ideia para quem analisa superficialmente de que a sociedade, definitivamente, já aprendeu a viver de forma sustentável, deixando o ambiente devidamente preservado e sem apresentar quaisquer mazelas, o que não é o caso.

Baseado no levantamento bibliográfico compreende-se que os processos na justiça são demorados, muitos ficam inconclusos ou cumprindo transação penal, gerando um clima de impunidade ou a ideia de que qualquer agressão ao meio ambiente é algo sanável ao longo do tempo. Essa situação também é, em quase tudo, confirmada na pesquisa documental que se empreendeu na Justiça da comarca de Sousa-PB, conforme resultados já apresentados no presente trabalho.

Diante dos casos pesquisados e que embasam o presente estudo, poder-se-ia formar o entendimento de que faz sentido o que afirma os doutrinadores que defendem o direito penal clássico, com visão minimalista, de natureza mais garantista, quando negam a possibilidade de flexibilizar o princípio da *ultima ratio*, entre outros, para a criação de um direito penal destinado à proteção ambiental e que consideram não ser o Direito Penal Ambiental estruturalmente capaz de oferecer respostas legítimas e eficientes ao meio ambiente.

Contudo, pela necessidade de garantir aplicabilidade ao art. 225, § 3º, da Constituição Federal para utilização da sanção penal devida como medida mais severa de proteção ao meio ambiente, o que se deve buscar é o aperfeiçoamento das instituições jurídicas no sentido de trabalhar o Direito Penal Ambiental, cada vez mais, dentro das novas perspectivas da proteção ambiental, com a formação de novos paradigmas a exemplo da imputação objetiva e do biocentrismo, como bem frisado por Soares (2016).

O que se percebe é que, se antes era possível imaginar a proteção ambiental apenas pelas vias da responsabilidade civil e da responsabilidade administrativa, pelo estágio de voracidade com que se chegou a agir em agressão e com desprezo ao meio ambiente natural, do qual somos partes integrantes e com o qual devemos viver em permanente interação, agora, não se deve afastar da busca de proteção penal ambiental como um dos caminhos mais viáveis para a contenção da prática repetida de agressões ao meio ambiente. Afinal, a natureza pede socorro urgente para que nos comprometamos a trabalhar a proteção ambiental. Isso nos leva, como parte que somos dela, a ecoar mais forte o seu pedido que, mais do que pedido, é advertência, cuja consequência do não atendimento, quem sentirá somos todos nós.

Por fim, não se deve postergar a educação ambiental, a melhor forma de defesa do meio ambiente.

Referências

- AVENA, A. **Em 2017 ações de impacto ambiental na Bahia cresceram muito, diz IBGE**. Bahia Econômica. Disponível em: www.bahiaeconomica.com.br, 2018.
- BARBOSA, E. M. **Direito Ambiental: em busca da sustentabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Scotercci, 2005.
- BARBOSA, E. M. **Direito ambiental e dos recursos naturais: biodiversidade, petróleo e águas**. Fórum, Belo Horizonte, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Org. de Alexandre de Moraes. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis.
- BRITO, B. BARRETO, P. A eficácia da aplicação da lei de crimes ambientais pelo IBAMA para proteção de florestas no Pará. **Revista de Direito Ambiental**, 2006. Disponível em: www.imazon.org.br.
- BROWN, Lester R. **Eco-Economy**. New York: W.W. Norton & Company, 2001.
- BROWN, Lester R. Sugestões para aumentar a eficácia da lei de crimes ambientais no IBAMA e nos Tribunais de Justiça no setor florestal do Pará. **Anais**. 11º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Biodiversidade e Direito, São Paulo, 2007.
- CASTRO, N. D. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000.
- COSTA, H. R. L. **Proteção penal ambiental: viabilidade- efetividade- tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONAIRE, D. **Gestão ambiental na empresa**. São Paulo: Atlas, 1995.
- FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FREITAS, M. L. C. **Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2015.

- FREITAS, V. P. FREITAS, G. P. Crimes contra a natureza. 8ª ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.
- GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos municípios brasileiros**. Disponível em: www.agenciadenoticias.ibge.gov.br, 2017.
- LEAL, P. C. S.; PIETRAFESA, J. P. **Poder de polícia no combate a agressão ao meio ambiente**. Faculdade Delta. Goiás, 2010.
- LEITE, J. R. M. **Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Tese (Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999. 351 p.
- MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 1126 p.
- MARCONI, M. D. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- MIRALÉ, E. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco, 7ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.
- MIRALÉ, E. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. 7ª ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2011.
- MOREIRA, W. A. **Danos ambientais: sua coibição por meio da Lei 9.605/98**. Monografia. Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- PENATTI, F. E.; GUIMARÃES, S. T. L. Avaliação dos riscos e problemas ambientais causados pela disposição incorreta de resíduos de laboratórios. **Geografia, Ensino e Pesquisa**, v. 15, n.1, jan-abr, Santa Maria, 2011.
- PEREIRA, V. S. **Práticas ambientais: o caso das agroindústrias exportadoras de derivados lácteos em Minas Gerais**. Dissertação Mestrado, Lavras, 2005. Disponível em: www.sober.org.br.
- SILVA, C. K. F.; CARNEIRO, C. Um breve histórico da educação ambiental e sua importância na escola. **Anais**. IV Congresso Nacional de Educação (CONEDU), João Pessoa, 2017.
- SOARES, J. de F. **La Criminalidad ambiental de las empresas en el mercosur**. 1ª ed. Cajazeiras: Real, 2013.
- SOARES, J. de F. Ecoterrorismo e a responsabilidade penal das empresas por danos ecológicos. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 2, n. 2, p. 464-480, Curitiba, 2016.
- SOUZA, L. D. F. Crimes ambientais: princípios e evolução. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 8, n.1. Franca, 2013.

DERECHO PROCESAL CIVIL

O desafio de identificação da alienação parental no processo civil brasileiro: da classificação da prova ao trânsito em julgado (*)

The challenge of identifying parental alienation in the Brazilian civil process: from the classification of the evidence to the transit in res judicata

El desafío de identificar la alienación parental en el proceso civil brasileño: desde la clasificación de la prueba hasta su tránsito al juzgado

Carlos Henrique Cardoso Gomes de Sousa Calado¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. 1. A identificação da alienação parental. 2. A judicialização da alienação parental. 3. Do trânsito em julgado da alienação parental. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é uma anomalia familiar, presente em todas as camadas da sociedade contemporânea. Este fenômeno nasce de relações familiares conturbadas, que em face dos constantes conflitos acabam por dilacerar o núcleo familiar, trazendo dor e sofrimento para a criança ou adolescente. Desfeita a relação do casal ou prestes a dissolver-se, a alienação parental costuma surgir, trazendo, para a criança ou adolescente, tipificações distorcidas do sujeito passivo da alienação. Como fontes de referências para bases teórica, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google

(*) Recibido: 27/11/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
caiquecrd@outlook.com.

² Advogado e Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
diogoramos.adv@gmail.com.

Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam o tema, construindo para formulação correta do conteúdo proposto para análise.

Palavras-chave: alienação parental, conflitos, família.

Abstract: Parental Alienation Syndrome (SAP) is a family anomaly, present in all layers of contemporary society. This phenomenon is born from troubled family relationships, which in the face of constant conflicts end up tearing the family nucleus, bringing pain and suffering to the child or adolescent. It undoes the couple's relationship or is about to dissolve, parental alienation usually arises, bringing to the child or adolescent distorted typification of the alienation subject. As reference sources for theoretical bases, articles from journals were used, in addition to electronic data captured in Google Academic and Scielo, as well as in books that deal with the subject, building for the correct formulation of the content proposed for analysis.

Keywords: parental alienation, conflicts, family.

Resumen: El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es una anomalía familiar, presente en todas las capas de la sociedad contemporánea. Este fenómeno nace de unas relaciones familiares conflictivas, que ante los constantes conflictos terminan por desgarrar el núcleo familiar, trayendo dolor y sufrimiento al niño o adolescente. Deshace la relación de la pareja o está a punto de disolverse, la alienación parental suele surgir, llevando al niño o adolescente una tipificación distorsionada del sujeto de la alienación. Como fuentes de referencia para las bases teóricas se utilizaron artículos de revistas, además de datos electrónicos capturados en Google Academic y Scielo, así como en libros que tratan del tema, construyendo para la correcta formulación del contenido propuesto para el análisis.

Palabras clave: alienación parental, conflictos, familia.

Introdução

O fenômeno da alienação parental está inserido na sociedade, muitas vezes, de uma forma disfarçada, podendo trazer graves consequências emocionais e psicológicas para a criança envolvida nesse antro de conflito.

Apesar de prática existente há bastante tempo, a discussão do tema é recente, no qual, ganhou legislação específica quando aprovada a lei 12.318/2010. Por ser tão imatura, do ponto de vista jurídico, as circunstâncias que caracterizam a alienação parental podem passar despercebidas, o que traz à tona a necessidade da discussão e explanação à população das práticas consideradas como alienação parental.

Esta conduta consiste na interferência dos avós, tios, mãe ou pai, para com aquele genitor que não detém a guarda da criança. Em palavras claras, a alienação parental é a distorção da figura do genitor ou a privação da criança de contato com

o mesmo. Pode ocorrer da mãe ou pai alienar a criança para que a mesma crie uma versão horrenda do seu genitor ou genitora, ou simplesmente, prive o filho de se relacionar com o (a) mesmo(a), desqualifica a conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, dificulta a autoridade paternal, obsta o contato com a criança e a convivência familiar, esconde informações pessoais sobre a criança; enfim, tolhe a interação filho e genitor(a).

Portanto, o debate enriquecedor deste artigo faz-se necessário, na medida que o fenômeno será apresentado desde a constatação até o trânsito em julgado da ação judicial.

1. A identificação da alienação parental

Após a dissolução do matrimônio, a próxima discussão recai sobre a guarda da criança, que, conforme afere-se na prática, normalmente fica sob os cuidados da genitora. Acontece que na maioria dos casos em que há a separação do casal, essa separação se dá de forma litigiosa, deixando mágoas e até mesmo sentimento de revolta e ira. Diante desse quadro, a genitora, cuja a guarda lhe foi conferida, inicia um processo de ataque ao genitor, semeando no filho ideias que deturpam a imagem do pai.

É importante frisar, de início, que essa prática não se resume aos genitores, nem sendo a genitora a única que pratica a alienação parental. Mas, como forma didática, exemplificativa, e diante da grande maioria dos casos, a genitora será estabelecida como quem detém a guarda e pratica a alienação.

Nessa fase inicial, o menor se encontra confuso e sozinho, pois começa a receber informações contrárias ao que é comum de se ouvir de um genitor. Com o avançar do processo, a criança passa a acreditar naquela figura que foi fabricada em sua mente, fazendo nascer uma aversão e repúdio ao alienado. Esse tipo de sentimento faz com que a criança se afaste do pai, que, em contrapartida, tenta insistentemente estar presente na vida do menor e busca a convivência saudável.

Nesse duelo de sentimentos e desejos é que começa a intensificação do sofrimento do menor, pois o mesmo já tem a convicção de que seu genitor é uma figura desprezível e que deve ser afastado do seu convívio, no entanto, o alienado continua a insistir em tê-lo por perto.

O alienado lendo a situação e vendo que quem detém a guarda da criança e, portanto, goza de mais tempo com a mesma, está usando de artifícios para alienar a criança e separá-la do mesmo, começa a tentar se defender da desmoralização feita e passa a atacar quem o agrediu e criou um “monstro na cabeça do menor”. Porém, esse conflito, além de desgastar a criança e fazê-la sofrer, é inútil, pois quem primeiro alienou detém da confiança do menor. Ou seja, esse duelo faz com que a vítima da alienação se aproxime mais de quem tem a guarda, normalmente a mãe, e que foi pioneira na prática da alienação e, por consequência, se distancie da figura do genitor alienado. Implantada a SAP, a criança, por si só, passa a odiar o genitor e criar as mais diversas antipatias, fruto da semente introduzida pela alienante.

Ao nos debruçarmos sobre as lições de François Podevyn³, encontramos um conceito que o mesmo faz sobre o litígio dos genitores e sobre a Síndrome de Alienação parental:

Para identificar uma criança alienada, é mostrada como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “folie a deux”. Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio.

No mesmo trabalho, François Podevyn comenta as características do processo da SAP, cujo psiquiatra estadunidense Richard Alan Gardner estabeleceu durante sua pesquisa em torno do fenômeno da Alienação Parental. São citados por François Podevyn, 4 processos básicos: **a obstrução do contato; denúncias falsas de abuso; deterioração da relação após a separação; e reação de medo.**

A obstrução do contato é apontada como a primeira exteriorização da SAP, quando quem detém a guarda do filho usa de todos os mecanismos para privar o menor de contato com o genitor e deixa esse afastado das decisões na vida do menor. Esse tipo de atitude leva a criança a crer que foi abandonada pelo genitor alienado e, em congruência com as declarações do genitor alienante, a criança inicia o processo de mutação perante a figura do genitor ausente. Esse tipo de sentimento que ocorre na criança, é explicado pelos psicólogos como um processo natural, pois, a infância é a fase da vida em que o ser humano mais necessita da figura presente dos seus genitores, deficiência que pode trazer consequências duradouras.

Atrelada ao empecilho no contato, o genitor alienante pode recorrer a algo tão sujo quanto a própria prática, que é a denúncia falsa de abuso. Quem detém a guarda introduz no menor a ideia de que seu outro genitor o abusa sexualmente ou emocionalmente. Esse tipo de atitude é, no mínimo, absurda, pois, o genitor guardião comete, além de um crime, um abalo psicológico no menor que pode ser considerado de alto grau. Pensar que o fim de uma união leva um genitor a atingir esse ponto de irracionalidade é assustador. A criança ao crer nessas falácias, passa a ter medo do genitor não detentor da guarda e aumenta a distância entre esses, pois o filho teme a repetição dos atos em que foi induzido a acreditar.

Desfeita a união, separado o casal, quem fica responsável pela guarda da criança, induz o filho para que acredite que o motivante da separação foi do genitor ausente, apontando o abandono da família, sendo este o causador de qualquer dificuldade ou situação complicada que supervenientemente venha a existir, incubindo ao genitor ausente todo e qualquer sofrimento que a criança tenha. Essa prática demonstra a não aceitação do término do relacionamento por parte da genitora alienante e que passa a tentar atingir de todas as formas o ex-cônjuge, demonstrando o sentimento de vingança e ciúmes; esses sentimentos são mais presentes se o genitor alienado estiver em um novo relacionamento.

Em meio a este turbilhão de sentimentos e pressão, a criança, sendo o ponto chave nesse conflito, passa a ter medo e acreditar nas versões trazidas pelo genitor

³ PODEVYN, François. SAP. Tradução para o português: **Apase – Associação de Pais e Mães Separados**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>.

alienante, fazendo com que o menor se atrele fortemente a este, por medo do abandono e/ou de sofrer na guarda do genitor alienado.

Diante dessas práticas e atitudes vergonhosas, a criança se modifica perante seu genitor que não detém a guarda e também estreita a relação com seu genitor guardião. O psiquiatra Richard A. Gardner estabeleceu que existem 3 níveis de desenvolvimento da Alienação Parental: o nível leve, o nível moderado e o nível severo.

No nível leve, os sintomas se apresentam de forma vaga, sem muita distinção com uma criança não alienada de gênio difícil. Algumas pequenas restrições e rebeldias são verificadas.

O nível moderado é considerado o mais comum entre as crianças, com sintomas bem evidentes: malcriação e insultos aos genitores alienados, resistência às visitas, atribuindo ao genitor não guardião uma figura horrenda, e, em contrapartida, exaltando a bondade do outro genitor.

O nível severo é o mais incomum, se caracterizando por sintomas bastantes significativos, genitor guardião e criança criam fantasias para com o genitor alienado; o medo extremo impossibilita as visitas e a criança fica dependente do genitor alienante.

Recaindo sobre os ensinamentos do psicólogo Álvaro Pereira da Silva Jr., podemos indicar a ideia de que a melhor forma de auferir a extensão da alienação e a sua motivação é estudando o casal. Neste estudo poderemos entender a tratativa desses indivíduos que se relacionaram e que por um ou mais motivos, desfizeram a relação, passando a alienar a criança fruto dessa ligação afetuosa; e podemos ainda obter a resposta para o comportamento do menor alienado e catalogar as características psicológicas das vítimas dessa síndrome.

2. A judicialização da alienação parental

Estabelecida a Síndrome da Alienação Parental, abre-se um leque de possibilidades para a sua judicialização, podendo ser instrumentalizada a ação em processo autônomo ou incidentalmente, através de provocação do genitor alienado ou de ofício pelo magistrado, quando, por exemplo, diante de uma ação que discute a guarda do menor. Vislumbrada a importância da questão, o processo terá um status de relevância processual, cuja tramitação será prioritária.

A primeira medida que o magistrado efetua é o chamamento do Ministério Público ao processo e determina medidas que visam proteger a integridade psicológica menor, cessando, no que for possível, os atos alienatórios. Essa primeira medida do magistrado deve ser tomada com cautela, uma vez que no litígio, foi-se apenas auferido a versão do alienado, devendo ainda ser ouvida a parte alienante e sempre levar em consideração que um pleito judicial que discute uma alienação parental pode acarretar em dor e sofrimento para o menor.

Uma prática corriqueira de quem ingressa com a ação de alienação parental é o requerimento da suspensão do direito de convivência familiar, cujo deferimento do pedido era uma prática comum. No entanto, na atualidade, em face do direito intangível da convivência familiar da criança e da não supressão de direitos sem antes o contraditório com a dilação probatória, o judiciário vem afastando as

suspensões de direito de visita, conforme podemos constatar nesta decisão do STJ⁴, que confirma o indeferimento do pedido liminar de suspensão de visita, negado pelo TJRS.

ACÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE VISITAS. PROVIDÊNCIA LIMINAR. DESCABIMENTO. 1. Como decorrência do poder familiar, tem o pai não guardião o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação e mantendo com ela um vínculo afetivo saudável. 2. Não havendo bom relacionamento entre os genitores e havendo acusações recíprocas de abuso sexual do pai em relação à filha e de alienação parental e implantação de falsas memórias pela mãe, e havendo mera suspeita ainda não confirmada de tais fatos, mostra-se drástica demais a abrupta suspensão do direito de visitas. 3. Os fatos, porém, reclamam cautela e, mais do que o direito dos genitores, há que se preservar o direito e os interesses da criança. 4. Fica mantida a visitação, que deverá ser assistida pela avó paterna, em período mais reduzido, devendo tanto a criança, como ambos os genitores serem submetidos a cuidadosa avaliação psiquiátrica e psicológica. 5. As visitas devem ser estabelecidas de forma a não tolher a liberdade da filha de manter a sua própria rotina de vida, mas reservando também um precioso espaço para a consolidação do vínculo paterno-filial e do relacionamento estreito que sempre manteve com os tios e avós paternos. Recurso provido em parte (STJ, HC 249833, Rel. Min. Sidnei Beneti, J. 3.8.2012, DJe 6.8.12).

No decorrer do processo, ficará garantida a visitação assistida, na qual poderá ocorrer na casa de quem detém a guarda ou em locais públicos acordados entre os genitores. Ao estipular essas visitas, o magistrado deverá analisar o risco à integridade física ou psicológica do menor, uma vez que essa ‘aproximação forçada’ poderá causar, na verdade, um afastamento ainda maior. Diante disso, juiz pode designar um profissional de saúde que atestará a viabilidade dessas visitas.

Adentrando no campo da saúde, a presença de psicólogos no processo de alienação parental é de suma importância, uma vez que o menor alienado se encontra deveras fragilizado e perdido em meio a tanta turbulência. A psicologia e o grupo do biopsicossocial, adentrará no íntimo da relação familiar através de entrevistas com os genitores, familiares próximos e com a criança, avaliando a separação do casal, os fatos mencionados no processo, a personalidade das partes e a motivação dos atos de alienação, para, por fim, trazer um diagnóstico da situação e apresentar para o magistrado um laudo pericial do caso, auxiliando na construção da cognição do juiz. O laudo deverá ser apresentado em 90 dias a partir da designação do juiz, com possibilidade de prorrogação, podendo ser feito de forma individual, por um perito, ou através de uma equipe multidisciplinar.

Verificada a alienação parental, a lei 12.318/2010⁵, em seu artigo 6º traz um rol de medidas que poderam ser tomadas pelo magistrado, são elas:

- I. declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II. ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III. estipular multa ao alienador;
- IV. determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

⁴Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1366560 RS 2013/0029503-0 – Decisão Monocrática. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157174727/recurso-especial-resp-1366560-rs-2013-0029503-0/decisao-monocratica-157174805?ref=serp>

⁵ Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Planalto, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

- V. determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI. determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII. declarar a suspensão da autoridade parental.

É válido ressaltar ainda, que essas medidas não isentam da responsabilização civil e penal do genitor que pratique a alienação parental, podendo o judiciário ser suscitado novamente.

3. Do trânsito em julgado na alienação parental

Atravessado o trâmite processual na fase de conhecimento e esgotadas todas as instâncias recursais, uma determinação judicial será proferida e, como toda determinação judicial, esta deverá ser cumprida. No entanto, por se tratar de uma demanda familiar onde, em via de regra, verifica-se uma grande carga de sentimentos, o descumprimento das determinações judiciais podem vir a acontecer, uma vez que, agindo através da emoção, o alienador que foi obrigado a determinado regime de guarda, por exemplo, passa a desrespeitar os limites estabelecidos nas visitas, ou até mesmo recusar o contato com a criança.

Uma vez ultrapassados os limites impostos na decisão judicial, a parte que teve seu direito violado, poderá buscar no judiciário a reparação pelas condutas que extrapolaram as medidas judiciais e quem as cometeu poderá ser enquadrado no crime de desobediência, conforme estabelecido no artigo 536, § 3º, do Código de Processo Civil e 330 do Código Penal.

Penalização mais gravosa será aplicada nos casos de descumprimento de medida protetiva de urgência, concedida nas hipóteses de violência doméstica, cujo o descumprimento será tipificado no crime previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha, com pena de detenção de 3(três) meses a 2 (anos) anos.

Há uma parte da doutrina que defende que o ato praticado por quem extrapola os limites e determinações impostos na decisão judicial, deveriam ser tipificados como o crime do art. 359 do Código Penal, que versa da seguinte maneira:

Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:
Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Porém, ao desobedecer aos limites impostos na decisão judicial, como por exemplo, na visitação do filho em um horário previamente acordado, não fica caracterizado o exercício de um direito suspenso ou privado, pois, o direito da visitação entre e pai e filho foi apenas limitado, restando o ato como uma desobediência de um limite, e não um exercício de um direito suspenso ou privado.

Diante do debate jurídico, o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a aplicação do art. 359 do Código Penal e assim decidiu:

EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito. Atipicidade. Caracterização. Suposta desobediência a decisão de natureza civil. Proibição de atuar em nome de sociedade. Delito preordenado a reprimir efeitos extrapenais. Inteligência do art. 359 do Código Penal. Precedente. O crime definido no art. 359 do Código Penal pressupõe decisão judiciária de natureza penal, e não, civil. 2. AÇÃO PENAL. Crime de desobediência. Atipicidade. Caracterização. Desatendimento a ordem judicial expedida com a cominação expressa de pena de multa. Proibição de atuar em nome de sociedade. Descumprimento do preceito.

Irrelevância penal. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Precedentes. Não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito. Decisão. A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 08.08.2006.

Portanto, o artigo. 359 do Código Penal só poderá ser suscitado nos casos do artigo 92, inciso II, que dispõe da seguinte maneira:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: [...] II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

Com isso, verificamos que somente através de decisão judicial na esfera penal, que retire o exercício do poder familiar, é que, havendo transgressão desse diploma, poderá ser aplicado o artigo 359 do Código Penal.

Considerações finais

O trabalho apresentado buscou esclarecer a Síndrome da Alienação Parental dentro do contexto social e jurídico, expondo as características dessa síndrome, quem participa, como se apresenta, a introdução na esfera judicial, seu desenvolvimento e os após o trânsito em julgado da decisão judicial.

Um ponto fundamental na construção deste artigo foi a lei 12.318/2010, que, conforme exposto, trouxe regulamentação sobre o tema, não somente indicando as ações que caracterizam a alienação parental, como também estipulando métodos de coerção para o fim das práticas alienadoras e reestruturação do núcleo familiar.

Pode-se dizer que a família é o bem social mais precioso que existe, cuja necessidade de proteção é vital para continuação da sociedade e, conforme bem expressado pelo constituinte no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, esta é a base da sociedade e tem especial proteção do estado, assegurando à família, assistência a todos os membros, combatendo a violência em seu íntimo. Por essa razão é que a luta contra as práticas alienadoras deve ser incessante, uma vez que esta destrói o núcleo familiar e ainda fere o direito constitucional da criança e do adolescente, uma vez que macula, principalmente, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

Diante de todo o exposto, fica evidenciado que o tema é de suma relevância e por isso a necessidade do diálogo e esclarecimento, pois é através de debate que conseguiremos disseminar as ideias, desmascarando certas práticas obscuras e conscientizar a população.

Referências

CANABARRO, Vanessa Delfin. **A comprovação da síndrome de alienação parental no processo judicial**, 2012. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/vanessa_canabarro.pdf. Acesso em: 06/09/2019.

FOUREAUX, Rodrigo. [A guarda de filhos e as consequências do descumprimento do acordo ou decisão judicial que regula a visita. **Meu Mundo Jurídico**, 2019.](#) Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07/29/guarda-de-filhos-e-consequencias-descumprimento-acordo-ou-decisao-judicial-que-regula-visita/>. Acesso em: 13/10/2019.

GARDNER, Richard (1999), apud SOUSA, Analícia Martins de. **SAP: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Planalto**, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 05/08/2019.

PODEVYN, François. SAP. Tradução para o português: **Apase – Associação de Pais e Mães Separados**, São Paulo, 2011.

Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1366560 RS 2013/0029503-0 – Decisão Monocrática. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157174727/recurso-especial-resp-1366560-rs-2013-0029503-0/decisao-monocratica-157174805?ref=serp>. Acesso em: 05/11/2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Alienação parental: aspectos materiais e processuais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013.

Depoimento acolhedor como meio de prova no processo civil brasileiro: aspectos legais e periciais (*)

Welcoming testimony as a means of proof in the Brazilian civil process: legal and expert aspects

El testimonio de bienvenida como medio de prueba en el proceso civil brasileño: aspectos legales y periciales

José Marcos de Lira Oliveira Filho¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1.** A identificação da síndrome da alienação parental. **2.** A caracterização da prova da alienação parental no processo judicial. **3.** Prova pericial e depoimento acolhedor. **4.** A perícia como meio de identificação de falsas memórias. **5.** A estrutura do tratamento terapêutico na SAP – Considerações finais. – Referências.

Resumo: A alienação parental e sua síndrome, apesar de praticadas há muito tempo, é recente na doutrina brasileira. Com o intuito de causar menos danos à criança ou adolescente, a justiça criou o sistema do depoimento acolhedor; em que a vítima é ouvida em sala a parte da audiência, apenas na presença de servidor habilitado. Desse modo, a chance desse testemunho ser mais genuíno aumenta, demonstrando que essa conduta pode vir a ser tipificada penalmente. Ainda que consideradas, as sanções aplicadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não são imputadas ao alienador, quando o são não tem suficiente eficácia. Portanto, a importância do tema está em mostrar a atuação da perícia forense diante do depoimento acolhedor, podendo ser

(*) Recibido: 27/11/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
marcos.gp1@gmail.com
- ² Advogado e Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife (FICR). Recife, Pernambuco, Brasil.
diogoramos.adv@gmail.com

um meio de prova eficaz para tipificar penalmente e civilmente, tal conduta danosa ao menor. 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, construindo para formulação correta do conteúdo proposto para análise.

Palavras-chave: refúgio, apatridia, nacionalidade.

Abstract: Parental alienation and its syndrome, although long practiced, is recent in Brazilian doctrine. In order to cause less harm to the child or adolescent, the justice system has created the foster care declaration system; in which the victim is heard in the courtroom only in the presence of a qualified server. In this way, the possibility of this testimony being more genuine increases, demonstrating that such conduct can be criminally sanctioned. Although considered, the sanctions applied by the Statute of the Child and Adolescent are not attributed to the alienator, when they are not sufficiently effective. Therefore, the importance of the issue lies in showing the performance of forensic expertise against welcoming testimony, which can be an effective means of evidence to criminally and civilly criminalize such conduct harmful to the child. As reference sources for the theoretical bases, journal articles were used, in addition to electronic data captured in Google Academic and Scielo, as well as in books dealing with the subject, building for the correct formulation of the content proposed for analysis.

Keywords: refuge, statelessness, nationality.

Resumen: La alienación parental y su síndrome, aunque se practica desde hace mucho tiempo, es reciente en la doctrina brasileña. Con el fin de causar menos daño al niño o al adolescente, la justicia ha creado el sistema de declaración de acogida; en el que la víctima es escuchada en la sala sólo en presencia de un servidor cualificado. De esta manera, la posibilidad de que este testimonio sea más genuino aumenta, demostrando que tal conducta puede ser tipificada penalmente. Aunque consideradas, las sanciones aplicadas por el Estatuto del Niño y del Adolescente no se imputan al enajenador, cuando no son suficientemente efectivas. Por lo tanto, la importancia de la cuestión radica en mostrar el desempeño de la pericia forense frente a un testimonio acogedor, que puede ser un medio de prueba eficaz para tipificar penal y civilmente esa conducta perjudicial para el menor. Como fuentes de referencia para las bases teóricas, se utilizaron artículos de revistas, además de datos electrónicos capturados en Google Academic y Scielo, así como en libros que tratan del tema, construyendo para la correcta formulación del contenido propuesto para el análisis.

Palabras clave: refugio, apátridas, nacionalidad.

Introdução

No que pese ao fenômeno da alienação parental e da sua evolução histórica, convém elucidar que tal fenômeno sempre esteve inserido em nossa sociedade de forma exposta e na maioria das vezes de forma oculta, disfarçada. O nome da síndrome supracitada foi dado por Richard Gardner, qual seja a “síndrome da alienação parental (SAP)”, ao passar dos tempos, sua patologia passou a receber mais atenção, sendo criadas leis no intuito de minimizá-las e até combatê-las.

A forma de identificação da alienação parental ficou amplamente difundida na sociedade, sendo as formas quando se desqualifica a conduta do genitor no exercício de sua paternidade ou maternidade, quando se dificulta a autoridade paternal, o contato com a criança e a convivência familiar, quando se omite informações pessoais relevantes sobre a criança ou, por fim, quando se apresenta falsa denúncia ou muda-se de domicílio sem prévia justificativa. Embora descritas as formas de identificação desses casos de alienação, no Brasil, sua tipificação se dava apenas à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Código Civil, todavia, não seria ainda o suficiente para pôr fim na conduta.

Neste segmento, no ano de 2010 surgiu a lei nº 12.318/2010 contendo métodos que afastasse a sua prática. Nas audiências, percebeu-se que os testemunhos colhidos não estavam sendo suficientes, tendo em vista que as crianças e os adolescentes estavam se sentindo coagidos, tornando seus depoimentos muitas vezes inverídicos, pois o “agressor” estava na mesma sala ouvindo e tudo o que ela narrava. Sendo assim, em recife foi iniciado também em 2010 o projeto de sala de depoimento sem danos, conhecido popularmente como depoimento acolhedor, com a proposta de colher o testemunho da criança e do adolescente numa sala separada, especial, apenas diante da presença de um técnico capacitado.

A alienação parental traz várias sequelas e danos psicológicos ao menor, e até mesmo ao genitor ofendido, como casos de depressão até tendências suicidas. Nestes casos, é extremamente necessário que o genitor permaneça firme, não desistindo da convivência com o filho até superar esses acontecimentos.

Conforme relatos de psicólogos ficaram evidentes as melhoras no tocante a oitiva, trazendo mais benefícios ao processo; fazendo com que o violentado, apesar de voltar aos acontecimentos que tanto lhe machucou, fosse acolhido e se sentido à vontade para relembrar. Portanto, o depoimento sem danos vem para trazer uma maior segurança ao judiciário, fazendo com que a prova seja mais verídica e segura, se tornando mais eficaz.

1. A identificação da síndrome da alienação parental

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1584, II, §2º, trás em sua redação que a guarda, deverá ser feita sempre que possível de forma compartilhada, ou seja, após a separação conjugal, todas as deliberações sobre a rotina da criança passam a ser tomadas em conjunto pelos pais, entretanto, ainda é rotineiro e tendencioso por parte dos magistrados, que a guarda se suceda de forma unilateral e quase sempre, optam pela mãe. Deste modo, após o trauma de uma separação, muitas vezes traumáticas, restam sempre sequelas da mesma, e não conseguindo superar esse quadro, o guardião da criança passa a criar barreiras ao genitor que tenta manter

vínculos afetivos com o(s) filho(s), desenvolvendo uma vingança se dando início na tentativa de desmoralizar o antigo cônjuge, sendo criadas situações no intuito de dificultar o contato e a harmonia do relacionamento do genitor com os filhos, causando certa rejeição da criança para com o mesmo.

Na Alienação Parental, o agressor transforma as percepções da criança ou do adolescente, através de diferentes estratégias, como por exemplo: dificultar o contato (seja ele físico ou por meios eletrônicos) com o genitor alienado, inventar doenças ou abusos com o objetivo de impedir, obstruir ou destruir suas relações com o outro; enfim, implantando falsas memórias na mente do filho. Ou seja, é o processo iniciado pelo alienador que tenta separar o alienado da vida da criança ou adolescente, seja por vingança ou medo de perder o bem mais importante, o filho.

Priscila Maria Corrêa da Fonseca diz que a Síndrome de Alienação Parental é aquela que se relaciona com sequelas emocionais e comportamentais advindas da criança em posição de vítima. Deste modo, embora muitos usem como sinônimos, a Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental não se misturam, levando em consideração que uma é decorrente da outra, conforme esta explana

[...] enquanto a **síndrome** refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a **alienação parental** relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

Por que tantos crimes que lidam com a violência psicológica são taxados criminalmente e a alienação parental, por se tratar de menores, não? Ainda que sejam pais e mães, são pessoas que precisam ser inibidas desta prática, e se ainda persistirem nesta alienação, que sejam punidas, com total intuito de fazê-las enxergarem o mal que estão fazendo àquela criança ou adolescente e reintroduzi-las no convívio familiar após o período afastado, que por conta de suas atitudes, teve a vida desestruturada, causando sérios danos psicológicos.

A criminalização desta conduta pretende conservar os laços de afetividade e cordialidade de pais divorciados com seus filhos a fim de extinguir as práticas nocivas, como por exemplo, as falsas denúncias. Além disto, o projeto de lei nº **4488/2016** materializa o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente (**art. 227 daCF/88**). É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Resta evidente que a prática de violência psicológica, qual seja segundo Maria Berenice Dias:

[...] Qualquer conduta que lhe cause danos emocionais ediminuição da auto-estimaou 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. Deve ser imputada criminalmente, pois acaba por gerar sequelas graves e, se não tratadas, irreversíveis, à criança e ao adolescente. Merece então ser analisada com extrema atenção.

Neste segmento, sobrepõe-se que os sentimentos da criança são monitorados, desencadeando uma desmoralização do outro. A mesma, manipulável, entra em contradição com seus princípios e verdadeiros sentimentos, levando à destruição do seu vínculo com o pai, tornando verdadeiro aquilo que lhe foi inserido ludibriosamente em seu emocional, tornando aquilo e aceitando como realidade.

Por conseguinte, o pai passa a ser considerado um invasor na vida da criança tendo que ser afastado de qualquer jeito. Tais atitudes do alienador lhe conferem prazer em presenciar a destruição do vínculo fraternal do ex cônjuge.

Relacionado à síndrome, François Podevyn³ descreve a síndrome da alienação parental baseado em suas experiências vividas, conceituando esses conflitos da seguinte forma:

Para identificar uma criança alienada, é mostrada como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma "folie a deux". Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio.

François debruçou sua carreira ao estudo das características da Síndrome da Alienação Parental, e junto com Richard Alan Gardner cita quatro critérios aferidores do processo de alienação: As denúncias falsas de abuso, a obstrução do contato, o medo e a deterioração da relação pós separação.

2. A caracterização da prova da alienação parental no processo judicial

Nesse momento analisam-se os meios de prova, a exemplo da prova pericial, do depoimento acolhedor - ou depoimento sem dano como também é conhecido -, para a identificação dentro de uma eventual disputa judicial para comprovação da Alienação parental.

Com fulcro no artigo 227 da Constituição Federal de 1988⁴, que trás em sua redação que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Baseando-se na nossa carta Magna, fica evidente que a responsabilidade para a aplicação do supracitado artigo é de responsabilidade de todos que exercem a convivência familiar. Todavia, o que se observa na prática é que o responsável pela guarda é quem exerce sozinho o poder familiar, gerando a prática da Alienação quando desrespeita o espaço do genitor.

Oportuno frisar que o simples fato de exclusão sem amparo legal do genitor na participação e no compartilhamento das decisões da vida da criança, vai de contra a lei de proteção e o único prejudicado nesses casos são os próprios filhos, que sofrem, muitas vezes sem saber o motivo ao certo, por ter a imagem maculada de seus pais.

³ODEVYN, François. SAP. Tradução para o português: Apase - Associação de Pais e Mães Separados, São Paulo, 2011.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Além da imagem lesada, existem casos comuns de mães que vetam descaradamente que o pai exerça seu direito de visitação, quando na verdade se considera o direito da visita como sendo da própria criança. Casos desse tipo com frequência se agravam, gerando muitas vezes violência familiar.

No ensejo, sobrealça-se que Rosana Simão afirma que se os genitores não se conformarem com a separação em si ou mesmo confundam os meandros da conjugalidade com a parentalidade, certamente haverá consequências nefastas aos filhos. Ademais, poderá acontecer de um dos genitores fomentar o distanciamento dos filhos do outro parente configurando a Alienação Parental⁵.

Neste segmento, elucida-se que o caput do §3º do artigo 227, discorre sobre a forma de proteção a esses direitos. Ele narra que todas as formas de violação a esses direitos devem ser impedidos em obediência ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁶, e diante de cometimento de algum tipo de abuso, ou violência física e até sexual contra a criança e o adolescente, o praticante de tais atos deverá ser punido, conforme §4º do presente artigo.

3. Prova pericial e depoimento acolhedor

Para se diagnosticar a Síndrome da Alienação Parental, faz-se necessária uma perícia psicológica da vítima, ou uma perícia biopsicossocial, servindo de auxílio e fator de suma relevância à decisão judicial, com fulcro no art. 4º da lei 12.318/2010. Maria Berenice Dias, exalta a importância do trabalho dos psicólogos, dos assistentes sociais, dos psiquiatras, dos analistas especializados, responsáveis em auxiliar o julgador.

O depoimento acolhedor, ou depoimento sem danos, é uma alternativa criada em 2003 pelo Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS. É um meio de fazer com que as crianças sejam ouvidas nas audiências, de uma forma que elas não sofram quaisquer espécies de danos durante a fase de elaboração de provas nos processos judiciais⁷

De acordo com José Antônio Daltoé Cezar, o projeto que foi denominado de Depoimento sem Dano, foi idealizado na intenção de valorizar o relato da criança, respeitando a sua condição de menor fragilizado e em desenvolvimento, como também no interesse positivo de criação de provas pré-constituídas em juízo a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como qualificar a produção da prova que é produzida em juízo⁸

Oportuno frisar que o Depoimento Acolhedor identifica no discurso da vítima situações de alienação, tendo esse discurso redigido, ele será juntado aos autos do

⁵ **SIMÃO**, Rosana Barbosa Cipriano. **SAP e a tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. São Paulo: Equilíbrio, 2008, p. 15.

⁶ **MACHADO**, Antônio Claudio da Costa; **FERRAZ**, Anna Cândida da Cunha (Coord.). **Constituição Federal Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 1214.

⁷ **CEZAR**, José Antônio Daltoé. Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A falsa denúncia de abuso sexual**. 2. ed. ver. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 290.

⁸ **Ibid**, p.290

processo, podendo ser anexado também gravações de vídeos do depoimento, gravação de áudio, sendo registrado momentos de alegrias e de felicidades, como o choro ao tocar em um assunto delicado, a tristeza ao responder certa pergunta, as possíveis tremulações na fala, se evidenciando um contorno ao assunto. Tais gestos passam a se tornar meios de provas, podendo interferir na decisão do julgador.

Essa forma de interação traz um resultado significativo nas decisões dos agentes responsáveis que executam o direito, como os Juízes, advogados, promotores, entretanto, há de se considerar a extrema importância em todos os aspectos fáticos dos profissionais de saúde, médicos, psicólogos, os assistentes sociais, os psicopedagogos, que ao trabalhar em parceria com os juristas, logram êxito satisfatório na identificação da SAP.

No que tange aos resultados positivos obtidos através de uma perícia investigatória, já constam consolidadas várias jurisprudências informando que para uma alegação de Alienação parental, deve ser, em regra, submetido a prévio estudo psicossocial, ou até mesmo à oitiva da parte contrária, como a exemplo dessa jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ALIENAÇÃO PARENTAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - REQUERIMENTO LIMINAR DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA EM PROL DO PAI - DETERMINAÇÃO DE ESTUDO PSICOSSOCIAL PRÉVIO PELO JUIZ - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE ATENDIDO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO. - A Lei n.º 12.318/2010, de 26/08/2010, que dispõe sobre a ALIENAÇÃO PARENTAL e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, definindo o instituto no art. 2.º e em seu parágrafo único exemplifica casos de ALIENAÇÃO PARENTAL e inclui, entre eles, no inciso IV, o ato de dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar e, no inciso VI, o ato de apresentar falsa denúncia contra genitor ou contra seus familiares, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente. - O pedido liminar de regulamentação de visita com alegação de ALIENAÇÃO PARENTAL deve ser em regra submetido a prévio estudo psicossocial, ou até mesmo à oitiva da parte contrária, o que se demonstra razoável e comedido, não podendo prevalecer argumentos unilaterais do interessado (TJMG, AI 1.0024.10.279536-6/001, Rel. Vanessa Verdolim, J. 18/10/2011, DJMG 3/2/2012)⁹

4. A perícia como meio de identificação de falsas memórias

De extrema relevância se frisar que com o estabelecimento de uma perícia psicológica e biopsicossocial, obteve-se um ganho imensurável diante da identificação e prevenção da Alienação Parental, com fulcro no Artigo 5º da lei 12.318, trazendo ao julgador uma visão mais ampla e dinâmica do caso, tendo em vista não se tratar de um resumido estudo psicossocial, mas sim, de um estudo aprofundado no âmbito familiar que minuciosamente é capaz de detectar em entrelinhas um suposto abuso psicológico que a vítima sofreu ou ainda sofrendo, e como se trata de um meio de prova a ser criado, é possível que indique-se um assistente técnico para determinar situação, de acordo com o artigo 421, §1º I e II do CPC.

⁹TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.10.279536-6/001, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/10/2011, publicação da súmula em 03/02/2012)

Sobreleva-se que o objetivo principal da Perícia é a criação de um laudo competente capaz de detectar a Alienação Parental, bem como um dos mais traumáticos danos, qual seja a implantação de falsas memórias.

No que pese à implantação das falsas memórias, pode-se compreender a extensão da lesão no psicológico infantil, bem como sugerir formas de recuperação do psicológico da vítima, para recuperar a convivência familiar maculada com o processo alienador. Nesse segmento, ressalta-se a importância dos psicólogos, psicopedagogos, psiquiatras, médicos legistas, assistentes sociais no caso, tendo em vista que os operadores do Direito não possuem capacidade técnica para identificar todos os aspectos da Alienação, para que se ponha em prática o princípio do melhor interesse da criança.

5. A estrutura do tratamento terapêutico na SAP

É importante entender que para se tratar de uma família SAP, o ideal é que apenas um terapeuta seja responsável pelo tratamento tanto dos pais, quanto das crianças. Analisando-se o perfil do terapeuta ideal para os casos, preferencialmente deseja-se que ele seja rígido, rigoroso, e precisam estar cientes do que encontrarão pela frente.

Quanto às ciências citadas, precisam ter em mente que as crianças passaram ou ainda passam por traumas e viveram situações por vezes humilhantes que muitas vezes se fecham para o vivido, por esse motivo, é essencial para a evolução do tratamento que o mesmo terapeuta tenha acesso aos pais e à criança. Ele precisará de informações diretas dos pais, para entender as queixas das crianças, bem como para poder distinguir do que decorre da Alienação, ou da imaginação, bem como a necessidade de análise das manipulações psicológica na vítima em construção emocional, podendo-se com base nessa proximidade ter uma análise psicodinâmica das famílias portadoras da síndrome.

Não obstante ao contato direto do terapeuta com os pais, e com a criança, é importante salientar que o tratamento da Alienação Parental deve ser solicitado em juízo, bem como, os terapeutas mantenham o elo entre famílias SAP e Juiz, por meio de um advogado patrono que possa se comunicar diretamente com o tribunal.

No que tange à guarda, o pai deverá seguir fielmente o sistema de visitas regulares, e a mãe deverá respeitar todo o espaço do genitor. No caso de não cumprimento do que ficou acordado, o juiz deverá ser imediatamente informado por intermédio do terapeuta ou do patrono. Sendo assim, diante de quaisquer violações, o juiz deve aplicar penalidades para o ocorrido, seja por meio de troca de guarda, de multas ou até mesmo, em casos extremos, prisões. Do contrário, a terapia se tornará inútil pela falta de medidas que venham a impedir a prática de tais atos.

Considerações finais

O presente artigo científico buscou mostrar a gravidade e os danos causados à família e ao psicológico da criança e do adolescente vítima da lesão. O trauma sofrido é imensurável, trazendo sequelas para uma vida toda quando a síndrome não é identificada e reparada em tempo.

Trazemos à lume que a Alienação Parental e a SAP, devem ser estudadas e tratadas de forma minuciosa, sendo levado em consideração as verdadeiras e as falsas acusações, bem como o testemunho verídico e manipulado. Oportuno ressaltar que a Constituição Federal trata a família como base da sociedade, impondo ao Estado o dever de protegê-la.

Convém elucidar que este fenômeno sempre esteve presente na nossa sociedade, e que o problema da Alienação Parental está na tentativa dos genitores, durante o casamento ou após o casamento, este segundo caso o mais comum, em macular a imagem do outro por raiva, rancor, mágoa, na tentativa de guarda dos filhos. Ademais, vale frisar que o genitor causador da Alienação sofre geralmente de problemas psicológicos, precisando de tratamento médico urgente para que tal atitude não se perpetue, bem como suas crianças, esses precisam com mais urgência por se tratar de seres ainda em desenvolvimento, que podem desenvolver sérios problemas psicológicos e emocionais no futuro.

Embora sua prática seja muito comum e conhecida, sua tipificação se dava apenas à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Código Civil, e apenas em 2010 se criou a lei 12.318/10 contendo métodos para afastar ou inibir sua prática. Nesse mesmo ano criou-se a sala de depoimento acolhedor, com o intuito de colher o testemunho da criança de uma forma diferenciada e especial, longe de todos e até do juiz, apenas diante de um profissional capacitado para identificar a Alienação.

Diante do exposto, é sempre importante lembrar da importância do maior organismo de defesa para tal prática, o amor. É extremamente necessário que o genitor permaneça firme e não desista nunca, sob nenhuma hipótese da convivência com o seu filho. É necessário que ele entenda que isso não se trata de um jogo entre casal, onde quem ganhar a disputa ganha o filho. O bem maior e mais precioso é a criança, e nesses casos, ela só perde. Perde a imagem de super-herói do pai, devido às falsas memórias implantadas pelo agressor, perde o convívio, a presença, perde o sentimento, e perde a razão, pois conforme análise, ela sofrerá de imensuráveis traumas futuros.

Por essa razão, baseado em todo o exposto nesse presente Artigo Científico, conclui-se que o Depoimento Acolhedor, tem como primazia trazer uma maior segurança jurídica na identificação da Alienação Parental e da sua Síndrome, acarretando ao processo um meio de prova mais verídico, científico e seguro, e à criança, um ambiente equilibrado, leve e longe de toda pressão de uma sala de tribunal.

Referências

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988

DIAS, Maria Berenice (Coord.). A falsa denúncia de abuso sexual. 2. ed. ver. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 290.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice, 2007 apud SOUSA, Analicia Martins de. SAP: Um novo tema nos júzios de família. São Paulo: Cortez, 2010.

- MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Coord.).
Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.
2. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 1214.
- ODEVYN, François. SAP. Tradução para o português: Apase – Associação de Pais e
Mães Separados, São Paulo, 2011.
- SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. SAP e a tirania do guardião: aspectos
psicológicos, sociais e jurídicos. São Paulo: Equilíbrio, 2008, p. 15.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Acórdão. Alienação parental -
ministério público - requerimento liminar de regulamentação de visita em
prol do pai - determinação de estudo psicossocial prévio pelo juiz - princípio
da razoabilidade atendido - manutenção da decisão.

CRIMINOLOGÍA

La especialización criminológica proyectada en los planes de estudio universitarios en Guanajuato, México (*)

The criminological specialization projected in the university curricula in Guanajuato, México

Rolando Granados Muñoz¹

Sumario: Introducción. Método y materiales - Selección de la muestra - Procedimiento. Resultados. Discusión. Conclusiones. Referencias.

Resumen: La especialización criminológica es un conjunto de vertientes que toma la Criminología para generar conocimientos especiales en determinadas áreas, es un medio para generar el progreso y avances que se perciben como necesarios ante la polución de prácticas que comprometen el desarrollo de ésta. Con el objetivo de identificar las áreas de especialización criminológica proyectadas a través de los planes de estudio de las universidades del Estado de Guanajuato que ofrecen dicha licenciatura, en una muestra de cinco universidades se revisó sus planes de estudio para generar categorías con apoyo del programa Atlas.ti 7 relacionadas con las materias que ofertan. Se contabilizaron 298 materias que fueron clasificadas en 13 categorías: clínica-penitenciaria, criminalística, criminológica, estadística-informática, jurídica, metodológica, médica, preventiva, profesional, psicológica, seguridad-policial, sociológica, victimológica. Se concluye que el desarrollo de la especialización criminológica genera una expectativa no muy favorecedora por las proyecciones que se alcanzan a identificar en los planes de estudio de universidades en el Estado de Guanajuato.

Palabras Clave: criminología, enseñanza superior, especialización, plan de estudios.

(*) Recibido: 17/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Licenciado en Criminología, con Maestría en Ciencias del Comportamiento. Profesor de Criminología y Criminalística. Director de la revista *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística* auspiciada por la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León. Registro de Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8508-0112>
r.granadosmunoz@ugto.mx

Abstract: The criminological specialization is a grouping of ramifications that Criminology takes to generate special knowledge in certain areas, it is a means to generate the progress and necessary advances affected by the pollution of practices that compromise its development. In order to identify the areas of criminological specialization projected through the curricula of the universities of the State of Guanajuato that offer those degree, in a sample of five universities their curricula were reviewed to generate categories with support of the Atlas.ti 7 program related to the subjects they offer. There were 298 subjects that were classified into 13 categories: clinical-penitentiary, criminalistics, criminological, statistical-informatics, legal, methodological, medical, preventive, professional, psychological, police-security, sociological and victimological. It is concluded that the development of criminological specialization generates an expectation not very favorable due to the projections that can be identified in the curricula of universities in the State of Guanajuato.

Keywords: criminology, specialization, university curriculum, university education.

Introducción

De acuerdo con el censo realizado por Hikal, Pérez y Romero (2016) el número de escuelas de Criminología, Criminalística, Victimología y áreas afines en materia criminal en su momento llegaba casi a 300 entre el sector público y privado, con el paso del tiempo la estadística se considera ha ido en aumento. Las expectativas de la Criminología en el presente se tornan difusas por estos crecientes modelos educativos que forman alumnos poco conscientes y desorientados de su posición dentro de una sociedad asediada por el fenómeno criminal.

Precisamente la enseñanza de Criminología es compleja porque no sólo requiere de conocimientos teóricos sino prácticos que permitan el desarrollo de habilidades y destrezas en el estudiante (Rangel, 2017). La labor no es sencilla teniendo presente que estas licenciaturas se imparten en diversas áreas, por citar un ejemplo, en facultades de derecho o ciencias sociales lo que impacta directamente en la gestión académica, las direcciones o coordinaciones de esta carrera están a cargo de abogados, ingenieros, psicólogos, etc., pero con atrevimiento de aseverar que difícilmente serán criminólogos quienes ocupen dichos puestos.

En estos términos, según el estudio de caso llevado a cabo por Hikal y González (2012), expone que los retos educativos están focalizados en cinco aspectos principales:

1. La mejora y actualización en algunas materias de los planes de estudio.
2. Aumentar y actualizar la bibliografía básica con libros, revistas, artículos y boletines al corriente con los fenómenos criminales del momento, así como las investigaciones más avanzadas, tanto impresos como digitales.
3. Plantear un modelo de maestría.

4. Realizar un evento de divulgación de la ciencia y tecnología.
5. Vinculación institucional con organismos encargados del fomento al desarrollo científico.

Con relación en estos puntos en este escrito se exponen algunos planes de estudio de escuelas privadas en el Estado de Guanajuato no sin antes mencionar el contexto del desarrollo científico en el país.

Respecto al desarrollo de la Criminología como ciencia, Medina (2002, 2003) opina que una de las razones excitantes de ser criminólogo es que no se hace nada y hay mucho por hacer, de primer orden resulta que la atención por las habilidades profesionales requeridas por los estudiantes es escasa y ni hablar de la investigación criminológica, pues además de estar limitada por no poseer una autonomía académica, la política no invierte para su desarrollo y, por ende, para que se produzcan avances, siendo que quienes la practican lo hacen contra viento y marea a reserva de las complicaciones y consecuencias que ello pueda generar.

Para ello han de tomarse ciertas consideraciones sobre lo más básico, siendo referente la literatura española, escritores como García-Pablos de Molina (2003), Herrero (2007) o más apegado a la investigación como Ibañez (2014) en sus definiciones de Criminología la describen como ciencia empírica e interdisciplinar, siendo su objeto de estudio delimitado a cuatro elementos: el crimen, el delincuente, la víctima y el control social. En el caso de estos autores y en general de la comunidad científica española la visualizan como ciencia a partir de la producción del conocimiento que permite un desarrollo constante, asequible a través de diversos medios, por mencionar algunos, eventos y revistas de divulgación sobre informes de investigación, situación que en México es muy poco considerada.

El hecho de existir revistas científicas de calidad (con índice) y que sean las universidades de criminología responsables de promover la difusión es poco probable. Se asimila un desarrollo pobre en cuanto a una Criminología estática, pues por la crisis en la que se encuentra el país, se perciben avances y bastante conocimiento por la magnitud del fenómeno criminal, sin embargo, su base es un empirismo insuficiente y que no alcanza la rigurosidad científica para desprenderse de la intuición y subjetividad necesarios para un trabajo cualificado y fiable (Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, 2008), dicho de otra manera, se tiene la fenomenología en su posible máxima expresión, los medios aunque sean pocos pero se pueden desarrollar, no obstante lo que no se sabe es aplicarlos e integrarlos, lo que correspondía a las instituciones de nivel superior.

Bajo este estancamiento la apuesta para progresar se encuentra en la especialización, denominadas criminologías específicas o especializadas, su enfoque se basa en desarrollar conocimiento en áreas especiales del fenómeno criminal, haciendo de la sistematización una de sus principales características, lo que hace lucir a la investigación y por consecuente a cualquier ciencia (Díaz, 2018; Hikal, Ramos y Pérez, 2018).

Precursor de este modelo teórico en México es Hikal (2013) quien manifiesta y describe las siguientes categorías de criminología (Hikal, Ramos y Pérez, 2018):

1. Criminología victimológica

2. Criminología de la personalidad
3. Criminología conductual (reflexología criminal)
4. Criminología de las conductas adictivas
5. Criminología infanto-juvenil
6. Criminología comparada
7. Criminología etiológica-multifactorial
8. Criminología de la reacción social
9. Criminología de la paz
10. Criminología forense
11. Criminología radical
12. Criminología sintética
13. Criminología unitaria
14. Criminología social
15. Criminología demográfica
16. Criminología ambiental
17. Criminología transcultural
18. Criminología familiar
19. Criminología educativa
20. Criminología de consejería social
21. Criminología laboral
22. Criminología de la salud
23. Criminología del desarrollo
24. Criminología del arte
25. Criminología informática
26. Criminología biológica
27. Criminología del deporte
28. Criminología espacial y criminalística espacial (astronomía forense)
29. Criminología clínica: ¿criminología penitenciaria, penología criminológica o penología clínica?
30. Criminología jurídico penal
31. Criminología de los derechos humanos
32. Criminología femenil
33. Criminología psiquiátrica

Ante un panorama angustioso entendible por el contraste de la creciente oferta y demanda de la carrera y un mercado laboral con poca presencia del criminólogo, quizás por razones de juventud y la multidisciplinariedad que aqueja esta ciencia (Del Real y Herrera, 2015), el propósito de esta investigación es identificar las áreas de especialización criminológica proyectadas a través de los planes de estudio de las universidades del Estado de Guanajuato que ofrecen dicha licenciatura. Formando un criterio que permita establecer postura si es que la enseñanza promueve las criminologías especializadas.

Método y materiales

Selección de la muestra

Se planteó un estudio descriptivo de una muestra compuesta por universidades privadas del Estado de Guanajuato con una oferta académica de la licenciatura en Criminología o licenciatura en Criminología y Criminalística, se descartaron las licenciaturas o maestrías de Criminalística, las maestrías y los doctorados de Criminología. El plan de estudios pudiendo ser trimestral, cuatrimestral o por semestre, las licenciaturas en línea no fueron consideradas.

Procedimiento

La búsqueda documental permitió establecer una idea de la situación de enseñanza criminológica en el país, por lo que se generó otra búsqueda en Internet para encontrar las universidades, ubicadas, se prosiguió a la revisión de los planes de estudio en sus páginas oficiales.

Se descargaron los planes de estudio y se realizó la transcripción por periodos para posteriormente dar relectura y proceder a trabajar categorizando en áreas de especialización las asignaturas que se imparten en dichas universidades verificando la similitud con la postura teórica de las criminologías específicas. Para el manejo de los datos se empleó el software de análisis cualitativo Atlas.ti 7.

Resultados

De las búsquedas realizadas se ingresó a las páginas de cinco universidades, dos de las mismas ofertando la licenciatura en Criminología y Criminalística con una distribución de nueve semestres y las otras tres la licenciatura en Criminología distribuidas en 10, 12 y 9 cuatrimestres. Fueron descargados cinco planes de estudios con un total de $N=298$ materias y de 68, 62, 64, 59 y 45 por cada universidad, con un promedio de $M=59.6$ materias impartidas por universidad.

Las 298 materias fueron clasificadas en 13 categorías a las que se les denominó áreas de conocimiento o especialización entre las que se encuentra: clínica-penitenciaria, criminalística, criminológica, estadística-informática, jurídica, metodológica, médica, preventiva, profesional, psicológica, seguridad-policial, sociológica, victimológica; en la Tabla 1 se desglosa cada una de ellas y el número de materias que la conforman, así como el porcentaje que representan.

Tabla 1

Cantidad de materias clasificadas por área de conocimiento

Área de conocimiento (especialización)	Número de materias	Porcentaje aproximado
Clínica-penitenciaria	16	5%
Criminalística	43	14%
Criminológica	24	8%
Estadística-informática	14	5%
Jurídica	33	11%
Metodológica	18	6%
Médica	23	8%
Preventiva	15	5%
Profesional	32	11%
Psicológica	21	7%
Seguridad-policial	12	4%
Sociológica	8	3%
Victimológica	7	2%

Nota: Un total de 32 materias no fueron categorizadas.

Cada una de estas categorías comprende materias (citas), entre las que se consideran representativas se encuentran las siguientes 12 y posteriormente se describe la categoría criminológica:

1. Área clínica-penitenciaria. Criminología clínica, tratamiento penitenciario, administración de custodios, penología y sistemas penitenciario.
2. Área criminalística. Investigación criminal, sistemas de identificación, criminalística, dactiloscopia.
3. Área estadística-informática. Método estadístico, informática criminológica, cibercriminalidad, criminología e informática.
4. Área jurídica. Introducción al derecho, teoría del delito, sistema penal acusatorio, derechos humanos.
5. Área metodológica. Métodos de investigación criminológica, seminario de titulación, diseños de investigación, investigación cualitativa.
6. Área médica. Medicina forense, psiquiatría forense, bases de morfología, antropología forense.

7. Área preventiva. Seminario de política criminal contemporánea, política criminológica, prevención del delito, proyectos para la prevención del delito.
8. Área profesional. Deontología policial, inglés, proyecto de vida, valores y ética para el desarrollo profesional.
9. Área psicológica. Bases biológicas de la conducta, psicología criminológica, autopsia psicológica, psicología criminal.
10. Área seguridad-policial. Seguridad privada, modelos de seguridad pública, administración de cuerpos policiales, organización policial.
11. Área sociológica. Sociología, sociología criminológica, sociología criminal, ciudadanía y responsabilidad social.
12. Área victimológica. Victimología, teorías psicológicas de la victimología.

En el caso de las materias que no fueron seleccionadas para formar las categorías se encuentra técnica de retrato hablado, el menor infractor o marco jurídico legal del menor infractor, técnicas de entrevista/interrogatorio o fundamentos de entrevista e interrogatorio en el ámbito forense, delincuencia organizada, problemas criminológicos en México, poligrafía, criminalidad femenina, introducción a la epistemología, contexto mundial y nacional, antropología filosófica, religión, cultura y trascendencia, problemas socioeconómicos y políticos en México, laboratorio de ciencias forenses, ciencia, tecnología y sociedad, desarrollo humano sustentable, análisis y combate a la corrupción, organización y administración de la política, administración de la justicia, mapeo geográfico del delito.

La categoría criminológica se integró de las materias de criminología vial y hechos de tránsito, perfilación criminológica, criminología interaccionista, criminología I, II, III y IV, criminología laboral, criminología aplicada, derechos humanos y criminología, criminología ambiental, teorías criminológicas, introducción a la criminología y criminología corporativa.

Discusión

Habiendo identificado las áreas de especialización que proyectan las universidades privadas del Estado de Guanajuato en sus planes de estudio, hubo situaciones que pueden mejorar los resultados, un ejemplo de ello es el acceso a cada uno de los temarios de algunas materias que son ambiguas en su nombre y el contenido es desconocido. Lo que implica un trabajo más detallado respecto a la cantidad de universidades que ofrecen dicha educación en estas disciplinas según las estadísticas (Hikal, Pérez y Romero, 2016).

La situación es que siguen surgiendo planes de estudio en las universidades que inclusive fusionan la criminología con la criminalística lo que inmediatamente no permite el desarrollo pleno de la especialización criminológica, otras instituciones atraen la atención de los alumnos a través de criminalística cuando en realidad el título que dan es de criminólogo y así van surgiendo eventos parecidos que no permiten avances pues no existe un orden en la enseñanza. Dice Rangel

(2017) que requiere enseñar con conocimientos en fusión de la práctica, no obstante, las experiencias españolas hacen evidente que nos hace falta autonomía académica y habilidades en los futuros criminólogos dentro de un mercado laboral con poca presencia de éstos (Medina, 2002, 2003; Del Real y Herrera, 2015). Este contexto multidisciplinar y deficiencias de autonomía son perceptibles en los resultados de esta investigación, presencia de más de 30 materias en el área de criminalística y el área jurídica, ello porque no existe unanimidad en la posición que guarda dentro de las ciencias, como ya se dijo, en algunas universidades pertenece a las ciencias jurídicas o bien a las ciencias sociales.

Esta independencia no se logrará si no se atienden los problemas académicos (Hikal y González, 2012) que al parecer son severos, varios organismos institucionales egoístamente sólo velan por obtener beneficios y no por generar oportunidades para las nuevas generaciones que deben evolucionar y estar actualizados al mismo nivel que el crimen lo hace. Un criminólogo no puede ser concebido como tal cuando aproximadamente el 8% de su preparación se destina a materias exclusivas del área criminológica y de manera preocupante, cuando un promedio de 6% lo representan materias de metodología, un error crítico considerando que los futuros profesionales de la criminología-criminalística en sus labores harán investigación.

Por esa razón se ponen a criterio los elementos principales de las definiciones españolas de criminología (García-Pablos de Molina, 2003; Herrero, 2007; Ibañez, 2014), con claridad, ese porcentaje que representa a la metodología (6%) no da para generar ese conocimiento empírico y más que ser interdisciplinar hace una criminología dependiente de otras ciencias. Uno de los pilares fundamentales para entender el fenómeno criminal es la víctima y en los planes de estudio de estas universidades el área victimológica está representada por 7 materias (2%). En esta misma condición se encuentra el estudio del control social y un área sociológica de 8 materias (3%) de gran relevancia y con deficiencias para comprender este objeto.

Este panorama parece ser poco favorable no sólo a la especialización (Hikal, Ramos y Pérez, 2018) sino a la propia criminología, considerando las características de sistematización y una práctica de calidad en virtud del procedimiento organizado donde no se encuentre de por medio la intuición, el morbo y la subjetividad (Díaz, 2018; Hikal, Ramos y Pérez, 2018; Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, 2008) parece una tarea difícil de conseguir considerando la carente carga metodológica en materias que se tiene a disposición, en criminalística se toma de referencia el método científico, en criminología no es tan fácil por que se trabaja con conducta y la cantidad de métodos a utilizar cambia en función de las técnicas e instrumentos para investigar, es el gran contraste y la confusión que no alcanzan a captar las universidades que intentan enseñar estudiantes confundidos en dos ciencias distintas: la criminología y criminalística.

Algo rescatable es que un 11% de materias se encuentran destinadas al área profesional, donde se esperarí sea el plus para que los estudiantes mantengan respeto por los casos, situaciones o personas que les toca estudiar o investigar en lo laboral.

Conclusiones

El desarrollo de la especialización criminológica genera una expectativa no muy favorecedora por las proyecciones que se alcanzan a identificar en los planes de estudio de universidades en el Estado de Guanajuato. Una entidad donde la enseñanza criminológica se encuentra en su gran mayoría a cargo del sector privado, caso contrario en otros estados donde la iniciativa de oferta la llevaron a cabo instituciones públicas.

Se concibe como un error que las universidades ofrezcan un título de criminología y criminalística cuando son dos ciencias totalmente orientadas a estudiar un objeto de estudio diferente; para que se consolide la especialización la meta es que la criminología adquiera autonomía y esto no se dará mientras sigan existiendo planes de estudio con presencia elevada de materias que pertenecen a otras ciencias y una deficiencia de materias enfocadas a la investigación. Es correcto que el criminólogo tenga conocimientos de otros campos de estudio, pero no admisible abusar de los mismos, un ejemplo de ello es la síntesis clínica, más que promover ciencia, hace profesionales atentos a lo que informan otros expertos.

Si no se realiza una correcta gestión en las formas de practicar esta ciencia no se augura un futuro prometedor y por mucho que vaya ganando presencia en el terreno laboral, será de manera muy lenta que puede llevar a la crisis.

Referencia bibliográfica

- Del Real, C. y Herrera, M. (2015). *Criminólogos: instrucciones de uso un análisis de futuras líneas aplicadas en criminología*. Tesis en opción al grado de licenciada en Criminología. Universidad de Sevilla, España.
- Díaz, C. (2018). Un acercamiento a la especialización de la criminología. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 11(21), 70-80. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1S8sqKi9hAVwF6gr3rjpRGrwbFGrVVM96/view>
- García-Pablos de Molina, A. (2003). *Tratado de criminología* (3ª ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Herrero, C. (2007). *Criminología: parte general y especial* (3ª ed.). Madrid, España: Dykinson.
- Hikal, W. H. y González, J. R. (2012). Proyecto reforma a las escuelas de criminología y criminalística en México. Grupo Educativo IMEI. *Derecho y Cambio Social*, (27), 1-80. Recuperado de http://www.derechoycambiosocial.com/revista027/proyecto_de_reforma_de_escuelas_de_criminologia.pdf
- Hikal, W. (2013). La especialización de la criminología: de lo general a lo específico, ¿hacia una neocriminología? Teoría de las criminologías específicas. *Derecho y Cambio Social*, 1-23. Recuperado de https://www.derechoycambiosocial.com/revista032/especializacion_de_la_criminologia.pdf

- Hikal, W. H., Pérez, J. A. y Romero, R. (2016). Censo de escuelas de criminología, criminalística, victimología y afines en materia criminal en México. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 7(17), 7-30. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1pdGyYgm1QY1sqlBw5kwTw7VVSgxepeFp/view>
- Hikal, W. H., Ramos, R. A. y Pérez, J. A. (2018). Nacimiento, sistematización y evolución de las criminologías específicas en México. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 11(21), 8-37. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1VvZxYUn80LmqtyIvoOiKL6UOcgQ7BtkG/view>
- Ibañez, J. (2014). *Métodos, técnicas e instrumentos de la investigación criminológica*. España: Dykinson.
- Medina, J. (2002). Reflexiones críticas sobre la futura licenciatura en criminología. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 1-30. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc04-15.pdf>
- Medina, J. (2003). Criminología y política criminal: la necesidad de un foro de discusión. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 1, 1-10. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2083434>
- Rangel, X. G. (2017). La enseñanza de la criminología en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. *Atenas*, 3(39), 139-152. Recuperado de <https://atenas.reduniv.edu.cu/index.php/atenas/article/view/316/586>
- Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses. (2008). Clases y funciones de la criminología. *Quadernos de Criminología*, (0), 23-30. Recuperado de <https://revistaqdc.es/clases-y-funciones-de-la-criminologia/>

Ausencia de sentencias del delito de violencia familiar: crimen invisible y a la vez presente en la cultura en México (*)

Absence of sentences of the crime of family violence:
invisible crime and at the same time present in culture in México

Gil David Hernández Castillo¹

Sumario: I.- Antecedentes. II.- Surge el delito de Violencia Familiar como emergente. III.- Metodología. Por qué no hay sentencias, en la opinión de expertos. IV.- Análisis de resultados de entrevista a expertos. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: La violencia familiar puede analizarse desde varias disciplinas y todas ellas contribuyen a su erradicación, se incurre en la omisión de profesionalismo en los caso de la violencia familiar, que si bien es un delito tipificado desde hace ya muchos años, no existen misma relación de personas sentenciadas, que las denunciadas y sin embargo día a día mujeres y sus familias sufren este flagelo.

Palabras clave: violencia familiar, sentencias, reconstrucción de masculinidad, delito violencia familiar.

Abstract: Family violence can be analyzed from various disciplines and all of them contribute to its eradication, but sometimes by analyzing both things in depth and meaning that if necessary is the omission of phenomena that leave us as in the case of the family violence, which although in the country is a crime that has been defined for many years, there are no people sentenced by it and every day women and their families suffer this scourge.

(*) Recibido: 28/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Máster en Ciencias con Especialidad Violencia Familiar, Lic. Criminología, Lic. Psicología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel Candidato CONACYT, docente investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL y en la Universidad de las Ciencias de la Seguridad. Consulta privada Psicólogo Clínico. ORCID: 0000-0002-1360-428X.
gildavidhc@yahoo.com.mx

Key Words: Family violence, sentences, reconstruction of masculinity, family violence crime.

I.- Antecedentes de la violencia familiar en México.

El tema de la violencia familiar ha cobrado importancia en los últimos 40 años en muchos países de Latinoamérica, así como en nuestro país, donde la población en general y especialistas en el tema ha puesto el dedo en el renglón para investigar lo que ocurre, tratar de prevenirla, modificarla, sancionarla, pero aun y con tantas reformas a la ley en nuestro país y la implementación de políticas públicas en cuanto a una intervención preventiva, se siguen presentado y develando muchos más casos de violencia familiar. Si bien calculamos que no sea esta producto propiamente de un incremento, hipotetizamos de entrada que son las nuevas formas de detección de este fenómeno, así como la profesionalización y especialización de profesionistas que intervienen en detectarla y prevenirla, situación que hace más de 40 años no se contaba (Romero, 2010), no existían medios eficaces verificables y fiables de medición del fenómeno en cuestión, así como tampoco se presentaba una sensibilización social que observara tan lamentables hechos, con estas nuevas intervenciones se genera una cultura no violenta. Como hemos mencionado este fenómeno no es exclusivo en México (Espinosa-Torres, 2009), tristemente se genera en otros países, en algunos de estos, la violencia familiar es menor, en parte porque no cuentan con los mecanismos necesarios y óptimos para su detección, y en otros casos, los más positivos porque las condiciones culturales de violencia son otras, no tan focalizadas a surgir en el ambiente familiar.

Revisaremos como ante la norma (la Ley) y desde el año en que se ingresa el término de violencia familiar en el Código Nacional de Procedimientos Penales nuestros códigos de procedimientos penales en México, este como delito grave, son pocos las personas que han sido sentenciadas por dicho delito, presuponiendo que esto ocurre producto de la misma cultura masculina violenta y otros fenómenos que en el presente capítulo abordaremos. Desde la ciencia psicológica, y la ciencia criminológica, desde un enfoque de la teoría de género. Desde los gremios de profesionistas los primeros en detectar y denunciar la violencia familiar como tal fueron los médicos pediatras, posterior a esto los psicólogos y los médicos psiquiatras pondrán énfasis en atender estos fenómenos y casos que generan más que un simple conflicto, los sociólogos y antropólogos (Escalante Gonzalbo, 2013) también trabajan sobre el tema desde sus inicios.

En particular la ciencia psicológica detecta al fenómeno de la violencia familiar como una desviación de la conducta humana normal, es también conocida como violencia doméstica y esta es conceptualizada como un patrón repetitivo de conductas que son abusivas y que incluyen un amplio espectro de violencia y maltrato físico sexual y psicológico (Afanador Contreras, La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho., 2012), que es usado por una persona en particular, dentro de una relación familiar o íntima,

con otra, ya sea para ganar poder o para mantener el abuso de poder, control y de autoridad sobre esta persona, se consideran tres tipos que son básicos de esta violencia y maltrato que es la física, psicológica y sexual (Labrador, 2012). Para la Criminología la violencia doméstica es un fenómeno biopsicosocial que menoscaba los valores morales de la comunidad y produce conflictos que pueden llegar a una escalada, mayor, así como de significar a los intervinientes en víctimas y victimarios que estos últimos pueden seguir trasgrediendo normas morales y jurídicas produciendo delitos de alto impacto (Hernandez G. , 2017).

Para la teoría de género la violencia familiar es la coacción que puede ser física o emocional que perjudica a una persona en particular familiar del agresor y obliga a ejecutar un acto determinado existiendo muchos tipos de violencia, contando con elementos clave como los factores de riesgo, los tipos de violencia y la convención de estas, lugar en el ámbito público y en ámbito privado, y su objetivo es mantener el control la subordinación de la mujer el hombre en el 99 % de los casos, señalando que las expresiones de violencia doméstica o familiar limitan informar del fenómeno en su totalidad (NEMESIS, 2017).

II.- Surge el delito de Violencia Familiar como emergente.

En la década de los 90 no existía propiamente el delito de violencia familiar como tal en México pero dieron cuenta especialistas y promotores de los derechos de las mujeres que se presentaba un fenómeno al interior de las familiar (O. QUINTERO, 2017), que incurría en mucha violencia en particular del hombre hacia la mujer en casi la totalidad de los casos, por lo cual se promovió para darle lugar sacarlo del lado invisible social que nadie quiera ver ni responsabilizarse como una manera de dignificación, surge como emergente y para recomponer el camino. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plasma la igualdad de derechos y garantías, así como las obligaciones de los nacionales y extranjeros en nuestro país, cuidando y salvaguardando el estado de derecho, de una forma positiva.

Dentro del código penal estatal, ahora también el código nacional de procedimientos penales, se busca homologar directrices de intervención en la administración de justicia. También encontramos la ley de asistencia y prevención de violencia familiar, que intento en su momento dar lugar a lo acontecido en cuanto a la violencia hacia la mujer y en el interior de la familia, protegiendo a los menores e hijos de estas. Esta la Ley de acceso de las mujeres a una vida sin violencia (VIOLENCIA, 2019), que hasta la fecha estructura la necesidad, pone en palabras y en la norma la idea que las mujeres deben de vivir una vida sin violencia cosa que difícilmente pasa en la actualidad, tanto en México como en el resto del mundo.

Existen las convenciones como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer por sus siglas CEDAW del año 1979, así como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de la Organización de los Estados Americanos la OEA, conocida también como Convención de Belém Do Para, del año de 1994. Así como la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Organización de las Naciones Unidas, ONU del año de 1993. En todas estas leyes y convenciones y declaraciones se busca dignificar, denunciar, atender, prevenir, tratar, sancionar,

brindar tratamiento de la violencia familiar y sus consecuencias a víctimas y victimarios.

Pero encontramos que no están sentenciadas, no tienen sanciones por su conducta, dirían los psicoanalistas no recae la ley en los perpetradores, como si entonces otros recursos vinieran a diluir el esfuerzo, tanto de la organización y lineamientos puestas en la norma, pero que para efectos prácticos no se le reconoce en sus consecuencias finales y se le desestima de alguna manera provocante tal vez como una hipótesis pensamos que se perpetúe la condición del ejercicio de la violencia familiar. Ya que no existe una ley que la detenga. La violencia familiar, así como la violencia de género ha sido definida, como delito con anterioridad por el Código Penal del Estado de Nuevo León (Artículo 287 bis), ahora también plasmada en el código nacional de procedimientos penales, de México, dejando en claro que aún se le podrían incluir algunos agregados a estos artículos que posibilitarían la prevención y la correcta sanción de esta.

En el 2007 se genera en México la ley de acceso a vivir una vida sin violencia para las mujeres en ella se pretende prevenir y tipificar la violencia familiar trabajando en el empoderamiento de las mujeres, apoyando de forma inmediata la separación del agresor, proporcionar los diversos servicios de atención que requiera la mujer y promover la atención de otras instancias como los refugios para mujeres violentadas, el apoyo psicológico y el asesoramiento jurídico (Roo, 2008).

El delito de lesiones no fue suficiente para entender a estos casos que se tienen más formas de notar que se generaban. Se tenía en el código el delito de lesiones y este debería de cubrir las lesiones ocurridas en los casos de violencia física en la violencia familiar pero no era suficiente para que los juzgadores y el aparato de justicia diera cuenta de esta vulneración hacia la mujer en particular, se tuvo que crear entonces el delito de violencia familiar

En los delitos de violencia sexual, violación (García, 2019) y atentados al pudor no acaparaban todo el delito de abuso sexual, atentados al pudor y aleación quedaban sin aclarar todo cuando el perpetrador era un familiar de la víctima que ocurre con mucha más frecuencia que se podría pensar (Afanador Contreras, La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho., 2012). Por otro lado, no se encuentran muchas personas sentenciadas por el delito de violencia familiar y es que el fenómeno real por fuera ya sea la cifra oficial o la llamada cifra negra es abrumador en comparación con el número de juicios y sentencias que se dictan ante esta violencia, consideramos que se genera entonces otro tipo de violencia por omisión social que no da cuenta de que este delito y crimen no está siendo prevenido desde la administración de justicia.

Reflexionamos entonces que no se trabaja en contra de la violencia familiar, sino que se vuelve un discurso mediático y político que no estamos preparados ni autoridades ni sociedad para contrarrestarlo de forma real y frontal. Con estas cifras las oficiales y las cifras negras que se calculan damos cuenta que sigue habiendo muchas familias violentadas y eso genera delincuencia, si en el seno del hogar no hay tranquilidad y esta se rompe y corrompe con actos de barbarie y violencia entonces en el acontecer diario de una comunidad no se podría esperar otra cosa que violencia en su máximo esplendor.

Sabemos existen muchas dependencias públicas y privadas que trabajan la violencia familiar, pero algunas no están a la altura, por decirlo de alguna forma de la problemática, no porque sus protocolos de intervención sean los incorrectos, en el mejor de los casos, sino porque no tiene la infraestructura necesaria para llegar a toda la población, que lo requiere y lo necesite, metafóricamente sería como si no se hubiera trabajado con el grueso de la población, para erradicar la polio en el mundo y solo se inoculara una parte de esta, solo una sección, claro existen muchas diferencias más que, similitudes en cuanto a la medicina y las vacunas preventivas de enfermedades, que erradicar la violencia familiar, que es de igual forma ya un problema de salud pública, pero aprendiendo de los protocolos médicos ellos tratan de alcanzar al 100% la población, que pudiera considerarse en riesgo, debemos entonces trabajar de forma total con la población.

Como sabemos existen muchos tipos de violencia y derivados de esta (Castaño-Lora, 2016), así como también muchos tipos de especialistas y paradigmas así como modelos explicativos de las mismas, pero más allá de la explicación teórica y del sustento dogmático la realidad es que existen y se presentan muchos conflictos donde el hombre violenta a la mujer, por lo cual la incidencia en relación con el número de sentencias es casi nulo y esto nos hace pensar en tener en cuenta la opinión de personas que han trabajado el tema y pudieran explicarnos cual creen que es el motivo.

Reflexionemos sobre la administración de justicia, en cuanto a sentencias de violencia familiar, pensemos que la sentencia es cuando producto de un juicio en el caso de México en la actualidad un juicio oral, se encontraron los elementos suficientes para dictarla esta puede ser en contra del indiciado o a favor. Entonces decimos que se emite un dictamen o parecer, como dirían diversos autores expertos en el tema, el dictamen es la resolución final, que va a fundar y sustentar, lo injusto punible, el acto criminal o la inocencia, puesto en una sentencia y en la acción penal, que puede ser una condena, una sentencia absolutoria, una sentencia condenatoria, también una sentencia ejecutoria y una sentencia firme, sea cual fuere el resultado algo al final se tiene que dictar.

De acuerdo con el reporte llamado semáforo del delito de febrero del 2017 emitido por gobierno del estado de Nuevo León México, en donde su metodología es sugerida por la organización Iluminemos Nuevo León A.C., en su informe de delitos de mayor impacto 2016 con el 44% de la muestra el delito de violencia familiar ocupa el primer lugar, seguido por el delito de lesiones que si pudiéramos tener el dato hipotetizamos que la mitad de estos serían a un familiar, pero no se clasificó de esta forma. El delito de violación ocupa un 2% de la muestra, pero de igual forma más de la mitad de estos serían perpetrados por un familiar englobándose entonces en el delito también de violencia familiar. De igual forma el delito de homicidio en relación si fue cometido por un familiar de la víctima, también deberemos hacer este ejercicio con el resto de los delitos, entendida que lo que se juega es la transgresión al otro al familiar para romper la liga de la confianza o por una venganza emocional, más que por generar el delito en sí.

En su reporte violencia familiar, histórico anual, en el año del 2009 se reportaron 9369 casos en la cifra oficial y para el año 2016 se reportaron 17733 casos en todos los años se ha presentado un incremento significativo calculamos por

que el gobierno se hizo eficiente y se generaron nuevas dependencias en torno a la atención de la violencia familiar y que la sociedad ya está sensibilizándose ante el tema. Y no es que se haya incrementado la violencia en su aparición o frecuencia, sino que existe una mal conciencia social de la denuncia y de la denuncia en particular o la querrela y la violencia familiar, con personal más capacitado y sensible para atender a la denuncia (León, 2017).

III.- Metodología.

Nuestra metodología es de elección de expertos, estos fueron seleccionados producto de su papel en la atención y estudio de la violencia familiar, en consecuencia, de esto los expertos son elegidos en esta fase y ellos representan del universo que trabaja principalmente con violencia familiar y producto de su larga trayectoria profesional y o académica, en todos los casos estos expertos tienen conocimientos globales del fenómeno de la violencia familiar.

Aspectos relevantes de la colecta de información de la opinión de los expertos: Entrevista realizada a expertos, título, tema, colectando su nombre completo, duración de la entrevista 30 minutos, que contendrá previa explicación de la entrevista, entrevista guiada de tres ítems, aclaraciones, dudas y cierre. Numero de expertos (16). Técnica de registro y medio de colecta de entrevista (grabación audio digital). Técnica del reporte (resumen estructurado y estadístico). Fecha precisa y el lugar de realización de la entrevista (oficina del experto o del investigador). Fecha de realización (entre el 1 de febrero 2017 al 30 de abril 2019), (Hernandez R. , 2006).

Estas entrevistas se realizaron previa selección de quienes compondrían el grupo de expertos, considerando su trayectoria y el tiempo de trabajar sobre el tema, así como el nivel de experiencia y la diversidad en el grupo de expertos en cuanto a su formación académica y área e influencia de trabajo laboral, las preguntas guía fueron construidas previa revisión exhaustiva de las fuentes relacionadas con el tema y el pilotaje, para obtener la opinión de expertos las tres preguntas guías (Hernandez R. , 2006), son las siguientes:

1.- Profesión, experiencia laboral, académica en general, en particular en el tema violencia familiar.

2.- ¿Por qué hay pocas sentencias de delitos de violencia familiar en México, tomando en cuenta el alto índice de denuncia, de este fenómeno social?

3.- ¿En general que propuestas se tendría que hacer al respecto?

Los Jueces, Ministerios Públicos y Abogados, tiene el conocimiento y la experiencia desde la óptica jurídica sobre, este respecto desde el lado jurídico, la tipificación y el argumento legal, que pueda dar cuenta del lugar de la violencia familiar ante el aparato de la administración de justicia, el ofensor y el ofendido y la reparación del daño. Así como los Psicólogos, Psiquiatras, Antropólogos, Pedagogos e Ingenieros, que han estado participando en el tema desde hace más de una década en pro de los derechos y la rehabilitación desde el lado académico e institucional, en cuanto a el fenómeno de la violencia familiar.

1.- Experto: (1) Lic. en Pedagogía; 21 años trabajó en la protección y atención a mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas de violencias basadas en el género, principalmente de violencia en el ámbito familiar y sexual, (2) Es multifactorial. La

impunidad y la corrupción son dos de los ejes rectores del patriarcado que siguen fortaleciendo instituciones misóginas y, por ende, violentas hacia las mujeres y hacia las víctimas. Por tanto, en el trabajo de los Defensores de los Derechos de las mujeres, se confirma día a día que los casos que llegan a sentencias favorables para las mujeres y las niñas son pocos, tanto que podemos decir que la impunidad sigue siendo la regla. Así no es extraño que las mujeres acaben desistiéndose, otorgando el perdón, o bien, evitando a toda costa llegar a denunciar a sus agresores, por falta de confianza en los resultados y por lo tedioso y costoso que resultan estos procesos. (3) Nuestra organización ha estado promoviendo la implementación de servicios multidisciplinarios y multiagenciales, que incluyan la participación en corresponsabilidad entre gobierno y sociedad civil. Con ello se pueden ofrecer servicios centrados en las necesidades de las usuarias, facilitando la eficaz y adecuada participación de las diferentes agencias públicas y privadas, con una visión a largo plazo y con posibilidades de mejorar los procesos y asegurar la continuidad de los programas. Para ello, los sistemas nacionales y estatales para prevenir, atender y erradicar la violencia contra las mujeres deben contar con la participación de las OSC con voz y con voto.

2.- Experto (1) Especialista en Prevención del delito, Lic. Psicología por la UANL, Diplomado Intervencionista en Acompañamiento con Enfoque Comunitario para Empoderar a Mujeres Sobrevivientes de Violencia Doméstica, Impartido por CIFAC y USAID. Secretaría de Seguridad Pública en Guadalupe, Nuevo León con atención a víctimas, agresores y testigos en la Unidad Especializada para la Prevención de la Violencia Familiar y de Género (UNIPREVI); Actualmente Secretaria de Prevención Social de Guadalupe en el Centro de Atención Integral para Adolescentes (CAIPA), con atención a menores y sus familias para la prevención de la violencia y la delincuencia. (2) La gente desiste antes los largos procesos, donde no ven solución, pareciera que entienden como “inútil” el interponer una denuncia, o bien su denuncia queda solamente como un documento que sirve como antecedente ya que no hay consecuencias visibles, ya sea por falta de profesionalismo, áreas de oportunidad en los procesos, sin corrupción. Lo que va llevando a no que no perciban al sistema como un aliado, si no lo contrario ya que además de ser un proceso largo y cansado física y emocionalmente, la falta de tacto de los servidores públicos ante el desconocimiento o falta de educación en temas de violencia es una área de oportunidad importante, la gente acude a preguntar por los avances del proceso y no hay muchas respuestas positivas e inclusive llegan a quedar en los archivos, hasta que quizá esa persona sea asesinada y ahora si volteen a ver el caso. (3) El trabajo de sensibilización y re educación en temas de violencia para los servidores públicos y personal involucrado es importante para evitar la re victimización, existe el “poco tacto” con el que se pueden llegar a dirigir a las víctimas, así como llegar a minimizar el episodio violento (sobre todo si no hay violencia física) que se pretende denunciar e inclusive hasta persuadir para que no continúe con el proceso legal; así mismo los peritos que se encargan de evaluar el nivel de afectación en las víctimas en ocasiones determinan que no existe daño, cuando si lo hay, por lo que es necesaria una entrevista que profundice y sea realizada por un profesional realmente capacitado en el tema; la normalización de la violencia ante constantes casos cada vez más violentos, la falta de preparación y

así mismo el fuerte nivel de estrés (trauma vicario, Burnout) son temas básicos para todo aquel que trabaje en el ámbito de la violencia familiar.

3.- Experto (1) Meritoria en el Juzgado Quinto de lo Familiar, Escribiente en la Quinta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia, Asistente Jurídico en la Quinta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia, Primer Secretario del Juzgado Noveno de Juicio Familiar Oral, Secretario en la Quinta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia, Titular del Juzgado Segundo de Juicio Familiar Oral del Segundo Distrito Judicial del Estado N.L., Licenciada en Derecho, Maestría en Derecho de Amparo, Doctorado en Métodos Alternos para la Solución de Conflictos UANL (2) Quizás obedezca ello, por la falta de integración y seguimiento en las carpetas de investigación por parte del Ministerio Público, tomando en consideración el excesivo trabajo con el que cuentan y el poco capital humano para actuar de manera oficiosa y expedita, lo que redundará a su vez, en una pérdida de interés por parte de la víctima. Lo anterior, también tomando en consideración el nuevo papel que desempeña el Ministerio Público en materia penal en el sistema acusatorio, en donde éste es el obligado en llevar ante el Juez el material probatorio que demuestre la comisión del delito, de tal forma que si no cumple con esa labor de manera efectiva, el juzgador no podrá dictar una sentencia condenatoria, independientemente del delito del que se trate, pues ésta depende de que el Agente del Ministerio Público haga un excelente trabajo justificando su acusación y sin cometer alguna violación que implique una transgresión a los derechos humanos, por ejemplo, respetar los tiempos y condiciones que establecen las legislaciones, así como los requisitos previstos por tratados internacionales y la jurisprudencia nacional e interamericana. (3) Se siga capacitando al personal de la Procuraduría de Justicia que pende propiamente del Poder Ejecutivo y particularmente, a la institución del Ministerio Público, con la finalidad de concientizarlos sobre el nuevo rol que desempeñan, la responsabilidad que implica y la necesidad de innovar; de dejar atrás ciertas tradiciones que son innecesarias y que en nada auxilian en la prontitud de las investigaciones, como el uso de formatos abundantes generalizados, que poco auxilian en optimizar el tiempo en el que se invierte en su estudio, pero que por cuestión de tipicidad se siguen usando y redundan en abundantes actuaciones y mayor erogación de recursos económicos, empero que en sí, dichas costumbres no necesariamente implican el cumplimiento del deber de analizar cada caso en concreto, en tanto que, como atinentemente lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*no es la cantidad, sino la eficacia de los actos lo que está en cuestión*"² para determinar el cumplimiento de la tutela jurisdiccional por parte del Estado³. En esa tesitura, es primordial concientizar respecto de la gran vocación que requieren las personas que aspiren desempeñar la labor del Ministerio Público, su ética profesional, así como los principios y valores que conlleva su ejercicio derivado del compromiso institucional.

4.- Experto (1) Doctor en Derecho, Maestría en Ciencias Penales, Licenciado en Derecho, Secretario, Juez y Magistrado Penal, exdirector de capacitación para al sistema de juicios orales en Nuevo León, exdirector de Servicios Periciales del Nuevo

² Véase: http://www.cidh.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm#_ftn164

³ Informe N.º 67/01, Caso 11.859 de Tomás Enrique Carvallo Quintana, Argentina, 14 de junio de 2001

León, Subdirector de Criminología de la UANL. (2) Por la falta de denuncia, no hay una cultura de la denuncia y de las denuncias que existen en este ilícito este injusto, las personas privadas de su libertad se ven impedidas para la manutención de la familia y la víctima retira la denuncia, otorga el perdón, estas condiciones permiten que la persona imputada obtenga su libertad. (3) El concepto para la satisfacción de la reparación del daño, crear una partida presupuestaria para poder subsanar el daño a la víctima en cuanto a la manutención de la familia, esto por parte del gobierno, entonces la condena, la sentencia debe repercutir en beneficio de la entidad que es la familia.

5.- Experto (1) Maestro en Ciencias con Especialidad de Violencia Familiar, Licenciado en Psicología, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, trabajó el tema de violencia familiar en particular de violencia masculina. (2) De un inicio entro la ley como todas no fue fácil el consenso, luego que entró en vigor no la entendían ya que siempre es un proceso de reeducación de todo el aparato y sistema de administración de justicia, luego está atravesada por la masculinidad de jueces que son la mayoría y de abogados defensores y ministerios públicos en su mayoría también hombres y el desinterés social por falta de conocimiento y complicidad con la violencia familiar. (3) Se tendría que hacer al respecto capacitar más al aparato de justicia, jueces abogados defensores ministros públicos abogados y sociedad en general de las consecuencias de la ciencia familiar y en particular sus consecuencias jurídicas, y que esto genere una cultura de paz y dignificación a las mujeres maltratadas y a todos aquellos que han sido víctimas de la violencia del hombre.

6.- Experto (1) Coordinador Unidad de Igualdad y Género, docente en la Universidad de las Ciencias de la Seguridad. Máster en Psicopedagogía, Lic. Artes Visuales, Lic. Psicología. Terapeuta del Centro de Atención Familiar, DIF, N.L., atención en casos de violencia familiar, responsable de los grupos de hombres que ejercían violencia. (2) Si bien es cierto que la misma dinámica de la problemática permite llegar acuerdos entre las partes, las personas que actúan dentro del sistema de procuración de justicia muchas veces dirigen hacia estas formas alternas de solución de conflictos aún y cuando no sea una decisión reflexionada por las partes. (3) La dinámica de la problemática exige la intervención externa para romper el ciclo y facilitar en las personas la toma de decisiones. Quizá deberíamos exigir al Estado la obligación del tiempo de separación pertinente aunado a la terapia.

7.- Experto (1) Estudiante del Doctorado en Métodos Alternos de solución de -conflictos UANL, Maestría en Derecho de la Universidad Santiago de Calí Colombia, Especialización en Derecho Procesal Civil, Especialización en Seguro en la Universidad Externado de Colombia, Licenciatura Derecho Universidad Santiago de Calí, Juez 40 Civil Municipal de Calí, Abogada Asesora del Tribunal de Restitución de tierras de Calí. (2) Desde nuestro punto de vista, consideramos que el bajo índice de decisiones judiciales sobre la materia, obedece a que los lazos familiares, en la mayoría de los casos permiten y facilitan la solución pacífica de los conflictos. En un primer momento el conflicto presentado que ha degenerado en una situación de violencia es puesto en conocimiento de las autoridades judiciales; decisión que además viene motivada más por el estado emocional que generan los conflictos familiares, que por la necesidad de obtener justicia. Ello conlleva a que una vez estén “calmados los ánimos”, las familias sean más proclives a solucionar sus

desavenencias, y en aquellos casos en que la ley lo permite, se desista de las acciones judiciales adelantadas o se llegue a una solución pacífica del conflicto a través del uso de métodos alternativos diseñados para tales menesteres. (3) Siendo coherente con lo expuesto en la respuesta anterior, no considero que la falta de decisiones judiciales sobre el tema deba ser visto de manera general como un aspecto negativo. Desde nuestra óptica, consideramos pertinente indagar cuáles son las causas que están influenciado directamente en el mínimo número de decisiones.

8.- Experto (1) Maestra en ciencias, Psicóloga/ Sexóloga educativa y clínica/Doctorando de la UANL. Perito forense en delitos sexuales por el Colegio Jurídico Integral. reconocimiento como Mujer Destacada, Gobierno del Estado de Nuevo León, la Secretaría de Salud y el Instituto Estatal de las mujeres en 2004. Finalista del Premio Nacional a los Derechos Humanos; Comisión Nacional de los Derechos Humanos México DF 2012, Facilitadora en grupos de reflexión para mujeres golpeadas o maltratadas UANL/Secretaría de Salud, 2002. (2) Por un lado la falta de seguimiento a las denuncias por parte de instituciones oficiales para identificar factores que no generan las sentencias y por otro las instituciones que podrían dar seguimiento y monitorear la calidad. Ej. Instituto de la mujer, Desarrollo social, salud. Así mismo quienes denuncian a veces desconocen todo el proceso y no dan seguimiento al mismo. (3) Capacitación al personal de las instituciones que tienen a su cargo la atención y prevención de la violencia, su denuncia y finalmente sentencia. Elaborar reportes bimestrales, anuales para la generación de indicadores. Difusión de información sobre el proceso de denuncia, seguimiento y atención. Mayor monitoreo de las instituciones oficiales y Ong's.

9.- Experto (1) Doctorado de Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad, Licenciado en Derecho Universidad Autónoma de Nuevo León, Consejera Alumna en la Facultad de Derecho y Criminología, Asistente de Diputado Local, Secretaria Particular de Rector de la UANL, Profesora de Tiempo Completo den la Facultad de Derecho y Criminología en UANL, Directora de Innovación Social en la Secretaría de Desarrollo Social. (2) En nuestra experiencia es porque las personas no tienen la cultura de la denuncia, existen registros del C5 que las personas reportan un gran índice de delitos de tipo social, y que cerca del 5% se lleva a cabo en denuncia y termina en la sentencia. Los altos crecimientos demográficos aunados con el hacinamiento de las personas en zonas específicas generan la violencia en las zonas, en mi opinión el machismo que está latente en la población que significa que las sentencias se detienen por la violencia que les puede generar en sus familias. El alto índice de feminicidios en la entidad, nos han convertido para la ONU como una de las zonas con más alto índice de violencia de género, además de que cuatro municipios han sido declarados con "Alerta de Género". Entonces esto significa que las mujeres están más vulnerables y temerosas de la justicia que pudiera existir a su favor. (3) Campañas para fomentar la cultura de la denuncia, salas de medicación comunitarias en las zonas de mayor marginación en el Estado de Nuevo León, generar más justicia cotidiana en las comunidades como medio de intervención social.

10.- Experto (1) Licenciada en Filosofía, maestrías en Filosofía y en Recursos Humanos, experiencia laboral en la construcción de leyes relacionadas a la violencia en sus tipos y ámbitos, igualmente durante 13 años en la Presidencia del Instituto Estatal de las mujeres, donde atendimos 116,000 mujeres y ninguna murió. (2) La

tipificación del delito se hizo en el 2004, podríamos esperar que así se aplicara en los juicios, pero no fue así, se hicieron reuniones con los directores de facultades, se impartieron cursos al tribunal de justicia y a la procuraduría, así como a los servidores públicos para que reconocieran el delito y posteriormente los el articulado de la ley federal y estatal de la ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia y de la ley de igualdad, el problema fundamental es considerarla en sus diversas manifestaciones, así como en investigaciones que arrojaron una cultura de desigualdad y discriminación aguda en nuestra sociedad, otro problema son las sentencias diferenciadas entre hombres y mujeres, la dependencia de dar seguimiento es la PGJ, al igual de dar las cifras de cuantas de esas sentencias han procedido y que dictaminaron, en suma asumir transversalmente la distribución de competencias de todas las dependencias señaladas en la ley. (3) Acatar en las disposiciones de ley, la prevención, atención sanción y erradicación de la violencia, capacitar a la población en general de sus derechos, elaborar un programa intenso de prevención y mejorar la atención de las mujeres violentadas, incluida la recientemente publicada, la violencia política.

11.- Experto (1) 35 años de ejercer psiquiatra, 20 años trabajando en el programa de violencia familiar, de la Secretaria de Salud del gobierno del estado de Nuevo León y actividades académicas en la Maestría en ciencia en violencia familiar de la Universidad Autónoma de Nuevo León. (2) Falta de preparación en todo el sistema judicial y estas supeditando las sentencias hasta cuando hay o se presentan lesiones, no se valora el riesgo de la víctima. Realmente hay muy pocas penas, cuando debería haber más y se debería de evaluar el caso una vez que se haya dado el tratamiento de la víctima. No se ponen las órdenes de restricción. (3) Servicios de atención las 24 horas con personal de los CODES y hasta jueces y por supuesto de salud capacitado para la atención y valoración de riesgo y hacer entonces la referencia a los CODES.

12.- Experto (1) Directora de Equidad de Género y Protección a Grupos Vulnerables, del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. Doctora en Derechos egresada de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Investigadora de CITEJYC de la propia UANL. Con reconocimiento del SNI nivel 1 de CONACYT. Catedrática de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL y de la Universidad de Monterrey. (2) Son muchos factores, entre los que destaca, las pocas denuncias y además los factores que propician el arrepentimiento de las mujeres, además una serie de obstáculos y restricciones que impiden el acceso a la justicia entre ellos los estereotipos de género que propia la discriminación negativa en contra de las mujeres. (3) Un auténtico acompañamiento y seguimiento como lo señala la recomendación número 33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia en México, abarcando la protección de los derechos de la mujer contra toda forma de discriminación, con el fin de empoderarlas como personas y como titulares de derechos. El acceso efectivo a la justicia optimiza el potencial emancipador y transformador de la ley resolviendo problemas reales como: el analfabetismo, la trata de mujeres, los conflictos armados, la búsqueda de asilo, desplazadas internadas, apátridas, migrantes, ser jefas de familia, viudedad, tener VIH/SIDA, la privación de la libertad, la criminalización de la prostitución, la lejanía geográfica, y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos. Hay que destacar la

frecuente persecución de las defensoras y organizaciones de derechos humanos a causa de su trabajo y su propio derecho de acceso a la justicia protegida.

13.- Experto (1) Doctora en estudios de género y prevención de la violencia. Docente investigadora de la UANL por más de 30 años. Planta en la Preparatoria 20 y horas en la Facultad de Ciencia Políticas en el área de Posgrado. Mis investigaciones están relacionadas con los estudios de género, violencia, feminicidio, estudios del discurso, adolescencia y juventud. Tenemos 2 libros publicados y otro más en prensa, artículos indexados, arbitrados, capítulos de libros todos con perspectiva de género. (2) Desde que se aprobó la Ley de una vida sin violencia en el 2007 se hizo con la intención de que no llevara pena grave y que se considerara una pena menor y aunada a la cultura sexo-genérica de las mujeres y de la familia, pues se otorga el perdón al agresor y aunque haya denuncias no progresan por el falso entendido de que el patriarca no puede estar demandado por la cónyuge que es de menor jerarquía en el espacio doméstico y social. Es una ley sin dientes aunado a... (El artículo 111 del Código Penal de Nuevo León menciona que el perdón otorgado por la víctima, ofendido o quien se encuentre legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal cuando el delito se persiga a instancia de parte; se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte;) Entonces la familia y la mujer misma, no quiere ver a su agresor en la cárcel y más cuando es él el sostén económico y las autoridades no hacen su verdadero papel para llevar a cabo la denuncia de violencia. (3) 1. Educar a las mujeres para que denuncien y no otorguen el perdón. 2. Perseguir de oficio la pena al agresor. 3. Castigar al agresor con penas graves. 4. Capacitar con cursos para que ambos géneros reconozcan la violencia desde el inicio y prevenir feminicidios. 5. Los hombres cuando son violentos de les debe de registrar y tenerlos en vigilancia para que no agredan a sus víctimas. 6. Informar a las mujeres sobre estrategias de defensa y huir del agresor. 7. Dar apoyo emocional a la víctima y a toda la familia y al agresor mismo.

14.- Experto (1) Psicólogo con enfoque clínico analítico y social. Licenciatura en Psicología clínica por la UANL, Maestría en Clínica Psicoanalítica por la UANL, estudios de maestría en la universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, Doctorando en Psicología Social por la Universitat Autònoma de Barcelona. Atención clínica psicológica con mujeres víctimas de violencia, con hombres agresores, nuevas masculinidades y temas de género y psicología social tanto en la Universidad Autónoma de Nuevo León (Clínica de atención a la violencia), en la Universidad Metropolitana de Monterrey (Carrera de Psicología, proyecto COMPAZ, proyecto Hummanus) y en la Secretaría de Desarrollo Social del Estado de N.L. (2) La realidad social pocas veces se ve reflejada en las realidades en temas de justicia. La corrupción, la falta de cultura, la educación, la falta de estudios e investigaciones reflejan el poco valor que se le atribuye a la sentencia, al seguimiento y a los avances en delitos de violencia familiar. También se considera un tema escabroso dado la complejidad de trabajar con un sistema familiar que muchas veces se atribuye como descompuesto/fracturado a nivel estructural, por lo que se tiene la falsa creencia de que sentenciar a una parte de la familia puede afectar el sistema familiar, revictimizar a quienes ya son, en su mayoría, víctimas sociales (pertenecientes a grupos vulnerables) y privar a los infantes de la posibilidad de crecer en presencia de su padre y madre. Otra situación que afecta las sentencias es la falta de seguimiento en las denuncias de violencia familiar, donde, principalmente las

mujeres evaden el seguimiento para evitar acciones en su contra o bien por qué no confían en el sistema penal. Por último, considerar la falta de ética, de sensibilización social y de trabajo con perspectiva de género de quienes integran la responsabilidad de atender este tipo de denuncias. (3) Capacitación en sensibilización social para quienes trabajan directamente con este tipo de denuncias. Incluir perspectiva de género en los manuales de procedimiento. Visibilizar la importancia de la denuncia y su seguimiento en el ámbito familiar. Socializar las posibilidades de denuncia e imputación. Crear estrategias de identificación de violencia que estén acompañadas de capacitación en canalización efectiva.

15.- Experto (1) Psicóloga con acentuación Clínica egresada de la facultad de Psicología de la UANL, desempeño laboral relevante como directora del Centro de Observación y Tratamiento (Tutelar de Menores) Reynosa Tamaulipas, Perito en Psicología Procuraduría General de Justicia, Nuevo León. Dirección de Criminalística y Servicios Periciales del Estado de Nuevo León, Psicóloga en Procuraduría de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes en el estado de Nuevo León. (2) Porque faltan profesionales (prioritariamente psicólogos, criminólogos, abogados, trabajadores sociales, médicos, psiquiatras) realmente expertos en las diversas áreas que participan en la comprobación del delito, al no tener el conocimiento y la experiencia que el tema amerita para identificar, comprender y realizar las acciones correspondientes en la comprobación del delito de violencia familiar, fácilmente se cometen errores que dificultan la comprobación del delito, revictimizando y dejando de lado la aplicación de la justicia. (3) Facilitar la información del tema de manera permanente a las profesiones relacionadas con la comprobación del delito de violencia familiar para realizar una mejor práctica, disminuyendo así la probabilidad de cometer revictimizaciones e injusticias, pero sobre todo evitar que se presente la conformación del espectro de violencia familiar. De igual importancia es la existencia de una institución especializada o grado académico que acredite la experticia de los profesionales que participen dentro de la investigación de la acreditación del delito de violencia familiar, preferentemente que sea del ámbito educativo puesto que actualmente se realizan acreditaciones de peritos oficiales por parte de las mismas instituciones que participan en indagar y juzgar el delito (Procuraduría de Justicia, defensoría de oficio y Tribunal del Estado), por lo que desde el inicio de la participación de los profesionales, la perspectiva profesional fácilmente puede ser sesgada al compartir los intereses de la institución a la que pertenecen.

16.- Experto (1) Master en Derecho Penal con acentuación en sistema penal acusatorio, Lic. Derecho Corporativo, Diplomado en Policía Procesal, Especialización en adolescentes en conflicto con la ley, Pasante de Lic. Administración de Empresas, docente en la Universidad de Ciencias de la Seguridad, Abogada litigante, Abogada fiscal en SAT, Juez calificador municipio de Santiago N.L., colaboración con DARE en orientación de adolescentes en conflicto con la ley. (2) La sociedad mexicana no se encuentra preparada a creer en un cambio de sistema, ya que ha sido decepcionada en múltiples ocasiones por sus gobernantes y autoridades en general; cambio la idea procesal sin embargo no cambio los actores del proceso, por lo que la mayoría de las personas que aplican el sistema consideran como "tradición" el llevarlo de una misma manera, dificultando el acceso a las personas que buscan el apoyo de la autoridad, reduciendo la confianza en los servidores públicos y en el mismo proceso,

aunado al hecho de que el proceso ahora ofrece nuevas opciones para terminarse de manera anticipada, considero que esto también es una causa del porque son tan pocas las sentencias en delitos de violencia familiar; (3) es de mucha importancia la capacitación a las personas que son encargadas de ejecutar el proceso así como la sensibilización de las personas quienes buscan su ayuda, sería bueno analizar su ética profesional así como recalcarles que la labor a realizar es de mucho impacto para el adecuado desarrollo de la sociedad mexicana como un ente de justicia equitativa.

IV.- Análisis de resultados de entrevista a expertos.

La realidad del número de sentencias por el delito de violencia familiar en nuestro país nos demuestra que aún nos falta mucho que hacer en el ámbito de la prevención y la cultura de la legalidad. Analizaremos las respuestas de los expertos en las cinco menciones, que con más frecuencia aparecieron, ante la pregunta 2 y 3, de nuestra entrevista a expertos.

En la siguiente gráfica (Tabla 1) daremos cuanta de las cinco menciones más usadas por expertos y su número de frecuencias de mayor a menor. Ante la pregunta 2, de nuestra entrevista a expertos ¿Por qué hay pocas sentencias de delitos de violencia familiar en México, tomando en cuenta el alto índice de denuncia, de este fenómeno social?

Mención 1 Mujeres se desisten	Frecuencias 18
Mención 2 Falta de profesionalismo	Frecuencias 17
Mención 3 Misoginia	Frecuencias 9
Mención 4 Saturación del sistema de justicia	Frecuencias 7
Mención 5 Es Multifactorial	Frecuencias 3

Fuente: Creación propia Tabla 1 Motivos de las pocas sentencias de Violencia Familiar

Como podemos ver se tiene la idea que la mujer por varios motivos sustentados o no, o por miedo se desiste en la continuación de la denuncia, esto por falta de empoderamiento que veremos es una de las menciones más frecuentes, para generar cambios al respecto de este fenómeno social que vulnera a la mujer.

Es importante señalar que como segunda mención aparece la falta de profesionalismo del personal encargado de atender estos casos, replicando la violencia o revictimizando a la mujer, en lugar de atenderla y contenerla. La misoginia cultural, facilita la falta de sentencias. Los motivos también son como sabemos multifactoriales.

En la siguiente gráfica (Tabla 2) notaremos lo resultados en cuanto a las cinco menciones más referidas, que aparecen en la tabla y sus frecuencias respectivas. Ante la pregunta 3, de nuestra entrevista a expertos, ¿En general que propuestas se tendría que hacer al respecto?

Mención 1 Profesionalización	Frecuencias 14
-------------------------------------	-----------------------

Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía	Frecuencias 7
Mención 3 Empoderamiento de la mujer	Frecuencias 6
Mención 4 Continuidad a los programas	Frecuencias 6
Mención 5 Servicios multidisciplinarios	Frecuencias 5

Fuente Creación Propia Tabla 2 Propuestas para que se presenten más sentencias del delito violencia familiar.

Si analizamos las menciones más frecuentes podemos notar que es por falta de él buen ejercicio de la profesión, en la atención de este tipo de casos que no se logra la atención adecuada. Tal vez si las dependencias encargadas tuvieran mejores prácticas las mujeres no desistirían tanto, pero no es el único factor a considerar.

La segunda mención con mayor frecuencia, habla de la falta de corresponsabilidad del gobierno y la participación ciudadana, que hace caso omiso, de este fenómeno social, que afecta a todos y a todas, aunado a la falta de empoderamiento de la mujer, también la falta de continuidad de los programas de gobierno, municipales, estatales o federales, que como sabemos, con cada cambio de gobierno, las nuevas administraciones en turno, quitan los programas anteriores, porque quieren deslindarse de la administración anterior y no dan el seguimiento que se requiere, en la políticas públicas en la prevención, de la atención de la violencia de la mujer. Además que el trabajo debe ser multidisciplinario y no centrarse en un solo sector profesional, para su atención.

Conclusiones.

Uno de los objetivos de la sentencia es llegar a la pretensión punitiva del gobierno en su monopolio, sobre la administración de justicia, la privación de libertad del agresor, su presunción y declaración de inocencia, así como la reparación del daño a la víctima, pero esto no se puede lograr, si a todas luces no se procede conforme a derecho y esta norma es letra muerta.

Debe estar apegada a sus requisitos de sentencia, como la estricta sujeción legal, extremismo categórico, exactitud de la sanción, claridad, demostrando la existencia de elementos y del tipo, claros razonamientos del juez en la sentencia, lo que deja la ausencia.

Podemos presupuestar que la mirada de la masculinidad hegemónica sigue presente en nuestra administración de la justicia y en particular en la atención a los casos de violencia hacia la mujer.

Correlacionado las menciones más frecuentes de ambas preguntas a los expertos podemos notar que la mención 1, las mujeres se desisten, impacta directamente en la falta de profesionalización de los empleados de las instancias de gobierno que no tiene la suficiente capacidad de contener brindar el apoyo necesario para que la víctima en este caso crea y se deje ayudar esta mención también impacta con la falta de empoderamiento de la mujer y por esto en parte también desisten. Y si los programas cambian continuamente puede ser otro factor que las mujeres dejen de confiar y creer en los gobiernos, impacta también en

relación con la falta de servicios multidisciplinarios ya que si en el caso particular una mujer requiere más atención de un profesionista en particular pero este no le entrevista o no le da la atención también puede que desista. El resto de las 10 menciones así como esta están estrechamente enlazadas.

¿Por qué hay pocas sentencias de delitos de violencia familiar en México, tomando en cuenta el alto índice de denuncia, de este fenómeno social?	¿En general que propuestas se tendría que hacer al respecto?
<p>Mención 1 Mujeres se desisten Por falta de o Responsabilidad de</p>	<p>Mención 1 Profesionalización Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía Mención 3 Empoderamiento de la mujer Mención 4 Continuidad a los programas Mención 5 Servicios multidisciplinarios</p>
<p>Mención 2 Falta de profesionalismo Se da por falta de o Responsabilidad de</p>	<p>Mención 1 Profesionalización Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía Mención 3 Empoderamiento de la mujer Mención 4 Continuidad a los programas Mención 5 Servicios multidisciplinarios</p>
<p>Mención 3 Misoginia Se genera por falta de o Responsabilidad de</p>	<p>Mención 1 Profesionalización Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía Mención 3 Empoderamiento de la mujer Mención 4 Continuidad a los programas Mención 5 Servicios multidisciplinarios</p>
<p>Mención 4 Saturación del sistema de justicia Se genera por falta de o Responsabilidad de</p>	<p>Mención 1 Profesionalización Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía Mención 4 Continuidad a los programas Mención 5 Servicios multidisciplinarios</p>
<p>Mención 5 Es Multifactorial Debe ser atendido por y con</p>	<p>Mención 1 Profesionalización Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía Mención 4 Continuidad a los programas Mención 5 Servicios multidisciplinarios</p>

Fuente Creación Propia Tabla 3 Correlación pregunta 2 y 3.

¿En general que propuestas se tendría que hacer al respecto?	¿Por qué hay pocas sentencias de delitos de violencia familiar en México, tomando en cuenta el alto índice de denuncia, de este fenómeno social?
<p>Mención 1 Profesionalización</p> <p>Facilita que o se de</p> <p>Y deba ser</p>	<p>Mención 1 Mujeres se desisten</p> <p>Mención 2 Falta de profesionalismo</p> <p>Mención 3 Misoginia</p> <p>Mención 4 Saturación del sistema de justicia</p> <p>Mención 5 Es Multifactorial</p>
<p>Mención 2 Corresponsabilidad gobierno ciudadanía</p> <p>Facilita que no o no sé de</p> <p>Y deba ser atendida de forma</p>	<p>Mención 1 Mujeres se desisten</p> <p>Mención 2 Falta de profesionalismo</p> <p>Mención 3 Misoginia</p> <p>Mención 4 Saturación del sistema de justicia</p> <p>Mención 5 Es Multifactorial</p>
<p>Mención 3 Empoderamiento de la mujer</p> <p>Facilita que no o no sé de</p> <p>Y deba ser atendida de forma</p>	<p>Mención 1 Mujeres se desisten</p> <p>Mención 2 Falta de profesionalismo</p> <p>Mención 3 Misoginia</p> <p>Mención 4 Saturación del sistema de justicia</p> <p>Mención 5 Es Multifactorial</p>
<p>Mención 4 Continuidad a los programas</p> <p>Facilita que no o no sé de</p> <p>Y deba ser atendida de forma</p>	<p>Mención 1 Mujeres se desisten</p> <p>Mención 2 Falta de profesionalismo</p> <p>Mención 3 Misoginia</p> <p>Mención 4 Saturación del sistema de justicia</p> <p>Mención 5 Es Multifactorial</p>
<p>Mención 5 Servicios multidisciplinarios</p> <p>Facilita que no o no sé de</p> <p>Y deba ser atendida de forma</p>	<p>Mención 1 Mujeres se desisten</p> <p>Mención 2 Falta de profesionalismo</p> <p>Mención 3 Misoginia</p> <p>Mención 4 Saturación del sistema de justicia</p> <p>Mención 5 Es Multifactorial</p>

Fuente Creación Propia Tabla 3 Correlación pregunta 3 y 2.

Con esto tenemos una ardua tarea que continuar haciendo ya que en un inicio la violencia familiar tenía que ser detectada, nombrada y denunciada pero en esta

segunda etapa de este fenómeno tenemos que dar el puntual seguimiento para continuar la atención de estas víctimas.

Referencias bibliográficas

- Afanador Contreras, M. &. (2012). La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho. *Reflexión Política*, 122-133.
- Afanador Contreras, M. &. (2012). La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho. *Reflexión Política*, 122-133.
- Castaño-Lora, A. &-V. (2016). Formas de violencia y estrategias para narrarla en la literatura infantil y juvenil colombiana. *Ocnos: Revista de Estudios sobre Lectura*, 114-131.
- Escalante Gonzalbo, M. (2013). ¿De qué se trata Antropología de la violencia...?. *Cuicuilco*, 293-296.
- Espinosa-Torres, F. &-O.-P. (2009). EL ESTADO DEL ARTE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN MÉXICO. *Archivos en Medicina Familiar*, 171-188.
- García, R. (2019). Sexualidad y violencia masculina . En G. Hernández, *Estudios de Violencia* (págs. 80-106). Mexico : Flores.
- Hernández, G. (1 de Febrero de 2017). eprints.uanl.mx/view/creators/Hern=E1ndez_Castillo=3AGil_David=3A.html. Obtenido de eprints.uanl.mx/view/creators/Hern=E1ndez_Castillo=3AGil_David=3A.html : eprints.uanl.mx/view/creators/Hern=E1ndez_Castillo=3AGil_David=3A.html
- Hernández, R. (2006). *Metodología de la Investigación Científica* . Mexico : McGraw Hill.
- Labrador, F. (2012). Violencia doméstica e intervención psicológica . *Guía del Psicólogo*, 5-8.
- León, G. d. (2017). *Semaforo del delito* . México: Gobierno de Nuevo León .
- NEMESIS. (15 de Febrero de 2017). www.fundacionmujeres.es. Obtenido de www.fundacionmujeres.es: www.fundacionmujeres.es
- Quintero, G. (2017). VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS ORÍGENES DE LA SOCIEDAD RIOPLATENSE. *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales* , 111-121.
- Romero, A. &. (2010). Evaluación del Impacto de un Programa de Prevención de Violencia en Adolescentes. *Interamerican Journal of Psychology*, 203-212.
- Roo, G. d. (2008). *Modelo de atención psicojurídica a la violencia familiar* . Quintana Roo: Quintana Roo.
- VIOLENCIA, L. G. (20 de Marzo de 2019). Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_130418.pdf

La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales (*)

Victimization. Theoretical-doctrinal considerations.

Yeilany Hernández Gómez¹

Arlety Zamora Hernández²

Javier Rodríguez Febles³

Sumario: Brevísimas reflexiones introductorias. **1.** Concepciones teórico-victimológicas del tema. **2.** Definición conceptual de la victimización. **3.** Consideraciones sobre la victimización terciaria. – Consideraciones finales. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El problema victimológico se ha discutido desde diferentes enfoques, la víctima ha sido estudiada desde su contexto por la importancia que tiene su protección en la sociedad, es por ello la necesidad de continuar profundizando en su análisis y comportamiento.

(*) Recibido: 15/05/2020 | Aceptado: 10/06/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Asesora Jurídica de la Delegación Territorial Gaviota Ciego-Camagüey. Miembro del Capítulo Provincial de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. República de Cuba. juridico@cco.gaviota.cu
- ² Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Máster en Ciencias Penales y Forenses por la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas. Profesora de Criminología y de Criminalística del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Vicepresidenta del Capítulo Provincial de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. República de Cuba. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7306-633X>. arletyz88@nauta.cu
- ³ Licenciado en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Maestrando de Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana y Maestrando en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Profesor de Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Junta Directiva Provincial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. Presidente del Capítulo Provincial de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. República de Cuba. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-6715-7385>. javierrf0492@gmail.com

Atender a la víctima en sentido general es de suma importancia. Los contextos de la clasificación son concebidos desde la propia disquisición del análisis de la víctima dentro de la Victimología, predominando una tendencia a la utilización de clasificaciones limitadas donde cada investigador las califica de acuerdo a su etapa.

El análisis de la victimización necesariamente conduce a una previa conceptualización del término victimológico. Debido a la relevancia internacional que ha alcanzado su estudio, se han registrado disímiles criterios en torno a su definición. La victimización es un fenómeno complejo y un proceso que tiene sus inicios en la manifestación de acciones lesivas, de modo que el resultado es precisamente victimizar. La victimización y sus efectos no se limitan a la víctima del delito, sobre el victimario también puede incidir esta acción, ocasionando daños a ese sujeto que se encuentra privado de libertad por infringir la normativa penal.

Diversas investigaciones coinciden en que víctima y victimario deben ser analizados desde los distintos niveles que corresponde, dirigiendo nuestra pesquisa al estudio de esta categoría desde de su conceptualización, efectuando valoraciones victimológicas del fenómeno, definiendo la victimización y sus clasificaciones, haciendo énfasis en el tipo terciario y sus diferentes momentos, lo que nos facilitó la presentación de acertadas consideraciones teóricas al respecto.

Palabras claves: víctima, victimización, victimología, criminología.

Abstract: The victimological problem has been discussed from different approaches, the victim has been studied from its context because of the importance of its protection in society, that is why it is necessary to continue deepening in its analysis and behavior. Attending to the victim in a general sense is of great importance. The contexts of classification are conceived from the very disquisition of the analysis of the victim within Victimology, predominating a tendency to the use of limited classifications where each researcher qualifies them according to their stage.

The analysis of victimization necessarily leads to a previous conceptualization of the term victimology. Due to the international relevance that the study has achieved, different criteria have been registered around its definition. Victimization is a complex phenomenon and a process that has its beginnings in the manifestation of harmful actions, so that the result is precisely to victimize. Victimization and its effects are not limited to the victim of the crime; the victimizer can also be affected by this action, causing damage to the subject who is deprived of his or her liberty for violating criminal law.

Various investigations coincide in that the victim and the victimizer must be analyzed from the different levels that correspond, directing our research to the study of this category from its conceptualization, making victimological assessments of the phenomenon, defining victimization and its classifications, emphasizing the tertiary type and its different moments, which facilitated the presentation of correct theoretical considerations in this regard.

Keywords: victim, victimization, victimology, criminology

Brevísimas reflexiones introductorias.

La Victimología ha tenido contribuciones teóricas y prácticas desde las posiciones de la ciencia y el humanismo, su campo pudiéramos enmarcarlo a mediados de la década de los cuarenta, a pesar que con anterioridad ya se veían las primeras manifestaciones al respecto.

Los antecedentes más remotos de la Victimología latinoamericana tienen, sin lugar a dudas, sus predecesores en los juristas cubanos: Diego VICENTE TEJEDA, Francisco FERNÁNDEZ PLA y José Ramón FIGUEROA quienes en el año 1929 presentaron en el Colegio de Abogados de La Habana su disertación titulada 'la protección a la víctima del delito', posteriormente una década después Benjamín MENDELSON realiza estudios e investigaciones definiendo la Victimología como la ciencia encargada del estudio de la víctima.

La Victimología se refiere al estudio de las víctimas del delito, y dentro de ella, cabe diferenciar lo que los autores denominan "microvictimología" y "macrovictimología". "El primer término comprende *strictu sensu* el citado estudio de las víctimas de las infracciones criminales, mientras que el segundo comprende la victimación por abuso del poder político, económico y religioso, es decir, por acciones que causen daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los producidos por el delito; dentro de la macrovictimología, entra también el estudio y la solución de muchos problemas distintos de los tratados por el Derecho Penal tradicional".⁴

En los últimos años los conceptos Victimología y Derecho Penal se han relacionado a partir de lo que se denominaría "dogmática orientada al comportamiento de la víctima" intervención de las víctimas en la comisión del hecho.

Resulta vital estudiar a la víctima y entenderla "como un sujeto sobre quien recae de forma pasiva la acción del delito; a considerar su posible participación en el hecho; a plantear que existe una relación compleja entre victimario y víctima",⁵ sin obviar que, en ocasiones, esta colabora en su propia victimización o el propio victimario resulta victimizado, lo que forma parte de los estudios victimológicos.

1. Concepciones teórico-victimológicas del tema.

Han existido disímiles criterios en torno a la independencia de la Victimología o la integración de esta ciencia a la Criminología. Los opositores de la autonomía sostienen que se atribuye a la Victimología el fin de desarrollar, a través del estudio

⁴ IRUELA JIMÉNEZ, Desamparado, *La Victimología*, Disponible en World Wide Web en: <http://www.margen.org/margen17/alveardomest.html>, 1999, (Consultado el 20-3-2019), párrafo 1.

⁵ AA. VV., *Estilo de vida, Perfil psicológico y demográfico de mujeres maltratadas por su cónyuge*, Disponible en World Wide Web en: <http://www.psicologiacientifica.com>, 2006, (Consultado el 21-12-2019), párrafo 9.

a fondo de la víctima, reglas y principios comunes que contribuyan al progreso y evolución de las ciencias criminológicas y jurídicas.⁶

La Criminología no solo se encarga del fenómeno de la criminalidad como muchos piensan. Según SAINZ CANTERO su objeto de estudio alcanza “la descripción del hecho criminal, los factores que lo determinan, la personalidad de su autor y la víctima del delito, tanto en su personalidad, como en su posible condición, de factor o estímulo del hecho delictivo”.⁷

El objeto de esta ciencia no se limita al sujeto comisor del delito y al hecho criminal, sino que comprende además los estudios victimales, los elementos que influyen en la categoría víctima y los procesos de victimización, todo ello, a través de la orientación victimológica, permitiendo un mejor conocimiento e interpretación del fenómeno criminal.

Se debe a MENDELSON y VON HENTIG el surgimiento de aquella ciencia que se ocupara del estudio de las víctimas, aunque para entonces no se había dado un concepto de Victimología, limitándose a reconocer su existencia y bautizando el nombre que hoy lleva. Los procesos de civilización desplegados en el seno de la Victimología naciente hicieron posible la consolidación de la ciencia jurídica encargada del “estudio científico de las víctimas”.⁸

Con un particular enfoque, RODRÍGUEZ MANZANERA⁹ reconoce el carácter de conocimiento científico de la Victimología, por poseer un método y un objeto de estudio propio, sin embargo, considera que no es una ciencia independiente. En parecidos términos GARCÍA-PABLOS enfoca su análisis del problema victimal desde el campo de la Criminología y alerta con relación al interés mostrado por la víctima del delito.¹⁰ Por su parte, FATTAH EZZAT plantea que “es la rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que designa el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima”.¹¹

Sin embargo, para otros autores, la Victimología es una ciencia nueva, autónoma, con objeto, método y fin propios. El objeto es la víctima, el estudio psicológico y físico de ella, de los factores victimógenos, dentro de una concepción similar al *itercriminis*, pero denominándose *Itervictimae*; y que, con el auxilio de otras disciplinas, debe procurar la formación de un sistema efectivo para la

⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1999, p. 32.

⁷ ÑIGUEZ ORTEGA, María Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*, Tesis presentada en opción al título de Doctora en Derecho, Universidad de Alicante, España, 2003, p. 23.

⁸ GAITÁN LÓPEZ, Rosa L., *Funciones de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito a Menores*, Tesis presentada en opción al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2008, p. 28.

⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 28.

¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Editorial España, España, 1998, p. 99.

¹¹ FATTAH EZZAT, Abdel, *Regards sur; a victimologie, criminologie. Les presses se l' Université de Montreal*, Canadá, 1980, p. 6.

prevención y estrategias de intervención.¹²

Si bien la Victimología abarca el análisis y prácticas diversas focalizadas en torno a la misma categoría de problemas: la víctima del delito y su fenómeno social, no se puede negar la interrelación con la Criminología, en la búsqueda de los factores del delito, que conllevan a los daños que sufre la víctima como resultado de la victimización sufrida.

Para MENDELSON el carácter independiente de la Victimología, es una cuestión irrefutable, pues refiere que: “la Criminología se ocupa de la terapéutica y de la profilaxis anticriminal, teniendo como criterio al criminal; mientras que la Victimología se ocupa de la terapéutica y de la profilaxis que tienen como objeto la personalidad de la víctima”.¹³

Considerando que el nacimiento de la moderna Criminología no se produce hasta que la víctima del delito no resulta abarcada por su ámbito de aplicación,¹⁴ es de reconocer el significativo papel que desarrolla la Victimología dentro de las ciencias criminológicas, así como la necesaria integración científica de ambas ciencias. Por ello se plantea que, una vez surgido el interés por el estudio de las víctimas del delito y la victimización criminal, se produce la necesidad de replantear la Criminología como disciplina.

Desde una postura ecléctica NEUMAN asume que actualmente la Victimología forma parte de la Criminología, pero advierte, que se trata de una certidumbre provisional y que el decurso y auge de la primera, por un lado, y la segunda, por el otro, podrán favorecer un cambio de criterio.¹⁵

Por lo que nos afiliamos al criterio de RODRÍGUEZ MANZANERA,¹⁶ al concebir el estudio científico de las víctimas como una rama de la Criminología, pues los estudios victimales requieren de ser analizados desde los diversos factores y causas que lo generan. Como bien refiere PÉREZ NÁJERA, “fraccionar la valoración científica del suceso criminal en dos disciplinas resultaría contradictorio y por ello inaceptable, en tanto supone seccionar un problema que solo debe analizarse con un enfoque holístico, consistente en el análisis conjunto de los diversos factores y causas que lo generan y caracterizan”.¹⁷

¹² ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Victimología*, Editorial Centro de Investigaciones Criminológicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Venezuela, 1969, p. 41.

¹³ VALLE LEONARDO, Sandra A., *El tratamiento de la víctima del delito*, Tesis presentada en opción al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2006, p. 13.

¹⁴ ÍÑIGUEZ ORTEGA, María Pilar, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ *Cit Pos.* RENÉ BODERO, Edmundo, “Orígenes y fundamentos principales de la Victimología”, en *Revista Iuris Dictio*, Volumen 2, No. 3, Ecuador, 2001. NEUMAN, Elías, *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Argentina, 1994, p. 213.

¹⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷ PÉREZ NÁJERA, Celín, *Violencia sobre el Adulto Mayor. Estrategia para reducir la victimización*, Tesis presentada en opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana, Cuba, 2012, p. 36.

Aunque asuman una posición contraria a la autonomía de la ciencia victimológica, son muy pocos los criminólogos que olvidan en sus estudios el complejo tema de las víctimas. Lo que demuestra que la Victimología se ha ido convirtiendo, sin pausa, en uno de los principales polos de desarrollo de la especulación criminológica.¹⁸

A pesar de ser una disciplina joven, la evolución de la Victimología es prominente, teniendo en cuenta que surge con la finalidad de llenar un importante vacío teórico relativo al estudio de las víctimas y progresivamente asume dentro de la Criminología un papel fundamental para el desarrollo de la ciencia. El desarrollo de la Victimología estuvo caracterizado por un período arduo de consolidación, recolección de información empírica, formulación teórica y creación de nuevas leyes y esfuerzos dirigidos a mejorar la condición de la víctima y a solucionar sus carencias.¹⁹

En resumen, podemos afirmar que la Victimología se ocupa del sujeto particular convertido en víctima, o sea, comprende el fenómeno general de quienes sufren las consecuencias y daños provocados por un delito, prestando especial interés a la victimización.

Estudios doctrinales acerca de la víctima.

La protección, defensa y garantía de los derechos humanos es uno de los más importantes desafíos que se plantea el Derecho actual y que encuentra respaldo legal en varias Constituciones de Estados.²⁰ En tal sentido, a pesar del olvido sufrido por las víctimas durante años, hoy la Victimología cuenta con magnos estudiosos que no olvidan en sus obras las grandes necesidades, problemas, perspectivas y técnicas de asistencia a las víctimas.

En relación a la definición del término victimológico, han existido diversos criterios doctrinales. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo víctima proviene del latín *víctimam*, y significa “persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio, o la que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. También se concibe como el individuo que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita o que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”.²¹

¹⁸ ÍÑIGUEZ ORTEGA, María Pilar, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ Cfr. FATTAH EZZAT, Abdel, “Victimología: Pasado, Presente y Futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Volumen 33, No. 1, Canadá, 2014, pp. 2- 12.

²⁰ Vid, RODRÍGUEZ FEBLES, Javier y GARCÍA ALVAREZ, Dianet, “Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales. Un análisis desde la doctrina científico-jurídica”, en OJEDA ORTA, María Elizabeth, BERRELLEZA CARRILLO, Marianna y BERNAL ESCOTO, Blanca Estela, *Gestión Integral de Prácticas Innovadoras*, Editorial ILCSA S.A., México, 2019.

²¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, Disponible en World Wide Web en: <http://rae.es/drae/SrvltGUIBusUsual>, 2010, (Consultado el 15-12-2019), párrafo 4.

Para OSSORIO, “víctima es la persona que sufre violencia en sus derechos, el sujeto pasivo del delito”.²² *Esta definición deja fuera aquellas personas que de forma indirecta han sufrido efectos o consecuencias devenidas de la acción nociva dada la proximidad de estas con la víctima, pudiendo en este sentido tratarse de familiares y amigos.*

Por el contrario, para MENDELSON el alcance del término víctima es mucho más abarcador, llegando a comprender “la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de sufrimiento, determinado por factores de origen muy diverso, físico, psíquico, económico, político o social; así como el ambiente natural o técnico”.²³

*GARCÍA-PABLOS alega que se discute si esta condición de víctima es privativa de la persona física o no, si es solamente víctima de actos criminales o de otros males, accidentes o sucesos de la más variada naturaleza.*²⁴ *Aunque interesa a la Victimología, las víctimas de hechos criminales, no puede negarse que también lo son aquellos que sufren de miseria, hambre y desastres naturales, entre otras causas, por no contar con un Estado que garantice constitucionalmente los derechos fundamentales del hombre.*²⁵

Por su parte, MÉNDEZ y ARJONA consideran que el estudio de la víctima debe realizarse en atención al sujeto victimario, refieren que “la víctima nace y se perfila en el seno de la pareja criminal “delincuente-víctima”, por ello inicialmente no hay más víctima que la persona humana, la persona física, un sujeto que configura el hecho criminal el autor del mismo y que contribuye a su propia victimización”.²⁶

Concretamente MARCHIORI refiere que la víctima es la persona que padece un sufrimiento físico, emocional y social a consecuencia de la violencia, de una conducta agresiva antisocial, a través del comportamiento del individuo-delincuente que transgrede las leyes de su sociedad y cultura.²⁷

De conformidad con la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder contenida en el Sistema

²² OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliastra S.R.L., Argentina, 2000, p. 255.

²³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *op. cit.*, p. 57.

²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado..., cit.*, p. 68.

²⁵ Sobre esto pudiera también hacerse una valoración extensiva del asunto donde pudieran entrar los casos de discriminación y malos tratos por motivos de discapacidades, al respecto *Vid*, RODRÍGUEZ FEBLES, Javier, *et. al.*, “Tratamiento de la discapacidad: enfoques desde el constitucionalismo cubano y los instrumentos de protección internacional”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, No. 55, Perú, 2019.

²⁶ MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna, PÉREZ DUHARTE, Arlín y ARJONA SÁNCHEZ, Pedro A., “La víctima en el Proceso Penal”, Disponible en World Wide Web en: <http://www.Q/articulos%2ABA/juridica09.htm>, 1996, (Consultado el 21-12-2019), párrafo 3.

²⁷ MARCHIORI, Hilda, “Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Olga Islas de González Mariscal, *Panorama internacional sobre justicia penal. Política Criminal, derecho penal y criminología*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2007, p. 37.

*Internacional de Derechos Humanos, se considera víctima a las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.*²⁸

Luego de analizar los puntos de conexión entre los distintos conceptos aportados por la doctrina, nos afiliamos al criterio de GÓMEZ PÉREZ, quien asume que el vocablo víctima además de generalizarse a las personas morales y a la sociedad misma, no puede identificarse su definición con el marco estrecho de la persona natural que ha sufrido un daño, pues también sus familiares, dependientes, grupos sociales y comunidades, sufren las consecuencias de ese daño y de alguna manera resultan victimizadas.²⁹

En tal sentido, compartimos el criterio de LAZCANO PÉREZ al plantear que la víctima no siempre presenta heridas físicas especialmente importantes, pues las lesiones más severas se encuentran en el invisible plano de lo psicológico.³⁰

Si bien para la Victimología, la víctima es el ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos por las normativas: vida, salud, propiedad, honor, honestidad, *et. al*, por el hecho de otro, por accidentes debidos a factores humanos, mecánicos o naturales,³¹ coincidimos en admitir que existen otros elementos vinculados a estructuras sociales injustas, tales como de producción capitalista y gobiernos corruptos, que de forma similar producen efectos nocivos, pero en estos casos, son objeto de estudio de otras ciencias.

Doctrinalmente se reconocen varias clasificaciones en relación a la víctima,³² en este sentido abordaremos específicamente aquella que distingue las víctimas directas e indirectas, a través de la cual posteriormente profundizaremos en el complejo proceso de victimización aludiendo a las diferentes categorías que existen.

Se consideran víctimas directas aquellas que padecen en su propia persona el episodio delictivo.³³ El daño que en las mismas se ocasiona puede ser de distinta

²⁸ Resolución No. 40/34, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985, París, p. 3.

²⁹ GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "Aspectos puntuales acerca de la Victimología", en Cc. AA, *Texto Criminología*, Capítulo II, Editorial Félix Varela, Cuba, 2004, p. 38.

³⁰ LAZCANO PÉREZ, Raúl, *El Vínculo Autor-Víctima. Su impacto en la investigación y procesamiento penal del delito de Violación*, Tesis presentada en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Instituto Superior del Ministerio del Interior Eliseo Reyes Rodríguez "Capitán San Luis", Cuba, 2011, p. 38.

³¹ AA.Vv., "¿Qué es la victimización?", Disponible en World Wide Web en: <http://www.difzapopan.gob.mx/observatorio/marcoconceptual.htm>, 2001, (Consultado el 15-12-2019), párrafo 7.

³² Cfr. HERNÁNDEZ PÉREZ, Norma L., "Victimología", Disponible en World Wide Web en: <http://www.aapjyf2.tizaypc.com/contenidos/contenidos/3/Victimologia.pdf>, 2015, (Consultado el 15-11-2019), p. 12.

³³ RIBÉS MORENO, María Virginia, *Las otras Víctimas*, Trabajo Final de Grado, Universitat Jaume I, España, 2014, p. 24.

tipología (físico, psicológico, moral, *et. al*). El daño psicológico que se genera en las víctimas directas suele ser mayor en el caso de que las consecuencias del hecho delictivo sean múltiples.

Por su parte, se consideran víctimas indirectas aquellas que sin padecer en su propia persona el incidente delictivo, al pertenecer a alguno de los círculos sociales de la que sí resulta directa, va a sufrir consecuencias colaterales de la conducta delictiva.³⁴ Indudablemente, los efectos que recaen sobre la víctima que soporta la acción inmediata del victimario, implican más gravedad, puesto que abarca las consecuencias del actuar delictivo y las que posteriormente se deriven del mismo.

Según Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder, en la expresión víctima se incluye, además, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.³⁵

Se considera que son víctimas indirectas aquellas personas que tienen un vínculo familiar o de amistad con la víctima directa, y por tanto van a padecer similarmente y desde la perspectiva psicológica, los efectos que produce la acción lesiva, dada la proximidad con las mismas.

Con respecto a la existencia de tipologías victimológicas, existen disimiles criterios doctrinales. MENDELSON³⁶ plantea que las víctimas se clasifican en tres grandes grupos, en el primero se encuentra la víctima inocente; en el segundo las víctimas provocadoras, por imprudencia, voluntarias y por ignorancia; y el tercero agrupa a la víctima agresora, simuladora e imaginaria. Según NEUMAN las víctimas se clasifican en individuales, familiares, colectivas, sociales y la victimización supranacional.³⁷

Luego de estudiar a la víctima y entenderla “como un sujeto sobre quien recae de forma pasiva la acción del delito; a considerar su posible participación en el hecho; a plantear que existe una relación compleja entre victimario y víctima”,³⁸ es posible comprender que existe una relación inversamente proporcional entre la culpabilidad del victimario y la participación de la víctima en el hecho que lo victimiza.³⁹

³⁴ *Idem*, p. 25.

³⁵ Resolución No. 40/34, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985, París, p. 4.

³⁶ MENDELSON, Benjamín, *La Victimología y las Tendencias de la Sociedad contemporánea*, S.E., Costa Rica, 1981, p. 111.

³⁷ NEUMAN, Elías, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2da Edición, Editorial Universidad, Argentina, 1994, p. 57.

³⁸ AA.VV., “Estilo de...”, *op. cit.*, párrafo 9.

³⁹ Una de las teorías derivadas de los estudios victimales es la denominada “Victimodogmática” o perspectiva victimológica en la dogmática penal, la cual estudia la participación de la víctima en la génesis de los procesos criminales. Para ello parte del análisis de hasta qué punto y en qué medida el reconocimiento de la existencia en algunos supuestos delictivos, de víctimas que favorecen la consumación del hecho criminal, puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables por haber

Aunque en el plano jurídico lo anterior no encuentre respaldo legal, coincidimos con MENDELSON en aceptar que “a una mayor participación de la víctima corresponde una menor culpabilidad del hecho”.⁴⁰

El estudio de la pareja victimal nos remite al análisis del proceso de victimización, el cual está vinculado a las consecuencias de la acción dañosa y que merece un adecuado tratamiento legal por los efectos nocivos que puede acarrear sobre quien la padece, dígase víctima o victimario.

2. Definición conceptual de la victimización.

Los estudios acerca de la victimización comúnmente se realizan alrededor de la víctima y el victimario, partiendo de la existencia de una persona perjudicada en sus derechos por la acción de otro, cuya interacción produce relación entre ambas figuras.

Para FATTAH “es el resultado de una conducta antisocial contra un grupo o persona; por el cual se deviene en víctima”.⁴¹ Con un enfoque particular, MANZANERA describe que el término es mucho más abarcador, refiriendo que “es la acción y el efecto de victimizar o victimar y la función de ser victimizado o victimado en cualquier sentido”,⁴² lo que significa que la victimización no es un estado final como lo visualiza FATTAH en su definición, sino que comprende el proceso por el cual se llega a ese resultado.

Por su parte NIEVES lo define como “el mecanismo por el cual una persona llega a convertirse en sujeto pasivo de un hecho punible”.⁴³ En este caso no se hace alusión al sujeto causante de la conducta antisocial, lo que deberá entenderse como sujeto activo aquel que sobre el pasivo ha ejercido una acción dañosa. Para SÁNCHEZ la victimización es el mecanismo o proceso en virtud del cual una persona llega a ser víctima.⁴⁴

Ciertos estudios se han inclinado por admitir que la victimización es aquel proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático, observándose algunos factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo o traumatizante, y, por otra parte, los que determinan el impacto de tal

contribuido a él con actos dolosos e imprudentes y en este sentido valorar una atenuación e incluso eximente de la responsabilidad del autor. *Vid*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Volumen XII, No. 40, enero-abril, Colombia, 1990, p. 9.

⁴⁰ RENÉ BODERO, Edmundo, *op. cit.*, p. 75.

⁴¹ *Cit Pos*. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *op. cit.*, p. 73. FATTAH EZZAT, Abdel, *Regards...*, *cit.*, p. 5.

⁴² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *op. cit.*, p. 73

⁴³ NIEVES, Héctor, *El comportamiento culpable de la víctima*, Editorial Valencia, Venezuela, 2006, p. 25.

⁴⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Antonio, *La evaluación psiquiátrica de las víctimas. Estudios psicopatológicos*. Editorial Baca E, España, 2003, p. 7.

hecho sobre la víctima.⁴⁵ Mientras otros estrictamente sostienen que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos.⁴⁶

DOMÍNGUEZ CRUZ identifica la victimización como “el acto en el cual una persona es objeto del uso de la fuerza, que le produce un daño físico o psicológico”.⁴⁷ Si bien es cierto que el daño producido por el sujeto victimario contra la víctima puede traer secuelas físicas o psicológicas, o ambas, no es necesario el uso de la fuerza, pues sin mediar este factor, es muy posible la aparición del fenómeno que se define.

Al estudiar el concepto aportado por la Psicología sobre el fenómeno que estudiamos hoy, nos percatamos de que esta ciencia un tanto que niega la posibilidad real de que exista victimización ante la ocurrencia de una conducta lesiva; pues para esta rama de la medicina el fenómeno objeto de estudio está referido a la posición tóxica que adopta una persona que se considera víctima de situaciones que exagera y no necesariamente que lo victimizan, poniéndose en el centro de ataques que no siempre lo son.⁴⁸

La doctrina cubana se afilia al criterio emitido por la criminóloga GÓMEZ PÉREZ al identificar concretamente el fenómeno como “la acción y efecto de victimizar a otros”,⁴⁹ con el se coincide en la presente investigación refiriendo que en este proceso median distintos momentos o fases, uno en el que se desarrolla la acción dañosa, el hecho violento y el otro entendido como resultado del primero, identificado con las consecuencias lesivas.

Considerando la definición de victimización referida anteriormente, PÉREZ NÁJERA manifiesta que “(...) la victimización doctrinalmente hablando es un término usado de forma ambivalente que designa tanto el comportamiento dañoso violento como el resultado perjudicial del accionar agresivo del sujeto comisor”.⁵⁰

Sobre los efectos que produce la victimización se plantea que existen dos clases, por un lado, los que se vinculan con las secuelas psicológicas, propias del hecho causante de victimización o el impacto traumático que la propia acción delictiva produce sobre la víctima y por otro los relativos al sistema socio político,

⁴⁵ BACA-GARCÍA, Enrique, *El proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares. Estudios psicopatológicos*, Editorial Baca E, España, 2003, p. 139.

⁴⁶ CONSEJO EDITORIAL, *Clínica Victimológica, 50º Curso Internacional de Criminología*, Editorial Passim, México, 1995, p. 32.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ CRUZ, JUAN M., “La victimización por violencia urbana: niveles y factores asociados en Ciudades de América Latina y España”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, Volumen 5, No. 5, abril-mayo, Estados Unidos, 1999, párrafo 6.

⁴⁸ AA.VV., “Significado de victimización”, Disponible en World Wide Web en: <http://quesignificado.com/victimizacion/>, 2015, (Consultado el 17-10- 2019), párrafo 5.

⁴⁹ GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *op. cit.*, p. 317.

⁵⁰ PÉREZ NÁJERA, Celín, “La victimización de acuerdo a los contextos espaciales de ocurrencia”, en *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, España, 2012, p. 24.

elementos que, sin ser intrínsecos en la persona, repercutirían en su bienestar posterior.⁵¹

Las diferentes situaciones que producen a alguien a convertirse en víctima de un hecho delictivo, originan diversos procesos de victimización que incluyen toda la serie de factores sociales, económicos, políticos, psicológicos que causan la interrupción de la vida de alguien, de su proyecto de vida, o causan sufrimiento.⁵²

En tal sentido, la incidencia social que en la actualidad tiene el fenómeno de la victimización ha conllevado al estudio del proceso y al análisis de los efectos que produce. Por lo que consideramos oportuno comenzar con el estudio del término victimológico para determinar los elementos que incluye y sus tipos clasificatorios, facilitando así el avance investigativo.

Clasificaciones de la victimización.

Las clasificaciones de victimización en general presentan características similares, la diferencia radica en el sujeto sobre quien recae y el factor que la provoca.

Así, la doctrina victimológica⁵³ usa con mayor frecuencia la clasificación del fenómeno de la victimización en tres criterios fundamentales que se estructuran, a grandes rasgos, de acuerdo al momento de producción del daño inferido a la víctima y de acuerdo al sujeto concretamente victimizado, se trata de: la victimización primaria, victimización secundaria y victimización terciaria.

Es preciso aclarar que, aunque la doctrina penal cubana no admita otra clasificación relativa al fenómeno, otro sector de las ciencias penales⁵⁴ añade a las categorías mencionadas, las denominadas victimización mutua y no victimización. HERRERA MORENO se refiere a la primera aclarando que es aquella en la que es imposible identificar quien es el criminal y quien la víctima, ya que es evidente la cooperación y recíproca implicación en el acto de ambos intervinientes, mientras que la segunda

⁵¹ Los primeros están referidos a trastornos de estrés postraumático, depresión, ansiedad, entre otros, que frecuentemente padece la víctima y en la segunda se incluiría estabilidad económica-laboral, existencia de vínculos y apoyo social y los concernientes a la propia administración de justicia. *Vid*, ANDRÉU FERNÁNDEZ, Alejandra, *Víctima y desvictimización*, Tesis presentada en opción al título de Doctor en Ciencias Sociales, Universidad Católica de Murcia, España, 2017, p. 82.

⁵² *Cfr.* MONCLUS HARO, Hector, "Victimología: ¿Qué es la victimización?", Disponible en World Wide Web en: <http://criminologiadestarporcasa.blogspot.com/2015/03/victimologia-que-es-la-victimizacion.html>, 2015, (Consultado el 15-12-2019).

⁵³ En relación a los tipos de victimización son varios los autores que han abordado la temática, entre los que se encuentran, *Vid*, MARCHIORI, Hilda, *op. cit.*; RUBIO MARTÍN, María J., y MONTEROS OBELAR, Silvina, "Aproximación al estudio sobre la victimización secundaria". Disponible en World Wide Web en: <http://sociologia.usal.es/alumnos/congreso/4A2.htm>, 1999, (Consultado el 21-12-19) y GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *op. cit.*

⁵⁴ Autores como THORSTEN SELLIN y MARVIN E. WOLFANG consideran que existen otros niveles de victimización que merecen ser estudiados, refiriéndose a la "victimización mutua" en los casos que ambos participantes puedan ser criminal y víctima a la vez y en relación a la "no victimización", sostienen que alude más bien al ofensor que a la víctima, se acerca mucho a la víctima sin crimen.

sería el delito sin víctima e incluso incluiría aquellas conductas que ni siquiera son tipificadas como delito.⁵⁵

La victimización primaria se refiere a la experiencia personal, al actuar que constituye delito sobre el sujeto pasivo, esto es, a la propia vivencia del crimen por la víctima del mismo.⁵⁶ Es el efecto directo del delito por el cual una persona deviene en víctima, alude al daño que de forma directa recae sobre esta por la acción inmediata del victimario.

Este tipo de victimización se produce directamente por parte del victimario contra su víctima durante la ejecución del hecho delictivo donde resulta lesionado el bien jurídicamente protegido y por lo tanto se inflige a la persona el daño físico, psíquico, sexual o material (según sea el delito cometido). Es el momento donde se registran elementos importantes de la conducta del comisor del hecho y de su víctima que pueden contribuir a la explicación de las motivaciones del autor y al esclarecimiento del hecho, así como a la prevención victimal.⁵⁷

Los daños que puede ocasionar la acción directa del agresor contra la víctima, no se restringe a la simple lesión o menoscabo del bien jurídico protegido. El hecho criminal, con frecuencia trae consigo un severo impacto psicológico, que en el orden espiritual cambian el modo de vida de las personas en cuanto a la actitud para enfrentar obstáculos y tomar decisiones, trazarse proyectos futuros, entre otros. Los efectos primarios producidos por el actuar delictivo puede acarrear en la persona sentimientos de desconfianza, incapacidad, abatimiento e incluso, culpabilidad con relación a los hechos.

Concretamente LANDROVE DÍAZ sistematizó los efectos de la victimización primaria identificando impotencia ante la agresión, miedo a que se repita, producción de ansiedad, surgimiento de sensación de culpabilidad,⁵⁸ a lo que añade la respuesta social hacia la víctima, generando en su caso, más aislamiento.

Los efectos negativos que surgen producto de la acción directa lesiva contra la víctima se miden en función de la naturaleza del delito, de la personalidad de cada uno de los sujetos intervinientes y de diversas circunstancias concurrentes.⁵⁹

Por su parte la victimización secundaria se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, cuando haciendo uso de su derecho, decide poner en conocimiento de las autoridades el hecho criminal.⁶⁰ La confianza depositada por la

⁵⁵ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Editorial Edersa, España, 1996, p. 34.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La Victimología*, Editorial Mateu Cromo, España, 1993, p. 312.

⁵⁷ GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1998, p. 187.

⁵⁹ RUBIO MARTÍN, María J., y MONTEROS OBELAR, Silvina, *op. cit.*, párrafo 3.

⁶⁰ *Cit Pos.* GARCÍA SANCHO, Antonio, "La victimización terciaria y la falta de consenso en su definición", Disponible en World Wide Web en: <http://www.agendadelcrimen.com/2015/07/la-victimizacion-terciaria-y-la-falta.html>, 2015, (Consultado el 15-12-2019), párrafo 8. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editorial Tirant lo Blanche, España, 1994, p. 136.

víctima en el aparato represivo del Estado y la realidad experimentada por esta en el proceso penal, conlleva a una doble frustración psicológica. Por un lado, los efectos de la acción inmediata del agresor contra la víctima y por otro, la respuesta del sistema legal a las expectativas de la misma.

La relación de la víctima con el sistema jurídico penal supone una segunda experiencia, más cruel que la primaria, en este caso el daño sufrido es incrementado como consecuencia de su contacto con los distintos órganos policiales y judiciales. Es por ello que algunos autores le denominan revictimización por referirse a los nuevos sufrimientos que padece la víctima durante el proceso penal.⁶¹

Por tanto, los efectos que se derivan de la relación de la víctima con el sistema legal causan más afectaciones que las que resultan de la agresión directa del victimario, siendo “más grave que la primera, ya que emana de un Estado de Derecho, establecido con garantías de protección a las personas, cuyo principal guardián debiese ser este mismo Estado”,⁶² sumándose nuevos daños a los ya sufridos con el delito mismo.

La victimización secundaria o revictimización comprende todos los daños sufridos en el curso del proceso penal. Los perjuicios que ocasiona a la víctima este proceso, no se limitan al ámbito económico y social, sino que alcanza además el estado psicológico de la persona, puesto que lejos de sentirse segura y protegida por el Estado, la víctima experimenta sentimientos de incomprensión, ignorancia y olvido, sintiéndose como un mero portavoz de los hechos ocurridos.

Coincidimos en aceptar que este proceso lesivo determina una apreciación negativa respecto al ejercicio de la justicia e influye en que las personas pierdan la fidelidad y credibilidad ante el sistema de justicia.⁶³

En resumen, la diferencia entre los niveles de victimización primaria y secundaria radica básicamente en el elemento que la provoca, pues la primera ocurre como un resultado directo e inmediato de la acción delictiva del agresor sobre la víctima, mientras que la segunda se deriva de la respuesta inadecuada, fría, incomprensiva e insensible de las instituciones hacia las víctimas.

En lo concerniente a la definición de victimización terciaria son varios los criterios doctrinales que han patentizado el fenómeno sin existir entre ellos una identificación unánime al respecto, sino una suma de construcciones conceptuales que apenas guardan relación entre sí, siendo menester, en la Victimología, lograr una unificación de criterios que permita la formulación de un concepto único sobre este nivel de victimización.

3. Consideraciones sobre la victimización terciaria.

En la determinación del objeto de estudio de la ciencia victimológica, junto a las ya aludidas victimizaciones primarias y secundarias concernientes a la víctima, no

⁶¹ GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *op. cit.*, p. 82.

⁶² LEYTON JIMÉNEZ, José F., *Víctimas, Proceso Penal y Reparación. Los Derechos de las Víctimas en el marco de la Constitución Política, los Tratados Internacionales y el Código Procesal Penal*, Tesis presentada en opción al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile, 2008, p. 70.

⁶³ PÉREZ NÁJERA, Celín, “*La victimización de acuerdo...*”, *cit.*, párrafo 33.

debe olvidarse la que sufre el mismo victimario y que ha sido llamada "la otra victimización",⁶⁴ o víctima terciaria.

Considerando la falta de consenso en relación a esta temática, es preciso abordar algunos de los criterios doctrinales, que indistintamente asocian el término victimológico al delincuente o a la víctima directa.

Para SORIA este nivel de victimización es una manifestación propia de la víctima que tiene lugar cuando concluido el proceso penal retorna nuevamente a la vida laboral, familiar y social. Sobre este argumento se precisa que el término alude al "resultado de las vivencias experimentadas como consecuencia de la victimización primaria y secundaria precedentes, cuando el sujeto se siente desamparado por su entorno social, producto de los momentos anteriores en que sufrió el daño".⁶⁵

Por su parte BERISTAIN refiere que es "la dirigida contra la comunidad en general, es decir contra la población total",⁶⁶ relacionando además los efectos que sufren los familiares y amigos de las víctimas.

Sobre la victimización terciaria LATORRE y MUÑOZ⁶⁷ alegan que es propia del delincuente o victimario, que se convierte en una víctima institucional, de estructuras sociales injustas que le acercan forzosamente a la comisión de hechos delictivos.

Según GARCÍA-PABLOS la victimización terciaria está asociada "a la acción o resultado dañoso que sufre el delincuente, a la victimización por parte del sistema legal del victimario mismo".⁶⁸ Su aplicación se extiende además a situaciones patológicas del funcionamiento del sistema legal, en sus diversos espacios organizativos: normativista, policial, jurisdiccional, penitenciaria, que ocasionan graves e irreparables perjuicios al imputado.⁶⁹

En otro de sus textos, GARCÍA-PABLOS en parecidos términos sostiene que es la conocida como victimización del delincuente o el acusado y se define como "el conjunto de costes sobre la penalización, sobre quien la soporta directamente o sobre terceros".⁷⁰

⁶⁴ MONTERDE FERRER, Francisco, "Victimología. Proyecciones Asistenciales Prácticas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 15, España, 1993, p. 60.

⁶⁵ AA.VV., "Por una atención libre de victimización secundaria en casos de la violencia sexual", Disponible en World Wide Web en: <http://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/modulo-libre-revictimizacion.pdf>, 2013, (Consultado el 21-12-19), p. 32.

⁶⁶ BERISTAIN, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Editorial Tirant lo Blanche, España, 2000, p. 23.

⁶⁷ LATORRE, Ángel y MUÑOZ, Encarnación, *Educación para la tolerancia. Programa de prevención de conductas agresivas y violentas en el aula*, Editorial Desclée De Brouwer, España, 2001, p. 75.

⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Volumen XV, La Victimología, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, España, 1993, p. 89.

⁶⁹ PÉREZ NÁJERA, Celín, "La victimización de acuerdo...", *cit.*, párrafo 37.

⁷⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción...*, *cit.*, p. 136.

Por su parte GÓMEZ PÉREZ,⁷¹ la describe como las situaciones en que un detenido o acusado puede resultar victimizado por parte de los operadores del sistema legal durante la fase de investigación, juzgamiento y ejecución de la sentencia, criterio al que se acoge esta investigación. En resumen, la victimización terciaria es la que afecta al victimario a través del proceso judicial y durante el cumplimiento de la sanción.

En tal sentido, este nivel de victimización puede desatarse en cualquiera de las fases por las que transita el proceso penal, aludiendo a las formas en que el imputado pudiera resultar agraviado, más allá de su condena, por causas propias del funcionamiento del sistema legal de justicia.

Sin lugar a dudas, la victimización y sus efectos no se limitan a la víctima del delito, sobre el victimario también puede desatarse este fenómeno, que, con frecuencia, resulta ser más lesivo, en tanto supone una violación de sus derechos jurídicos en estado de indefensión por encontrarse privado de libertad, regido por un sistema que, en lugar de actuar conforme a la ley, protegiéndole, le reprime, victimizándolo.

La doctrina ha identificado cuatro momentos en que un imputado pudiera resultar victimizado por el proceso penal. Estos momentos son el legislativo, el policial, el judicial y el penitenciario.

El momento legislativo es un tipo de victimización que “se registra en el ámbito político criminal cuando se violentan los límites de la dogmática jurídica y el Derecho Penal se hipertrofia a partir de una inflación de las tipologías penales con ignorancia del principio de mínima intervención penal”.⁷² La remisión innecesaria a las normas del Derecho Penal conlleva a que este pierda su condición de *última ratio*, convirtiéndose en un Derecho que alcanza a todos los que desigualmente incurran en hechos prohibidos por la ley.

Con frecuencia, el cumplimiento de la sanción penal ocasiona en los sancionados daños irreparables, en relación a los que resultan de la acción lesiva contra la víctima. No significa que se le reste importancia al principio de la relevancia de los bienes jurídicos protegidos, lo que se busca es lograr un Derecho Penal de mínima intervención, prevencionista y eficaz.

El momento policial, la criminóloga GÓMEZ PÉREZ lo equipara “a prácticas ilícitas por parte de los operadores del sistema durante el proceso investigativo que pueden violentar derechos del imputado”.⁷³ Pudiendo ser entendido como el resultado de las malas prácticas jurídicas que realizan los operadores del sistema legal de justicia durante la fase investigativa o preparatoria, afectando bienes jurídicos protegidos como la vida y la integridad corporal, la libertad y otras cuestiones relativas al honor y la moral.

En relación a este momento es preciso aclarar la importancia de llevar a cabo el proceso penal respetando los términos procesales legalmente establecidos, sin alargar

⁷¹ GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *op. cit.*, p. 314.

⁷² *Idem*, p. 315

⁷³ *Ibidem*, p. 316.

excesivamente el mismo. No se puede perder de vista que la libertad es un derecho fundamental del hombre, y su privación puede acarrear efectos nocivos.

Similarmente sucede en el momento judicial donde el juez interviene al administrar la justicia, que es una facultad que el Estado confía a estos funcionarios y que debe cumplirse en atención a los principios que rigen el Derecho Penal. Se asocia a los errores judiciales vinculados al nivel de profesionalidad de los jueces, a su preparación individual; a las oscilaciones de la política penal y a la subjetividad en que se basan estos funcionarios para dirimir conflictos.⁷⁴

Para RODRÍGUEZ MANZANERA la victimización del delincuente por la maquinaria de la justicia penal en la esfera judicial es el resultado de problemas, que frecuentemente, se derivan de la lentitud, costo y desigualdad de los ciudadanos, a lo que denomina, en definitiva, ineficacia.⁷⁵

El último momento en que puede resultar victimizado un imputado es el correspondiente a la ejecución de la sanción, o sea, durante el cumplimiento de la pena. Es una victimización carcelaria, debido a la doble condena que sufren estos sujetos, LANDROVE DÍAZ refiere que además de sufrir una privación de libertad, padecen sus desoladoras consecuencias.⁷⁶

En cuanto a la victimización que sufre el delincuente, otro sector de la doctrina asume la subclasificación en las categorías institucional, penitenciaria y postpenitenciaria,⁷⁷ refiriendo que dependen del elemento causante de la victimización. Dentro de la primera categoría se encuentra el sistema legal, en la segunda el propio centro penitenciario y en la última, la sociedad, los estigmas dejados por el actuar delictivo.

Los daños que sufren los imputados durante el proceso penal a consecuencia de las malas prácticas de los operadores del sistema legal y los efectos estigmatizadores y pocos resocializadores de la pena privativa de libertad, influyen en la reinserción social de los sancionados y, por tanto, en el fin resocializador de la sanción.

Consideraciones finales.

Las tendencias valorativas de la victimización se sustentan en las diversas teorías victimológicas, basadas en las características de las víctimas, la relación entre víctima y victimario y causas de su comportamiento, alcanzando una visión de la problemática y un acercamiento al fenómeno desde su estudio doctrinal.

La victimización terciaria reúne varios criterios doctrinales entre los cuales no existe una identificación unánime al respecto, sino una suma de construcciones conceptuales que apenas guardan relación entre sí, siendo menester, en la

⁷⁴ *Ibidem*, p. 317.

⁷⁵ *Cit Pos.* LANDROVE DÍAZ, Gerardo, "La victimización del delincuente", Disponible en World Wide Web en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/13+-+Victimizacion+delincuente.pdf>, 1990, (Consultado el 16-12-2019), p. 152. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, "La victimización...", *cit.*, p. 153.

⁷⁷ *Cfr.* RIBÉS MORENO, María Virginia, *op. cit.*, pp. 28-33.

Victimología, lograr una unificación de criterios que permita la formulación de un concepto único sobre este nivel de victimización.

El análisis de la victimización terciaria debe dirigirse al estudio de sus principales manifestaciones teniendo en cuenta aquellos factores que la originan, en aras de fomentar acciones que garanticen el enfrentamiento de sus efectos nocivos, una reinserción social del victimario y un proceso penal libre de su influencia, así como la reducción del fenómeno en el medio social.

Referencias bibliográficas.

TEXTOS

- AA. VV., “¿Qué es la victimización?”, Disponible en World Wide Web en: <http://www.difzapopan.gob.mx/observatorio/marcoconceptual.htm>, 2001, (Consultado el 15-12-2019).
- AA. VV., “Estilo de vida, Perfil psicológico y demográfico de mujeres maltratadas por su cónyuge”, Disponible en World Wide Web en: <http://www.psicologiacientifica.com>, 2006, (Consultado el 21-12-2019).
- AA. VV., “Por una atención libre de victimización secundaria en casos de la violencia sexual”, Disponible en World Wide Web en: <http://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/modulo-libre-revictimizacion.pdf>, 2013, (Consultado el 21-12-19).
- AA. VV., “Significado de victimización”, Disponible en World Wide Web en: <http://quesignificado.com/victimizacion/>, 2015, (Consultado el 17-10-2019).
- ANDRÉU FERNÁNDEZ, Alejandra, *Victima y desvictimización*, Tesis presentada en opción al título de Doctor en Ciencias Sociales, Universidad Católica de Murcia, España, 2017.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Victimología*, Editorial Centro de Investigaciones Criminológicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Venezuela, 1969.
- BACA-GARCÍA, Enrique, *El proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares. Estudios psicopatológicos*, Editorial Baca E, España, 2003.
- BERISTAIN, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Editorial Tirant lo Blanche, España, 2000.
- CONSEJO EDITORIAL, CLÍNICA VICTIMOLÓGICA, 50º Curso Internacional de Criminología, Editorial Passim, México, 1995.
- DOMÍNGUEZ CRUZ, JUAN M., “La victimización por violencia urbana: niveles y factores asociados en Ciudades de América Latina y España”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, Volumen 5, No. 5, abril-mayo, Estados Unidos, 1999.
- FATTAH EZZAT, Abdel, “Victimología: Pasado, Presente y Futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Volumen 33, No. 1, Canadá, 2014.

- FATTAH EZZAT, Abdel, *Regards sur; a victimologie, criminologie. Les presses de l' Université de Montreal, Canadá, 1980.*
- GAITÁN LÓPEZ, Rosa L., *Funciones de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito a Menores*, Tesis presentada en opción al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2008.
- GARCÍA ROJAS, Liechert, "La reinserción social a través del trabajo educativo de los sancionados, asegurados y beneficiados", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Disponible en World Wide Web en: www.eumed.net/rev/cccsc/07/lgr.htm, 2010, (Consultado el 16-2-2019).
- GARCÍA SANCHO, Antonio, "La victimización terciaria y la falta de consenso en su definición", Disponible en World Wide Web en: <http://www.agendadelcrimen.com/2015/07/la-victimizacion-terciaria-y-la-falta.html>, 2015, (Consultado el 15-12-2019).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Volumen XV, La Victimología, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, España, 1993.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editorial Tirant lo Blanche, España, 1994.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Editorial España, España, 1998.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1999.
- GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "Aspectos puntuales acerca de la Victimología", en Cc. AA, *Texto Criminología*, Capítulo II, Editorial Félix Varela, Cuba, 2004.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, Norma L., "Victimología", Disponible en World Wide Web en: <http://www.aapjyf2.tizaypc.com/contenidos/contenidos/3/Victimologia.pdf>, 2015, (Consultado el 15-11-2019).
- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Editorial Edersa, España, 1996.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, María Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*, Tesis presentada en opción al título de Doctora en Derecho, Universidad de Alicante, España, 2003.
- IRUELA JIMÉNEZ, Desamparado, *La Victimología*, Disponible en World Wide Web en: <http://www.margen.org/margen17/alveardomest.html>, 1999, (Consultado el 20-3-2019).
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, "La victimización del delincuente", Disponible en World Wide Web en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/13+-+Victimizacion+delincuente.pdf>, 1990, (Consultado el 16-12-2019).
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1998.

- LATORRE, Ángel y MUÑOZ, Encarnación, *Educación para la tolerancia. Programa de prevención de conductas agresivas y violentas en el aula*, Editorial Desclee De Brouwer, España, 2001.
- LAZCANO PÉREZ, Raúl, *El Vínculo Autor-Víctima. Su impacto en la investigación y procesamiento penal del delito de Violación*, Tesis presentada en opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Instituto Superior del Ministerio del Interior Eliseo Reyes Rodríguez "Capitán San Luis", Cuba, 2011.
- LEYTON JIMÉNEZ, José F., *Víctimas, Proceso Penal y Reparación. Los Derechos de las Víctimas en el marco de la Constitución Política, los Tratados Internacionales y el Código Procesal Penal*, Tesis presentada en opción al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile, 2008.
- MARCHIORI, Hilda, "Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas", en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Olga Islas de González Mariscal, *Panorama internacional sobre justicia penal. Política Criminal, derecho penal y criminología*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2007.
- MENDELSON, Benjamín, *La Victimología y las Tendencias de la Sociedad contemporánea*, S.E., Costa Rica, 1981.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna, PÉREZ DUHARTE, Arlín y ARJONA SÁNCHEZ, Pedro A., "La víctima en el Proceso Penal", Disponible en World Wide Web en: <http://www.Q/articulos%2ABA/juridica09.htm>, 1996, (Consultado el 21-12-2019).
- MONCLUS HARO, Hector, "Victimología: ¿Qué es la victimización?", Disponible en World Wide Web en: <http://criminologiadeestarporcasa.blogspot.com/2015/03/victimologia-que-es-la-victimizacion.html>, 2015, (Consultado el 15-12-2019).
- MONTERDE FERRER, Francisco, "Victimología. Proyecciones Asistenciales Prácticas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 15, España, 1993.
- NEUMAN, Elías, *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Argentina, 1994.
- NEUMAN, Elías, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2da Edición, Editorial Universidad, Argentina, 1994.
- NIEVES, Héctor, *El comportamiento culpable de la víctima*, Editorial Valencia, Venezuela, 2006.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliastra S.R.L., Argentina, 2000.
- PÉREZ NÁJERA, Celín, "La victimización de acuerdo a los contextos espaciales de ocurrencia", en *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, España, 2012.
- PÉREZ NÁJERA, Celín, *Violencia sobre el Adulto Mayor. Estrategia para reducir la victimización*, Tesis presentada en opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana, Cuba, 2012.

- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española", Disponible en World Wide Web en: <http://rae.es./drael/SrvltGUIBusUsual>, 2010, (Consultado el 15-12-2019).
- RENÉ BODERO, Edmundo, "Orígenes y fundamentos principales de la Victimología", en *Revista Iuris Dictio*, Volumen 2, No. 3, Ecuador, 2001.
- RIBÉS MORENO, María Virginia, *Las otras Víctimas*, Trabajo Final de Grado, Universitat Jaume I, España, 2014.
- RODRÍGUEZ FEBLES, Javier y GARCÍA ALVAREZ, Dianet, "Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales. Un análisis desde la doctrina científico-jurídica", en OJEDA ORTA, María Elizabeth, BERRELLEZA CARRILLO, Marianna y BERNAL ESCOTO, Blanca Estela, *Gestión Integral de Prácticas Innovadoras*, Editorial ILCSA S.A., México, 2019.
- RODRÍGUEZ FEBLES, Javier, *et. al.*, "Tratamiento de la discapacidad: enfoques desde el constitucionalismo cubano y los instrumentos de protección internacional", en *Revista Derecho y Cambio Social*, No. 55, Perú, 2019.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- RUBIO MARTÍN, María J., y MONTEROS OBELAR, Silvina, "Aproximación al estudio sobre la victimización secundaria". Disponible en World Wide Web en: <http://sociologia.usal.es/alumnos/congreso/4A2.htm>, 1999, (Consultado el 21-12-19).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Antonio, *La evaluación psiquiátrica de las víctimas. Estudios psicopatológicos*. Editorial Baca E, España, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática", en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Volumen XII, No. 40, enero-abril, Colombia, 1990.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La Victimología*, Editorial Mateu Cromo, España, 1993.
- VALLE LEONARDO, Sandra A., *El tratamiento de la víctima del delito*, Tesis presentada en opción al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2006.

LEGISLACIÓN

- Resolución No. 40/34, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985, París.

Derechos de comunicación y lengua en centros penitenciarios: normativa y situación actual en España (*)

Communication rights and language in prisons: regulations and current situation in Spain

Carmen Valero Garcés¹

Sumario: Introducción. Derechos humanos y disposiciones legales sobre derechos lingüísticos en centros penitenciarios. **1.** Investigación sobre los derechos lingüísticos en los centros penitenciarios. **2.** La cuestión lingüística en los centros penitenciarios españoles. **3.** Población extranjera en los centros penitenciarios españoles. **4.** Investigación - acción en los centros penitenciarios. - Conclusión. - Referencias bibliográficas.

(*) Recibido: 31/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Catedrática de Traducción e Interpretación en la Universidad de Alcalá, Madrid. Dirige el Master Universitario de Interpretación de Conferencias orientado a los Negocios (MICONE) y co-dirige el Programa y Master Universitario en Comunicación Intercultural, Interpretación y Traducción en los Servicios Públicos. Ha impartido clases y conferencias en programas de interpretación y traducción de varios países. Es también coordinadora del Grupo de Investigación FITISPos® y del grupo de innovación docente FITISPos E-Learning, editora de la revista FITISPos International Journal y promotora de la asociación AFITISP. Es editora y autora de varios libros y numerosos artículos. Algunos de sus publicaciones más recientes son: *Ideology, Ethics and Policy Development in Public Service Interpreting and Translation* (Valero-Garcés & Tipton, eds., 2017) y *Beyond Public Service Interpreting and Translation* (Valero-Garcés et al., eds., 2017). *Lingüística Forense. Contextos, teoría y práctica* (2018). *Manual de introducción a la traducción interpretación en los centros penitenciarios* (Valero Garcés et al 2019); *Guía de buenas prácticas sobre cómo trabajar con traductores e intérpretes en el ámbito penitenciario* (Valero Garcés et al 2019); *Technology at the Service of PSIT in Crisis Situations: Experiences and Perspectives/ Tecnología al servicio de la TISP en situaciones de crisis: Experiencias y Perspectivas* (Valero Garcés, ed, 2019); *Didactics for technologies in translation and interpreting. Special issue of Trans-Kom Part II. Trans_kom, Journal of Translation and Technical Communication Research 2019* (Valero Garcés, ed, 2019) <http://www3.uah.es/traduccion> carmen.valer@uah.es

Resumen: Este trabajo se centra en el derecho a la comunicación en el ámbito penitenciario. Una de las consecuencias de la inmigración masiva que vivió España en el final del siglo pasado y comienzo del siglo XXI fue precisamente el aumento de población extranjera en los centros penitenciarios. Tres son los objetivos principales que se persiguen. En primer lugar, pretendemos hacer una revisión de la normativa más significativa con respecto al derecho a la comunicación en centros penitenciarios y el papel de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En segundo lugar, nos proponemos analizar la situación de la población extranjera en los centros penitenciarios españoles e identificar los cambios y variaciones en la última década para determinar necesidades. En tercer lugar, describiremos acciones llevadas a cabo como aplicación de los resultados de las investigaciones con el objetivo de mejorar la comunicación con población extranjera.

Palabras clave: centro penitenciario, derechos humanos, comunicación, prisión, derecho penal, traducción e interpretación.

Abstract: This paper focuses on the right to communication in prisons. One of the consequences of the massive immigration that Spain experienced at the end of the last century and the beginning of the 21st century was the increase in foreign population in penitentiary centres. Firstly, a review of the most significant regulations regarding the right to communication in penitentiary centres and the role of the Prison Supervision Courts will be given. Secondly, the analysis of the situation of the foreign population in Spanish prisons will follow. The main aim is to identify the changes and needs in the last decade. Thirdly, some actions with the aim of improving communication with the foreign population will be carried out as an application of the research results.

Keywords: Penitentiary centre; human rights; communication; prison; criminal law; translation and interpretation.

Introducción.

Derechos humanos y disposiciones legales sobre derechos lingüísticos en centros penitenciarios

Los presos, como individuos humanos, están bajo el paraguas de los tratados internacionales y otros acuerdos vinculantes reconocidos como derechos fundamentales, tales como el derecho a la no discriminación y el derecho a la protección igualitaria de la ley, al trabajo, a la educación y a la cultura (*Declaración Universal de Derechos Humanos*, Art. 2, 7 y 23, 25, 26 y 27). Hacer efectivos estos derechos incluye el derecho a la comunicación.

La ONU ha aprobado dos documentos sobre políticas penitenciarias en relación con la población extranjera: *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (1955) y *Recommendations on the Treatment of Foreign Prisoners* (1985). Ambos contienen referencias explícitas a la necesidad de asegurar la comunicación. Una revisión reciente del segundo documento fue adoptada por la

Asamblea General en diciembre de 2015 y, entre otras medidas pertinentes, se requiere explícitamente la disponibilidad de un intérprete ("independiente) competente y gratuito" para la admisión, los procedimientos disciplinarios y las sesiones de asesoramiento jurídico, y "siempre que sea necesario" (Art. 41.3, 55, 61.2, 80.2).

The 2006 European Prison Rules (Art 30.1, &59.a) aprobadas por el Consejo de Europa también incluyen referencias sobre la necesidad de facilitar información en relación con la admisión y los procedimientos disciplinarios "en una lengua que comprendan". Recientemente algunas de estas recomendaciones han sido actualizadas o añadidas a las ya existentes como son *Recommendation R (84)12* y *Recommendation CM/Rec(2012)12* (Recomendación R(84)12) y Recomendación CM/Rec(2012)12 sobre prisioneros extranjeros. La información que debe ofrecerse "en un idioma que puedan comprender" incluye explícitamente los derechos y deberes a los que deben de tener acceso como son el régimen penitenciario y los reglamentos internos, las normas y procedimientos para la presentación de quejas, la asistencia jurídica y las posibilidades de traslado internacional; y es aplicable no sólo durante la admisión, sino también durante la totalidad de las penas de prisión (Art. 15, &21,1).

2008 Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas (Art V & IX.1) publicados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también contienen recomendaciones para facilitar el acceso a los servicios penitenciarios de las personas con un dominio limitado del idioma.

Todas estas recomendaciones llaman la atención sobre la necesidad de prestar servicios de interpretación y traducción. Sin embargo, a diferencia de los tratados generales de derechos humanos, no son vinculantes. Por lo tanto, como explica Martínez-Gómez (2018: 157), cada nación-estado o administración penitenciaria puede incorporarlos y aplicarlos como consideren oportuno. En consecuencia, nos encontramos con un panorama muy heterogéneo.

En la Unión Europea existen además disposiciones legales, vinculantes para los Estados miembros, lo cual podría suponer un cambio. Tres son los instrumentos principales:

- *Directiva 2010/64 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 sobre el derecho de interpretación y traducción en procesos penales;*
- *Directiva 2012/13 / UE de 22 de mayo de 2012 sobre el derecho a la información en procedimientos penales; y*
- *Directiva 2012/29 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y que sustituye a la Decisión marco del Consejo 2001/220 / JAI.*

A continuación destacamos algunos puntos relevantes de cada uno de ellos:

Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales. Se trata del primer instrumento de derechos procesales que aplica la Resolución del

Consejo, de 30 de noviembre de 2009, para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales. En el Artículo 1 leemos:

1. La presente Directiva establece normas mínimas comunes para los países de la Unión Europea sobre el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales, así como en los procedimientos para la ejecución de la orden de detención europea. Establece el derecho a interpretación y traducción para las personas que no hablan o no entienden el idioma del procedimiento. Este derecho debe garantizarse desde el momento en que se pone en conocimiento de estas personas que son sospechosas o acusadas de un delito hasta el final del procedimiento penal, incluidas la condena y la resolución de la apelación. Los países de la UE también deben poner a disposición de las personas interesadas servicios de interpretación para que puedan comunicarse con sus asesores jurídicos sobre cuestiones relacionadas directamente con cualquier interrogatorio o audiencia durante el procedimiento o con la interposición de un recurso.

La Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, sobre el derecho a la información en los procesos penales es la segunda medida de aplicación de la hoja de ruta sobre derechos procesales. Esta Directiva establece que los Estados miembros deben informar a sus ciudadanos de que tienen, al menos, los siguientes derechos:

- El derecho a tener acceso a un abogado;
- El derecho al asesoramiento jurídico gratuito y las condiciones para obtenerlo;
- El derecho a ser informado de la acusación;
- El derecho a interpretación y traducción;
- El derecho a guardar silencio.

En caso de detención, la Directiva impone, entre otras cosas, a los Estados miembros la obligación de facilitar una carta de derechos a los sospechosos en procesos penales, que contenga al menos información sobre los derechos antes mencionados y los siguientes derechos, en una lengua que comprendan:

- El derecho de acceso a los materiales de la caja;
- El derecho a que se informe a las autoridades consulares y a una persona;
- El derecho de acceso a la asistencia médica urgente;
- El derecho a saber cuánto tiempo puede estar privado de libertad en el país concerniente.

Directiva 2012/29 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y que sustituye a la Decisión marco del Consejo 2001/220 / JAI tiene, tal y como se indican al principio, “el objeto de la presente Directiva es revisar y complementar los principios establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI y avanzar de forma significativa en la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión, en particular en el marco de los procesos penales” y en el Artículo 7. Derecho a traducción e interpretación se especifica su función:

1. Los Estados miembros velarán por que a las víctimas que no entiendan o no hablen la lengua del proceso penal de que se trate se les facilite, si así lo solicitan y de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente, interpretación gratuita, al

menos durante las entrevistas o las tomas de declaración en los procesos penales, ante las autoridades de instrucción y judiciales, incluso durante los interrogatorios policiales, e interpretación para su participación activa en las vistas orales del juicio y cualquier audiencia interlocutoria.

Otro elemento importante a considerar en lo que se refiere al funcionamiento de los centros penitenciarios son los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP). Sus funciones se hallan reguladas en dos leyes fundamentales:

Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) LO 1/1979, de 26 de septiembre, que delimita sus atribuciones y radicación de los mismos, y la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ), LO 6/1985, de 1 de julio, Arts. 94 y Disposición adicional 5ª LOPJ, según nueva redacción dada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio.

Otras normas que hay que tener en cuenta son *Reglamento Penitenciario* aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, donde se regula la intervención del Juez de Vigilancia en numerosos artículos; *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Arts. 526, 985, 987, 990 LECRIM. y concordantes, a los que remite el art. 78 y DT 1ª de la Ley General Penitenciaria; *Código Penal*, Arts. 36, 49, 58, 60, 78, 78 bis, 90, 91, 92, 96, 98, 105 y 106 Código Penal reformado por LO 1/2015 de 30 de marzo; y *Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, L 23/2014 de 20 de noviembre.

La LOGP, en el Artículo 76 presenta la figura del JVP limitándose a enumerar sus cometidos y lo describe:

(...) como el órgano judicial que tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse.

Se describen también sus funciones y entre las cuales podemos destacar:

- Hacer cumplir la pena impuesta
- Resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar la pena con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos.
- Salvaguardar de los derechos de los internos.
- Corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Dichas funciones bien podrían incluir quejas sobre problemas de comunicación con la población extranjera y la decisión de contar con un intérprete o traductor profesional para resolverlas.

El JVP es una figura necesaria para salvaguardar los derechos de los reclusos, independiente del poder judicial, como apunta Fuentes Sánchez (2014). Al JVP no solo le corresponde juzgar, sino ejecutar lo juzgado del mismo modo. Tal y como describe Fuentes Sánchez, la historia judicial española ha atribuido al juez una serie de distintas funciones en la aplicación de las penas privativas de libertad debido a la gran confusión que existía respecto a los derechos de los reclusos: el Juez pronunciaba la sentencia y acordaba el ingreso en prisión, a partir de ahí la responsabilidad de la ejecución de la sentencia era ajena a sus competencias y caía exclusivamente sobre la administración penitenciaria.

1. Investigación sobre los derechos lingüísticos en los centros penitenciarios

Los estudios internacionales dedicados a explorar los problemas lingüísticos relacionados con los reclusos extranjeros en las prisiones son limitados. Podemos citar los trabajos de Bhui (2003, 2004, 2006); Cheney (1993); Ellis (1998); Green (1998, 1991); Pourgourides et al., (1996); Tarzi & Hedges (1990, 1993); Van Kalmthout et al. (2007); y en España Baixauli (2013); Martínez-Gómez (2008, 2018); y Valero-Garcés & Mojica (2014) Valero Garcés y Lázaro Gutiérrez 2017 Valero-Garcés 2017, 2019). La lista no es exhaustiva, pero se pueden extraer conclusiones similares en todos ellos como las que comenta Bhui.

Bhui (2006), en su estudio comparativo de seis prisiones en el Reino Unido, identifica los principales problemas a los que se enfrentan los reclusos extranjeros en las prisiones británicas:

1. Falta de información, por ejemplo, sobre el sistema legal o la prisión.
2. Problemas relacionados con la inmigración, por ejemplo, órdenes de deportación y detención indefinida por parte de los Servicios de Inmigración.
3. Aislamiento, especialmente de las familias.
4. Falta de preparación para la reintegración en la sociedad y en el mercado laboral una vez cumplida la condena.
5. Mal trato, racismo y actitudes irrespetuosas por parte del personal administrativo o de los propios reclusos.
6. Barreras lingüísticas, un factor que intensifica los otros problemas mencionados.

Estos resultados se ven corroborados por los comentarios de Škvain (2007: 193):

Knowledge of language plays the key role; otherwise a prisoner does not have the opportunity to communicate with others and it will be easier to end up in social isolation. Such a prisoner is not able to understand what his/her obligations are in prison and he/she is treated differently not only by prison staff, but by his/her fellow prisoners too.

[El conocimiento del idioma juega un papel clave; de lo contrario, un preso no tiene la oportunidad de comunicarse con los demás y será más fácil terminar aislado socialmente. Ese recluso no es capaz de comprender cuáles son sus obligaciones en la prisión y es tratado de manera diferente no sólo por el personal penitenciario, sino también por sus compañeros de prisión] (Traducción propia).

Van Kalmthout et al (2007b: 17) también señalan que:

[T]he most common and significant problem faced by foreign prisoners is the lack of knowledge of the national language. As a result, verbal and written communication is severely hampered and that causes feelings of social isolation, uncertainty and helplessness [...] Daily interactions between foreign prisoners and staff are crucial and it often depends on the goodwill of prison staff and fellow prisoners and the availability of an interpreter. Language barriers are often the main source of other problems that foreign prisoners face in penitentiary institutions.

[El problema más común y significativo al que se enfrentan los presos extranjeros es la falta de conocimiento del idioma nacional. Como resultado, la comunicación verbal y escrita se ve gravemente obstaculizada y eso provoca sentimientos de aislamiento social, incertidumbre e impotencia...] Las interacciones diarias entre los reclusos extranjeros y el personal son cruciales y a menudo dependen de la buena voluntad del personal penitenciario y de sus compañeros de prisión y de la disponibilidad de un intérprete. Las barreras lingüísticas son a menudo la principal fuente de otros problemas a los que se enfrentan los reclusos extranjeros en las instituciones penitenciarias]. (Traducción propia).

Honingsberg (2013) va más allá y argumenta que el aislamiento lingüístico es "tan pernicioso" ("as pernicious") como otros tipos de aislamiento, dado que las interacciones limitadas a gestos y saludos mínimos privan a los individuos de un contacto humano significativo, y deberían considerarse un abuso de los derechos humanos con consecuencias psicológicas y fisiológicas.

Estos mismos problemas se han descrito en investigaciones sobre las cárceles españolas en los estudios citados anteriormente y que el presente estudio también confirma.

Por su parte, Martínez - Gómez (2018:157) (Tabla 1) va un paso más allá y clasifica los sistemas penitenciarios según la cobertura legal de los derechos lingüísticos en tres grupos principales:

1. Sistemas con una política lingüística mínima o nula en las prisiones: África: Libia; América: Quebec (Canadá), Belize, Costa Rica, Surinam. Asia: Malaysia. Europa: Alemania, Estonia, Noruega y Eslovenia. Oceanía: Victoria (Australia)
2. Sistemas con políticas lingüísticas limitadas en las cárceles, cuando tienen de tres a cinco disposiciones legales sobre derechos lingüísticos. América: Ontario (Canadá); EEUU: Oregón. Europa: Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, España, Suecia, Suiza.
3. Sistemas con políticas más amplias de idiomas en las cárceles, cuando tienen más de seis disposiciones legales sobre derechos lingüísticos. América: Arizona, California (EEUU); Europa: Dinamarca, Inglaterra y Gales, Holanda.

<p>Group 1: Systems with minimal or no prison language policy (fewer than two LR provisions)</p>	<p>Africa: Libya Americas: Quebec (Canada), Belize, Costa Rica, Surinam. Asia: Malaysia. Europe: Estonia, Germany, Norway, Slovenia. Oceania: Victoria (Australia)</p>
<p>Group 2: Systems with limited prison language policies (Three to five LR provisions)</p>	<p>Americas: Canada federal, Ontario (Canada); USA Federal, Oregon (USA)</p>

	Europe: Austria, Belgium, Finland, France, Greece, Italy, Spain, Sweden, Switzerland
Group 3: Systems with broader prison language policies (over six LR provision)	Americas: Arizona, California (USA) Europe: Denmark, England & Wales, Netherlands

Tabla 1. Sistemas penitenciarios según la cobertura legal de los derechos lingüísticos (Martínez-Gómez 2018:157)

2. La cuestión lingüística en los centros penitenciarios españoles

España se encuentra en el grupo 2 de la clasificación de Martínez-Gómez como un país con disposiciones limitadas en materia de idiomas en las prisiones.

La primera consideración es la definición de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) de las instalaciones penitenciarias como "zonas urbanas autosuficientes en las que una plétora de profesionales trabajan no sólo para reeducar a los procesados y ayudarles a reintegrarse socialmente, sino también para garantizar la seguridad y la custodia adecuada de los que se encuentran en la institución" (SGIP 2015). Tal definición ya indica la singularidad de cada centro penitenciario y, por lo tanto, la dificultad de establecer políticas comunes.

En cuanto a la legislación vigente, la Administración Penitenciaria está regulada por el *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) 1/1979, de 26 de septiembre*, con una reforma completa de la normativa reglamentaria penitenciaria de 1981, y con la última modificación del 26 de marzo de 2011. Se trata de una norma clave que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como el régimen de los detenidos a disposición judicial y de los presos preventivos, y en el que se menciona de la misma manera la necesidad de los internos extranjeros de hacerse entender ante las autoridades del centro penitenciario.

El Reglamento Penitenciario establece varias disposiciones que hacen referencia explícita al trato de los reclusos extranjeros (artículo 4, apartado 1, artículo 15, apartado 5, artículo 26, artículo 27, artículo 41, apartado 1, apartado 7, artículo 43, apartado 2, artículo 46, artículo 49, apartado 3, artículo 52, apartados 2, 3, 4 y 5, artículo 62, apartado 4, artículo 118, apartado 2, artículo 123, apartado 1, artículo 127, apartado 3, artículo 135, apartado 2, artículo 197 y artículo 242, apartado 2, letra j)).

De estos artículos, sólo unos pocos hacen referencia a los servicios de traducción e interpretación, como se explica a continuación:

Art. 46. Comunicaciones escritas: los documentos se presentarán a la dirección para su traducción y posterior procesamiento cuando el idioma no pueda ser traducido en la institución penitenciaria.

Art. 52. Información.

(...)

3. A estos efectos, la misma dirección antes mencionada intentará editar folletos en los idiomas hablados por los internos pertenecientes a grupos extranjeros

representativos que se encuentran en las instituciones penitenciarias españolas. Los reclusos extranjeros que no entiendan el idioma de estos folletos recibirán una traducción oral del personal de la prisión o de otros reclusos que hablen su idioma. Si se considera necesario, se puede pedir a los consulados de los reclusos extranjeros que cooperen.

4. En todo caso, cuando los internos españoles o extranjeros no puedan entender la información escrita, la misma será facilitada por otros medios adecuados.

5. El Departamento de Bibliotecas y Admisiones de las instituciones penitenciarias españolas pondrá a disposición de los internos extranjeros varios ejemplares de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario y del Reglamento Interno que regula el centro penitenciario. La Junta Directiva intentará que la Ley Orgánica General de Centros Penitenciarios y el Reglamento Penitenciario se redacten en la lengua materna de los reclusos. Para ello se buscará la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes.

Art. 242. Nombramiento del instructor y pliego de cargos.

2. A un funcionario o recluso se le puede pedir que actúe como intérprete cuando los reclusos extranjeros no hablan español.

Estas alusiones a la traducción e interpretación se centran principalmente en la traducción de documentos informativos. En cuanto a la interpretación, esta tarea suele delegarse bien en funcionarios cuyas funciones no están relacionadas con la interpretación, bien en los propios internos, como vemos que indican las disposiciones legales y critican los estudios mencionados (Martínez Gómez, 2008; Baixuauli, 2010; Valero Garcés & Mojica, 2014). Los esfuerzos para mejorar la situación han sido impulsados por las circunstancias como, por ejemplo, tras los atentados del 11 de marzo de 2004, a raíz de los cuales el Ministerio del Interior español tomó conciencia de la precaria situación de la comunicación interlingüística en las cárceles y contrató a treinta intérpretes profesionales árabes (Valero-Garcés y Abkari 2010).

La *Directiva 2010/64 UE* dio lugar a la *Ley Orgánica 5/2015* (Boletín Oficial del Estado [BOE], 27 de abril de 2015), que dice así:

Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril de 2015, por la que se modifica el Código de Enjuiciamiento Penal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la transposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, sobre el derecho a la interpretación y traducción en el proceso penal y de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, sobre el derecho a la información en el proceso penal.

Ahora bien, la transposición de la Directiva se hizo de modo parcial tal y como se explica a continuación. La ley introdujo la nueva sección “Derecho a la traducción e interpretación” (Arts. 123-127), que incluye algunos de los aspectos más relevantes de las Directivas mencionadas, como la interpretación en las conversaciones entre acusados y abogados, la interpretación de todo el juicio, la interpretación consecutiva si no es posible la simultánea, la consideración esencial de la traducción de algunos documentos, o la formación de profesionales de la justicia para trabajar con intérpretes, entre otros. Sin embargo, se pospuso la creación de un registro oficial de traductores e intérpretes jurados para garantizar la calidad de T&I en esta ley (*Ley Orgánica 5/2015*), hecho que aún no se ha logrado, a pesar de que se fijó un plazo de un año para presentar un proyecto de ley para la creación de dicho registro.

Estas modificaciones son insuficientes, como indican los documentos publicados por asociaciones profesionales de traducción e interpretación y otras entidades que representan a la traducción e interpretación jurídicas o que prestan servicios de traducción e interpretación (T&I). Un ejemplo de ello es el informe de 2013 elaborado por la CCDUTI, ahora conocida como AUnETI, o el comunicado de prensa titulado "Oportunidad perdida: interpretación judicial sin garantías" (Nota de Prensa 17/4/2015, publicado en 2015 por la red Vértice (Red de asociaciones de profesionales de la traducción, interpretación y corrección) con presencia en España, o la queja formal presentada por APTIJ ante el Defensor del Pueblo español en relación con la prestación de servicios de interpretación y traducción jurídica. La denuncia fue apoyada a nivel nacional por asociaciones de T&I de España y por AUnETI. A nivel internacional, tanto la Federación Internacional de Traductores (FIT) como EULITA apoyaron la reclamación de la APTIJ mediante la presentación de una carta de apoyo al Defensor del Pueblo español (Valero-Garcés 2019: 24)

Por su parte, el Reglamento Penitenciario, aprobado por *Real Decreto 190/1996* y revisado en 1981, en el apartado 2.1.2.1, ya menciona la gran presencia de internos procedentes de otros países e incluye varias disposiciones dirigidas a salvar las dificultades lingüísticas e incluye varios artículos, como ya hemos visto, en los que se menciona la T&I, aunque esta quede relegada a la posibilidad de que sea un funcionario o un interno quien la lleve a cabo y solo se solicitará colaboración a las «autoridades diplomáticas correspondientes», en casos de extrema necesidad. Como recoge Martínez-Gómez (2011: 74): "en ningún momento, como puede observarse, se hace alusión expresa al intérprete o traductor profesional, ni siquiera en los casos, normalmente delicados, de intervención de comunicaciones". Gascón Nasarre (2017) en el artículo titulado "La Directiva 2010/64/UE: antecedentes de hecho, fundamentos de Derecho y claroscuros de su transposición en España", da cuenta del estado de la cuestión.

Ahora bien, podemos concluir que el Reglamento Penitenciario, al autorizar a los funcionarios y a los propios internos como intérpretes, desacredita una vez más la profesión del intérprete profesional ya que la posibilidad de intervención de un intérprete profesional en estos casos no se plantea ni una vez en estos artículos ni se expresa tampoco una sola vez el nivel de formación necesario de las personas encargadas de las labores de T&I. Pese a todo, el Reglamento Penitenciario reconoce la figura del intérprete de manera explícita ya que en el Artículo 242 (j) menciona la posibilidad de recurrir a un intérprete, aunque este sea una vez más un funcionario o un interno que conozcan el idioma y no un intérprete profesional. El Artículo 2 (j) dice explícitamente: "Posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano".

En definitiva, contamos con una legislación escasa y un tanto ambigua a pesar de las sucesivas modificaciones de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario (1079, 1966, 1981, 2911) para adaptarla a la nueva situación. Una visión rápida de la evolución de la sociedad nos indica que en 1979 España vivía en un contexto socio histórico y político completamente diferente al de hoy en día y tampoco se podía prever el cambio demográfico que sufrirían los centros penitenciarios españoles con la llegada de población extranjera desde finales del siglo XX. La única mención que se hace a los internos extranjeros es en el

Artículo 3, en el que se define el principio de no discriminación por razones de raza, creencias religiosas, condición social, en consonancia con los Derechos Humanos.

3. Población extranjera en los centros penitenciarios españoles

Desde principios del siglo XXI, la población extranjera en las cárceles españolas ha ido en aumento si se compara con los datos anteriores al flujo migratorio de la última década del siglo XX (Almeida et al. 2006: 23, Gutiérrez et al. 2008), pasando de un 17,3% en 1996 a un 27,1% en 2003, 37% en 2009 y a un 33,4% en 2012. Según la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en 2013 la población carcelaria extranjera ascendía al 31,6% del total y en 2017 al 28% de la población carcelaria total. Este número de presos de origen extranjero se ha reducido en los últimos años, aunque sigue siendo considerable. Ruiz Morales (2017: 437) nos da algunas claves:

Entonces, ¿por qué se ha producido ese descenso mayoritario de internos extranjeros en las cárceles españolas? ¿Cómo ha sucedido y cuál puede ser su explicación? (...). La explicación de este descenso podría fundamentarse en la reducción de la recepción de inmigrantes por parte de este país del sur de Europa, al paralizarse el desarrollo económico español.

Aun así, esto significa que tres de cada diez presos en las cárceles españolas son extranjeros, con un gran abanico de países de procedencia. Ello indica que parte de los internos pueden encontrarse con problemas de comunicación en su vida cotidiana en el interior del centro penitenciario y necesitar, por tanto, de algún tipo de mediación lingüística.

Existe, sin embargo, una clara diferencia entre la atención lingüística prevista en los juzgados y la prevista en el centro penitenciario, o dicho de otro modo, entre la Interpretación y Traducción (I&T) judicial y I&T en el medio penitenciario. Un claro ejemplo de tal incongruencia es el abismo existente entre una realidad profesional relativamente consolidada y con un interés académico, investigador y formativo notable sobre la I&T judicial como indican Illiescu y Ortega Herráiz (2015) y la práctica de la I&T en el ámbito penitenciario, basada en medidas coyunturales que dependen de la buena voluntad de las partes implicadas en el acto comunicativo y de internos que realizan tareas de intérprete y traductor con una investigación escasa y aislada unido a una escasa oferta formativa.

Conocida la situación legal sobre los derechos lingüísticos de los reclusos y los instrumentos existentes, en los siguiente apartados se describen diferentes acciones llevadas a cabo por el grupo de investigación y formación en TISP conocido como FITISPos, de la Universidad de Alcalá, Madrid, en los centros penitenciarios como aplicación de los resultados de las investigaciones y con el objetivo de mejorar la comunicación con población extranjera.

4. Investigación - acción en los centros penitenciarios

4.1. Contextualización

En 2011, el grupo de investigación FITISPos, de la Universidad de Alcalá, Madrid, estableció un acuerdo de colaboración con la Dirección General de Penitenciarías de España (SDGP) a través del Máster Universitario en Comunicación Intercultural, Interpretación y Traducción de Servicio Público (CI&TISP). En junio de 2012, se firmó un acuerdo que hizo posible que algunos estudiantes completaran

sus pasantías de maestría y también realizaran algunas investigaciones y entrevistas a miembros del personal. Las principales conclusiones extraídas indicaron la necesidad de servicios de traducción e interpretación. El grupo FITISPos pronto sintió la necesidad de ampliar el alcance de su proyecto. Desde entonces, se han llevado a cabo varias acciones.

El objetivo de estos proyectos ha sido explorar la comunicación dentro de la población penitenciaria entre los reclusos que no estaban familiarizados con la lengua y la cultura de contacto, a fin de determinar las deficiencias en el acceso al idioma y cómo se estaban abordando esas deficiencias para proponer soluciones conjuntas. Algunos resultados se hallan publicados en Valero Garcés & Mojica (2014), Lázaro Gutiérrez & Valero-Garcés (2017).

4.2. El proyecto Comunicación eficiente en centros penitenciarios

En las páginas siguientes ofrecemos el desarrollo de las últimas acciones llevadas a cabo en torno a la comunicación y que culminaron en 2019 añadiendo un estudio cualitativo sobre un elemento poco explorado como son los juzgados de vigilancia penitenciaria (JVP).

Tras el difícil proceso de establecimiento de cooperación con la DGIP, y el desarrollo de varios proyectos ya mencionados que nos permitieron conocer la realidad de las cárceles españolas y los problemas comunicativos con la población extranjera, el siguiente objetivo fue el desarrollo de cursos de formación que pudiesen integrarse en los programas de reinserción dirigidos a los reclusos extranjeros. Ello ha sido posible gracias al proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España (ref. REF FFI 2015-69997-R, 2016-2019) titulado “Comunicación eficiente en los centros penitenciarios”.

El proyecto en general se basa en el diseño metodológico de investigación-acción y persigue, entre otros, los siguientes objetivos específicos:

1. Diseño y planificación de ejecución de acciones dirigidas a paliar las dificultades encontradas.
2. Creación de materiales multilingües, guías y otros recursos (fichas, glosarios, panfletos, etc.) en formato tanto impreso como digital que fomenten la superación de las barreras lingüísticas.
3. Desarrollo e impartición de un programa piloto formativo sobre T&I en un centro penitenciario para reclusos de origen extranjero y análisis de su eficacia, con el fin de recibir *feed back* y poder adaptarlo y aplicarlo en otros centros penitenciarios en un futuro y, asimismo abrir una puerta hacia la formación continua de internos bilingües.
4. Desarrollo de una guía o curso para profesionales de los centros penitenciarios en contacto con los internos que se vayan a comunicar con reclusos de origen extranjero con el fin de darles a conocer o ampliar sus conocimientos, por un lado, sobre los patrones socio-culturales de dichos reclusos y, por otro, sobre las implicaciones de la comunicación a través de un intérprete o traductor de modo que sepan comportarse adecuadamente en las situaciones comunicativas tripartitas y sean conscientes de los

principios del código deontológico por los que se debe regir cualquier traductor o intérprete que actúe en este contexto.

Del análisis de los datos recogidos en los distintos centros penitenciarios en relación con los problemas comunicativos y las posibles soluciones, se extrajeron aquellas buenas prácticas que se estaban llevando a cabo. Los resultados preliminares se han difundido en congresos como *Critical Link International Conference 8* (2016) o *VI Congreso Internacional sobre Traducción e Interpretación en los Servicios Públicos*, organizado por la Universidad de Alcalá en 2017 (Valero-Garcés 2017).

Finalmente se diseñó manual y un curso básico de formación para internos bilingües. En cuanto al libro, con el título específico de *Introducción a la traducción e interpretación en los centros penitenciarios. Curso básico* (Valero et al 2019), fue desarrollado de forma colaborativa por investigadores, formadores y profesionales del ámbito de la traducción e interpretación, exalumnos y alumnos del Master en CI&TISP mencionado y con la colaboración de la DGIP y centros penitenciarios específicos, puesto que cada centro es en sí una unidad bastante independiente, siguiendo la política penitenciaria del país.

El manual del curso no es un libro teórico ni mucho menos normativo. Es un manual orientado a la reflexión y a la práctica, cuyo origen se halla en el contacto con internos que han estado haciendo y hacen esa labor de intermediación porque “conocen” las lenguas y culturas o aquellas que creen que podrían hacer esa labor pero que reclaman más formación. Tampoco se ofrece formación especializada, si no, como ya mencionábamos, unos conocimientos teóricos básicos y práctica con las destrezas, habilidades y herramientas necesarias para actuar como enlace lingüístico, comunicativo y cultural entre el personal de las instituciones penitenciarias y los reclusos internos y entre ellos.

En cuanto a la implantación del curso piloto, el curso lo iniciaron 7 alumnos. Todos ellos en el tercer grado penitenciario y en módulos de respeto ²(1). De los 7 alumnos, 5 son de nacionalidad extranjera (73.9%) (albanesa, holandesa, italiana, marroquí y rumano) y todos ellos dicen hablar más de 2 lenguas aparte de su lengua materna, siendo el inglés una de las lenguas que todos los alumnos- excepto uno- dicen conocer y también francés. Varios de ellos reconocen tener experiencia ‘interpretando’ para los funcionarios o compañeros o traduciendo documentos. Todos mostraron gran interés por el curso desde el principio. El curso se desarrolló con normalidad según el esquema previsto: 8 sesiones en total (una por cada unidad) de 4 horas divididas en periodos de 2 horas cada una- para acomodarse también al horario del centro penitenciario. De esas 8 sesiones, la primera y cuarta sesiones se desarrollaron con el formador/instructor así como la última, en la que

² Según recoge el art. 72.1 de la LOGP, las penas privativas de libertad se ejecutan según el sistema de individualización científica separado en grados, el último de los cuales es el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal. Los otros grados son: Primer Grado corresponde a un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más restrictivas (o régimen cerrado). Segundo Grado se corresponde con el régimen ordinario. Tercer Grado coincide con el régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.
(<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/sistemaGrados.html>)

intervinieron también instructores e intérpretes profesionales de las otras lenguas. Las clases se impartían en el aula de informática del centro penitenciario, donde previamente se había descargado todo el material. En el desarrollo de cada clase el alumno debía tener en cuenta las cinco partes en el siguiente orden:

1. Escuchar un audio que contiene un *power point* locutado con una presentación general del contenido de la unidad.
2. Leer la información ampliada del Módulo 1 en el manual y redactar un resumen.
3. Leer la información ampliada del Módulo 2 en el manual y contestar a preguntas de manera individual y comentar en grupo.
4. Realizar las actividades para lo cual podían consultar el material adicional incluido como anexo en formato electrónico.
5. Realizar la autoevaluación y consultar la plantilla de respuestas.

Como conclusión cabe indicar que la elaboración del manual y su posterior puesta en práctica en el curso cumplió tres objetivos.

Primer objetivo: Dar un paso más allá en la dinámica que existe actualmente en las cárceles españolas basadas en la utilización de aquellos reclusos que ya conocen la(s) lengua(s) de contacto (el español, en nuestro caso, y otra(s) lengua(s)) para servir de enlace con el resto de la población reclusa extranjera que desconocen el español.

Segundo objetivo: Proponer nuevas soluciones a problemas comunicativos que podrían derivar en situaciones de incomunicación o exclusión social con la impartición de un curso novedoso y adaptado a sus necesidades.

Tercer objetivo: Lograr entrar en los centros penitenciarios para obtener material de auténtico de primera mano, y para dar a conocer el papel de los T&I profesionales y estrechar la colaboración con la Administración con el fin de conseguir quizá en un futuro un servicio de T&I en los CP. Más información sobre el desarrollo del proyecto y los resultados en Valero-Garcés.

4.3. Proyecto sobre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la comunicación con población extranjera

Con el fin de ahondar en la investigación, se llevó a cabo otra acción centrada en el papel de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (JVP) como garantes del cumplimiento de la ley en el tema de la comunicación con población extranjera. Son escasos el número de estudios sobre esta figura y su actividad profesional dentro de la amplia investigación existente sobre la interpretación judicial. Debido al significativo aumento del número de reclusos extranjeros, la perspectiva de estos agentes judiciales es particularmente interesante para obtener otra visión de la situación de la profesión.

El estudio se llevó a cabo por Ponte (2019). La metodología utilizada se basó en la entrevista como técnica de investigación cualitativa y social que establece la comunicación entre un investigador y un entrevistado. Esta comunicación establece una relación entre los dos sujetos que es "dialógica, espontánea, concentrada y de

intensidad variable" (Gainza Veloso 2006: 219). Así pues, la investigación se basa en los testimonios reales de los sujetos en el campo para posteriormente comparar y analizar la información individual obtenida de los entrevistados según los puntos teóricos descritos. El trabajo se centra en Galicia, comunidad autónoma del norte de España con dos lenguas oficiales- español y gallego. Las entrevistas se realizaron telefónicamente por una cuestión de distancia geográfica entre entrevistado-entrevistador y de falta de disponibilidad de tiempo por parte de los entrevistados.

Se diseñó una entrevista breve y semiestructurada con preguntas simples con el fin de permitir que los propios entrevistados amplíen sus respuestas. El objetivo era conocer su punto de vista profesional sobre la situación de los traductores e intérpretes judiciales. Las entrevistas se realizaron durante el mes de septiembre de 2018 y su duración fue de unos 10 minutos. Se entrevistó a los JVP de A Coruña y Lugo y fue imposible contactar con el juez de Pontevedra y Ourense. En este apartado se analizarán las respuestas de los dos JVP entrevistados. A pesar del escaso número de entrevistados y a falta de un estudio más profundo, el estudio de Ponte (2019) es orientativo para conocer la situación general en España.

Entrevista 1. El JVP de A Coruña. En primer lugar, el juez nos contextualiza y establece que la mayoría de los internos extranjeros que residen en la cárcel de Teixeiro (Santiago de Compostela, A Coruña) son de origen marroquí o "árabe", y no entienden la lengua española. El JVP indica que la penitenciaría de Teixeiro no dispone de intérprete y las tareas de interpretación las lleva a cabo un funcionario que "se sienta junto al recluso para interpretar lo que dice el recluso y de la misma manera, lo que dice el juez". Indica que considera suficiente que si un funcionario conoce algo la lengua actúe como intérprete, ya que no existe un servicio oficial a disposición del tribunal de ejecución.

El juez coruñés afirma que nunca ha trabajado personalmente con un intérprete, excepto cuando trabajaba en otro centro penitenciario, donde un trabajador contratado para otras funciones, a veces hacía de intérprete de árabe, y reconoce que fue muy útil. Sin embargo, también indica que en la provincia de A Coruña no existe un protocolo de actuación en estos casos y afirma que es complicado contactar con una empresa privada, ya que el servicio se subcontrata. En este sentido indica que para las audiencias en los tribunales de ejecución, es común que un funcionario o, en algunos casos, otros reclusos faciliten la comunicación entre el juez y el recluso que no conoce el idioma. El JVP señala que hay ciertos documentos sobre el funcionamiento del centro penitenciario, como las normas de residencia o las normas de régimen interno, que están traducidos a algunos idiomas que presupone son los más comunes entre los reclusos. Considera que contar con un servicio de intérpretes judiciales profesionales para actuar ante los tribunales sería deseable pero desconoce cuáles son los idiomas más necesarios. Asume que el árabe es la lengua más común entre los internos del centro penitenciario que atiende.

El entrevistado conoce la lista de intérpretes puestos a disposición de los tribunales por la Xunta de Galicia, pero no se usan porque no están asignados para esta función que no se considera fundamental. Señala que no hay problema de comunicación, ya que hay herramientas suficientes para la comprensión de los temas "básicos". Además, agrega que los reclusos tienden a pasar tiempo en nuestro

país, por lo que terminan con algunas nociones básicas del idioma, lo cual es suficiente para que lo entiendan y sean entendidos.

Finalmente considera que el mayor problema es el nivel educativo de los internos- generalmente bajo- pero no el idioma ya que, en general, no necesitan ayuda para entenderse entre sí. Señala que los reclusos que vienen de países con idiomas inglés o francés no tienen ningún problema. La dificultad viene de los reclusos con el árabe, en estos casos se necesita interpretación, la cual, como ya se ha mencionado, es realizada por un compañero oficial, cuya formación no es específica.

Entrevista 2. La JVP fue entrevistada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Lugo. En dicha provincia hay dos centros penitenciarios: Centro penitenciario de Bonxe y el de Monterroso. La jueza señala que no hay un gran problema de comunicación con reclusos extranjeros ya que, según ella, la mayoría de ellos hablan español bastante bien y los reclusos de otras nacionalidades se las arreglan para ser entendidos y ve necesario disponer de intérpretes profesionales.

La jueza comenta que aunque en la Comunidad Autónoma de Galicia hay dos las lenguas cooficiales- español y gallego- que a menudo se utilizan indistintamente, esto no es un problema para los reclusos que hablan o conocen el español, ya que normalmente entienden los dos idiomas sin problemas y suelen defenderse con cierta fluidez en español. En el caso de los reclusos extranjeros de países como Marruecos o Nigeria, que no entienden el idioma, la juez explica que no existe un protocolo de actuación como tal, sino que simplemente se recurre a otro funcionario o personal de la prisión para que le ayude; pero insiste en que “los reclusos extranjeros encuentran la manera para aprender español”.

En cuanto a los diferentes documentos básicos a los que pueden acceder los reclusos, la jueza señala que están en castellano y en gallego- las dos lenguas oficiales y si un recluso tiene problemas, un funcionario se encarga de explicárselos de manera que pueden entenderlos. La jueza señala que ha trabajado con intérpretes en el pasado, durante su estancia en el País Vasco donde necesitó la ayuda de intérpretes del euskera al castellano pero en Galicia no ha tenido ningún problema, ya que entiende perfectamente el gallego. En consecuencia, cuando se pregunta a la jueza si considera necesario incluir intérpretes en el personal de los centros penitenciarios o la existencia de planes de acción para solicitarlos, indica que su presencia sería más necesaria en los tribunales de instrucción, donde suelen presentarse sujetos extranjeros que, debido a su reciente llegada al país, todavía no conocen el idioma. Sin embargo, no ve la necesidad de un equipo de intérpretes para la vigilancia en las prisiones, aunque agrega que se trata de un tema de política de estado.

La jueza considera que en Galicia no existe una necesidad urgente de interpretación en los tribunales de vigilancia penitenciaria y considera que hay otras medidas que son más urgente, aunque una vez más declara que todas estas son consideraciones que los políticos debe abordar. Cuando se le preguntó si le resultaba fácil trabajar con intérpretes o si le daban confianza, explica que no tuvo más remedio que confiar en lo que le decían. Indica que sabe inglés y el uso de ese idioma

le permitió también comunicarse muchas veces con los internos. Señala que los reclusos extranjeros, especialmente los de origen marroquí, aprenden español con facilidad y que en el centro penitenciario aprenden gallego. Finalmente, la JVP señala que el tribunal de vigilancia penitenciaria no es un órgano particularmente afectado por el problema del idioma.

En resumen, como hemos podido vislumbrar con sus declaraciones, los JVP de A Coruña y Lugo comparten muchas similitudes en su visión. Ambos reconocen que recurren a un funcionario o personal de la institución para realizar las tareas de traducción e interpretación que puedan surgir, siendo irrelevante para ellos la situación o formación de estos *Tr&In ad hoc*. El único criterio importante parece ser que tengan ciertas nociones del idioma que necesitan en ese momento. Ambos jueces reconocen que el centro penitenciario no cuenta con un protocolo de actuación cuando se presenta la necesidad de facilitar la comunicación dentro del CP. En este sentido, encontramos una diferencia entre los dos. Por su parte, el juez coruñés considera que sería conveniente contratar a un intérprete para que actúe en estos casos. Sin embargo, la JVP de Lugo considera que la actividad de un traductor o intérprete es más necesaria en la fase que se desarrolla en los tribunales de instrucción. A este respecto, debemos recordar la existencia del artículo 5 de la Directiva 2010/4, que establece la obligación de crear registros de traductores e intérpretes autónomos cualificados y, a su vez, ponerlos a disposición de cualquier persona que pueda estar interesada. Hoy por hoy, como hemos comentado, no existe todavía tal registro. La Xunta de Galicia dispone de un listado ubicado en la intranet de la Dirección Xeral de Xustiza, que forma parte de su protocolo de actuación que la Xunta recomienda pero que no se cumple, como hemos podido comprobar según los testimonios recogidos.

A pesar de estas pequeñas diferencias, es evidente que los dos centros penitenciarios trabajan de manera muy similar en lo que respecta a las funciones que deben desempeñar los traductores o intérpretes profesionales y, por lo tanto, no se está cumpliendo la legislación internacional y nacional. En este sentido, debemos recordar que tanto organizaciones como Jueces para la Democracia, o Unión Progresista de Fiscales, coinciden en que los trabajadores judiciales deben conocer la profesión y estar capacitados para trabajar con traductores e intérpretes. A esto se refiere el artículo 6 de la Directiva 2010/64, que establece que los jueces, fiscales y personal judicial que participen en un proceso penal con la intervención de un intérprete participarán en una formación específica con el fin de favorecer la comunicación. Sin embargo, este artículo de la mencionada Directiva no se está cumpliendo en la realidad como se ha comentado y otros estudios muestran (Gascón Nasarre 2017).

Es posible que, de impartirse esta formación, la realidad de la situación en los diferentes ámbitos judiciales, incluida la vigilancia penitenciaria, cambiaría, ya que el propio personal judicial sería consciente de la importancia de certificar la presencia de profesionales de la traducción y la interpretación judiciales, y, como se afirma en la propia Directiva, se garantizaría una "comunicación eficaz y eficiente".

Las declaraciones incluidas en estas dos entrevistas chocan con gran parte de la legislación citada en este artículo, sin embargo no lo hacen con respecto al Reglamento Penitenciario. Como hemos indicado el artículo 242 del Reglamento

Penitenciario establece que existe "la posibilidad de que un funcionario o un interno actúe como intérprete en el caso de un interno extranjero que no conozca el español".

Podría concluirse que el Reglamento Penitenciario contradice gran parte del derecho nacional e internacional, pero debemos recordar la observación de Martínez-Gómez (2011) de que, si bien muchas normas exigen la presencia de intérpretes en los procedimientos judiciales con personas que no hablan el idioma del tribunal, ninguna de estas disposiciones refleja con exactitud el grado en que se requiere la presencia de estos intérpretes en el proceso. Y, lamentablemente, no incluye la estancia en una prisión en los casos en que sea necesario.

Conclusión

Los reclusos, como individuos humanos, están protegidos por tratados internacionales y otros acuerdos vinculantes que reconocen los derechos humanos fundamentales. El derecho a estar informado y a comunicarse en un idioma que puedan entender está contemplado en las leyes y recomendaciones emitidas por la ONU o la UE o la legislación nacional. Esto implica la necesidad de proporcionar los servicios de traducción e interpretación. Sin embargo, debido a la naturaleza del encarcelamiento, cada país ha desarrollado una serie de instrumentos legislativos que buscan garantizar un trato justo a los prisioneros. Algunos de estos instrumentos abordan específicamente cuestiones de idioma y comunicación para ayudar a la diversa población carcelaria.

En este artículo se han presentado investigaciones realizadas en los centros penitenciarios españoles. Los resultados indican que existen barreras lingüísticas y que el nivel de confianza en los servicios prestados fluctúa entre medio y alto.

Desde el punto de vista del personal penitenciario, la política lingüística se ajusta a las normas, y el comportamiento del personal es coherente con lo que permite la ley. Por lo tanto, la comunicación con la población no hispanohablante es adecuada y no plantea problemas graves, ya que existen procedimientos que garantizan los derechos mínimos exigidos como son:

- a. comunicación básica con los reclusos que saben algo de español o con el personal que sabe algo de su idioma;
- b. comunicación a través de un intérprete-interno *ad hoc*;
- c. uso de material traducido sobre información necesaria acerca de los derechos de los reclusos.

Sin embargo, desde el punto de vista de los reclusos, el uso de estos recursos no es suficiente y el uso de intérpretes *ad hoc* no capacitados deja espacio para el conflicto y la mala interpretación. Quedan aún varios aspectos de la traducción e interpretación en el ámbito penitenciario que deben ser revisados y, en consecuencia, mejorados. Se debe mejorar la aplicación de la legislación vigente tanto nacional como internacional, ya que, como opinan los JVP entrevistados, gran parte de esta legislación no se cumple en la práctica. Se debe mejorar la formación de los operadores judiciales y de la Administración en general sobre el papel de los traductores e intérpretes y la importancia de la profesión de traductor o intérprete.

Como se afirma en la legislación y como hemos podido leer en los diferentes testimonios de las organizaciones de juristas, este desconocimiento de los problemas derivados de la ignorancia o falta de interés sobre todo lo que rodea a la profesión del traductor e intérprete podría resolverse si aplicamos la legislación que sugiere capacitar al personal judicial sobre cómo trabajar con traductores o intérpretes y en qué beneficia la inclusión de esta profesión en el campo de la justicia.

Referencias bibliográficas

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (BOE) 2018. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Boletín Oficial del Estado, de 15 de febrero de 1996, núm. 40, pp.5380-5435. Disponible <http://www.boe.es/boe/dias/1996/02/15/pdfs/A05380-05435.pdf>,
- Almeida Herrero, C., M. Lucena García y F.J. Rodríguez Enríquez. (2006. Situación de los presos extranjeros en el Centro Penitenciario de Topas (Salamanca). Salamanca: Cáritas diocesana de Salamanca. Disponible en: <http://caritas.caritalamanca.org/uploads/media/Situacion_juridica_social_y_penitenciaria_extranjeros.pdf>.
- APTIJ. 2010. Carta al Defensor del Pueblo sobre el servicio de traducción e interpretación en juzgados y comisarías. Disponible en: <<http://www.aptij.es/index.php?l=es&s=n&c=70>>.
- Baixaoli-Olmos, L. 2013. A description of interpreting in prisons – Mapping the setting through an ethical lens. In C. Schäffner, K. Kredens and Y. Fowler (eds), *Interpreting in a Changing Landscape. Selected papers from Critical Link 6*, pp. 45-60 Amsterdam: John Benjamins.
- Bhui, H. S. 2003. 'Foreign Nationals in Prisons', *Guardian Society* Disponible en: <<http://society.guardian.co.uk/publicvoices/prisons/> >
- Bhui, H. S. 2004. The Resettlement Needs of Foreign National Offenders. *Criminal Justice Matters*, 36-37, 44.
- Bhui, H. S. 2006. *Going the Distance: Developing Effective Policy and Practice with Foreign National Prisoners*. < Disponible en: [http://www.prisonreformtrust.org.uk/uploads/documents/GOING THE DISTANCE book3.pdf](http://www.prisonreformtrust.org.uk/uploads/documents/GOING_THE_DISTANCE_book3.pdf).
- Cheney, D. 1994. Policy and Practice in Work with Foreign Nationals. *Probation Journal*, Vol. 41 (4).
- Citizens arrested under European Arrest Warrant (EAW). Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/types-judicial-cooperation/european-arrest-warrant_en>.
- Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:32010L0064>>.

- Directive 2012/13/EU of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012L0013>>.
- Directive 2012/29/EU of the European Parliament and the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0029>>.
- Ellis, R. 1998. *Asylum-Seekers and Immigration Act Prisoners. The Practice of Detention*. London: Prison Reform Trust.
- European Prison Rules. 2006. Disponible en: < <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae>>.
- Fuentes Sánchez, J. M. 2014. *Vigilancia Penitenciaria*. Crimipedia, Universidad Miguel Hernández, pp. 2-9. Disponible en: <http://crimina.es/crimipedia/wpcontent/uploads/2015/05/Vigilancia-Penitenciaria.pdf>.
- Gainza Veloso, Á. 2006. "La entrevista en profundidad individual" en *Metodologías de investigación social. Introducción a los oficios*. pp. 219-265. Disponible en: https://www.academia.edu/15399849/Canales_Ceron_Manuel_-_Metodologias_de_la_investigacion_social.
- Gascón Nasarre F. 2017. "La Directiva 2010/64/UE: antecedentes de hecho, fundamentos de Derecho y claroscuros de su transposición en España". *Punto y Coma (152)*, 19-31, Disponible en: <http://ec.europa.eu/translation/spanish/magazine/documents/pyc_152_es.pdf>.
- Gutiérrez, J.A., J. Jordán y H. Trujillo. 2008. Prevención de la radicalización yihadista en las prisiones españolas. Situación actual, retos y disfunciones del sistema penitenciario. *Athena Intelligence Journal* 3.1-9.
- Honigsberg, P. J. 2013. Linguistic isolation. A New Human Rights Violation Constituting Torture, and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment (Law research paper nº 2013-11). San Francisco: University of San Francisco. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=2208749>.
- Illiescu C., Ortega Herráez J. M. 2015. "El intérprete oye voces... perspectivas académicas y profesionales radiografiadas y anotadas". *MonTI Special Issue (2)*, 9-36.
- Informe sobre la transposición de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (2013). Disponible en: < <http://auneti.org/informe-la-transposicion-la-directiva-2010-64-ue-del-parlamento-europeo-del-consejo-relativa-al-derecho-interpretacion-traduccion-los-procesos-penales-2013->>>.

- Ley Orgánica 5/2015. Disponible en:
<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4605>,
(10.12.2019).
- Martínez Gómez, A. 2008. La integración lingüística en las instituciones penitenciarias españolas y europeas. Proceedings of the International Conference El español, lengua de traducción. ESLETRA, Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en:
<http://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/04/051_martinez.pdf>.
- Martínez Gómez, A. 2018. Language, translation and interpreting policies in prisons: Protecting the rights of speakers of non-official languages. International Journal of the Sociology of Language. Vol 2018- 251. DOI:
<https://doi.org/10.1515/ijsl-2018-0008>.
- Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP).
Disponible en: <<http://www.institucionpenitenciaria.es/>>.
- Oportunidad perdida: interpretación judicial sin garantías” - Nota de Prensa 17/4/2015). Disponible en: <www.aptij.com>.
- Ponte, M. 2019. Análisis de la situación de la interpretación en el ámbito de vigilancia penitenciaria en Galicia. Trabajo Fin de Master. Master en Comunicación Intercultural y Interpretación y Traducción en la Universidad de Alcalá. Sin publicar.
- Pourgourides, C. K et al. 1996. A Second Exile: The Mental Health Implications of Detention of Asylum Seekers in the UK. University of Birmingham/Cadbury Trust.
- Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas. Disponible en:
<<https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/principles-best-practices-protection-persons-deprived-liberty-americas.pdf>>.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Boletín Oficial del Estado, de 15 de febrero de 1996, núm. 40, pp. 5380-5435. Disponible en: <
<http://www.boe.es/boe/dias/1996/02/15/pdfs/A05380-05435.pdf>>.
- Recommendation CM/ Rec (2012)12. Disponible en: <<https://pjp-u.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%282012%29+12+concerning+foreign+prisoners.pdf/a13a6dc6-facd-4aaa-9cc6-3bf875ac8b0f>>.
- Recommendation R(84)12) Disponible en:
<https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/ochrana_osob/Umluvy/vezenstvi/R_84_12_concerning_foreign_prisoners.pdf>.
- Recommendations on the Treatment of Foreign Prisoners (1985). Disponible en: <
<https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%282012%29+12+concerning+foreign+prisoners.pdf/a13a6dc6-facd-4aaa-9cc6-3bf875ac8b0f>>.

- Ruiz Morales, Manuel L. 2017. "La evolución de la población reclusa española en los últimos treinta años: una explicación integral", ADPCP, VOL. LXXI, 2018, 403- 490.
- Škvain, P. 2007 Czech Republic, 171-206 . En A. M. Van Kalmthout et alii eds. *Foreigners in European Prisons*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands: 171-206.
- Tarzi, A and Hedges, J. 1993. *A Prison within a Prison – Two Years On: An Overview*. Inner London Probation Service.
- Tarzi, A. and Hedges, J. 1990. *A Prison Within a Prison*. Inner London Probation Service.
- UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf.
- Valero- Garcés C. and Mojica López, E. 2014. La comunicación con mujeres extranjeras en la cárcel. Estudio de caso. In Valero-Garcés, C. (ed) *(Re)considerando ética e ideología en situaciones de conflicto/ (Re)visiting ethics and ideology in situations of conflicto*, Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá: 94-107.
- Valero- Garcés, C. and Lázaro Gutiérrez, R. 2017. *Community Translation in Spanish Penitentiaries: A Co-ordinated Approach*. In Taibi, M. (ed) *Community Translation in Specific Context*. London/New York: Multilingual Matter.
- Valero-Garcés C. 2016). "Training public service interpreters and translators in the legal context". *Slavonic Pedagogical Studies Journal* (5), 320-336.
- Valero-Garcés C., Schnell B., Rodríguez N., Cuñado F. 2015. "Estudio preliminar sobre el ejercicio de la interpretación y traducción judicial en España". *Sendeban* (26), 137-166.
- Valero-Garcés, C & Abkari, A. 2010. Learning from practice: Interpreting at the 11M terrorist attack trial. *The Journal of the Translation & Interpreting Research*, 2010, Vol 2, 2, 44-46.
- Valero-Garcés, C. 2017. Comunicación en prisión con población extranjera. Notas sobre ética y la visión del funcionario de prisiones. En Valero-Garcés, C. (Ed.), *Superando límites en traducción e interpretación en los Servicios Públicos / Beyond Limits in Public Service Interpreting and Translation*. Alcalá de Henares: Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá: 115-123. Disponible en <<http://www3.uah.es/traduccion/publicaciones>>.
- Valero-Garcés, C. 2017. Ethical Codes and their Impact on Prison Communication. In Valero- Garcés, C. and Tipton, R. (eds) *Ideology, Ethics and Policy Development in Public Service Interpreting and Translation*. London/New York: Multilingual Matter: 156-173.

- Valero-Garcés, Carmen. 2019. "Navigating between theory and practice. Design and implementation of a continuous training course for interpreters and translators of the administration". *Lingualegis*, 27: 11-31.
- Van Kalmthout, A.M., F.B.A.M. Hofstee-Van Der Meulen, F. B. and Dünkel, F. (eds.). 2007. *Foreigners in European Prisons*. The Netherlands: Wolf Legal Publishers.
- Van Kooten, H. 2008. "Foreigners in European Prisons. From 'good practices' to good policy" Report. 16th-17th October 2008. *Nieuwersluis*: CEP.

Terrorismo y deporte. Perspectiva desde el psicoanálisis (*)

Terrorism and sport. Perspective from psychoanalysis

Daniel López Melero¹

Montserrat López Melero²

Sumario: 1. Malestar social. Socialización y psicoanálisis. 2. ¿Podemos hablar en el terrorismo de narcisismo primario y secundario? 3. El deporte como proceso de socialización. – Referencias bibliográficas.

Resumen: Desde el psicoanálisis, se puede afirmar que la decisión de un joven de convertirse en terrorista puede venir motivada por el *deseo de ser aceptado* en el entorno social - amigos, barrio, escuela, en la sociedad, en general-. El joven precisa de una identidad dentro de una colectividad, en este sentido, esta identidad se trata de un incentivo no material basada en criterios de racionalidad. A través de la actividad física y el deporte se puede crear esos ámbitos carenciales de los que precisa todo joven.

Palabras clave: deporte, narcisismo, psicoanálisis, terrorismo, socialización.

Abstract: From psychoanalysis, it can be affirmed that the decision of a young person to become a terrorist can be motivated by the desire to be accepted in the social

(*) Recibido: 13/03/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Doctorando en Ciencias de la Salud. Universidad Alcalá (UAH)
danimelero@hotmail.com

² Prof. Acreditada Dra. Grado de Criminología, Analista en Terrorismo. (UEMC)
molom1983@gmail.com

environment -friends, neighborhood, school, in society in general-. The young person needs an identity within a community, in this sense, this identity is a non-material incentive based on criterion of rationality. Through physical activity and sport, you can create those lacking areas that every young person needs.

Keywords. Sport. Narcissismo. Psychoanalysis. Terrorism. Socialization.

1. Malestar social. Socialización y psicoanálisis

Hay que partir de la teoría psicoanalítica de Freud que determina que, la conducta y comportamiento del ser humano no se caracterizan por regirse, exclusivamente, por el placer o por la realidad, sino que hay que tener en cuenta la vida psíquica del ser humano que da lugar a conflictos en los requerimientos. Estos conflictos generan un malestar. El malestar puede venir determinado por³: La hostilidad que existe; La posible insatisfacción que se tiene respecto de las relaciones con los demás; La posible insatisfacción que se tiene respecto de las relaciones con las Instituciones. Todo ello, genera infelicidad y frustración, porque gira en torno a la demanda de cariño, apego y goce, por lo que éstos son aspectos que se deben construir de forma correcta desde niños. En consecuencia, las teorías de la frustración y del arraigo social son significativas en muchos procesos de radicalización de las personas, convirtiéndose en futuros terroristas.

Pero, parece ser que, ese malestar está en la propia civilización, siendo un componente estructural de la misma, lo que supone que viene estableciendo la hipótesis de anular el bienestar y del discurso que es utilizado para teorizar el bienestar. Dahrendorf⁴ afirmaría que el Estado del bienestar se caracteriza porque viene apoyándose en la defensa de los intereses de las personas desposeídas frente a la resistencia de los privilegiados. Esta posición se ve reflejada en las teorías utilitaristas de Bentham que determinan la necesidad y posibilidad de que el mayor número de bienes debe ser para el mayor número de personas. También viene amparada en la política social en la que debe tenerse en cuenta el principio de igualdad de oportunidades para todas las personas, si bien, debemos entender esa igualdad en derechos y no de resultados.

Dado que existen conceptos vacíos de valor, es ahí donde surge la tiranía, en la que muchos no se pueden permitir el pensar, surgiendo el aislamiento, teórico y práctico, la marginación y la auto-marginación. Así, en el terrorismo, hay una interpretación vacía de contenido a lo que en valores se refiere, a lo que se entiende por estructuras democráticas y a lo que el espacio político entiende por bienestar.

³ (Vid., Cerdeira Gutiérrez, 1988)

⁴ (Dahrendorf, 1983)

Se caracteriza (el terrorismo y el terrorista) por la persistencia de comportamientos inadaptados a la sociedad actual -por cuestiones políticas, ideológicas o falta de identificación en valores-. Puede entenderse que, el malestar que se genera, viene determinado por el simple hecho de pensar y sentir.

En este sentido, Freud habló de las fuentes del ser humano: el cuerpo mortal, la naturaleza y la propia cultura. La cultura es especialmente significativa porque puede obligar a reprimir instintos naturales, y tener conciencia sobre la fragilidad moral y mental de los sujetos. Los jóvenes que se unen a las filas de las diferentes organizaciones terroristas internacionales pueden deberse al decaimiento de la subjetividad junto con el decaimiento de la figura paterna. Tal situación puede generar cierta exhortación al goce, es decir, la organización terrorista promete continuamente cómo conseguir la felicidad y las soluciones a sus problemas, a sus inquietudes, entre otras cuestiones.

Hoy en día, en muchos casos, se afirma que la estructura de la familia es importante, la desorganización y la existencia de problemas internos de ésta puede predecir acciones violentas, actos de delincuencia y actitudes negativas. Se ha demostrado que, una escasa o nula supervisión o control parental, una disciplina errónea o severa, relaciones maritales problemáticas, el rechazo de los padres hacia los hijos, etc., son importantes y claros predictores de conductas violentas. Tras conversaciones con internos en Centros penitenciarios, sus relatos de vida han confirmado que, algunos de ellos, tenían una desestructuración familiar que necesitaban mitigar y buscar consuelo o una explicación de la situación, acogiéndose a unos ideales y valores, que, en estos casos, fueron los de una organización terrorista internacional de corte yihadista, siendo condenados al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Del análisis y la observación, el resultado obtenido es que, da lugar a que se tenga una tendencia hacia uno mismo, de manera que, prima *el yo* como centro del mundo, no permitiendo la entrada de valoraciones externas - y mucho menos de los padres o familiares- en su entorno.

Desde una perspectiva sociológica, supone la existencia de falta de adaptación social o, incluso, una impotencia por integrarse a unos grupos determinados, eso supone un aislamiento en el que el adolescente, el joven (incluso el adulto) sólo va a aceptar valores e intereses propios⁵. Todo ello, es un proceso que se puede adquirir en un núcleo familiar o fuera de él (con grupo de iguales). La *teoría de la anomia* de Merton produce efectos egocéntricos importantes (incluso narcisismo), dando lugar a aspectos temperamentales en los sujetos⁶, esto es, que no temen las penas o el reproche social⁷. Estos comportamientos temperamentales pueden ser iniciados en el ámbito familiar y ser agravados en el contexto social. Por lo que, este proceso puede igualmente ocurrir en el ámbito del terrorismo. Si partimos de la idea básica de la tesis de Merton consistente en que la conducta desviada es una reacción normal, además de esperada y contraria a las estructuras sociales, es dable decir, que la estructura social ejerce una presión sobre los ciudadanos induciéndoles

⁵ (López Melero, 2018)

⁶ (Vid., Hernández Espinosa, 2014, págs. 1-16)

⁷ Un relato de vida confirma que el reproche a sí mismo lo tiene ahora que está cumpliendo condena, lamentándose la visión que pueda tener de él sus familiares más íntimos.

adoptar determinados comportamientos “disconformes”. Huelga decir, que demuestra que no existe una tendencia biológica del sujeto sino un impacto diferencial de la presión. Por lo que, la conducta desviada es una reacción normal, un modo de adaptación del sujeto a las contradicciones de esa estructura social. Merton se basa en dos proposiciones básicas⁸: a) Las contradicciones de la estructura cultural (objetivos) y la estructura social (medios institucionalizados) producen una tendencia a la anomía en la sociedad que afecta particularmente a las clases bajas; b) Se dan una serie de respuestas individuales típicas y normales de adaptación.

En suma, se busca cierta identidad, por lo que es necesario hacer un breve análisis de la *teoría de la frustración-agresividad* de Dollard y Miller, al abordar el tema relacionado con el terrorismo, se puede considerar que, determinadas personas pueden manifestar una conducta antisocial y terrorista cuando el sujeto tiene cierta frustración por no alcanzar alguna meta propuesta y, en consecuencia, cierta tendencia a la agresividad. Si bien es cierto, la correlación entre la frustración y la agresividad va a depender de las experiencias previas que tenga el sujeto y de las herramientas que disponga para resolver la situación. En este sentido, Agnew⁹ realiza una reformulación de la teoría e indica que, si una persona no puede hacer nada para evitar una situación en concreto puede cometer un delito, es decir, aquella fase en la que prima factores negativos, como la ira, puede dar lugar a cierta hostilidad y agresividad que se verá materializada en un atentado terrorista. Dicho de otra manera, si una persona carece de valores o de identidad sus posibilidades serán escasas a la hora de enfrentarse a la situación mediante estrategias lícitas, existirá, por lo tanto, una disposición al delito.

Afinando más la cuestión, es acertado el proceso psicológico explicado por Moghaddam¹⁰, afirma que todas aquellas personas infelices en la sociedad pueden estar motivadas para buscar la justicia, y pueden ser sujetos frustrados, en consecuencia, pretenden ser miembros y formar parte de un grupo radical. Esta situación permite al sujeto radicalizarse y, si cumple todas las fases, cometer atentados y acciones terroristas. A lo anteriormente indicado, se ha de indicar que, en cada uno de los bloques, hay un número de personas implicadas psicológicamente a distintos niveles. Cuantos más peldaños hacia arriba más difícil será la vuelta atrás. En cada peldaño, como afirma Moghaddam, hay oportunidades de salida y de avance hacia el siguiente peldaño. En suma, las acciones terroristas deben ser estudiadas y analizadas según el contexto social y geográfico en el que nos encontremos, de manera que, hay factores contextuales que pueden estimular y favorecer la aparición de acciones terroristas. Si bien, no hay un único factor social o psicológico que predisponga a una persona a ser radical o ser terrorista. La teoría de la identidad, como se ha indicado, juega un papel fundamental.

En lo que se refiere a la *teoría del arraigo social* de Hirschi, se basa en explicar si existe o no vínculos afectivos con personas que están socialmente integradas y

⁸ (García-Pablos, 2009: 722-723)

⁹ (Agnew, 1992, págs. 47-88)

¹⁰ Se conoce como *Staircase to terrorism* -escalera del terrorismo-. MOGHADDAM, F., “Staircase to Terrorism. A psychological exploration”, dans *The American Psychologist*, February-March 2005, p. 161-169.

que suponen un referente para los jóvenes a la hora de implicarse en actividades delictivas. En este sentido, todas aquellas personas que tienen más vínculos sociales y participan en un número elevado de actividades convencionales cometerán menos hechos delictivos. Se basa en una serie de mecanismos de vínculo social, caracterizados porque son vínculos que unen a una persona a la sociedad y, por lo tanto, les disuade de cometer hechos delictivos; se trata del apego, el compromiso, la participación y las creencias. En suma, es un tipo de aprendizaje social, la carencia de alguno de ellos puede dar lugar a una conducta desviada o delictiva. Fruto de esta teoría, y tras una reformulación, surge una *teoría general de la criminalidad*, entendiendo que ha de existir un denominador común en todo comportamiento delictivo. Bajo el nombre de *teoría del bajo autocontrol* se analiza e interpreta que la característica principal de los delincuentes sería la impulsividad, lo que supone que cuenta con más habilidades físicas que verbales, egocéntricas y carecen de capacidad para autocontrolarse. La diferencia con los sujetos que no delinquen sería que, los que delinquen cuentan con un bajo autocontrol de impulsos. La teoría concluye que, si la tendencia de los sujetos es cometer delitos, hay que averiguar las causas por las que no se cometen.

En consecuencia, volviendo a la teoría psicoanalítica de Freud, y especialmente a los elementos que componen la personalidad, se puede aseverar que:

- a. En el *ello* se van a ubicar los impulsos del instinto que tenga una persona para cometer conductas antisociales y/o delictivas.
- b. El *yo* regula los deseos del *ello* interponiéndose la razón y el equilibrio.
- c. El *super yo* hará referencia a las restricciones sociales y al sentido de culpa a la hora de trasgredir el orden social.

La delincuencia terrorista puede ser considerada como un síntoma de conflictos internos, generalmente situados en el nivel inconsciente de su mente, lo que supone que no está sujeto a ningún control de la razón; además, ese conflicto puede ser considerado como una enfermedad, lo que significa que puede ir empeorando de manera progresiva (se puede comparar con las diferentes etapas de la radicalización, en la que si se supera una se llega a la siguiente hasta completar el proceso y cometer un atentado terrorista) o puede aminorar si es tratada. Si bien es cierto, desde el punto de vista empírico, existe una elevada dificultad a la hora de someter a una comprobación los conceptos de *yo*, *ello* y *super yo*.

En el ámbito del terrorismo se puede afirmar que, la decisión de un joven, adolescente y/o adulto de convertirse en terrorista puede venir motivada por el *deseo de ser aceptado* en el entorno social -amigos, barrio, escuela, en la sociedad en general-, es decir, el joven precisa de una identidad dentro de una colectividad, en este sentido, esta identidad se trata de un incentivo no material basada en criterios de racionalidad. Lo característico no es el propio proceso de radicalización, sino la desconexión social que sufren, el resentimiento a que no le dejen formar parte de algo. Es aquí donde se incluye a la mayoría de los jóvenes descendientes de inmigrantes musulmanes, ya que sufren crisis de identidad y necesitan a alguien que les valoren, ese alguien puede ser una organización terrorista que pretenda darle el lugar que la sociedad no les da.

2. ¿Podemos hablar en el terrorismo de narcisismo primario y secundario?

Respecto del *narcisismo primario* es aquel estado precoz, en el cual el niño catectiza toda su libido sobre sí mismo¹¹; mientras que, el *narcisismo secundario* es una vuelta de la libido sobre el *yo*, retirada de sus catexis objetales¹²; para Freud representa estados extremos de regresión y una estructura permanente del sujeto. Además, considera que el sujeto está construido sobre la base de un narcisismo primario. Lo define como un estado posterior donde el *yo* retira su libido de las *figuras objetales* y la vuelve a dirigir hacia sí mismo, como en el periodo inicial del narcisismo primario. No obstante, se aplica la conceptualización de *narcisismo primario* a un primer estadio de la vida, es decir, anterior a la construcción del *yo*; su arquetipo es la vida intrauterina. Lo que supone que no hay separación entre sujeto y mundo externo. Se pregunta si aquellos sujetos que tienen narcisismo primario ¿si se relacionan con el otro?, a lo que responde que en el narcisismo primario no se tiene en cuenta al otro. Y no hay relación con el ambiente¹³. El narcisismo primario designa el “primer” narcisismo, es decir, el del niño que se considera a sí mismo objeto de amor antes de elegir objetos exteriores¹⁴. Corresponde a su creencia en la omnipotencia de sus pensamientos. El secundario, por lo tanto, designa ciertos estados extremos de regresión.

Podemos hablar en el terrorismo de narcisismo, pero no podemos decir que todos los terroristas son narcisistas. Por qué, porque el narcisismo es la variante más extrema del rasgo de la personalidad del egocentrismo y no de los otros rasgos de la personalidad -labilidad afectiva, agresividad e indiferencia afectiva-; y porque el que un sujeto terrorista sea narcisista es complicado de determinar si solo valoramos y analizamos sus hechos, es necesario un diálogo. Y saber identificar ante quién estamos y su rol en la organización terrorista, no podemos calificar con los mismos rasgos de personalidad a un líder, que un militante, que a un simpatizante. Es más propio afirmar que un líder de una organización terrorista internacional tiene más acentuado el rasgo de la personalidad del egocentrismo (y narcisismo) y no es lábil, mientras que los seguidores tendrán más acentuado el rasgo de la labilidad afectiva. Sería conveniente hacer un estudio individualizado de cada terrorista y no aplicar rasgos de la personalidad de forma generalizada para no incurrir en errores. Además, hay que acuñar que se debe adjudicar a los sujetos terroristas un narcisismo primario y no secundario, en el que se evaden de la sociedad y crean un contexto social personal en el que prima, ese proceso psicológico utilizado por Moghaddam ya analizado.

Se puede decir que, el egocéntrico y el narcisismo dan lugar a conductas y comportamientos extremadamente peligrosos, en el que las técnicas y métodos empleados son más planificados y refinados. Incluso, este tipo de sujetos justifican sus conductas mediante mecanismos defensivos de racionalización y compensación; lo que supone que desvaloriza los argumentos de los demás -de su familia y los argumentos sociales-, siempre adoptan una postura crítica y acusadora, culpabiliza

¹¹ (Diccionario de Psicología, 2016-2019)

¹² (Grippio, 2012)

¹³ (INUPSI, 2019, págs. 10-15)

¹⁴ (Diccionario de Psicología, 2016-2019)

a la sociedad y a la política de su no integración y no tener identidad con lo que le rodea.

Teniendo en cuenta los *factores biológicos o físicos*, podemos señalar, en la estructura psicológica del terrorista, del siguiente modelo o teoría: las relaciones entre apego, genética y trastornos de personalidad son complejas y no han sido bien establecidas y analizadas. Podemos considerar que, el apego inseguro causa disregulación emocional; pero tanto el apego inseguro como la disregulación emocional podrían estar mediadas por las mismas diferencias heredables en el temperamento o los rasgos de personalidad¹⁵. En lo que respecta a los *factores psicológicos*, es explicada a través de Silke con cuestiones psicopatológicas. Si bien, es interesante la conclusión a la que llega manifestando que la normalidad es una norma en los terroristas y no la excepción. Especialmente, porque tienen un modo de pensar, de discernir que son normales y coherentes, no son enfermos mentales. Y, respecto de los *modelos o teorías sociológicas* que prevalecen en la estructura psicológica del terrorista, señalamos la *teoría del aprendizaje*. Citando a García-Pablos en cuanto a la adquisición de pautas y modelos criminales, “se lleva a cabo a través de un proceso de aprendizaje evolutivo que descansa en la observación y en la imitación del comportamiento criminal, “aprendizaje vicario, observacional o proceso de modelado”¹⁶. Se trata de un aprendizaje vicario, Bandura explicó cómo el aprendizaje observacional o indirecto, caracterizado por la observación, la retención de lo observado, la motivación del sujeto y la reproducción del observado en conductas, permiten explicar conductas y acciones terrorista. Esta observación puede ser de manera directa (esto es, forma parte integrante de la organización terrorista) o de manera indirecta, que es la que aquí interesa, es la que se hace a través de los distintos medios de difusión aprovechados por el Dáesh y Al Qaeda a través de revistas como Dabiq, Rumiya, Inspire, así como en los diferentes boletines de difusión, Al Naba, Boletín de Hay`at Tahrir al-Sham, entre otros, pero también a través de vídeos. Esta teoría es aprovechada para observar, enseñar cómo se cometen atentados terroristas eficaces.

Si bien, para explicar la teoría del aprendizaje y poderla asociar a los sujetos terroristas, se recurre a la *Teoría de la Asociación Diferencial* de Sutherland, quien la desarrolla en proposiciones. Todo este aprendizaje marca el narcicismo primario y secundario, y la personalidad de los sujetos. Esta teoría supone un marco contextual adecuado y oportuno, ya que el sujeto es capaz, y tiene disposición y aptitud, para interiorizar acciones. En un determinado momento, esas acciones podrán convertirse en conductas delictivas terroristas *-proceso de socialización*¹⁷-. En este proceso juega un papel fundamental el entorno más cercano (familia y amigos y sus teorías correspondientes ya descritas), aseverando esa crisis de identidad, una frustración, de manera que, la única salida que ven muchos de los jóvenes (de padres emigrantes) es hallar su sitio, que alguien les dé su lugar y, en la mayoría de los casos, ese lugar se lo ofrece la organización terrorista internacional, abasteciéndole de valores y técnicas propias de la organización terrorista y del terrorismo. Técnicas que serán aprendidas por la falta de identidad. Pero, es la *teoría de la imitación de*

¹⁵ (Goldsmith & Harman, 1994, pág. 53 y ss.)

¹⁶ (García-Pablos de Molina, 2009, págs. 600-601)

¹⁷ (Valero Matas, 2009, pág. 82).

Tarde la más acertada¹⁸ por establecer unas leyes, a saber: Primera ley: El hombre imita a otro en proporción directa al grado de proximidad o intimidad de la relación entre ellos existente de su naturaleza. Segunda ley: El superior es imitado por el inferior. Tercera ley: *Ley de la inserción*, el incremento de la moda criminal más reciente es correlativo al descenso del anterior (puede haber excepciones). Es aquí donde tiene cabida, y dan sentido a la teoría de la imitación, las figuras de los *retornados*, es decir, aquellas personas que han recibido entrenamiento o tienen experiencia de combate y regresan a su país de residencia u origen; el *autodidacta* siendo aquel que se instruye y realiza el aprendizaje de nuevos conocimientos a través de sus propios medios, conocido como el *autorradicalizado* o *autoadoctrinado*; o el terrorista *homegrown* siendo aquellos sujetos que se suman a la militancia desde su país de residencia.

3. El deporte como proceso de socialización

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente reseñado, se ha de indicar que los jóvenes terroristas tienen una tendencia a la agresividad. Como posibilidad o como una de las alternativas a esa agresividad, a esa frustración, a la falta de identidad, a ese egocentrismo y narcisismo, los jóvenes pueden y deben recurrir a la actividad física y al deporte. La consideración del deporte como motivación para suplir las posibles carencias y algunas estructuras psicológicas; el deporte como proceso de socialización. Podemos definir la *socialización* como la adquisición, por parte de las personas, de un conjunto de hábitos prosociales, esa adquisición se produce mediante asociación. Afinando más la cuestión, se produce a través del sistema de reflejos condicionados debiendo cumplir el requisito que debe consolidarse en la memoria, ya que un hábito es una tendencia internalizada que predispone a la acción¹⁹.

Para muchos sujetos el delinquir puede suponer una actividad intrínsecamente placentera, aportando beneficios más rápidos que consiguiéndolo a través de otras vías legales. Sin embargo, esta tendencia de búsqueda de placer choca directamente con el desarrollo de la conciencia, que se adquiere mediante la respuesta de temor condicionada. Por tanto, la probabilidad de que una persona cometa un crimen depende de la fuerza de su conciencia.

El deporte puede proporcionar un sentimiento de continuidad a los sujetos que lo practican, además, de una identificación colectiva con el grupo con el que se practica, genera una identidad junto con una responsabilidad compartida, lo que puede difuminar la línea del egocentrismo-narcisismo (cada sujeto tiene un rol concreto y dependiente de los demás componentes). Si tenemos una agresividad escondida es hora de sacarla a través del deporte ya que puede convertirse en una forma de vida, por controlar estados emocionales. Es un medio adecuado para conseguir y adquirir valores personales y sociales²⁰, sirviendo como modelo de comportamiento según la estructura deportiva que se practique.

¹⁸ (García-Pablos de Molina, 2009, págs. 415-418)

¹⁹ (Gardner, 2001)

²⁰ (Vid., Gutiérrez, 1995)

Así, podemos destacar unos valores por la práctica deportiva (Tabla 1), valores que, en la dimensión general y dimensión psicosocial, son recomendables de adquirir por los jóvenes que deciden unirse a las filas de cualquier organización terrorista internacional para evitar la situación.

Tabla 1. *Valores de la práctica deportiva*²¹

DIMENSIÓN GENERAL	
Justicia y honestidad	Comportamiento ético
Autosacrificio	Autocontrol
Lealtad	Justicia
Respeto a los demás	Humildad
Respeto por las diferencias culturales	Perfección en la ejecución
Juego limpio	Verdad
Eliminación de prejuicios	Intercambio cultural
Amistad internacional	Autorrealización máxima
DIMENSIÓN PSICOSOCIAL	
Disfrute, diversión, alegría	Lealtad, integridad
Autoestima, autorrespeto	Honestidad, deportividad
Respeto a los puntos de vista diferentes	Valor
Respeto a los adversarios	Respeto a las decisiones de los árbitros
Control emocional, autodisciplina	Determinación
Juego con los límites propios	Autorrealización
Tolerancia, paciencia, humildad	Salud y bienestar físico
Liderazgo y responsabilidad	Amistad, empatía, cooperación
DEPORTE RECREATIVO Y AIRE LIBRE	
Uso creativo del tiempo libre	Iniciativa, originalidad
Estética	Reconocimiento personal
Disfrute y satisfacción personal	Independencia
Participación familiar	Intereses vocacionales
Evasión emocional	Nuevos y continuos desafíos
Participación no competitiva	Logro personal, autorrealización
Autodisciplina y autorrespeto	Aprecio y respeto por la naturaleza
Bienestar físico y psicológico	Control emocional y responsabilidad
Comunicación	Comprensión de sí mismo y de los demás
Liderazgo	Lealtad hacia el grupo
Promoción del logro y la experiencia	Relajación

²¹ (Frost & Sims, 1974, cit. Gutiérrez, 2003)

Si bien es cierto, también le tenemos que dar otra perspectiva al tema de la actividad física. En consecuencia, los miembros de una organización terrorista deben hacer un entrenamiento físico para estar en forma, de esta manera, la agilidad mental no es la única fuente de las organizaciones terroristas, sino también la agilidad física. Por ello, las diferentes células mantienen a sus hombres “guerreros” en un continuo y constante entrenamiento adquiriendo habilidades.

Nos planteamos la siguiente cuestión *¿podría plantearse que la actividad física y el deporte dejara de ser un medio de evasión, para pasar a ser instrumento de control y gestión de llevar a cabo conducta delictiva de forma más satisfactoria?* Es decir, la actividad física y el deporte no sería únicamente un solo sano ocio, sino una parte fundamental del programa de entrenamiento de los integrantes de una organización y, por ello, una parte fundamental del propio programa individualizado psicológico de cada uno de ellos. No solo ayuda a una mejor calidad de vida, sino a una mejor estrategia de acciones antisociales y delictivas. La cultura del ser humano tiene múltiples aspectos, pudiendo ser uno de ellos la práctica deportiva; la actividad física y el deporte como parte de la cultura humana supone el reflejo del funcionamiento social y de las vivencias, en este sentido, la actividad físico-deportiva refleja las problemáticas y los valores específicos²². Por ello, la reflexión desde la cotidianeidad observada²³ en los seres humanos se vislumbra conductas y comportamientos en el ámbito deportivo, pudiendo comprender, incluso, un dilema del ser humano, teniendo en cuenta, en todo caso, los movimientos deportivos en la conducta y comportamiento del hombre.

A continuación, podemos observar diferentes imágenes en la que los talibanes realizan su entrenamiento²⁴:

- a. Los integrantes talibanes forman un círculo y hacen elevaciones de rodillas.
Minuto 2:03



²² (Medina, F. X., Sánchez, R., 2006).

²³ (Castillo, J., 2005).

²⁴ Disponible en: <https://jihadology.net/2020/01/11/new-video-message-from-the-islamic-emirate-of-afghanistan-training-5/>, el vídeo es de fecha del 11 de enero de 2020, última consulta el 13 de marzo de 2020. Se trata de un entrenamiento de los talibanes, es el quinto vídeo con una duración de cerca de 8 minutos grabados por ellos mismo.

- b. Seguidamente se disponen, con los brazos en cruz, a realizar abdominales, a la izquierda y la derecha. Minuto 2:19 y 2:28



- c. Ya en el suelo, y con las piernas enganchadas entre cuatro compañeros, siguen haciendo abdominales. Minuto 2:48 y 2:59. Se hace un descanso que es aprovechado por el entrenador para pasar corriendo por encima de la zona abdominal, finalizado, siguen haciendo el ejercicio. Minuto 3:09.





d. Seguidamente vienen los saltos. Sobre dos compañeros (minuto 3:28), sobre las armas apiladas en el suelo (minuto 3:44).





- e. Con posterior, deben saltar a través del con una voltereta, si bien, antes de llegar a él, hay una rama o palo en llamas que deben pasar saltando sobre ella con una voltereta. Minuto 4:09



f. Sobre unas llamas. Minuto 4:25



g. Todos los obstáculos juntos, es decir, de seguido deben hacer: saltar por encima de las armas apiladas en el suelo, saltar por el aro con voltereta, saltar por encima de las llamas y saltar por encima de la barrera de madera. Minuto 4:46



h. Posteriormente, viene el entrenamiento con el arma, realizando tareas simuladas de apuntar, en distintas posiciones, de pie y de frente, de pie y de lado, con una rodilla apoyada en el suelo, sentados, tumbados boca abajo y hacer todo el proceso a la inversa hasta acabar de pie. El entrenamiento finaliza con prácticas de tiro y la celebración de que todos han finalizado correctamente.



El establecer una actividad física/deportiva dentro de una dimensión temporal y espacial no es razón suficiente para que tenga efectos positivos a la hora de llevar a cabo acciones terroristas, hay que observar los patrones conductuales de cada uno de los componentes. Lo fundamental en los actos terroristas cometidos por una variabilidad de sujetos no es el propio proceso de radicalización, sino la desconexión social que sufre. Por lo que se afirma que, con la actividad física y el deporte, se puede crear esos ámbitos carenciales de los que precisa todo joven.

El deporte y la actividad física debe ser vista como posibilidad o alternativa a la agresividad, frustración, falta de identidad, al egocentrismo y narcisismo. Partir de la base o de la consideración del deporte como motivación para suplir las posibles carencias y algunas estructuras psicológicas, siendo un elemento más para el proceso de socialización. Necesidad de imitación en el deporte.

Referencias bibliográficas

- Castillo, J., (2005). Deporte y reinserción penitenciaria. Madrid, Consejo Superior de Deportes. Centro de Alto Rendimiento y de Investigación en Ciencias del Deporte
- Cerdeira Gutiérrez, I. (1988). El malestar social. *Escuela Universitaria de Trabajo social*(1), 129-142. Recuperado el 25 de febrero de 2020, de <file:///C:/Users/MINERVA/Downloads/9505-Texto%20del%20art%C3%ADculo-9586-1-10-20110531.PDF>
- Dahrendorf, R. (1983). *Oportunidades vitales*. Madrid: Espasa Calpe.
- Diccionario de Psicología. (2016-2019). Recuperado el 23 de julio de 2019, de <http://psicopsi.com/Diccionario-de-psicologia-letra-N-Narcisismo-primario-narcisismo-secundario>
- Frost, R., & Sims, E. (2003). Manual sobre educación física y el deporte. Barcelona: Paidós.
- García-Pablos de Molina, A. (2009). *Tratado de Criminología* (4ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gardner, H. (2001). *Estructuras de la mente, la teoría de las inteligencias múltiples*. Santafé de Bogotá. Colombia: Fondo de Cultura Económica.

- Goldsmith, H., & Harman, C. (April de 1994). Temperament and Attachment: individuals and relationships. *Current Directions in Psychological Science*(1), 53 y ss.
- Grippo, J. (28 de abril de 2012). *Psiconotas.com*. Recuperado el 25 de febrero de 2020, de <https://www.psiconotas.com/narcisismo-primario-y-secundario-273.html>
- Gutiérrez, M. (1995). *Valores sociales y deporte*. Madrid: Gymnos.
- Hernández Espinosa, V. (2014). El narcisismo relacional de Freud. *Temas de psicoanálisis*, 8, 1-16. Recuperado el 26 de febrero de 2020, de <http://www.temasdepsicoanalisis.org/wp-content/uploads/2014/07/El-Narsicismo-relacional-de-Freud-PDF.pdf>
- INUPSI. (2019). Dinámica intrapsíquica. *Tema 2. Módulo I. Introducción. Psicología y concepto de terrorismo. Experto en Psicología del Terrorismo*. Madrid: Inupsi. Instituto Universitario de Psicología Dinámica.
- Lacan, J. (1946). *El estado del espejo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.
- López Melero, M. (2018). La indiferencia afectiva como rasgo nocivo de la personalidad. (M. d. Justicia, Ed.) *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, LXXI(MMXVIII), 265-305.
- Martínez de Salazar, A. (2007). Agresividad y violencia en el desarrollo. En J. Gázquez, M. Pérez, A. Cangas, & N. Yuste, *Situación actual y características de la violencia escolar* (págs. 3-21). Granada: Grupo Editorial Universitario.
- Medina, F. X., Sánchez, R. (2006). "La antropología del deporte en España: Visión crítica y perspectivas de futuro", en Medina, F. Xavier y Sánchez, Ricardo (Coord.) *Culturas deportivas y mercados locales y globales, Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, LXI (2), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Moghaddam, F. (February-March de 2005). Straicase to Terrorism. A psychological exploration. *Dans The American Psychologist*, 161-169.
- Paris, J. (1994). *Borderline personality disorder: A multidimensional approach*. Washington, D.C: American Psychiatric Publishing.
- Pelegrín, A. (2004). El comportamiento agresivo y violento: Factores de riesgo y protección como mediadores de inadaptaciones y adaptaciones en la socialización del niño y el adolescente. Murcia: Tesis doctoral no publicada. Universidad de Murcia.
- Reinares, F. (2001). *Terrorismo y Antiterrorismo*. Barcelona: Paidós.
- Silke, A. (2004). *Research on Terrorism: Trends, Achievements and Failures*. Portland: Fank Cass.
- Tarde, G. (s.f.). (1890). *Estudio penales y sociales*. Madrid: La España Moderna.
- Trianes, M. (2000). *La violencia en contextos escolares*. Archidona (Málaga).
- Tucker, P. (2015). Why Do People Join ISIS? Here's What They Say When You Ask Them. *Defense One* (8 diciembre de 2015).

Valero Matas, J. (2009). *Una mirada a la sociología desde las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos.

Pornografia de vingança, tecnologias e novos espaços de violação: uma análise da violência de gênero e dos mecanismos jurídicos de repressão (*)

Revenge pornography, technologies and new spaces for rape: an analysis of gender violence and the legal mechanisms of repression

Pornografía de venganza, tecnologías y nuevos espacios para la violación: un análisis de la violencia de género y los mecanismos legales de represión

Lutiane Castro Ortiz de Oliveira¹

Lara Santos Zangerolame Taroco²

Sumário: Introdução. 1. As tecnologias e a difusão de conteúdos na internet: sociedade em rede ou novos espaços de violação? 2. A violência de gênero e a condição da mulher no cenário das novas tecnologias: os esquemas cognitivos de dominação. 3. Os mecanismos jurídicos de repressão da pornografia de vingança: violência de gênero e formas de enfrentamento. - Considerações Finais. - Referências.

Resumo: Este estudo analisa os mecanismos jurídicos existentes para repressão da pornografia de vingança, em um recorte de gênero, que considera a especial ocorrência dessa prática em relação às mulheres, no contexto da difusão das novas tecnologias. Trata-se de pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir do método dedutivo de abordagem,

(*) Recibido: 06/12/2019 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto – RS. lutianeoliveira96@hotmail.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

em uma análise qualitativa dos mecanismos jurídicos existentes para assegurar a proteção dos direitos das mulheres nos casos de pornografia de vingança. Para tanto, são apresentadas as categorias que norteiam este estudo, como a influência das novas tecnologias no contexto da difusão de informações e a violência de gênero na sociedade patriarcal. Isso para, a partir dessas premissas, analisar os meios jurídicos existentes para reprimir a pornografia de vingança.

Palavras-chave: pornografia de vingança, pornografia não consensual, violência de gênero.

Abstract: This study analyzes the existing legal mechanisms for the repression of revenge pornography, in a gender perspective, which considers the special occurrence of this practice in relation to women, in the context of the diffusion of new technologies. This is a bibliographic research, developed from the deductive method of approach, in a qualitative analysis of the existing legal mechanisms to ensure the protection of women's rights in cases of revenge pornography. Therefore, the categories that guide this study are presented, such as the influence of new technologies in the context of information diffusion and gender violence in patriarchal society. From these premises, this is to analyze the existing legal means to curb revenge porno.

Keywords: revenge porn, non-consensual pornography, gender violence

Resumen: Este estudio analiza los mecanismos legales existentes para la represión de la pornografía de venganza, en un corte de género, que considera la especial incidencia de esta práctica en relación con las mujeres, en el contexto de la difusión de las nuevas tecnologías. Se trata de una investigación bibliográfica, desarrollada a partir del método del enfoque deductivo, en un análisis cualitativo de los mecanismos jurídicos existentes para garantizar la protección de los derechos de la mujer en los casos de pornografía por venganza. Para ello, se presentan las categorías que orientan este estudio, como la influencia de las nuevas tecnologías en el contexto de la difusión de la información y la violencia de género en la sociedad patriarcal. Se trata de analizar los medios legales existentes para reprimir la pornografía de venganza desde estas premisas.

Palabras clave: pornografía de venganza, pornografía no consentida, violencia de género.

Introdução

“Revenge porn” ou, em português, “pornografia de vingança”, é o termo usado para caracterizar a exposição de fotos, vídeos ou qualquer conteúdo gráfico pornográfico particular de uma pessoa sem sua autorização. Com o avanço das novas tecnologias, principalmente relacionadas às redes sociais, a divulgação de material íntimo se tornou mais rápida, dinâmica e difusa. A possibilidade de

exposição tornou-se maior, colocando em xeque os direitos fundamentais à imagem e à intimidade, previstos no art. 5º, X, da Constituição.

Para tentar apresentar soluções para esse cenário, disposições normativas foram criadas com intuito de reprimir quem expõe, sem concessão, material íntimo alheio. A proposta do presente estudo é analisar os mecanismos jurídicos existentes para repressão da pornografia de vingança, mas considerando a especial ocorrência dessa prática em relação às mulheres. Isso porque, as mulheres figuram como vítimas frequentes, o que repercute em danos irreparáveis. Essa frequência é ponto que merece destaque, ao passo que auxilia na própria definição e aplicação dos mecanismos jurídicos existentes para evitar a pornografia de vingança.

Quanto ao procedimento para o desenvolvimento da pesquisa, foi adotado a pesquisa bibliográfica. O método a ser utilizado foi o dedutivo, razão pela qual as premissas que norteiam o presente estudo, quais sejam “novas tecnologias e difusão informações”; “violência de gênero”; “sociedade patriarcal” e “pornografia de vingança” são apresentadas nos capítulos iniciais. Para em momento posterior, a partir desse viés geral, analisar de forma qualitativa um contexto específico, qual seja: o dos mecanismos jurídicos de repressão voltados para a pornografia de vingança.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em três momentos. O primeiro trata da relação entre as novas tecnológicas e a difusão de conteúdos na internet, a fim de verificar como ocorrem as violações de direito nesse âmbito. O segundo promove um recorte de gênero em relação às novas tecnologias, destacando o conceito de pornografia de vingança. Isso porque, trata da especial condição de vulnerabilidade da mulher nesse cenário, em virtude das características da sociedade patriarcal. Tudo isso, para, a partir de um recorte de gênero, analisar quais os desafios impostos pelas novas tecnologias à proteção dos direitos das mulheres, em especial quando se trata da pornografia de vingança, e quais os mecanismos jurídicos de repressão existentes para enfrentar a ocorrência dessa violação?

1. As tecnologias e a difusão de conteúdos na internet: sociedade em rede ou novos espaços de violação?

Em 1958, foi desenvolvida pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos a ARPA, com o propósito de estimular recursos de pesquisa especialmente do mundo universitário, com a finalidade de atingir a superioridade tecnológica militar no tocante a União Soviética, na direção de ter o primeiro Sputnik em 1957. A “Arpanet” tratava-se de um simples programa que teve origem em um departamento da ARPA, Information Processing Techniques Office (IPTO), que teve origem em 1962, baseado em uma unidade preexistente, com o propósito de motivar a pesquisa participativa (CASTELLS, 2013, p.34). A criação da Arpanet foi fundamentada como uma forma de conceder a vários centros de computadores e grupos de pesquisa que trabalhavam para agência compartilhar online tempo de computação (CASTELLS, 2013, p.35).

A internet resultou do improvável encontro da big science, pesquisa militar e da cultura libertária, como destaca Castells (2013, p.56). Os encontros dessas três fontes da internet ocorreram em significativos pontos, sendo eles centros de pesquisa universitários e centros de estudos ligados à defesa. A Arpanet teve início

no Departamento de Defesa dos EUA, contudo, suas aplicações militares tiveram papel secundário para o projeto (CASTELLS, 2013, p.58). O principal propósito do IPTO era ser financiador da ciência da computação nos EUA e permitir que os cientistas realizassem suas atividades, almejando que algo relevante surgisse disso.

O projeto de Bran teve fundamental participação para a construção da Arpanet, bem como, possuía orientação militar. Sua participação no Arpanet foi devido a sua tecnologia de comutação por pacote e visto que inspirou uma arquitetura de comunicação fundamentada nos três princípios. Esses são exercidos pela internet até os tempos atuais, quais sejam: “uma estrutura de rede descentralizada; poder computacional distribuído através dos nós da rede; e redundância de funções na rede para diminuir o risco de desconexão” (CASTELSS, 2013, p.14).

As novas tecnologias de geração e distribuição de energia possibilitaram a fabricação e a ampla corporação como os princípios institucionais da sociedade industrial, e a Internet tornou-se alicerce tecnológico para o aspecto institucional da era da informação, ou seja, a rede. Conforme Manuel Castells (2013, p.18) “essas características corporificavam a resposta-chave para as necessidades militares de capacidade de sobrevivência do sistema: flexibilidade, ausência de um centro de comando e autonomia máxima de cada nó”.

Os correios eletrônicos foram os meios mais populares da rede, sendo que foi através de Ray Tomlinson, programador da BBN, que ocorreu seu desenvolvimento, no período de junho de 1970, sendo que até os dias atuais é o meio mais usado na internet (CASTELSS, 1996, p.23). Evidencia-se que a internet se desenvolveu em um ambiente seguro, disponibilizado por recursos públicos. Foi na área ambígua dos espaços ricos em recursos, parcialmente livres criados pela Arpa, universidades, centro de estudos e centro de pesquisas, foram meios que deram origem à internet.

No começo de 1990, foram criadas redes próprias e portas de comunicação em bases comerciais através de diversos provedores de serviços da internet (CASTELLS, 1996, p.93). Desde desse momento, a internet se desenvolveu com celeridade como uma rede global de redes de computadores. Como pontuar Castells (2013, p.34), “nessas condições a Net pôde se expandir pela adição de novos nós e a reconfiguração infinita da rede para acomodar necessidades de comunicação”.

Contudo a Arpanet não foi a única a dar origem a internet. O modelo de hoje em dia, também é consequência de um costume de base de formação de redes de computadores. Um integrante desse costume foi bulletin board systems (BBS), também conhecido como sistema de quadro de aviso. Movimento que surgiu da interconexão de computadores pessoais no final da década de 1970 (CASTELSS, 1996, p.89). Conforme Manuel Castells (2013, p.18):

A emergência da Internet como um novo meio de comunicação esteve associada a afirmações conflitantes sobre a ascensão de novos padrões de interação social. Por um lado, a formação de comunidades virtuais, baseadas sobretudo em comunicação online, foi interpretada como a culminação de um processo histórico de desvinculação entre localidade e sociabilidade na formação da comunidade: novos padrões, seletivos, de relações sociais substituem as formas de interação humana territorialmente limitadas.

Com o início da criação do telégrafo e do rádio e subsequentemente da televisão e da internet iniciou-se uma nova era de comunicação, conhecida como comunicação eletrônica (RIBEIRO; WANDERLEY, 2017). Nesse contexto histórico, desenvolve-se a nova noção de tempo e espaço, sendo o primeiro a tornar-se tempo real, e o segundo cada vez menor entre as pessoas. É nesse contexto que surge a sociedade de informação, que “prioriza a informação e a tecnologia, influenciando estilos de vida, padrões de comportamento (lazer, trabalho, consumo), sistema educacional e mercados de trabalho” (LIMA, 2002, p.77).

O meio cibernético proporciona a flexibilização, de diversas maneiras, dos marcos temporais-espaciais que fisicamente se impõe aos sujeitos (RIBEIRO; WANDERLEY, 2017, p.18). Nesse sentido, a internet proporcionou “a extensão de várias capacidades naturais” (RECUERO, 2000, p.67), passando a ser possível a interação com a realidade virtual, sendo que cada indivíduo pode ser “um emissor e um receptor simultaneamente na rede” (RECUERO, 2000, p.68). A internet e demais tecnologias avançaram com vasta velocidade. Com o passar dos anos a popularização dos smartphones e sua facilidade em proporcionar grande escala de produtos, serviços e conforto com apenas um toque. Como aponta Bauman (2011, p.42),

[...] tecemos redes de amizade na internet, indicamos e conservamos nossos ‘melhores amigos’, ao mesmo tempo que bloqueamos a todos os demais o acesso a essas intimidades; criamos e mantemos vínculos incondicionais e permanentes; como num passe de mágica, agregados frouxos de indivíduos são transformados em grupos integrados e fortemente unidos. Em suma, recortam-se enclaves do mundo dentro dos quais o complicado e doloroso conflito entre a adesão e a autonomia é afastado de uma vez por todas [...]

Essa disponibilidade e amplo acesso aos recursos digitais, propiciada pela evolução das novas tecnologias, também repercute em uma série de novos desafios para o direito. Isso porque, não cria somente um espaço para o compartilhamento de conteúdo e interação multinível. Surgem também novos espaços de violação, que colocam em risco direitos fundamentais, dentre eles o direito à honra, imagem e intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição. Cabe analisar a crítica feita à hiperconectividade e às consequências dessa característica da sociedade contemporânea. De acordo com Eduardo Magrani (2018, p.21):

O termo hiperconectividade foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (always-on); a possibilidade de estar prontamente acessível (readily accessible); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (always recording).

Em razão “das possibilidades apresentadas pela hiperconectividade, surge uma expectativa social de que as pessoas estejam permanentemente acessíveis” (ABREU; TAROCO, 2019, p.12). Isso porque, “se os dispositivos e tecnologias móveis permitem que as pessoas estejam conectadas a qualquer momento, em qualquer lugar, por que não esperar que elas estejam à disposição do outro? (ABREU; TAROCO, 2019, p.12)”. A resposta constitucional está diretamente relacionada ao direito à intimidade, que antes de tudo é “o resguardo contra interferências alheias, ou seja, 'o direito de o indivíduo ser deixado em paz para viver sua própria vida com um grau mínimo de interferência” (MACIEL, 2012, p.55).

A despeito de serem benéficas em muitos sentidos, as tecnologias são um novo fator no cenário contemporâneo que devem ser encaradas de forma crítica. Isso porque, estes meios podem funcionar como novos espaços de violação. A rápida e, muitas vezes, irreversível difusão de informação é um fator a ser destacado, principalmente quando se trata do cometimento de condutas ilícitas. As mensagens enviadas através das redes sociais são recebidas de imediato, sendo que não há controle do conteúdo encaminhado por meio delas, podendo o receptor se valer de maneira positiva ou negativa (RIBEIRO; WANDERLEY, 2017, p.34). É exatamente em relação a dificuldade de controle e ao amplo acesso dessas informações que justifica a discussão sobre a pornografia de vingança, a ser apresentada no capítulo seguinte.

Não restam dúvidas que a internet, desde seus estudos iniciais em 1958, trouxe uma série de benefícios tendo papel significativo no contexto da sociedade de informação. Porém, como se passa a analisar no capítulo seguinte, esse mesmo espaço plural e de compartilhamento amplo, também se tornou propício para a ocorrência de condutas ilícitas, que combinadas com um modelo de sociedade patriarcal, afetam grupos específicos, como as mulheres (DESLANDES; FLACH, 2007, p.5). É no contexto das novas tecnologias que ocorrem, também, o abuso digital em relação às mulheres, ligado a relacionamentos afetivo-sexuais anteriormente estabelecidos (DESLANDES; FLACH, 2007, p.13). São esses novos espaços de violação que o presente estudo pretende analisar, a partir da questão da pornografia de vingança, enquanto violência de gênero.

2. A violência de gênero e a condição da mulher no cenário das novas tecnologias: os esquemas cognitivos de dominação

No Código Civil de 1916, que vigeu no Brasil até 2002, quando entrou em vigor o Código Civil de 2002, ainda se encontrava disposto o homem como chefe da sociedade conjugal, função então exercida com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (CABRAL, 2004, p.45). Nesse mesmo sentido, enquanto “chefe da sociedade conjugal”, o marido exercia uma série de funções, na forma do art. 233 do Código de 1916, dentre elas: a representação legal da família; a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher; o direito de fixar o domicílio da família, dentre outras atividades (TAROCCO, 2018, p.223).

Não restam dúvidas que a existência de previsões como essas, no ordenamento jurídico brasileiro, violava, há um só tempo, a Constituição de 1988, que no art. 5º, I, prevê de forma expressa a igualdade entre homens e mulheres (BRASIL, 1988), e também aos tratados internacionais de direitos humanos, que o Brasil à época já era signatário. Dentre eles, cabe mencionar a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, formatada no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo específico de promover a igualdade de gênero, tendo sido adotada pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas (TAROCCO, 2018, p.217).

O referido tratado internacional foi ratificado pelo Brasil, tendo promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 2002, cujo status é de norma supralegal e infraconstitucional, de acordo com a interpretação atual do Supremo Tribunal Federal, tendo preponderância em relação a aplicação de qualquer legislação infraconstitucional (RAMOS, 2016, p.256). Trata-se de instrumento importante, que

por meio da integração normativa (MOREIRA; TAROCO, 2014, p.246), complementa as previsões da legislação nacional, e juntamente com a Constituição de 1988 busca inibir a discriminação contra a mulher, sendo esta entendida, pelo tratado, como “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil” (BRASIL, 2002).

Outro ponto relevante trazido pelo referido tratado, que tem relação direta com a temática discutida por este estudo, o previsto no art. 5º, da Convenção, responsável por estabelecer que os Estado tem o dever de tomarem medidas voltadas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias de qualquer índole, que sejam baseadas na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer um dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres (BRASIL, 2002). As práticas consuetudinárias mencionadas pelo tratado, remetem as próprias previsões do Código Civil de 1916, que registra na história da legislação brasileira mais recente, quão introjetada e chancelada pelo Direito, era a discriminação em relação a mulher.

Historicamente a cultura patriarcal, enquanto sistema de dominação, opera por meio de prática consuetudinárias, muitas vezes relacionadas a cultura, para perpetuar o que Liz Kelly (1988, p.67) classificou como o “continuum of sexual violence”. Isto é, a manutenção da violação nas relações interpessoais pautada da noção de inferioridade e dominação da mulher (KELLY, 2012, p.210). Essa continuidade, naturalizada até mesmo por legislações, como o próprio Código Civil de 1916, e camuflada por práticas consuetudinárias, dificulta a percepção de violação, e em última análise, inviabiliza a efetividade do texto constitucional, que assegura igualdade entre homens e mulheres.

A noção de dominação patriarcal, enquanto conceito de origem weberiana, trata “de um tipo de dominação em que o senhor é a lei e cujo domínio está referido ao espaço das comunidades domésticas ou formas sociais mais simples, tendo sua legitimidade garantida pela tradição” (CASTRO; LAVINAS, 1992, p.237). Porém, como destaca Heleieth Saffioti (2011, p.119), é possível tratar desse conceito sem necessariamente adotar as premissas de Weber, pensando a partir da complexidade contemporânea.

É no exercício dessa “função patriarcal”, que chancela a possibilidade de dominação, que ocorre a violência de gênero, tolerada por uma sociedade que legitima, de forma consuetudinária, sua ocorrência (SAFFIOTI, 2001, p.56). Essa dominação e sua respectiva legitimação social se manifesta não só de forma declaradamente violenta, mas também em níveis de dominação simbólica, como ressalta Bourdieu (2010, p.15):

A força da ordem masculina pode ser aferida pelo fato de que ela não precisa de justificação: a visão androcêntrica se impõe como neutra e não tem necessidade de se enunciar, visando sua legitimação. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica, tendendo a ratificar a dominação masculina na qual se funda: é a divisão social do trabalho, distribuição muito restrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu lugar, seu momento, seus instrumentos.

Dessa maneira, como destaca Saffioti (2011, p.118), “a própria dominação constitui, por si só, uma violência”, na medida em que viola a autonomia do sujeito e

a possibilidade de autodeterminação. A tradição de desigualdade e inferiorização das mulheres, tratou de impregnar essa lógica de violência da dominação no cotidiano das relações interpessoais, e também daquelas estabelecidas entre as mulheres e o Estado.

Nessa dinâmica simbólica de violências, as mulheres também terminam por reproduzir esses “esquemas cognitivos conformes a esta hierarquia” (SAFFIOTI, 2011, p. 119), sendo exclusivamente nesse contexto “que se pode falar em contribuição de mulheres para a produção da violência de gênero” (SAFFIOTI, 2011, p.119). Isso porque, como alude Saffioti (2011, p.120), “como o poder masculino atravessa todas as relações sociais, transforma-se em algo objetivo, traduzindo-se em estruturas hierarquizadas, em objetos, em senso comum”.

Ao longo de processo de naturalização, ou seja, transformação em senso comum, desses esquemas de dominação em relação as mulheres, o próprio corpo feminino foi englobado, não lhe pertencendo a mulher, mas sendo também tratado como propriedade, ou bem adquirido pelo homem através do relacionamento.

Tradicionalmente se reconhece que na história a mulher é posta em uma posição de vulnerabilidade e seu padrão corporal, de certa forma, sempre reputado como algo disposto a ser violado, sem direito a reivindicar aos atos atentatórios contra ele (PERROT, 2009, p.101). Trata-se do conceito de “image-based on sexual abuse” (1998, p.76), enquanto variedade e naturalização das experiências de violência sofrida pelas mulheres, que decorrem da projeção de uma imagem, construída historicamente, permissiva em relação aos abusos de ordem sexual.

No momento presente, mesmo que a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, dentre tantas outras legislações, tenham assegurado o direito à igualdade, não é possível afirmar que essas iniciativas romperam com os esquemas cognitivos que reproduzem a dominação, e seu caráter simbólico (SAFFIOTI, 2011, p.121). A predominante objetificação do corpo feminino, profundamente relacionada às funções tradicionais que foram conferidas ao corpo feminino, ou seja, objeto sexual em prol do prazer do homem e reprodução, representa como esses esquemas cognitivos de violência de gênero são atuais.

Em vista disso, referente a violência sofrida pela mulher, em meados dos anos 80, Marilena Chauí, em seu artigo “Participando do Debate sobre Mulher e Violência”, considerou que a violência ocasionada ao sexo feminino decorria da ideia de dominação masculina formada e reafirmada por homens e até mesmo por mulheres. Interpretou a violência como uma atitude que converte diferenças em desigualdades hierárquicas com o objetivo de dominar, tirar proveito e oprimir. A atitude violenta faz com que o ser seja visto como objeto e não como pessoa, devido a isso, é calado e voltado a dependência, perda da autoestima, liberdade para agir, pensar e sua autodeterminação (CHAUÍ, 1989).

A mulher é vista como um sujeito que está incorporado em uma relação de desigualdade. Em vista disso, o sexo feminino se subordina à violência não como resultado de um ato volitivo, mas sim em razão das formas que dominam o senso comum de violência de gênero (SAFFIOTI, 2011, p.134). Nesse sentido, essa violência é exercida em diversos níveis, como destaca Saffioti (2011, p.118):

O patriarcado não se resume a um sistema de dominação, modelado pela ideologia machista. Mais do que isto, ele é também um sistema de exploração. Enquanto a dominação pode, para efeitos de análise, ser situada essencialmente nos campos político e ideológico, a exploração diz respeito diretamente ao terreno econômico.

Nos dias atuais o patriarcado ainda vem sendo empregado com a finalidade de tornar natural a atitude de controlar e mostrar um poder de repressão ao sexo feminino. Mesmo que arcaico e superado como sistema societário onde se via o patriarca como única pessoa de importância na família e sociedade, mesmo assim no presente século, ainda reflete situações desta organização, por herança e costume a sociedade desenvolve uma rejeição, na medida em que enraizado no involuntário coletivo, que atinge várias esferas da comunidade em que as mulheres se encontram (SAFFIOTI, 2011, p.134).

Segundo Lourdes Maria Bandeira (2014, p.465) sempre se associou o sexo feminino com fragilidade e submissão, em vista disso, até dias de hoje justifica-se o preconceito desta forma. Mesmo com tratados e legislações que visam protegê-las ainda é visto com naturalidade a violência contra a mulher em diversas esferas e formas, da mesma maneira que são instituídas outras formas de poder em face de seu corpo, como roupa e postura. A título de exemplo, a “cultura do estupro” é resultado desse modelo, que além de cancelar a violência a partir das roupas da vítima, também atribui a ela uma parcela de culpa, por supostamente não manter a devida conduta, aquela que é socialmente esperada por uma sociedade de configurações patriarcais.

A violência de gênero é, nesse contexto, resultado de hábitos e costumes que estão presentes na consciência coletiva, responsável, também, por assegurar a permanência de uma estrutura de poder patriarcal (SAFFIOTI, 2001, p.12). Os atos de violência que ocorrem com frequência e em excesso, remontam aos valores e padrões sexistas, que ao serem legitimados, não cessam, mas sim mantêm as estruturas antigas de padrões patriarcais. (BANDEIRA, 2014, p.457). Conforme dispõe Segato (2003, p.24):

as relações interpessoais de convivência nos loci privados e familiares são o lugar propício para a instalação e potencialização da violência de gênero. A célula elementar dos atos violentos são as relações de gênero e a violência moral onipresente, considerada normal, é o cimento que mantém o sistema hierárquico e de poder.

A violência de gênero permeia, então, a intimidade da vida amorosa, e transparece a existência do domínio social sobre o corpo, a sexualidade e a mente feminina, demonstrando a introdução desigual na esfera familiar e social, bem como, a reforma das organizações de controle e poder espalhado na ordem patriarcal (BANDEIRA, 2014, p.456). De outro modo, também significa dizer que a violência física e sexual está sendo conservado através do controle, já que tem amparo na violência simbólica (BANDEIRA, 2014, p.457).

É justamente a partir desse recorte que a violência de gênero aparece como sendo um campo de estudo, voltado para compreender e identificar essas ocultas e ocultadas formas de dominação, que continuam a inviabilizar a plena proteção dos direitos da mulher no cenário contemporâneo. Com o avanço da internet a violência contra a mulher se estendeu também para as redes sociais, tendo como principal

meio a exposição de imagens e vídeos íntimos sem autorização, como forma de vingança e controle contra o sexo feminino.

É em razão das novas tecnologias, apresentadas no primeiro capítulo deste estudo, que são estruturados novos espaços de violação, nos quais a lógica da dominação se perpetua, em um local de “continuum of sexual violence” (KELLY, 2012, p.210). Considerando que a maioria das vítimas de violência virtual são mulheres, não se pode deixar de analisar esse cenário a partir de um recorte de gênero, que considere todo o histórico de dominação apresentado neste capítulo. Isso para que seja possível pensar em instrumentos de proteção aptos, em uma iniciativa consciente do histórico de dominação chancelado pelo próprio Estado e sociedade.

A pornografia de vingança é um exemplo das tantas violências sofridas pelas mulheres com o surgimento das novas tecnologias. Trata-se de uma manifestação contemporânea de violência de gênero, que novamente opera por meio dos esquemas cognitivos de dominação, anteriormente descritos. Considerando a relevância dessa temática para a proteção dos direitos das mulheres, o presente estudo, apresenta no capítulo seguinte, a definição de pornografia de vingança, bem como quais os mecanismos jurídicos existentes para reprimir a ocorrência dessa violação.

As fotos e vídeos são gravadas, em geral, por aparelhos celulares, com o consentimento da vítima, pois ao criar a relação de confiança, esta acredita que seu parceiro irá manter esse conteúdo para uso exclusivo dos envolvidos, porém quando ocorre o término da relação e muitas vezes o parceiro não aceita o fim do relacionamento de forma amigável - questão de dominação já mencionada quando abordamos, no capítulo segundo, o conceito trabalhado por Safiotti (2001, p.22).

O dominador não aceita perder o controle - utiliza-se deste material para “punir a ex-parceira, divulgando conteúdo com o intuito de se vingar a modo de constranger a vítima, causando-lhe graves problemas sociais, pessoais (SAFFIOTTI, 2001, p.22). Neste momento utilizamos o conceito trazido. Quando a mulher quebra esse preceito de dominação, recusando-se a reatar ou a acatar as ordens, saindo da esfera de subordinação, este homem sente que perdeu a autoridade sobre ela, sobre seu corpo, ele a punir com a exposição da sua sexualidade (BUZZI, 2015, p.29). Elucida Victória Buzzi (2015, p.11), de forma clara destaca:

O “termo pornografia de vingança”, tradução da expressão em inglês “revenge porn”, nomeia o ato de disseminar, sobre tudo na internet, fotos e\ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo com objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima.

Nos casos, o que se nota é o consentimento da vítima em gravar as imagens, porém não houve autorização para divulgação, o que viola não só a dignidade humana das vítimas envolvidas, mas também o direito fundamental à privacidade e a consequente proteção da imagem, assegurados no art. 5º, inciso X. A disseminação de imagens e vídeos causam danos às vítimas, suicídio, agressões, abandono do trabalho, depressão, isolamento social são consequências do crime cometido, enquadrando-se na titularidade de pornografia de vingança (BULGARELLI, 2016, p.2).

3. Os mecanismos jurídicos de repressão da pornografia de vingança: violência de gênero e formas de enfrentamento

Toda facilidade e agilidade, descrita nos capítulos anteriores, na forma de manusear as ferramentas de transmissão de conteúdo cibernético, acarreta na demanda de respostas pelo Direito. Considerando que as relações sociais são dinâmicas, com essas posturas, ocorrem novas maneiras de violação dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento pátrio (CAVALCANTE; LELIS, 2016, p.63).

É justamente nesse contexto que se insere a pornografia de vingança. Considera-se *Sexting*, ou popularmente conhecido no Brasil como “nudes”, o ato de enviar vídeos e fotos com conteúdo erótico pelo celular com o objetivo de “apimentar” uma conversa ou a relação (MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, 2017, p. 34). O que se denomina de pornografia de vingança é justamente a divulgação desse conteúdo, sem autorização da vítima, cuja imagem é exposta.

Conforme Vitória de Macedo Buzzi (2015, p.56) refere, a pornografia de vingança é uma forma do gênero de estupro virtual ou pornografia – não consensual. A confiança da vítima, principalmente do sexo feminino, em disponibilizar somente ao seu companheiro fotos ou vídeos íntimos, e este mais tarde compartilhar para demais pessoas sem sua autorização com o intuito de desmoralizá-la após o final do relacionamento, é o que propicia denominar de pornografia de vingança (MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, 2017, p. 34).

A exposição de conteúdo feminino se relaciona a questões voltadas a diferença de gênero, uma vez que os efeitos da divulgação quando relacionadas a mulher, possuem consequências devastadoras a sua vida, diferente quando algum conteúdo sexual de um homem é divulgado (MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, 2017, p. 34). A divulgação de fotos íntimas de forma não consensual se associa há esfera de violação de direito de personalidade, especialmente voltada a intimidade, privacidade e a honra, acarretando prejuízos profundos a pessoa exposta, como ao seu psicológico, financeiro, social e físico, como suicídio, mutilação (CAVALCANTE; LELIS, 2016, p.63).

Nesse sentido, a pornografia de vingança pode ser definida como a publicação de imagens e vídeos íntimos com teor sexual nas mídias digitais, com o intuito de expor uma terceira pessoa, essa divulgação é feita sem o consentimento da vítima (BUZZI, 2015, p.44). Cabe destacar o conceito abordado por Mary Anne Franks (2015, p.2), que destaca que a pornografia não consensual se refere a “imagens sexualmente explícitas divulgadas sem o consentimento e sem propósito legítimo”. A autora ressalta que o termo engloba material obtido “por câmeras escondidas, consensualmente trocadas dentro de uma relação confidencial, fotos roubadas e gravações de abusos sexuais” (FRANKS, 2015, p.2), estando presente o intuito do autor em humilhar, ameaçar e reprimir suas vítimas.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a proposta do presente estudo é tratar da temática da pornografia de vingança enquanto violência de gênero, mas também como decorrência das novas tecnologias, que ensejam novos espaços de violação. Embora o advento da internet e dos smartphones tenha potencializado a ocorrência da pornografia de vingança, situações desse tipo ocorriam mesmo antes de

aplicativos de comunicação serem criados (MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, 2017, p. 34).

Entretanto, não restam dúvidas que a referida conduta alçou maior proporção devido a velocidade de difusão das informações nos tempos de hoje. Os danos também são ainda mais irreversíveis, tendo em vista a capacidade de “viralização” propiciada pelo amplo compartilhamento dos arquivos em rede. Isso dificulta não só a identificação do difusor, aquele que inicialmente compartilhou o conteúdo, mas também dificulta a posterior exclusão do conteúdo já divulgado em rede. Frente a esses desafios, o presente estudo pretendeu analisar neste capítulo, os mecanismos jurídicos existentes para promover a repressão da pornografia de vingança.

Preliminarmente, como esse estudo parte de um recorte de gênero, não há como dissociar os esquemas cognitivos de dominação característicos da sociedade patriarcal, das práticas relacionadas à pornografia de vingança no cenário atual. Como visto, a posição ocupada pela mulher, no contexto da sociedade patriarcal, viola tanto a Constituição, quanto os tratados internacionais de direitos humanos que asseguram igualdade de gênero (TAROCO, 2018, p.225).

Por isso, razão não se pode analisar os mecanismos jurídicos disponíveis para repressão da prática da pornografia de vingança sem questionar os esquemas cognitivos de dominação que viabilizam sua ocorrência. Reverter esse cenário passa, certamente, pela desconstrução, oportunizada pela educação, pois é por meio desta que se pode introduzir, como prevê a Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher, mecanismos aptos a propagar e igualdade de gênero, através de uma formação humanística.

Feitas essas considerações, cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 proporcionou uma grande mudança ao trato jurídico voltado a mulher, resultando em variadas reações ao ordenamento jurídico. O grande marco da concretização na igualdade nos direitos fundamentais entre homens e mulheres se deu pelo art. 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Nesse contexto, a igualdade deve ser compreendida como um direito fundamental, a ser protegido pelas garantias constitucionais (RAMOS, 2016, p. 542), até mesmo enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, na forma do art. 3º, IV, da Constituição.

Enquanto mecanismo protetivo, apto a direcionar a proteção dos direitos da mulher, cabe mencionar a Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher, recepcionada pelo Brasil por meio do Decreto n. 4.377/2002. A convenção trouxe em seu art. 5º a indispensabilidade dos Estados em exercer “medidas voltadas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres” (TAROCO, 2018, p.215). Nesse sentido, a distinção entre gêneros não pode afetar o direito à igualdade de direitos e oportunidades voltadas ao sexo feminino, nem expor as mulheres a formas específicas de violência, como ocorre no caso da pornografia de vingança.

Contudo, é visível que a exposição não consentida de conteúdo íntimo causa lesões dolorosas e permanentes a suas vítimas, devido a isso, ao longo dos anos a

legislação precisou evoluir para tratar de crimes cibernéticos que compreendam o compartilhamento de *sexting* sem permissão. Isso se dá tanto no âmbito do direito civil, quanto na esfera penal. A divulgação não autorizada de fotos ou qualquer outro material pornográfico de uma pessoa é considerado ato ilícito, que enseja a proporcional reparação do dano, por ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na forma do art 1º, inciso III, da Constituição Federal, e também o direito à intimidade, honra e imagem, na forma do art. 5º, X, da Constituição.

A Constituição Federal implicitamente apresentou o assunto quando mencionou que aquele que se sentir prejudicado em relação a sua intimidade, vida privada, honra e imagem é assegurado o direito de entrar com ação judicial visando reivindicar a devida indenização pelo dano sofrido. Dentro dessa circunstância, quando a gravação é consentida por ambas as partes, para que apenas entre eles fique registrado, em primeiro momento não se tem um ilícito penal, contudo, se o conteúdo é repassado para demais pessoas sem a aprovação de um dos envolvidos, se pode falar em pornografia de vingança.

O art. 21, do Código Civil, também segue o mandamento constitucional, ao assegurar que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). Sendo assim, por meio dos artigos 12 e 927, ambos do Código Civil de 2002, a vítima do dano poderá buscar a reparação do ato, civilmente com perdas e danos, podendo exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, bem como exigindo a devida reparação dos danos causados. Entretanto, mesmo com a indenização como forma de reparar o mal causado, os danos a vida da mulher são irreparáveis, como psicológicos, morais e físicos lhe acompanham sempre. (SILVA; MARANHÃO, 2017, p.134)

A pornografia de vingança começou a ser classificada nas penas dos artigos 139,140 c/c art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, como crimes de difamação e injúria, onde a pena mínima para tais atos não passava de detenção, de três meses a um ano, e de um a seis meses, respectivamente (RODRIGUES; NOGUEIRA, 2018, p.187). As penas dispostas nesses dois artigos constituem infração de menor potencial ofensivo atribuído Juizados Especiais Criminais, onde os Tribunais admitiam a transação penal aos casos, o que não repercutia em uma punição eficiente quanto a gravidade dos danos causados à vítima.

Conforme ressalta Rogério Sanches Cunha (2016, p.53), em relação a pornografia de vingança, enquanto crime contra a honra, pode-se mencionar que quando relacionar-se ao delito de difamação (honra objetiva), trata-se de difícil enquadramento, posto que os conteúdos sexuais compartilhados não tem característica de cunho ofensivo, e sim o registro de práticas que são de natureza humana, da sua própria sexualidade. Por sua vez, cabe mencionar que a pornografia não consensual pode se enquadrar como injúria (honra subjetiva), exercida através de meio que favoreça a divulgação de conteúdo (RODRIGUES; NOGUEIRA, 2018, p.190). A ofensa se dirige diretamente à dignidade ou ao decoro da vítima, desta maneira é capaz de se idealizar o enquadramento da *revenge porn*, visto que a divulgação desse conteúdo íntimo é apto a violentar a dignidade da vítima (RODRIGUES; NOGUEIRA, 2018, p.195).

Em 2007 entrou em vigor a Lei nº 11.340/07, conhecida como Maria da Penha, esta assegura que todas as mulheres disponham dos direitos fundamentais da pessoa humana. Em seu art 3º, dispõe que cabe ao Poder Público criar políticas que direcionem a proteção do sexo feminino contra qualquer violência, assegurando seus direitos a liberdade, dignidade e respeito. A lei visa proteger a violência física e psicológica sofrida pela mulher e abrange toda relação íntima afetiva e não apenas a doméstica. No entanto, a referida lei não dispõe de meios de punição a quem pratica violência por meio virtual contra a mulher. (BUZZI, 2015, p.65).

Em 30 de novembro de 2012, foi sancionada a Lei nº 12.737, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, esta deu início a contribuição para que fosse tipificado criminalmente os crimes cometidos na esfera virtual, tornando crime a violação de dispositivos informáticos, com pena de três meses a um ano, preenchendo as lacunas vazias da legislação voltada a este assunto (SYDOW; DE CASTRO, 2017, p.23). A mencionada lei modificou o Código Penal, introduzindo na seção que trata dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos profissionais, que estão entre os crimes contra a liberdade pessoal, em concordância com os artigos 154-A a 154-B, que dispõem:

Art. 154- A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa

§ 1 Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 4º Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

I - Presidente da República, governadores e prefeitos; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Ação penal (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

As previsões inseridas pela referida modificação legislativa visam reprimir não só a invasão de sistemas de computadores e a divulgação de imagens sem consentimentos, mas também aquele que as distribui, vende ou oferece o conteúdo obtido por meio ilícito. Entretanto, cabe destacar que, no tocante a pornografia de vingança, há que se fazer uma distinção entre a conduta de utilizar as imagens íntimas para extorquir, tipificada pelo referido tipo penal, e a conduta “daquele que, sem invadir computador algum, compartilha imagens que são consensuais em sua produção” (SYDOW; DE CASTRO, 2017, p.45).

Mas, foram repassadas livremente a terceiros, sem consentimento das vítimas que as forneceu no contexto de uma relação de confiança. Esse último caso, que constitui o objeto desse estudo, qual seja, a pornografia de vingança, não resta englobada pelo tipo penal supramencionado, sendo relevante para o combate de atividades ilícitas mediante obtenção de dados, mas não se aplica aos casos de pornografia de vingança, caso o sujeito não tenha invadido dispositivo para obter o conteúdo compartilhado.

Outra iniciativa, que afeta da temática em questão, veio em 2014, com a Lei n. 12.965, conhecida como o Marco Civil da Internet. No que concerne a referida legislação, cabe ressaltar a previsão do art. 21, que determina a responsabilidade subsidiária do provedor de aplicação de internet que não realizar a remoção do conteúdo íntimo de terceiro, quando esta for solicitada. Foi a partir dessa previsão que o Superior Tribunal de Justiça determinou a remoção de conteúdo, no caso de pornografia de vingança, no Recurso Especial 16.79465, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2018).

Como consignou a relatora ao analisar o caso, “não são raras as ocorrências de suicídio ou de depressão severa em mulheres jovens e adultas, no Brasil e no mundo, após serem vítimas dessa prática violenta” (BRASIL, 2018, p.23). Tanto por isso, como reforçou a relatora, trata-se de ocorrência que demanda ação imediata, devendo também o provedor de internet atuar nesse sentido, para viabilizar a remoção mais célere do conteúdo, evitando maiores danos à vítima.

Foi no ano de 2018 que entrou em vigor o mecanismo jurídico mais adequado, no âmbito penal, para tratar da questão da pornografia de vingança. A Lei n. 13.718/18, também conhecida como “Lei de importunação sexual”, trouxe mudanças para o Código Penal, ao inserir no art. 218-C, medidas específicas e mais gravosas para os casos de pornografia não consensual. Vejamos:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

O art. 218-C, §1º, tem embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da honra e o direito à privacidade e não impedir o sexting, pois a intimidade, e à expectativa de manutenção dela, bem como à dignidade, são direitos diretamente relacionados à liberdade de cada indivíduo. Observa-se que os verbos nucleares do tipo penal, correspondidos com circunstâncias trazidas para o aumento de pena exposto no §1º, do art. 218 – C, da mencionada lei, caracterizam a revenge porn (CUNHA, 2018).

Enfatiza-se, que o crime em questão se trata de múltiplas ações, resultando em muitos verbos nucleares do tipo penal incriminador. Destarte, mesmo que o autor exerça mais de uma ação expostas no “caput”, trata-se de crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, isto é, se o agente praticar, cumulativamente, as condutas descritas no caput incorrerá em crime único (BITENCOURT, 2018, p.342). Além disso, como se pode depreender, a lei também prevê que o autor da divulgação indevida tenha tido ou mantenha uma prévia relação íntima ou de afeto com a vítima, para que se configure a previsão do §1º, do art. 218-C.

Apesar desta violação não ser unicamente relacionado ao sexo feminino, podendo o sujeito passivo se qualquer pessoa que venha a ser vítima da conduta prevista no referido tipo penal, são frequentes as mulheres vítimas do referido crime. Isso demonstra a condição de vulnerabilidade da mulher frente as novas tecnologias, tratada no segundo capítulo deste estudo, mas também a perpetuação de uma desigualdade de gênero relacionada a condição de ser mulher, o que repercute em diversas violações de direitos fundamentais. Não restam dúvidas que a previsão do referido delito constitui um avanço, em termos de mecanismos jurídicos voltados para reprimir a ocorrência da pornografia de vingança. Porém, o fato de as mulheres serem mais vítimas dessas práticas, também denuncia um preocupante prejuízo ao direito fundamental à honra e à imagem das mulheres, como ressaltou a Ministra Nancy Andrigh no caso supramencionado. (BRASIL, 2018).

Por isso, conforme referido no primeiro ponto abordado neste estudo, o avanço da legislação de caráter repressivo precisa vir acompanhado de práticas educacionais voltadas para a desconstrução de padrões de discriminação existentes em sociedade. Isso, de fato, pode contribuir para a redução desta prática, trazendo uma contribuição para um progresso social e uma equidade entre os gêneros (DESTEFANI; FRANCISCHETTO; TAROCO, 2017, p.78).

A existências das previsões em âmbito cível e penal são relevantes, porém do ponto de vista repressivo, visando, portanto, dar conta das condutas que vierem a infringir o que resta previsto em lei. No entanto, não restam dúvidas que a legislação cível e penal terá abrangência mais eficiente, se foram combinadas com políticas públicas voltadas para quebrar os esquemas cognitivos de dominação, e práticas consuetudinárias que inviabilizam tanto o cumprimento da lei e proteção da dignidade das mulheres, quanto a convivência equânime em sociedade.

Considerações finais

Baseando-se na divulgação não autorizado de material gráfico-pornográfico, a prática do reveng porn pode ser associada ao impulso de diversos fatores, expondo à vítima à dano, que podem, inclusive, levar ao suicídio, dada a tamanha retaliação e humilhação social vivida. A referida prática deve ser compreendida a partir da violência de gênero, tendo em vista que afeta de forma significativa e particular as mulheres, em razão de comportamentos sociais enraizados na configuração patriarcal de sociedade, responsável por reproduzir condutas como as do sujeito que pratica o crime, agora previsto pelo art. 218-C, §1º, do Código Penal.

A desigualdade de gênero pode ser identificada em diversos comportamentos e em locais que pregam condutas diferenciadas, sendo provenientes de uma cultura patriarcal, que fere a dignidade feminina, bem como à Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. A predominância dessa desigualdade de gênero, proveniente de práticas consuetudinárias, demanda que a mulher se coloque e seja colocada em posição controlável e inferior, subordinando-se aos esquemas cognitivos de dominação, que operam reproduzindo a violência de gênero até mesmo entre as mulheres. Por conta disso, quando fogem aos padrões patriarcais dominantes, sofrem violações.

No cenário contemporâneo, frente as novas tecnologias e o estabelecimento de uma sociedade pautada pela hiperconectividade, essas práticas também se transportaram para o âmbito das novas tecnologias. Tanto por isso é possível falar em novas espaços de violação e da vulnerabilidade das mulheres frente às novas tecnologias, porque a partir desses meios, que propiciam o rápido e, por vezes, irreversível, compartilhamento de informações, criam-se espaços para novas práticas de violência de gênero, como a pornografia de vingança.

Frente a esse cenário, a proposta do presente estudo foi abordar os novos espaços de violação dos direitos da mulher frente às novas tecnologias, considerando a ocorrência da pornografia de vingança, e os mecanismos jurídicos existentes para combater essa prática. Não se pode deixar de pontuar que muitos são os desafios jurídicos que permeiam a repressão dessa prática, e isso decorre tanto da evolução tecnológica, que a todo instante demanda do direito tornando-o, muitas vezes, insuficiente e obsoleto, mas também porque a permanência de padrões de dominação dificultam a implementação da própria Constituição, que estabelece a igualdade entre homens e mulheres.

Ainda assim, pretendeu-se destacar as previsões existentes no âmbito constitucional, tanto no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, quanto a previsão do art. 5º, X, da CRFB/88, que estabelece o direito à intimidade, à honra e a imagem. Seguindo a proteção constitucional, o direito civil também protege a imagem, enquanto direito de personalidade, resguardando os sujeitos que vierem a sofrer danos. Nesses casos, quando se trata de pornografia de vingança, trata-se de possibilidade de indenização, a ser paga à título de dano moral, frente a exposição indevida da imagem e humilhação pública sofrida.

Para além dessa previsão, também foi tratada a responsabilidade dos provedores de internet na remoção de conteúdo, pontuando a relevância do julgamento do Recurso Especial 1679465/SP, julgado em 2018 pelo Superior

Tribunal de Justiça, para a interpretação da matéria. Ademais, no âmbito penal, pontuou-se a insuficiência das modificações efetuadas pela Lei nº 12.737/2012, para fins de pornografia de vingança, que na maioria dos casos se dá, não mediante invasão de dispositivos para obtenção de conteúdo, mas sim a partir de material íntimo fornecido de forma espontânea pela vítima, que o faz em razão do estabelecimento de relação de confiança.

Em função dessas peculiaridades, no âmbito penal, foi somente no ano de 2018 com a entrada em vigor da lei nº. 13718/18, que a pornografia de vingança foi contemplada enquanto tipo penal específico. Quando se trata da esfera penal, o referido dispositivo é o mecanismo jurídico de repressão existente para enfrentar a ocorrência dessa violação, em especial em virtude do que dispõe o §1º, do art. 218 – C, do Código Penal. A referida modificação tratou o delito de forma mais severa, mas também inclui a especial condição do conteúdo exposto ter sido obtido por meio de relação de confiança.

Dessa forma, trata-se de mecanismo de repressão específico, voltado para situações que são identificadas como pornografia de vingança. Porém, em que pesem as referidas alterações legislativas, o presente estudo buscou frisar que não é somente através do meio legislativo que se chegará a uma solução para essa prática. É necessário desconstruir, principalmente por meio de políticas públicas voltadas para educação e conscientização, os esquemas cognitivos que fazem a dominação e a violência de gênero se perpetuarem, em total contrariedade com a Constituição de 1988, e também violando tratados internacionais de direitos humanos, que asseguram, a igualdade de gênero, em que pese a existência de práticas consuetudinárias contrárias.

Referências

- ABREU, Arthur Leal; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. “Nada a esconder?” Dimensões da privacidade na era dos smartphones e da hiperconectividade. **Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade:** Universidade Federal de Santa Maria, 2019.
- ANDRIGHI, Nancy. **EXPOSIÇÃO INDEVIDA - Pornografia de vingança é violência de gênero.** [S. l.], 16 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/pornografia-vinganca-violencia-genero-afirma-nancy>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado.** Vol. 29, n.2, mai/ago, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno.** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.377 de setembro de 2002**: promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984, 2002.
- BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018**. Brasília: Senado Federal, 2018.
- BRASIL. **Lei n [12.965, de 23 de abril de 2014](#)**. Brasília: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1679465 SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira turma, 2018.
- BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora de Direito, 2014.
- CAMARGO, Luiz Otávio de Lima. **Hospitalidade**. Coleção ABC da hospitalidade. São Paulo: Aleph, 2004.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CASTRO, Mary G.; LAVINAS, Lena. Do feminino ao gênero: a construção de um objeto. In: COSTA, Albertina de Oliveira; BRUSCHINI, Cristina. **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1992.
- CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardenia Santos. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. **Interfaces Científicas**. Aracaju, v. 4, n. 3, junho de 2016.
- CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. **Perspectivas Antropológicas da Mulher**, n. 4, Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha: Comentada por artigos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DESLANDES, Suely Ferreira; FLACH, Roberta Matassoli. Abuso digital nos relacionamentos afetivo-sexuais: uma análise bibliográfica. **Cadernos de Saúde Pública**. Vol. 33, n. 7. Rio de Janeiro, 2007.
- DESTEFANI, Bruna; FRANCISCHETTO, Gilsilene; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. A importância do estudo de gênero para a formação

- humanística dos bacharéis em Direito. FRANCISCHETTO, Gilsilene (Org.). **Os desafios para uma formação humanística nos cursos de Direito**. Habitus: Florianópolis, 2017.
- FRANKS, Mary Anne. **Drafting an effective “revenge porn” law**. A guide for legislations. 20015. Disponível em: www.endrevengeporn.org/guide. Acesso em: 05 out. 2019.
- GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: ATLAS, 2017.
- HOUGHTON, Ruth; RACKLEY, Erika; MCGLYNN, Clare. Beyond Revenge Porn: the continuum of image-based sexual abuse. **Feminist Legal Studies**. Vol. 25, n. 4, abr., 2017.
- KELLY, Liz. **Surviving sexual violence**. Cambridge: Polity Press, 1988.
- KELLY, Liz. Standing the test of time? Reflections on the concept of the continuum of sexual violence. BROWN, Jennifer; WALKLATE, Sandra (coords.). **Handbook on sexual violence**. Londres: Routledge, 2012.
- KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. **A expansão da criminalidade no cyberespaço**, 2017. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana.
- LEONARDI, Marcelo. **Tutela da privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.
- MOREIRA, Nelson Camatta; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. O potencial integrador dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ou como repensar o mito da "auto-integração" do direito: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 88, 2014.
- PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da Lei Penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- RODRIGUES, Paulo Gustavo; NOGUEIRA, Karolyne Maria Celestino. A pornografia de vingança e as dificuldades de tipificação no ordenamento jurídico-penal atual. **Revista da ESMAL**. v. 6, n.7, Alagoas, 2018.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 2001.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.
- SEGATO, Rita L. **Las estructuras elementales de la violencia – ensayos sobre gênero entre antropología, psicoanálisis y derechos humanos**. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

SILVA, Arternira da; MARANHÃO, Rossana Barroso. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v.6, n.3, 2017.

SYDOW, Spencer Toth; DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Exposição não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017

TAROCO, Lara Santos Zangerolame. Os direitos da mulher à luz do sistema universal de proteção e o potencial integrador dos tratados internacionais de direitos humanos: diálogos entre o global e o local. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, n.109, set/out.2018.

Deepfake: a inteligência artificial e o algoritmo causando riscos à sociedade no ciberespaço (*)

Deepfake: artificial intelligence and algorithm causing risks to society in cyberspace

Deepfake: inteligencia artificial y algoritmo que causa riesgos a la sociedad en el ciberespacio

Moyana Mariano Robles-Lessa¹

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral²

Gilberto Fachetti Silvestre³

Sumário: Considerações iniciais. **1.** A inteligência artificial e a importância dos algoritmos. **2.** A atuação dos algoritmos na produção dos *deepfakes* e possíveis danos à sociedade no ciberespaço. **3.** A necessária regulamentação da prática dos *deepfakes* no âmbito cível e criminal. **4.** A cognição e a linguagem da inteligência artificial e sua má utilização nos *deepfakes*. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 01/06/2020 | Aceptado: 10/06/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

- ¹ Estudante do Curso do Direito; Licenciada em Letras; Pós-graduada em Direito Tributário com Docência do Ensino Superior; Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana – GEPBiDH.
moyanarobles@hotmail.com
- ² Cursando Pós-doutorado em Direito Civil e Processual Civil (UFES); Doutora e Mestra em Cognição e Linguagem – UENF; Professora dos Cursos de Direito e Medicina; Miembro efectivo de la Asociación de Bioética Jurídica de la UNLP; Membro do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”; Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana – GEPBiDH.
hildeboechat@gmail.com
- ³ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”.
www.desafiosdoprocesso.ufes.br
gilberto.silvestre@ufes.br

Resumo: A contemporaneidade proporcionou um avanço tecnológico presente cotidianamente na vida do ser humano, tornando-o em diversos aspectos dependente das novas tecnologias. Diante dos fatos, surgiu recentemente através da inteligência artificial, uma ferramenta denominada *deepfake*, que foi desenvolvida mediante um algoritmo possuidor de aprendizagem profunda e com capacidade para autocorreção, assumindo a personalidade de outrem nas redes digitais sociais, através de vídeos e áudios, difundindo inverdades e cometendo crimes. Tem-se por objetivo neste artigo informar a existência deste novo perigo presente na internet, ao mesmo tempo que torna evidente a importância de uma regulamentação legal que penalize os usuários do *deepfake*. O problema deste artigo relaciona-se à inteligência artificial, procurando informar que seu uso pode e tem sido utilizado de forma negativa, prejudicial a toda comunidade global, alertando aos usuários da rede mundial de computadores para possíveis danos causados no ciberespaço. Para desenvolver este artigo, valeu-se de metodologia qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica em livros estrangeiros e artigos científicos; e, ainda, exploratória, por meio da análise de leis que tratam a respeito do uso da internet e dos internautas. Conclui-se que, por serem as novas tecnologias um advento da contemporaneidade, ainda não existem legislações que coíbam o mal uso na rede mundial de computadores relacionadas ao uso indevido da inteligência artificial e os prejuízos socioeconômicos por ela causados.

Palavras-chave: inteligência artificial, deepfake, algoritmos, rede mundial de computadores.

Abstract: Contemporaneity provided a technological advance present daily in the life of the human being, making it in several aspects dependent on new technologies. Given the facts, it recently emerged through artificial intelligence, a tool called *deepfake*, which was developed through an algorithm possessing deep learning and capable of self-correction, assuming the personality of others in social digital networks, through videos and audios, spreading untruths and committing crimes. The purpose of this article is to inform the existence of this new danger present on the Internet, while making evident the importance of a legal regulation that penalizes *deepfake* users. The problem of this article is related to artificial intelligence, seeking to inform that its use can and has been used in a negative way, harmful to the entire global community, alerting users of the worldwide computer network to possible damage caused in cyberspace. To develop this article, it used qualitative methodology, through bibliographical research in foreign books and scientific articles; and, also, exploratory, through the analysis of laws that deal with the use of the Internet and internet users. It is concluded that, because new technologies are an advent of contemporaneity, there are still no laws that restrain the misuse in the worldwide computer network related to the misuse of artificial intelligence and the socioeconomic damage caused by it.

Keywords: artificial intelligence, deepfake, algorithms, worldwide computer network.

Resumen: La contemporaneidad proporcionó un avance tecnológico presente diariamente en la vida del ser humano, haciendo que en varios aspectos dependiera de las nuevas tecnologías. Dados los hechos, recientemente surgió a través de la inteligencia artificial, una herramienta

llamada *deepfake*, que fue desarrollada a través de un algoritmo que poseía un aprendizaje profundo y capaz de autocorrección, asumiendo la personalidad de los demás en las redes digitales sociales, a través de videos y audios, difundiendo falsedades y cometiendo crímenes. El **objetivo** de este artículo es informar la existencia de este nuevo peligro presente en Internet, haciendo evidente la importancia de un reglamento legal que penalice a los usuarios *de deepfake*. El **problema** de este artículo está relacionado con la inteligencia artificial, buscando informar que su uso puede y ha sido utilizado de manera negativa, perjudicial para toda la comunidad global, alertando a los usuarios de la red informática mundial sobre los posibles daños causados en el ciberespacio. Para desarrollar este artículo, se utilizó metodología cualitativa, a través de la investigación bibliográfica en libros extranjeros y artículos científicos; y, también, exploratorio, a través del análisis de las leyes que se ocupan del uso de Internet y de los usuarios de Internet. Se concluye que, debido a que las nuevas tecnologías son un advenimiento de la contemporaneidad, todavía no existen leyes que restrinjan el mal uso en la red informática mundial relacionada con el uso indebido de la inteligencia artificial y el daño socioeconómico causado por ella.

Palabras clave: inteligencia artificial, deepfake, algoritmos, red informática mundial.

“Hoje em dia, os robots humanizados conseguem executar as mesmas tarefas que os humanos, pois as máquinas têm funções cognitivas, tal como o homem, que lhes permite realizarem um processo de aprendizagem” (READS, Smart. 2017).

Considerações iniciais

A era contemporânea trouxe avanços tecnológicos antes inimagináveis ao ser humano. O expressivo avanço das novas tecnologias teve início no século XX, ampliando seu campo por meio das ciências da computação, principalmente pelo notável avanço da inteligência artificial nas máquinas. A criação dos algoritmos tornou possível o aprimoramento da inteligência artificial e a cada novo momento as máquinas são capazes de desenvolver a cognição e a linguagem de forma bem próxima àquela que o ser humano realiza. Recentemente, mais precisamente no ano de 2017, o ciberespaço foi invadido por uma ferramenta denominada *deepfake*, desenvolvida a partir de um algoritmo criado com aprendizagem profunda, capaz de se autocorrigir.

Sabe-se que o comportamento do usuário da internet determina a classificação do uso desse recurso como instrumento positivo ou negativo, ou ainda capaz de promover o bem ou a destruição. Nessa linha de intelecção, a presente pesquisa se propôs investigar o seguinte problema: de que forma os *deepfakes* podem causar riscos e danos à sociedade no ciberespaço?

Assim, os *deepfakes*, por meio de sua atuação no ciberespaço, difundem notícias falsas como se verdadeiras fossem, podendo impor sérias consequências a

toda rede mundial de computadores, sendo considerados prejudiciais de forma que a atuação deles pode causar prejuízos e até mesmo cometimento de crimes, tanto na esfera política, como na vida pessoal e social – fato que reclama por regulamentação.

O reconhecimento desta nova ameaça identificada no uso das redes sociais digitais, torna o estudo desta ferramenta – *deepfake* – relevante a toda sociedade global, já que possui capacidade para influenciar negativamente a opinião dos usuários do ciberespaço, e conseqüentemente toda a população mundial. Destaca-se ainda a urgência de regulamentação legal da prática desta conduta pelas graves intimidações que impõe à sociedade, inclusive em relação aos crimes provenientes da atuação dos sujeitos que implementam os *deepfakes* no ciberespaço.

O presente artigo busca compreender a evolução dos avanços tecnológicos na contemporaneidade e os efeitos que eles podem acarretar à sociedade, abordando-se os seguintes temas: a inteligência artificial e a importância dos algoritmos; a atuação dos algoritmos na produção dos *deepfakes* e possíveis danos à sociedade no ciberespaço; a necessária regulamentação da prática dos *deepfakes* no âmbito cível e criminal e; a cognição e a linguagem da inteligência artificial e sua má utilização nos *deepfakes*.

Espera-se este artigo seja capaz de despertar a atenção dos usuários da rede mundial de computadores a respeito de um novo perigo existente nas redes sociais digitais, que, já influencia negativamente as escolhas e interesses dos usuários da internet, levando-os a acreditarem em vídeos e áudios manipulados pelos *deepfakes*.

1. A inteligência artificial e a importância dos algoritmos

Com o advento das novas tecnologias, o mundo de forma globalizada deu início a uma nova era, na qual a comunicação em sua grande maioria se dá mediada pelos computadores interconectados à internet. O século passado adentrou às ciências da computação com enorme expectativa em buscar soluções para muitas dificuldades inerentes à vida do ser humano, vendo-se nas novas tecnologias uma infinidade de possibilidades que poderiam trazer conforto ao cotidiano da humanidade, como por exemplo resolução de cálculos mais complexos, resultados médicos precisos, engenharia desenvolvida, sem falar na perspectiva de melhoria e globalização na comunicação entre todos os povos.

Talvez, o que não se pensasse logo no início do século XX, era que os computadores teriam uma inteligência artificial, popularmente conhecida pelas siglas I.A. Somente a ficção retratava a possibilidade de um robô ou computador ter como atributo a inteligência artificial – sendo que na maioria das vezes, essas máquinas se rebelavam contra seus criadores. Porém, ainda no século XX, mais precisamente no ano de 1956, deu-se início à criação da inteligência artificial nos computadores. Um professor da Universidade *Dartmouth*, em *Hanover* nos Estados Unidos, “[...] selecionou um grupo de cientistas com os quais trabalhou durante um verão, estudando uma forma de ‘ensinar’ as máquinas. Para isso, seria necessário descrever precisamente aspectos do aprendizado e outras características da inteligência humana” (LAVAGNOLI, 2019). Foram criadas assim máquinas capazes de fazer uso da linguagem, solucionar problemas e aperfeiçoar-se progressivamente.

Relatório produzido por uma empresa holandesa em 2018 trata da evolução das tecnologias e suas ameaças e define a inteligência artificial como “[...] um ramo da ciência da computação que visa replicar recursos da inteligência humana em software” (PATRINI et al., 2018). E Mariana Preti (2018) caracteriza o algoritmo como “[...] um conjunto finito de diretrizes que descrevem como executar uma tarefa”. Essas definições se interligam desde a criação da inteligência artificial e os algoritmos tiveram um papel fundamental nesse processo, pois eles permitem que a inteligência artificial se materialize atualmente, inclusive promovendo novos acertos a partir de erros. Os algoritmos não só possibilitaram a inteligência artificial, como a aperfeiçoam a cada novo erro produzido por eles.

Qualquer máquina que apresente um ‘comportamento inteligente’, ou que seja ‘capaz de raciocinar’ reporta-se à inteligência artificial e a seus algoritmos de criação, sendo capaz de perceber o ambiente no qual está estabelecida, podendo decidir e atingir com sucesso, determinado objetivo. A inteligência artificial possui as seguintes características: percepção, aprendizagem, raciocínio, comunicação e comportamento de correção, mesmo em ambientes complexos. As ciências da computação têm como objetivo aperfeiçoar de forma progressiva os algoritmos, para que a inteligência artificial consiga superar o desempenho humano, ao executar a mesma tarefa (READS, 2017).

É fato que a inteligência artificial só se tornou possível, devido à incessante busca do ser humano por meios que contribuíssem para a vida social como um todo. A vida em sociedade é imanente ao homem, e nessa interação, o ser humano está sempre propenso a descobrir algo novo, que vá além de seu saber básico, com o objetivo de colaborar com a evolução da espécie humana e, ao mesmo tempo, proporcionar novas possibilidades à sociedade.

2. A atuação dos algoritmos na produção dos *deepfakes* e possíveis danos à sociedade no ciberespaço

As evoluções na área da tecnologia no século XX foram revolucionárias no cotidiano do ser humano, e essas evoluções não pararam, pois o século XXI também apresenta avanços tecnológicos cada vez mais expressivos. Agora, com um maior domínio pelo homem, as tecnologias proporcionam cada vez mais bem-estar à vida social, os avanços significativos da inteligência artificial oportunizam inúmeras aplicações positivas para toda a sociedade. Entretanto, Patrini; Cavalli e Adjer (2018), em seu relatório, apresentam que nem só com o intuito de beneficiar o homem as tecnologias foram criadas. Os autores expõem que as técnicas modernas das ciências da computação estão sendo também exploradas de má forma, com o objetivo de denegrir e prejudicar toda a população.

Mattos, Souza e Manhães (2012), reforçam essa noção de posicionamento, ao afirmarem: “Tratar, estudar e apresentar os efeitos negativos trazidos pela forma astutamente veloz com que o avanço tecnológico acontece e se apresenta, parece, para muitos, um discurso mais propriamente baseado no conservadorismo do que realmente fundamentado em bases sólidas e importantes”. Os autores ainda advertem:

É possível perceber que a velocidade da evolução violenta o ser humano em muitos aspectos. Esta violência, muitas vezes, é deturpada ou maquiada por estratégias de imposição em massa dos processos tecnológicos, como se tudo fosse natural e como se

não houvesse outro meio ou forma de ser feito. (MATTOS; SOUZA; MANHÃES, 2012, p.186).

Como exemplo da exposição supra, tem-se a matéria recém-divulgada pelo jornal Fantástico, no dia 10 de novembro de 2019, tratando das influências negativas que a sociedade vem sofrendo com a desinformação provocada pelas novas tecnologias. A reportagem evidencia que a população brasileira, em sua grande maioria, acredita nas redes sociais digitais e tem nelas a principal fonte de informação, a saber:

[...] a Nana Queiroz é de uma ONG de mobilização social: a Avaaz, essa ONG e a Sociedade Brasileira de Imunizações, encomendaram ao IBOPE uma pesquisa, que trouxe os seguintes números: de cada dez pessoas entrevistadas, sete disseram que acreditaram em pelo menos uma notícia falsa sobre vacina; 57% dos que não se vacinaram citaram um motivo relacionado a desinformação; e 48% dos entrevistados falaram que têm redes sociais e aplicativos como uma das principais fontes de informação sobre vacina. (FANTÁSTICO, 2019).

Fatos assim evidenciam como e quanto as pessoas estão vulneradas aos fatos o que acontecem e são divulgados nas redes sociais digitais, inclusive podendo causar risco à saúde, como o exemplo apresentado na matéria do jornal. Torna-se oportuno se observar que aplicativos maliciosos estão sendo criados exclusivamente com o propósito de divulgar e propagar notícias falsas no ciberespaço – que é explicado como “[...] a virtualização, a atualização em um lugar, de dados registrados em outro lugar, interconectados por redes, e que, por suas características técnicas de programação, permite a mediação da comunicação entre seres humanos, e com a própria cultura por eles produzida” (SOUZA; COSTA, 2005).

Nesses termos, a comunicação mediada pelas redes sociais digitais permite difundir tanto o bem, quanto o mal, dependendo somente do interesse do propagador. Para uma melhor compreensão das possibilidades negativas disponíveis nas redes sociais digitais, faz-se necessário entender a criação e o significado da tecnologia denominada *deepfake*.

A inteligência artificial possui duas categorias de algoritmos denominadas *Machine Learning* (ML) e *Deep Learning* (DL ou Rede Neural Profunda) (GUILLOU, 2018). O *Deep Learning* é um algoritmo que aprende com seus erros. E esta explicação relaciona-se aos *deepfakes*, conforme elucidação de Michael K. Spencer, em seu artigo intitulado “Deep Fake, a mais recente ameaça distópica”, publicado em maio do presente ano, descreve:

Deepfakes são, essencialmente, identidades falsas criadas com o *Deep Learning* [aprendizagem profunda, por meio de uso maciço de dados], por meio de uma técnica de síntese de imagem humana baseada na inteligência artificial. É usada para combinar e sobrepor imagens e vídeos preexistentes e transformá-los em imagens ou vídeos “originais” [...] Essa combinação de vídeos existentes e “originais” resulta em vídeos falsos, que mostram uma ou algumas pessoas realizando ações ou fazendo coisas que nunca aconteceram na realidade. Em 2019, também estamos vendo uma explosão de faces *fake*, através das quais a IA é capaz de conjurar pessoas que não existem na realidade, e que têm um certo fator de fluência. (SPENCER, 2019).

Em 2017, a rede social virtual *Reddit*, teve o primeiro caso de *deepfake* quando um usuário divulgou vídeos falsos nos quais atrizes de *Hollywood* tiveram seus rostos inseridos em vídeos de conteúdo adulto (impróprio aos menores, como por exemplo, material pornográfico). Neste caso, a inteligência artificial foi utilizada

para produzir e/ou editar um conteúdo falso, algo que até então, não havia acontecido. A tecnologia do *deepfake* usa o algoritmo *Deep Learning* na elaboração de conteúdos falsos, criando situações embaraçosas e disseminando conteúdo e informações falsas. Os *deepfakes* não atuam somente em sites de conteúdo adulto, as implicações do uso desta tecnologia podem causar situações muito piores quando associadas à política, à veiculação de notícias falsas, causando na população mundial um sentimento de instabilidade e ceticismo ao ver ou ouvir essas notícias em seu cotidiano (YOUNG, 2019).

Em 2018, a expressão *deepfake* obteve outras técnicas associadas ao seu nome, como por exemplo: reconstituição da expressão facial, manipulação de corpo inteiro e plano de fundo e síntese de áudio (PATRINI et al, 2018).

Nesse novo mundo, a IA é capaz de mimetizar conteúdo humano, e tem o potencial de ser usada por maus atores, e campanhas financiadas por Estados, para influenciar os sentimentos da população de várias formas. Estamos testemunhando uma explosão de fraude online. [...] Personagens e textos *fake* são os próximos fronts do debate em torno do *deepfake*, que está só começando e é ainda outra maneira com a qual a inteligência artificial pode ser aproveitada como máscara e alterar o sentimento coletivo através de truques digitais [...]. Humanos digitais, âncoras de jornais de inteligência artificial, personas virtuais — tudo é possível na nova internet. O mercado de farsa online já está maduro (SPENCER, 2019).

Nesse contexto, o ciberespaço é definido como um ambiente de comunicação:

[...] o espaço constituído com base em uma comunicação, em linguagens e diálogos homem-máquina, máquina-máquina. Vemos a tela, mas não visualizamos a quantidade informações, de comandos, expressões e códigos que estão por trás das imagens inônicas que vemos nas telas (Souza; Costa, 2005)

Torna-se interessante conferir a afirmativa de que o ciberespaço está conectado com a cibercultura, que se define da seguinte forma:

Pode-se observar que a cibercultura representa o conjunto de costumes, conhecimentos, efeitos e impacto do avanço tecnológico em nossa vida cotidiana, do pessoal ao profissional. É importante observarmos que estes costumes, agregados a todo o aparato tecnológico disponível, são ainda baseados nos costumes tradicionais. A internet representa ícone maior da cibercultura. (MATTOS; SOUZA; MANHÃES, 2012, p.183).

Entretanto, esse ambiente denominado “ciberespaço”, já não é mais seguro. O crescimento dos *deepfakes* apresenta uma nova concepção à rede social virtual, pois essa nova inteligência artificial trouxe ao cotidiano mundial a desinformação, que tende a se aprimorar, colocando em risco a relação de confiança entre o ser humano e a internet. Nesse sentido, afirma Spencer (2019): “O perigo dos *deepfakes* representa um novo tipo de ameaça à cybersegurança, na qual o que pode ser feito está muito à frente de como combatê-lo”.

3. A necessária regulamentação da prática dos *deepfakes* no âmbito cível e criminal

A centralização do uso das redes sociais digitais faz parte da realidade mundial deste novo milênio, pois o ser humano já está mergulhado na internet e vice-versa e o acesso à rede mundial de computadores se tornou ao mesmo tempo usual e essencial no cotidiano do homem. Porém, a legislação brasileira não se atualizou neste sentido, a virtualização caminha a passos largos, evolui quase que

instantaneamente, enquanto as leis se tornam obsoletas e ineficazes. São inúmeras as transformações apresentadas pelo uso livre da internet, embora muitos ainda não saibam lidar com as novas tecnologias, nem identificar os perigos que as redes sociais digitais podem causar:

Imaginou-se que a internet deveria ser "terra sem lei", onde tudo seria permitido pela aparente impossibilidade de descoberta da verdadeira identidade da pessoa. Percebeu-se a deficiência do direito penal tradicional no combate à criminalidade virtual. Os Códigos Penais e legislações penais especiais foram afetados por essa nova realidade, porque o direito penal é fortemente ligado à questão da soberania nacional, enquanto a internet, por sua vez, não conhece Estados por ser manifestação de uma verdadeira "aldeia global". Tradicionais regras de aplicação da lei penal no espaço, com exemplos quase hipotéticos, tais como o de cometimento de um crime de um lado da fronteira e concluí-lo após ter passado pela imigração, ganham importância na tentativa de combate aos criminosos, ao mesmo tempo em que estas são inócuas, porque crimes podem ser praticados de qualquer parte do mundo. Ao largo dessas reflexões sobre o direito penal, também se procurou enfrentar a contrafação na internet mediante ações contra quem distribuisse materiais protegidos pelo direito de autor, o que não deu certo pela impossibilidade de apreensão física das obras em formato digital. (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

Por se apresentar como um recurso muito novo nas redes sociais digitais, muitos usuários da internet ainda não reconhecem a tecnologia produzida pelo *deepfake* e seu potencial poder de confundir e enganar a sociedade. A falta de conhecimento e desinformação, aliadas à ausência de uma legislação que regule esse novo mecanismo utilizado na internet, certamente irá aumentar os problemas que envolvem o uso da rede mundial de computadores quando associadas à vida privada, política e social. Pesquisadores e estudiosos de áreas diversas começam a se preocupar com os efeitos negativos e até mesmo destruidores que os *deepfakes* podem causar:

Quanto mais realista os vídeos se tornarem mais a diferença entre seu alcance e o conhecimento de que tais conteúdos são forjáveis se acentuará, fazendo com que eles sejam tidos como verdadeiros pela maioria de seus consumidores [...] pela ausência de leis específicas, advogados civis precisam ficar "criativos", usando violação de direitos autorais e ações de difamação para trazer justiça a seus clientes. (LARA et al, 2018).

A Convenção de Budapeste é um Tratado Internacional de Direito Penal e Direito Processual Penal, e está em vigor desde 2004 - esta é a primeira convenção sobre cibercrimes - sendo firmado principalmente por países europeus, com o intuito de haver uma colaboração entre eles para o combate aos crimes praticados na internet. Entretanto, o Brasil não quis acolher à Convenção de Budapeste, justificando que por não ter participado de sua criação não seria interessante segui-lo. Apesar desta declaração, em 2013, começou a vigorar as Leis 12.737/2012 e 12.735/2012, conhecidas respectivamente como Lei Carolina Dieckman, e Lei Azeredo, todavia, são possuidoras - para não dizer réplica - de artigos contidos na Convenção de Budapeste de 2004. (LARA et al, 2018), e ainda complementam:

Isso significa, que o Brasil, por motivos de vaidade política, demorou 8 anos mais para perceber e legislar o que outros Estados já haviam visto como problema social tentaram uma união de interesse global para combater os *cybercrimes*, pois como foi explicado anteriormente o criminoso age dentro do *cyberspace* que não possui fronteiras.

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, é a Lei que regula o uso da internet no Brasil, através da previsão de princípios, garantias,

direitos e deveres para quem usa a rede mundial de computadores, ao mesmo tempo que orienta as diretrizes de atuação do Estado. A Lei nº 12.965/14 regulamenta o uso de ferramentas de interação e comunicação, estimula a criação de novas tecnologias, e protege o usuário e o provedor, através de seus princípios. Entretanto, esta Lei foi criada em 2014 e à época a ferramenta de inteligência artificial – *deepfake* – não havia sido concebida, portanto, não há nesta Lei, a previsão para o uso desta ferramenta. Em 2018, a legislação brasileira promulgou as Leis nº 13.709 e nº 13.718, que dispõem sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais, bem como a divulgação de cenas criminosas, inclusive nos meios digitais, ainda assim, alguns doutrinadores defendem que estas novas leis não poderiam ser aplicadas em casos de *deepfakes*, pois não há previsão expressa nas legislações apontadas (SIQUEIRA, 2019). Dito isso, comprova-se a dificuldade de limitar legislativamente o uso do *deepfake* no mundo contemporâneo, já que por ser uma inovação, ainda não existe uma lei própria que o regule.

4. A cognição e a linguagem da inteligência artificial e sua má utilização nos *deepfakes*

José Saramago – escritor português e Prêmio Nobel de Literatura de 1998 – escreveu em 2000 o texto “Para que serve a comunicação?”, no qual constata:

As novas tecnologias da comunicação multiplicam de modo excepcional a quantidade de informações disponíveis. Isso é ao mesmo tempo fascinante e inquietante. Fascinante porque se nota que transformações muito positivas, em matéria de educação e formação, estão ao alcance da mão. Inquietante porque tudo isso mostra um mundo sobre o qual pairam as ameaças de desumanização e de manipulação. (SARAMAGO apud RODRIGUES, 2015).

Saramago, já se atentava para os avanços das novas tecnologias e os interligava ao conhecimento e as novas linguagens que estavam por vir junto à rede mundial de computadores, bem como os problemas que poderiam surgir através destas tecnologias. Já é sabido que o algoritmo de criação dos *deepfakes* possui um aprendizado profundo que analisa e prevê automaticamente, corrigindo prováveis erros. Tem-se a inteligência artificial produzindo máquinas capazes de utilizar o conhecimento e a linguagem de uma forma bem próxima da que o ser humano realiza. A inteligência artificial caminha cada vez mais rápido, permitindo que as ciências da computação crie suas máquinas com capacidade de inteligência cada vez mais próxima à realidade do homem. Da mesma forma que os seres humanos utilizam a cognição e a linguagem para evoluir e comunicar, a inteligência artificial busca através de seus algoritmos que as funções cognitivas e comunicativas humanas, sejam reproduzidas pelos programas virtuais.

Para a abordagem de um modelo cognitivo nas ciências da computação é necessário que exista um determinado programa, que busque representar através dos algoritmos, o pensamento humano. O campo interdisciplinar da ciência cognitiva e da psicologia experimental reúnem-se tentando trazer às máquinas o funcionamento da mente humana. E como a linguagem está relacionada ao pensamento? Tanto a linguística moderna, quanto a inteligência artificial, trabalham com o intuito de aprimorar o complexo campo da compreensão da linguagem. Como a inteligência artificial é um ramo da ciência da computação, sua metodologia busca a construção de máquinas que exerçam automaticamente a linguagem e cognição

humana, em mídias complexas e se aperfeiçoem a cada nova tentativa (RUSSELL; NORVIG, 2004).

Stuart J. Russell e Peter Norvig observam que a inteligência artificial é capaz de fazer um planejamento autônomo a centenas de milhões de quilômetros da Terra, de jogar xadrez com um campeão mundial e sair vencedor, possui controle autônomo sendo treinado para dirigir um veículo sem que precise de um humano ao volante, realiza diagnósticos médicos em níveis semelhantes aos de médicos especialistas em algumas áreas da medicina, possui planejamento logístico de transporte, utiliza a robótica como assistente em microcirurgias e, possui um processamento de linguagem e solução de problemas capaz de resolver palavras cruzadas de forma mais aprimorada do que a maioria dos humanos (RUSSELL; NORVIG, 2004).

Os algoritmos dos *deepfakes* possuem uma codificação automática, produzidos por meio de uma rede neural artificial utilizada para absorver dados em séries, através de um processo chamado de aprendizagem não supervisionada, este processo codifica os dados, corrigindo possíveis erros automaticamente, se tornando bem próximo do conhecimento e da linguagem dos seres humanos, por isso, identificar uma imagem ou um áudio falso, tem se tornando cada vez mais difícil. Como exemplo do desenvolvimento dos *deepfakes* tem-se: resolução de problemas, reconhecimento de fala, aprendizado e planejamento. O processo de inteligência artificial nos *deepfakes* inclui, a aprendizagem: que recebe informações e regras que regem o uso desta; o raciocínio: que faz uma conclusão definitiva ou bem próxima das regras criadas pelo algoritmo; e a autocorreção, ou seja, os algoritmos dos *deepfakes* foram codificados com o intuito de serem uma versão automatizada da inteligência humana e das habilidades cognitivas (YOUNG, 2019).

Diante do exposto, compreende-se a preocupação relacionada às tecnologias que utilizam a inteligência artificial e seus algoritmos com autocorreção, aproximando-se assim, do vocabulário e da compreensão humana. “[...] A maneira sofisticada pela qual informações falsas podem ser criadas, a rapidez com que podem ser criadas e o quão infinitamente elas podem ser disseminadas está em um nível diferente. No passado, eu poderia ter espalhado mentiras, mas meu alcance seria limitado.” (WACHTER, 2019).

Considerações finais

Faz-se necessário compreender os *deepfakes* como criação da inteligência artificial em relação aos possíveis prejuízos à sociedade no ciberespaço, pois deste modo a comunidade global estará preparada para identificar possíveis notícias falsas, criadas com o intuito de difundir o pânico, o caos, e inverdades nas redes sociais digitais. A atuação dos *deepfakes* no ciberespaço objetiva disseminar a insegurança no que é transmitido pela rede mundial de computadores e, a contemporaneidade trata de assuntos diversos pela rede mundial de computadores, quer seja algo mais simples, quer seja algo de grande repercussão e influência mundial.

Conteúdos diversos são tratados pela internet: política, religião, compra e venda, moda, lazer, educação, nutrição e saúde são alguns dos exemplos. Uma infinidade e variedade de assuntos com acesso imediato nunca imaginado pelo ser

humano antes do advento das novas tecnologias. E a inteligência artificial evoluiu a ponto de se indagar o que é real? O que tem origem verdadeira em sua criação? Será que a máquina está manipulando a vontade humana? O que de fato é verdade e contribui para a evolução da espécie humana? Os questionamentos levam à reflexão sobre a utilização das máquinas e os conteúdos por elas difundidos. O objetivo que motivou a criação da inteligência artificial foi a ajuda que os seres humanos obteriam mediante esse advento tecnológico, entretanto, a contemporaneidade apresenta os *deepfakes* como uma falha no canal de cooperação entre homem e máquina, já que não é mais possível definir com precisão o que é verdadeiro e o que é montagem dissimulada.

A atuação dos *deepfakes* no Ciberespaço clama por uma regulamentação legal específica que garanta a segurança do que é divulgado à sociedade por meio da internet, que é uma ferramenta usual presente no cotidiano da comunidade mundial – dir-se-ia até mesmo indispensável na contemporaneidade. Os *deepfakes* necessitam somente da criatividade do editor e da quantidade de vídeos e áudios disponíveis na internet para que sejam modificados e divulgados como verdadeiros, criando uma cadeia mundial de publicação de inverdades. Essa ferramenta pode atingir a qualquer pessoa, seja ela figura pública ou um cidadão comum, já que usualmente publicam-se vídeos e áudios em todos os canais de comunicação que a rede mundial de computadores fornece. Faz parte do cotidiano humano se comunicar mediado pelas tecnologias digitais.

Poucas tecnologias são tão democráticas quanto à internet, pois sua utilização se dá por pessoas de lugares distintos e com graduações diferentes de conhecimento, todas com o mesmo acesso ao que é veiculado pelas mídias sociais digitais, dito isso, há que se levar em consideração dois pontos fundamentais ao se tratar dos *deepfakes*: o primeiro se relaciona com a criação recente dessa ferramenta de aprendizagem profunda, fazendo-se necessário a publicidade de sua atuação na rede mundial de computadores, pois os usuários da internet precisam conhecer o funcionamento dos *deepfakes*, estando cientes dos perigos por ele causados; em segundo e com um mesmo grau de importância se refere à necessidade de uma proteção jurídica que garanta o interesse público e a utilidade social das redes sociais digitais, que abrange toda a população mundial integrada e interconectada.

Por derradeiro, registra-se que a inteligência artificial utilizada nos *deepfakes* atua diretamente na desinformação global, reproduzindo informações falsas, enganosas, descontextualizadas e projetadas com o intuito de causar malfeitorias à coletividade, causando um colapso de confiança a tudo que é publicado na rede mundial de computadores – fato que exige dos usuários da internet uma verificação sobre a veracidade das informações recebidas. É notório que as redes sociais digitais influenciam diretamente o comportamento humano, desse modo, há que se pensar na importância da checagem dos fatos antes de compartilhá-los com toda a rede de amigos digitais, sendo esse o primeiro passo de confronto à desinformação provida por ferramentas da inteligência artificial. É responsabilidade humana a tutela dos princípios fundamentais em uma sociedade plural, democrática e interconectada.

Referências

- GIRARDI, Giuliana. **Brasil sofre com epidemia de desinformação sobre vacinas, revela estudo inédito**. Fantástico, São Paulo: Rede Globo, 10 de novembro de 2019. Reportagem Televisiva.
- GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GUILLOU, Pierre. **Qual é o princípio de funcionamento de um algoritmo de inteligência artificial?** Disponível em <https://medium.com/@pierre_guillou/qual-é-o-principio-de-funcionamento-de-um-algoritmo-de-inteligência-artificial-d68619ce2b4>. Acesso em 02 de outubro de 2019.
- LARA et al. Implicações políticas, sociais e ética da popularização de *deepfakes* por meio de softwares livres. **Anais do Congresso Nacional Universidade, EAD e Software Livre**, v.2, n.9, 2018. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/ueadsl/article/view/14431>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.
- LAVAGNOLI, Silvia. **Como surgiu a Inteligência Artificial?** Disponível em: <<https://www.opencadd.com.br/como-surgiu-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.
- MATTOS, Matheus Carvalho de; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; MANHÃES, Fernanda Castro. **A dromocracia cibercultural nas redes sociais digitais**. Revista Científica Internacional InsterSciencePlace, v. 1, n. 21, p. 178-196. 2012. Disponível em: <<http://interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/208>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.
- PATRINI, Giorgio; CAVALLI, Francesco; AJDER, Henry. **The state of deepfakes: reality under attack**. Annual Report v.2.3, 2018. Disponível em: <<https://s3.eu-west-2.amazonaws.com/rep2018/2018-the-state-of-deepfakes.pdf>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.
- PRETI, Mariana. **Entenda o que é Algoritmo e qual o papel dele na sua vida**. Disponível em: <<https://c2ti.com.br/blog/entenda-o-que-e-algoritmo-e-como-ele-determinar-o-que-voce-ve-na-internet-tecnologia>>. Acesso em 01 de outubro de 2019.
- READS, Smart. **“Inteligência Artificial: Compreender em Que Consiste a I.A. e o Que Implica a Aprendizagem das Máquinas”**. Tradução de Patrícia Pinto. *Smart Reads*, 2017. Edição Kindle, 62p.
- RODRIGUES, Juliana Souza. **Para que serve a comunicação? “José Saramago”** – Texto na íntegra e comentário crítico. Disponível em: <<https://juhroyal.wordpress.com/2015/03/10/para-que-serve-a-comunicacao-jose-saramago-texto-na-integra-e-comentario-critico/>>. Acesso em 11 de outubro de 2019.

- RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligencia Artificial. Un Enfoque Moderno**. Tradução de Juan Manuel Corchado Rodríguez. 2. ed. Madrid: Pearson, 2004, 1240p.
- SIQUEIRA, Paulo Alexandre Rodrigues de. **O 'Deep Fake' e a Legislação Brasileira** – utilização de instrumentos legais para a proteção à imagem. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/53256/o-deep-fake-e-a-legislao-brasileira-utilizao-de-instrumentos-legais-para-a-proteo-imagem>>. Acesso em 11 de outubro de 2019.
- SPENCER, Michael K. **Deep Fake, a mais recente ameaça distópica**. Tradução de Gabriela Leite. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/deep-fake-a-ultima-distopia/>>. Acesso em 05 de outubro de 2019.
- SOUZA, Carlos Henrique Medeiros; COSTA, Marco Aurélio Borges. **Abordagens antropológicas do ciberespaço e da cibercultura**. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/164913370240515589548494073408862492935.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2019.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet**: uma lei sem conteúdo normativo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269>. Acesso em 10 de outubro de 2019.
- WACHTER, Sandra. The Guardian [entrevista]. **Mundo + Tech** (Blog Embratel). Disponível em <<https://mundomaistech.com.br/inteligencia-artificial/ha-um-lado-bom-no-deepfake/>> 2019. Acesso em 18mar.2020.
- YOUNG, Norbet. **DeepFake Technology: Complete Guide to Deepfakes, Politics and Social Media**. 2019. Edição Kindle, 160p.

VARIOS

Balance del régimen jurídico-económico de las ICOs en la financiación de las PYMES (*)

Assessment of the legal-economic regime of ICOs in the financing of SMEs

Miguel Ángel García-Ramos Lucero¹

Ricardo Rejas Muslera²

Sumario: Introducción. 1. Regulación y análisis legal en España. 2. Criptoactivos, un riesgo o amenaza para la industria bancaria o las cuentas nacionales? 3. *Initial Coin Offerings*, en España y a nivel global. 4. La inversión en criptomonedas y Blockchain. 5. Análisis de la rentabilidad de la inversión en criptomonedas. 6. Pueden las ICOs convertirse en una fuente importante como alternativa financiera? – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: La tecnología modifica en la actualidad las relaciones económicas y sociales y la denominada Fintech cambia el escenario de los activos y mercados financieros. La economía se está "tokenizando", lo que brinda a los mercados más liquidez (por ejemplo, existen plataformas de crowdfunding o crowdlending que dan liquidez a las inversiones en equities y deuda privadas) y permite la creación de nuevos activos financieros en una economía digital. Las criptomonedas permiten a las empresas crear su propio sistema monetario y varios autores las consideran una amenaza para el modelo de estado actual, perdiendo su poder fiduciario. Un ejemplo es la ICO (initial coin offering, que es la emisión de criptomonedas), con sus respectivas versiones IEO Initial Exchange Offering y STO security token offering donde el aspecto regulatorio emergente y su capacidad financiera para recaudar capital carece de suficiente estudio. En este artículo discutimos este análisis.

(*) Recibido: 20/05/2020 | Aceptado: 21/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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

¹ Doctorando en la Universidad Camilo José Cela. Economista y profesor en EAE Business School. Universidad Camilo José Cela. España.
mangel.garcia4@alumno.ucjc.edu

² PhD. Profesor y Director de Departamento, Universidad Camilo José Cela. Facultad de Derecho.
rrejas@ucjc.edu

Palabras clave: *Initial coin offerings*, Mercado primario de criptomonedas, criptomonedas, Fintech, token, Blockchain.

Abstract: Technology currently modifies economic and social relationships and the so-called Fintech changes the scenario of financial assets and markets. The economy is being "tokenized", which gives the markets more liquidity (for example, there are crowdfunding or crowdlending platforms that give liquidity to investments in private equity and debt) and enables the creation of new financial assets in a digital economy. Cryptocurrencies allow companies create their own monetary system and several authors consider them a threat to the current state model, losing its fiduciary power. An example is the ICO (initial coin offering, which is the cryptocurrency offer), with their respective versions initial exchange offering IEO and security token offering STO where the emerging regulatory aspect and its financial capacity to raise capital lacks sufficient study. In this paper we discuss this analysis.

Keywords: Initial Coin Offerings, Cryptocurrencies, Fintech, Token, Blockchain.

Introducción

Definiciones

La legalidad y el desarrollo regulatorio en las criptomonedas todavía están en el proceso de desarrollo inicial, las criptomonedas funcionan bajo una red descentralizada, donde no existe regulación por parte de ninguna agencia de control o entidad financiera, esto hace que su proceso de regulación sea complejo. Como suele suceder cuando hay un cambio de paradigma tecnológico, la tecnología se está desarrollando mucho más rápido que la regulación. Obviamente, la regulación de las criptomonedas se vuelve cada vez más importante y necesaria, su uso aumenta constantemente, cada vez más personas están interesadas en este tipo de activos y cada día hay más personas interesadas en invertir en estas criptomonedas. El trading diario con criptomonedas aumenta rápidamente y desborda la capacidad de control de las autoridades fiscales nacionales y difumina la intermediación financiera de los bancos comerciales. Y creemos que es necesario hacerlo a nivel transnacional porque las ICO se ejecutan online a nivel mundial y es común que su emisión y comercialización afecten a varias legislaciones nacionales. Otro problema que hace que la regulación de este tipo de activos sea esencial es que actualmente hay muchos usos de las criptomonedas que son realizadas por grupos criminales e ilegales y que aprovechan las características de este tipo de activos para obtener ganancias y desviar el dinero de sus actividades criminales. Las operaciones ICO tuvieron mucho éxito durante 2017 y 2018.

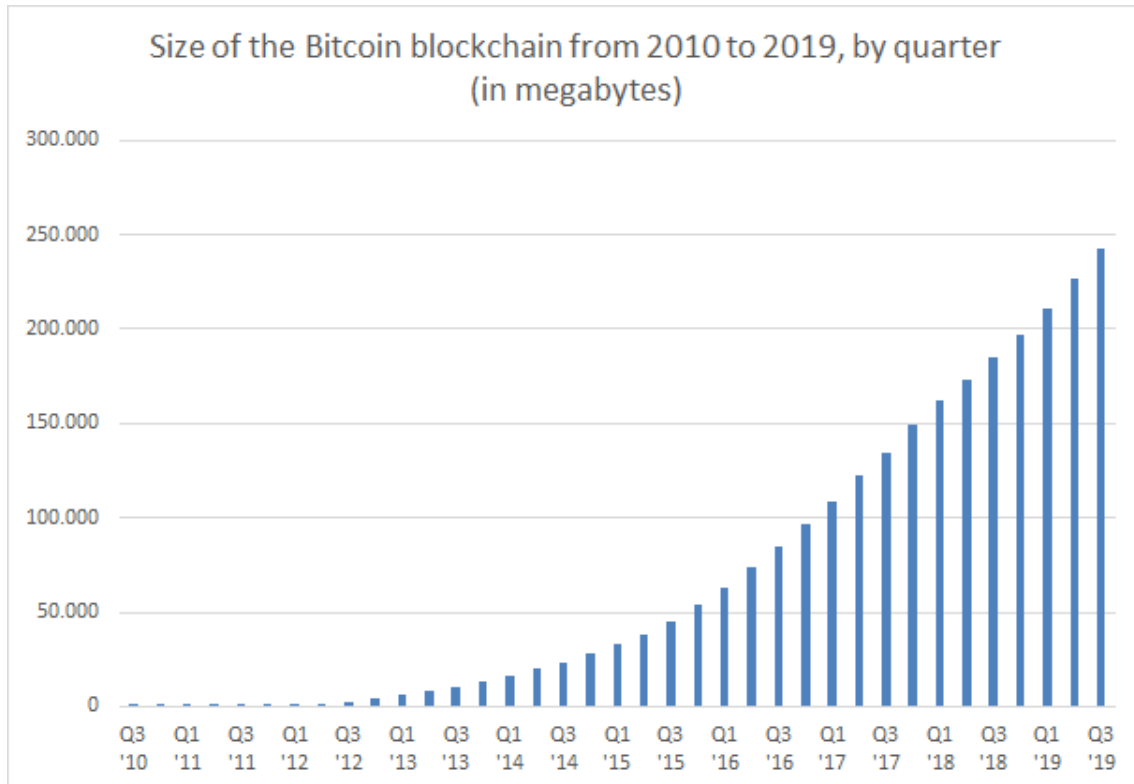
Las *Initial Coin offerings* (ICO) pueden definirse como ofertas abiertas de financiación promovidas por organizaciones, empresas y empresarios para recaudar dinero a través de criptomonedas, a cambio de un "token" que puede

venderse en Internet o utilizarse en el futuro para obtener productos o servicios y, en ocasiones, beneficios (OCDE, 2019). Las ICO representan una revolución en los mercados financieros primarios y una solución alternativa para el “*financing gap*” de las pequeñas y medianas empresas. Las nuevas empresas (start-ups) representan una porción importante del capital humano a nivel global, pero a menudo están limitadas por restricciones financieras (Hall, 2009). Las ICO buscan la financiación de un proyecto mediante la emisión de una moneda en la tecnología Blockchain, una criptomoneda. Como dijo Goldman Sachs ((Boroujerdi & Wolf, 2015), Blockchain tiene el potencial de redefinir las transacciones y el back office de una multitud de industrias diferentes. Las ICO están modificando la captación de capital de una manera que no se había visto en el pasado. Las ICO permiten a los inversores minoristas invertir en el capital de start ups y permiten a éstas acceder a un enorme pool de inversores. Blockchain ofrece liquidez y crea valor económico mediante la creación de un sistema monetario dentro de los límites de la red de la compañía. Hay cuatro razones principales para que las ICO tengan éxito: carencia o escasa regulación, eficiencia en costes debido a menores o inexistencia de gastos de brokerage, mayor grupo o pool de inversores y elevada liquidez para estos activos digitales.

Coyuntura o condiciones de mercado

En 2018, hubo más de 2,200 ICOs a nivel mundial con un capital captado que ascendió a 11,4 mil millones de dólares, con un 13% de crecimiento interanual YoY. Representa o pretende hacerlo, en su estado aún emergente, una metodología de financiación alternativa revolucionaria para las start ups sin necesidad de adherirse a ninguna estandarización. Sin embargo, hay casos de default y, por lo tanto, la seguridad jurídica es muy relevante. ICO es la madre del crowdfunding en blockchain. Desde 2017, las startups han optado por las ICO para evitar la rigurosa regulación que debe cumplir el proceso de inversión inicial debido a que lo único que necesita para comenzar ICO es el sitio web con la dirección del wallet a la que se envía el capital recaudado. El entorno económico de los mercados primarios de los ICOs, cada vez más reconocida con el término *tokenomics*, contiene todas las opciones de emisión y trading de los token por bienes y servicios. Las start-ups me mueven sin barreras legales, sin protección del inversor y completo anonimato. Un IEO (initial Exchange offering) es una operación de captación de fondos que se ejecuta en una plataforma de negociación. Al contrario que una ICO donde el management gestiona la captación de capital, una IEO (Initial Exchange Offering) significa que la recaudación de fondos se administrará en la plataforma de negociación, lo que conduce a una mayor liquidez. Los primeros IEO tuvieron lugar en 2017, pero este método de recaudación de fondos no se desarrolló en el mercado financiero hasta principios de 2019. La innovación de IEO acentúa un mayor grado de institucionalización de las plataformas (las “bolsas” de criptos) en todo el mundo como piedras angulares de la infraestructura global de Crypto-Financiación, y también se puede ver como una respuesta de las plataformas o bolsas tradicionales que se introducen en las criptodivisas. Con respecto a las STO, los tokens representan participación o derechos económicos sobre una empresa (ya sea equity o deuda), se consideran valores o activos financieros. Después del lanzamiento de las primeras STO en 2017, el volumen aumentó significativamente a

aproximadamente USD 442mn en volumen de financiación total para finales de 2018.



Fuente: <https://www.statista.com/statistics/>

Hay tres tipos de tokens: *tokens de pago o payment tokens* (medios de pago, unidad de cuenta y depósito de valor), *utility tokens* (digitalización de derechos, otorgan derechos a productos o servicios dentro de blockchain) y *security tokens* (equity del activo subyacente, otorgan derechos para participar en futuros beneficios). Las PYMEs tienen acceso directo a un inmenso grupo de inversores y la liquidez de los tokens emitidos a través de las ICOs es una de las principales ventajas de las ICO en relación con los métodos tradicionales de financiación de las start-ups, como la financiación de Capital Riesgo (OCDE, 2019).

Una investigación realizada en 2018 (Adhami, Giudici, Martinazzi, 2018) en la Universidad de Bocconi analizó una muestra de 253 ICO desde 2014 hasta 2017 y encontró una alta tasa de éxito (81%), proyectos originados en Estados Unidos, Rusia, Reino Unido y Canadá para proyectos relacionados con el desarrollo de Blockchain, la emisión de nuevas criptomonedas y otros servicios fintech.

El marketing de una ICO también es diferente de las OPVs tradicionales o las campañas de equity crowdfunding. Las ICO generalmente se realizan a través de sus propias páginas web y no hay brokers o bancos de inversión que oferten la oportunidad a inversores institucionales o business angels. Las ICO están abiertas a un gran abanico de inversores de diversos tamaños.

1. Regulación y análisis legal en España

A pesar del poder de Blockchain, la incertidumbre en el escenario de regulación aplicable para las ICO y las criptomonedas crea riesgos para los inversores que participan en las ICOs, al tiempo que expone a las empresas a riesgos adicionales. Las redes basadas en DLT (distributed ledger technology) no son lo suficientemente maduras.

No se trata en este apartado de profundizar en la historia y características de concepto moneda, pero si es necesario caracterizarlo, aunque sea esquemáticamente, para poder analizar que es jurídicamente una criptomoneda, pues de ello dependerá la ley aplicable y por lo tanto la regulación de los comportamientos (transacciones) que las personas físicas o jurídicas realicen.

El concepto de moneda, más allá de sus antecedentes históricos y su realidad física, tiene un fundamento esencialmente legal o regulatorio desde que se rompe el patrón oro y el sistema de dinero basado en él, es decir de dinero respaldado por riqueza, en el que cada unidad de dinero representa una fracción de esa riqueza. Con la ruptura del patrón oro se instaura el denominado sistema de dinero FIAT, el dinero ya no tiene un fundamento físico, sino que el valor que representa es atribuido “vía decreto” por los Estados, quienes, por lo tanto, a través de sus bancos centrales, obtienen el monopolio en la creación de dinero. Así se acuña el término dinero de “curso legal”. Dos características esenciales en el concepto de dinero Fiat:

- ✓ *Tiene naturaleza fiduciaria*, en el sentido de que depende de la confianza que se deposite en el Estado que afirma un determinado valor sobre el dinero que emite. Carece de un respaldo físico al no representar una determinada riqueza atesorada por el Estado emisor.
- ✓ *Solo entidades nacionales (Estados) o supranacionales (en el caso por ejemplo de la Unión Europea)* tienen reconocida la competencia para emitir dinero/moneda, a través de la denominada política monetaria.

Según lo dicho, ciertamente las criptomonedas cumplen con la primera característica del dinero Fiat, pues *se trata de una entidad eminentemente fiduciaria* que se sostiene por la confianza que, respecto de su valor, depositan sus usuarios y terceros. Pero resulta claro también que no cumple con la segunda de las condiciones, a no haber detrás de su emisión una entidad con habilitación legal para ello, esto es un Estado o, en su caso, un ente supranacional.

Descartada su consideración como dinero Fiat convencional es preciso analizar su consideración como dinero electrónico. La Ley 21/2011 de 26 de junio de dinero electrónico define dinero electrónico como “todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero” (Rejas, 2018), como ejemplo podría servir una tarjeta regalo de unos determinados almacenes comerciales y que representa el valor (en moneda de curso legal) cuyo titular puede reclamar a ese almacén comercial para la adquisición de aquellos productos o servicios que estime conveniente. Es decir, tiene un derecho de crédito contra el emisor (el almacén comercial) por el importe consignado en la tarjeta. En el caso de las criptomonedas no hay un emisor como tal contra el que

exista un crédito, por lo cual no cabe su consideración tampoco como dinero electrónico.

Precisamente la falta de un emisor como tal contra el que poder ejercer un determinado derecho de crédito es el que impide también su consideración como título-valor, tal y como sería el caso de una acción en una Sociedad Anónima o de una participación en una Sociedad Limitada.

Por lo tanto, ¿sí no es, en ningún caso, dinero que es jurídicamente una criptomoneda?

Decíamos que una entidad que representa un valor económico, cuya finalidad es servir como medio de intercambio y que por lo tanto adquiere sentido en la medida en que es propiedad de una persona física o jurídica, así la criptomoneda nace técnicamente con las operaciones de minado, pero jurídicamente con la adquisición de su propiedad por parte del minero o cualquier adquirente. Con estos caracteres una criptomoneda es un bien, en el sentido atribuido por el Art. 333 del Código Civil (CC):

“Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes”.

Así podría definirse criptomoneda como una entidad inmaterial que por tener valor económico y ser susceptible de apropiación tiene la consideración de bien inmaterial mueble, cuya finalidad es servir de medio de intercambio al representar un valor.

En este sentido se pronuncia la reciente sentencia del Tribunal Supremo STS 326/2019, 20 de Junio de 2019. Definiendo la criptomoneda como unidad de cuenta, es decir como entidad a la que de forma consensuada se asigna un determinado valor, o lo que es lo mismo, un bien de carácter patrimonial susceptible, por lo tanto de valoración económica.

Se señalaba con anterioridad que la finalidad de la criptomoneda es servir como medio de pago, esa característica tiene relevancia en su consideración fiscal, así la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de Octubre de 2015, declara la compraventa de Bitcoins exenta de IVA pues este es un impuesto que grava el consumo final de bienes y, dado que la única utilidad del Bitcoins es ser usado como *medio de pago*, a efectos de la aplicación del impuesto, debe recibir el mismo tratamiento que otros medios de pago, cuya función es facilitar el intercambio fuera de lo cual carecen absolutamente de utilidad. Este mismo criterio lo recoge la AEAT en marzo de 2015 en respuesta a consulta vinculante considerando la venta de Bitcoin como una prestación de servicios. El efecto de estas resoluciones ha sido, en el ámbito de la Unión Europea, armonizar la fiscalidad de las transacciones, pues con carácter previo, en algunos países europeos Bitcoin era considerado dinero digital y en otros, una mercancía cuya compraventa estaba sujeta a IVA. En Estados Unidos no existe un criterio uniforme respecto a esta cuestión.

Algunos otros países europeos como Suiza se han adherido también a este criterio. Además, se ha creado un cuerpo operativo cuya función será supervisar y monitorizar las monedas digitales y su evolución en los próximos años. Todo ello

con el objetivo de estudiar las tecnologías de las monedas digitales a fin de desarrollar políticas regulatorias.

En Reino Unido la Comisión de Juegos considera Bitcoin como métodos de pago aceptables en su regulación sobre apuestas on-line con bitcoin en línea.

En Japón se han aprobado diferentes normas que, en resumen, equiparan las criptomonedas al dinero Fiat como medio de pago.

En USA opera el denominado Sistema de Bit-license, y la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) de Estados Unidos ha incluido las criptomonedas dentro de la categoría de commodities, sometida por lo tanto a la regulación de este tipo de activos.

Finalmente, en Latinoamérica, Venezuela acometió la creación de su propia criptomoneda el Petro, si bien se trata de una moneda muy peculiar que la acerca a las características del antiguo sistema de dinero basado en el patrón oro, en este caso en el patrón petróleo, concretamente un barril por cada Petro. Ecuador está incentivando la incorporación de la criptomoneda al sistema financiero, debiendo “incorporarse como Macro-Agentes” al sistema de dinero electrónico, entendido aquí en su sentido amplio e incluyendo por lo tanto las criptomonedas.

2. Criptoactivos, ¿un riesgo o amenaza para la industria bancaria o las cuentas nacionales?

La regulación es extremadamente importante. Las monedas digitales pueden reducir significativamente los ingresos fiscales para los países nacionales y representan un grave peligro para la industria bancaria (como ha sido reconocido por el Bank of America), principalmente en el escenario actual de bajos tipos de interés y crecimiento reducido en los países desarrollados. Por ejemplo, el Sr. John Cryan, expresidente del Deutsche Bank, advirtió sobre la posibilidad de desaparición de monedas y billetes tradicionales en diez años debido a su ineficiencia. Cryptos y Blockchain aumentan la incertidumbre en la autonomía financiera de las economías nacionales, como lo reconoció recientemente Margarita Delgado, vicegobernadora del Banco de España, hablando de Libra como un grave peligro para la política monetaria.

Prueba de ello son, por ejemplo, las recientes reacciones del BCE, el FMI y la Fed con respecto a la criptomoneda Libra de Facebook que muestran estar alerta al sistema financiero debido a los activos digitales creados por multinacionales tecnológicas con un fuerte poder de penetración en el uso monetario de la población. Las preocupaciones se refieren a la protección y seguridad de datos de los clientes, la protección contra el lavado de dinero o el posible abuso de una posición dominante. Básicamente, existe un tradeoff entre la reducción de costes, la velocidad de las transacciones financieras y el riesgo de inestabilidad financiera internacional debido al riesgo de incumplimiento y crédito por la carencia de respaldo de una institución pública.

La Autoridad Bancaria Europea definió 70 riesgos, divididos en varias categorías en función de quién o qué está amenazado por ellos (Lansky, 2018). Los sistemas de pago actuales son uno de los grupos. Obviamente, el sistema bancario tradicional se desvanece, su modelo de negocio está obsoleto debido a las nuevas

tecnologías y las criptomonedas significan un cambio radical en las transacciones y los modelos de negocio. Es cierto que los activos digitales tienen riesgos, pero hoy no podemos olvidar que alrededor de 2.000 millones de personas no tienen acceso al sistema bancario. Las nuevas tecnologías les permiten participar en la economía internacional y sacarlos de la pobreza. Las redes monetarias peer-to-peer se están volviendo cada vez más comunes, lo que dificulta el control centralizado del sistema financiero y plantea una grave amenaza para la industria financiera.

Si quieren sobrevivir, los grandes bancos deben digitalizar y proporcionar servicios en tiempo real como los que ofrecen las criptomonedas y ya están invirtiendo en investigación y desarrollo de la tecnología Blockchain. Las instituciones que se adapten sobrevivirán, el resto morirá.

3. *Initial Coin Offerings*, en España y a nivel global

En España

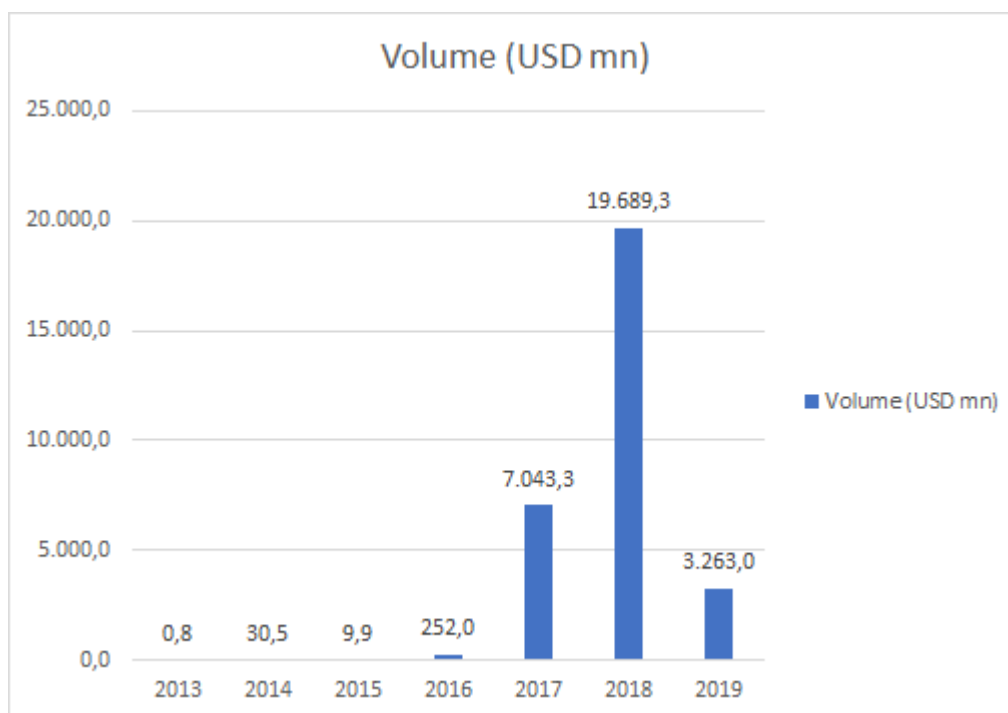
Estamos en las primeras etapas y la mayoría de las ICOs de empresas españolas se emiten en el extranjero. En abril de 2018, el banco central español (Banco de España) había identificado 20 ICOs de empresas españolas y que operaban en España pero emitidas en Suiza, Gibraltar, Estonia y Singapur. El primer STO en España fue lanzado en marzo de 2019 por NEXT Group (www.gruponext.es), una startup electrónica que ofrece big data para conectar automóviles que emitieron 5 millones de euros en valores para financiar el crecimiento a través de Icofunding (<https://icofunding.com/>) y Alhambra Partners.

Importante mencionar el nacimiento en 2018 de AETOK (Asociación Española de tokens e ICOs) con el objetivo de promover el desarrollo de la industria de ICOs y la tokenización de productos y activos en España, a través de la promoción de la regulación y la autorregulación en esta área.

Visión global

A nivel global, los criptomercados ofrecen un desarrollo positivo. El plan de reducción de costes implícito para las PYMEs derivado del establecimiento de la emisión de tokens a través de esta nueva tecnología se considera una de las ventajas más importantes de las ICO como fuente de captación capital. Durante los primeros cinco meses de 2019, se han completado con éxito más de 250 ofertas de tokens, logrando recaudar un total de 3,3bn USD. Diríamos que el éxito de las ICO como mercado primario es bastante limitado.

Desarrollo oferta tokens:



Source: PwC, 5th ICO/STO Report. 2019: Jan-May

La capacidad de las ICO como una opción de financiación principal o dominante para las PYME de cualquier industria se considera mínima en la actualidad, particularmente dada la brecha regulatoria que sufre el mercado de criptoactivos. Aunque las ICOs son alabadas como la posible solución al financing gap de las PYMEs, las ICOs no son, por naturaleza, la solución adecuada para cada proyecto (OCDE, 2019) y hoy en día son más útiles como una distribución de valor a través de utility tokens. Según <https://www.investeurope.eu/>, solo en Europa, el capital privado y el Venture capital, la captación total de fondos alcanzó los 97.300 millones de euros en 2018 y en 2018, el mercado global de crowdfunding se valoró en 10.200 millones de dólares estadounidenses y se pronosticaba que casi el triple para 2025 (<https://www.statista.com/>).

4. La inversión en criptomonedas y Blockchain

En la década de los 10 del siglo XXI, Bitcoin comenzó a llamar la atención. La primera gran empresa en aceptar Bitcoin fue la plataforma de publicación online de WordPress. Actualmente, Bitcoin está más consolidada y comúnmente aceptada para el comercio y medio de cambio por muchas corporaciones de todo el mundo, incluidas Amazon, Bloomberg y Microsoft. (<https://99bitcoins.com/bitcoin/who-accepts/>).

Además, se desarrollan los mercados secundarios. En 2017, la Securities and Exchange Commission (SEC) de los Estados Unidos rechazó la propuesta de autorización para un ETF (Exchange Traded Fund) con Bitcoin como activo subyacente para facilitar la inversión al público inversor minorista. Pero, en marzo de 2019, Invesco lanzó un nuevo ETF, el ETF Invesco Elwood Global Blockchain UCITS, en la Bolsa de Londres, que brinda exposición a empresas de todo el mundo que generan o tienen el potencial de generar beneficios de la tecnología blockchain (<https://www.etfstrategy.com/invesco-partners-with-alan-howards-elwood->

asset-management-to-launch-global-blockchain-etf-on-lse-38494/). Y, en octubre de 2019, VanEck Securities y SolidX crearon un security similar a un ETF (aprobado por la SEC) llamado Bitcoin Trust, con Bitcoin como activo subyacente, aunque sólo para inversores institucionales.

Se desarrollan mercados de derivados. Hay un futuro en Bitcoin cotizado en CBOE (Chicago Board Options Exchange) con un valor nominal de 1 Bitcoin, liquidado mensualmente y significa una gran ventaja para operar en criptos debido a su liquidez, transparencia y seguridad. Su precio de liquidación se establece mediante la subasta Gemini Exchange de Bitcoins en USD. Gemini es un mercado de criptos fundado en 2014, con sede en Nueva York y regulado por el Departamento de servicios financieros del estado de Nueva York (<https://gemini.com/>).



Source: Bloomberg

Existe otro futuro cotizado en CME (Chicago Mercantile Exchange) con un valor nominal de 5 Bitcoins.

5. Análisis de la rentabilidad de la inversión en criptomonedas

El precio de mercado de los tokens cotizados en los mercados secundarios está completamente determinado por las fuerzas de oferta y demanda de los traders y el flujo de noticias y la valoración por fundamentales deberían guiar las tendencias de los precios. Sin embargo, la investigación empírica (OCDE, 2019) ha encontrado una correlación entre la cotización de los tokens con variables como la actividad de las redes sociales (Benedetti y Kostovetsky, 2018) debido al carácter emergente de estos activos. Según los mismos estudios empíricos, los ICOs de tokens fueron particularmente rentables: aproximadamente un 80% en el primer día de negociación, con un rendimiento promedio de buy and hold del 50% aproximadamente en el primer mes de negociación. Tales rentabilidades podrían estar asociadas a un perfil de elevado riesgo-retorno de las ICOs que conllevan una importante incertidumbre (comercial, regulatoria, etc...); o podría sugerir que estamos en medio de una burbuja. Existen estudios que establecen una fuerte correlación positiva entre el token y los retornos de Bitcoin (Hu et al., 2018),

consecuencia del riesgo sistemático común o el hecho de que Bitcoin suele ser el security intermedio antes de la conversión en dinero fiduciario. Considerando que el precio de Bitcoin puede ser objeto de manipulación (Gandal et al., 2018) y la ley del precio único no se aplica cuando encontramos diferentes precios en diferentes intercambios (Kroeger y Sarkar, 2017), el mercado primario de tokens puede tener riesgos adicionales hasta que se desarrolle el mercado de Bitcoin y el arbitraje. El mercado secundario es importante y los inversores deben tener otros fines además de la especulación. Por ejemplo, en el caso de los utility tokens, la volatilidad puede provocar que el empresario pierda el control sobre el precio de su producto o servicio.

6. Pueden las ICOs convertirse en una fuente importante como alternativa financiera?

Los trabajos académicos que se centran en el uso de Blockchain para la financiación via equity aún son limitados. Uno de los primeros investigadores (Zhu y Zhou, 2016) realizó un estudio en China y concluyó que Blockchain podría ayudar a la alternativa de financiación del crowdfunding al hacer que los procesos de registro sean más flexibles y dar liquidez a las participaciones. Por lo tanto, esperan que blockchain disminuya los gastos administrativos (registro, transacción, etc...).

En un estudio reciente (Ante y Fielder, 2019) hizo una comparativa entre STOs e ICOs y concluyó que "las emisiones de security tokens prometen ajustarse mejor a las necesidades de las empresas y los inversores y cumplir el papel que las ICO no pudieron cumplir". Como varias ventajas, mencionaron el hecho de que son inmediatamente transferibles, más liquidez en los mercados secundarios y la falta de necesidad de brokers y custodios (Mazzorana-Kremer, 2019). Otra ventaja de la tecnología Blockchain es acortar el período actual de liquidación D+2 necesario para las operaciones en renta variable habitualmente. Como inconvenientes para las STO podemos mencionar un escenario regulatorio aún poco claro y la falta de infraestructura para la liquidez prometida por las STO.

Si bien varios economistas promueven las ICO como la solución al financing gap para las pequeñas empresas, las ICO posiblemente no serán el instrumento financiero correcto para muchas compañías, como dijimos antes. El principal driver de un ICO exitoso es la existencia de una justificación comercial o razón para el uso de la tecnología DL (distributed ledger). Las ICOs tienen una ventaja competitiva para los productos y servicios establecidos sobre la base de una red (un network) en comparación con otras formas de financiación. En ese caso, la creación de valor se maximiza. Por lo tanto, solo las PYMES con Blockchain serán adecuadas para usar tokens para facilitar las transacciones dentro del network de la empresa. Este "network effect" ayuda a la emisión de tokens para crear una base de clientes. Por otro lado, las ICOs se suelen centrar principalmente en las primeras etapas de las empresas (financiación vía Venture capital).

Es importante lograr una mayor claridad en el marco regulatorio para el uso más seguro de los tokens como valores susceptibles como alternativa financiera. Las asimetrías de información pueden resolverse mediante el requisito de información y el fortalecimiento de la protección de los inversores y la promoción de la educación financiera de los inversores minoristas. Cuando las ICOs maduren y se desarrollen, tienen el potencial de complementar las fuentes tradicionales de préstamos vía

bancos y mercados de capitales, facilitando una mejor difusión del riesgo entre los participantes del mercado (OCDE, 2019). Por otro lado, las STO tienen el potencial de ser un mercado eficaz en el futuro: proporcionan una reducción de costes frente a las OPV y más derechos sobre los beneficios de las compañías que las ICOs.

¿Qué determina el éxito de una ICO? Muy interesante el enfoque teórico y el marco desarrollado (Amsden y Schweizer, 2019) cómo la incertidumbre de la empresa (*venture uncertainty*), la calidad de la empresa (*venture quality*) y el conjunto de oportunidades para los inversores (*investor opportunity*) se correlacionan con el éxito final de una ICO. Recopilaron una muestra de 1,009 empresas relacionadas con ICO desde 2015-2018 y sus resultados dieron como resultado que la incertidumbre de la empresa (por ejemplo, whitepapers menos detallados sobre los tokens distribuidos) se correlaciona negativamente con el éxito de la ICO, una mayor calidad de la empresa (por ejemplo, CEOs mejor conectados) está positivamente correlacionado y lo que llamaron conjunto de oportunidades para inversores está relacionado con el grado de participación de ICO (lo midieron por el precio y la volatilidad de una criptomoneda).

Conclusiones

Creemos que Blockchain ofrece a las PYMEs una gran oportunidad de alternativa financiera y puede recaudar capital de manera más eficiente que hoy en día. Para las pequeñas empresas, la liquidez suele ser el mayor problema porque es una limitación para muchos inversores y aumenta el coste de capital, convirtiéndose en un inconveniente para la flexibilidad financiera. Si el STO tiene éxito, dependerá de la calidad comercial del emisor y de las perspectivas de su industria o sector y la ventaja competitiva de la compañía, la liquidez y el acceso a un gran pool de inversores de la plataforma o “bolsa” de acciones y los estándares de los tokens para ser objeto de trading. El éxito es posible como lo demostró el token Nexo (www.nexo.io). El token de Nexo es un token que está respaldado por los activos subyacentes de la cartera de préstamos de Nexo. Actualmente, las empresas que utilizan esta forma para financiarse están involucradas en la industria. Es difícil prever su uso como una alternativa de financiación para las empresas tradicionales que aún utilizan las fuentes del sistema bancario o los mercados de *private equity*. Estos valores tienen muchas ventajas y hechos que juegan a su favor, pero sus mercados de *trading* aún necesitan desarrollarse más.

Referencias bibliográficas

- Adhami, S., Giudici, G., Martinazzi, S., (2018). Why do businesses go crypto? An empirical analysis of Initial Coin Offerings. Bocconi University, Milan-ITALY.
- Amsden, R., Schweizer, D., (2019). Are Blockchain Crowdsales the New “Gold Rush”? Success Determinants of Initial Coin Offerings. Amsden, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3163849> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3163849>
- Ante, L. and Fiedler, I. (2019) Cheap Signals in Security Token Offerings. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3356303>

- Benedetti, H and Kostovetsky, L., (2018). Digital Tulips? Returns to Investors in Initial Coin Offerings (May 20, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3182169> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3182169>
- Boroujerdi, R., Wolf, C., (2015). Emerging Theme Radar. Goldman Sachs Equity Research. December 2, 2015.
- Gandal, N., Hamrick, J., Moore, T., Oberman, T., (2018). Price manipulation in the Bitcoin ecosystem. *Journal of Monetary Economics*. Volume 95, May 2018, Pages 86-96.
- Hall, B. (2009). The financing of innovative firms, *EIB papers* 14 (2), 8-29.
- Hu, A., and Parlour, C., and Rajan, Uday, (2018). Cryptocurrencies: Stylized Facts on a New Investible Instrument (May 3, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3182113> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3182113>
- Kroeger, A., Sarkar, A., (2017). The Law of one Bitcoin Price? Fintech Conference, FRB Philadelphia, September 28, 2017. Available at: <https://www.philadelphiafed.org/-/media/bank-resources/supervision-and-regulation/events/2017/fintech/resources/law-of-one-bitcoin-price.pdf?la=en>
- Lansky, J. (2018). Possible state approaches to cryptocurrencies. *Journal of Systems integration*. Volume 9, Number 1, Pags 19-31.
- Mazzorana-Kremer, F. (2019) Blockchain-Based Equity and STOs: Towards a Liquid Market for SME Financing? *Theoretical Economics Letters*, 9, 1534-1552
- OECD (2019), Initial Coin Offerings (ICOs) for SME Financing, www.oecd.org/finance/initial-coin-offerings-for-sme-financing.htm
- Rejas, R, (2018). Criptomoneda y Smart Contracts. UD6. Fundamentos Jurídicos: Blockchain, Criptomonedas y Smartcontracts. Fundación In-Nova Castilla La Mancha. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación.
- Zhu, H. and Zhou, Z. (2016) Analysis and Outlook of Applications of Blockchain Technology to Equity Crowdfunding in China. *Financial Innovation*, 2, 29.

Tecnologias 'morais' emergentes e os desafios ético-jurídicos das novas subjetividades (*)

Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities

Tecnologías 'morales' emergentes y los retos ético-legales de las nuevas subjetividades

Silvia Salardi

Michele Saporiti

(Coordenadores)

Resenha da obra:

Margareth Vetis Zaganelli¹

Maria Célia da Silva Gonçalves²

(*) Recibido: 09/06/2020 | Aceptado: 15/06/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



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 (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais 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, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" - cofinanciado pela União europeia.

mvetis@terra.com.br

² Pós-doutorado em Educação pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Estágio Pós-doutoral em Economic History Department of Law, Economics, Management and Quantitative Methods-DEMM da *Università degli Studi Del Sannio - UNISANNIO*-(Benevento, Italy). Visiting Professor da *Università degli Studi Del Sannio - UNISANNIO*. Pós-doutoranda em História pela Universidade de Évora em Portugal. Possui doutorado em Sociologia e mestrado em História pela Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do grupo de pesquisa MULHERES, TRABALHO E NEGÓCIOS: empreendedorismo feminino no Noroeste de Minas Gerais e Sul de Goiás (FINOM).

mceliasg@yahoo.com.br

SALARDI, Silvia; SAPORITI, Michele (Curatore): **Le tecnologie 'moralì' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività.** – 1^aed. – Torino: G. Giappichelli, 2020; 183 pagine.

ISBN: 9788892186569

INDICE/INDEX

Introduzione/Introduction	VIII
Silvia Salardi and Michele Saporiti	
Ringraziamenti/Aknowledgements	XII
A Framework for Understanding and Evaluating moral Technologies	1
Mark Alfano and Markus Christen	
Nuove Tecnologie e Spazio pubblico	22
Francisco Javier Ansuátegui Roig	
Neuroscienze e Diritto: un primo Bilancio	42
Alessia Farano	
Perché l'IA non deve diventare Persona. Una Critica all'ineluttabile	
'Divenire antropomorfo' delle Macchine	52
Silvia Salardi e Michele Saporiti	
Proprietà di sé e Giustificazione del Corpo. Spunti per una Rilettura critica	75
Silvia Zullo	
Libertà, Giustificazione della Pena e Metodo delle Discipline penali in Calderoni	90
Patrizia Borsellino	
The Changed Role of Anthropology in the Anthropocene	125
Philipp Höfele	
Telemedicina: Sfide etiche e giuridiche dell'Uso delle nuove Tecnologie nella Relazione Medico-Paziente	145
Margareth Vetis Zaganelli e Douglas Luis Binda Filho	
Argumentation about moral Bioenhancement	159
Marina Budić	
Autori/Authors	183

A presente obra resenhada reúne ensaios que abordam questões filosóficas, éticas e jurídicas que se encontram no centro do debate atual institucional europeu. Os temas desses ensaios estão sendo discutidos durante o Módulo ERASMUS+ JEAN MONNET “intitulado tecnologias 'morais' emergentes e os desafios ético- jurídicos das novas subjetividades” (MoTecLS), co-financiado pela União Europeia para o triênio 2017-2020, na Universidade de Milão-Bicocca³.

O projeto possui dois objetivos principais: 1) promover pesquisas acadêmicas sobre questões fronteiriças centrais ao debate ético-jurídico das instituições europeias; 2) realizar atividade didática voltada principalmente para estudantes de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Milão-Bicocca. O projeto trata de temas correlatos à Bioética e ao Biodireito, que vão desde aprimoramento humano, robótica, inteligência artificial, até tecnologia de uso duplo, mas não se limitando à essas temáticas.



Do conjunto de ensaios reunidos na obra, pode-se extrair que os avanços na ciência e na tecnologia têm implicações relevantes para a vida coletiva e individual. Muitas novas tecnologias podem ser qualificadas como "morais" à medida que impactam nas escolhas éticas individuais e coletivas. E ao fazê-lo, elas abrem novas possibilidades de ação. Como resultado, os critérios morais, legais e éticos atuais devem ser constantemente revistos e readaptados à cenários sem precedentes.

A abordagem europeia atual das questões fronteiriças é muito peculiar. Tem como objetivo analisar questões éticas e, ao mesmo tempo, fornecer ferramentas jurídicas adequadas, capazes de colocar o progresso

científico e tecnológico em uma base fundamental de direitos. Esse valioso empreendimento institucional tem de levar em conta que as implicações de muitas das novas tecnologias são inovadoras a tal ponto, que requer uma revisão aprofundada do catálogo dos Direitos Fundamentais, ou pelo menos, uma reinterpretção relevante. E esta operação leva tempo.

As novas tecnologias estão de fato, remodelando as relações entre indivíduos e espaços onde essas relações se desenvolveram historicamente. Todos os setores centrais da vida individual e coletiva passarão por uma completa transformação: medicina, justiça e administração.

Este livro reúne ensaios que tratam de questões de fronteira por especialistas

³ Coordenadora Acadêmica do Projeto Doutora Silvia Salardi; Líder do Módulo do Projeto Dr. Michele Saporiti. Link para acesso ao Projeto: www.jeanmonet-motecls.unimib.it.

que foram ativamente engajados de várias maneiras no projeto MoTecLS. Os pesquisadores que participam das atividades didáticas, bem como nas estratégias de divulgação e comunicação caracterizando o projeto MoTecLS, são docentes de instituições acadêmicas italianas e estrangeiras que concentraram suas contribuições em perfis críticos relacionados ao uso de tecnologias 'morais'.

A diversidade de temas e de abordagens metodológicas fornece uma visão geral das implicações relevantes dos avanços da tecnologia e da ciência seguindo uma perspectiva intersetorial e interdisciplinar. Trata-se de uma forma frutífera de lidar com questões que dizem respeito a aspectos muito multifacetados da vida comum e que requerem, para sua compreensão, uma interação ativa entre especialistas de diferentes disciplinas e outros atores, incluindo a sociedade civil, que é diretamente afetada pelas transformações em curso.

Seguindo essa ampla perspectiva, foi republicado o ensaio da Profa. Patrizia Borsellino, escrito em 1979, sobre o pensamento de Mario Calderoni, filósofo italiano, que tinha a capacidade de antecipar muitas das considerações filosóficas-legais em curso no centro do debate atual sobre novas tecnologias. Consistentemente com a escolha linguística do projeto, os ensaios coletados são em italiano e inglês.

Todos os autores fazem parte de um *networking* de relações acadêmicas que o projeto MoTecLS tem contribuído para o seu fortalecimento e ampliação. Alguns autores fazem parte do corpo docente do projeto e colaboraram durante toda a duração do projeto: Estes são o Prof. Francisco Javier Ansuátegui Roig, a Prof^a Patrizia Borsellino, o Prof. Markus Christen e o Dr. Philipp Höfele.

Outros autores colaboram com trabalhos estritamente relacionadas ao projeto: São eles o Prof. Mark Alfano, a Dra. Marina Budić e Douglas Luis Binda Filho. Outros ainda participaram das mesas redondas anuais, como é o caso da Profa. Silvia Zullo. A Profa. Margareth Vetis Zaganelli colabora com o projeto por meio de publicações conjuntas e atividades didáticas. A pesquisadora Alessia Farano compartilhou seu conhecimento sobre neurociência.

Tecnologias 'morais' emergentes e os desafios ético-jurídicos das novas subjetividades é uma obra acadêmica sob a coordenação de Silvia Salardi e Micheli Saporiti, ambos docentes e pesquisadores da Universidade de Milão –Bicocca, uma relevante e atual publicação da Editora Giappichelli, de Milão.

Vitória (ES) /João Pinheiro (MG) junho de 2020.

Margareth Vetis Zaganelli

Maria Célia da Silva Gonçalves

Editada en la ciudad de Lima, Perú.

Publicada en línea el 1ro. de julio de 2020.