

Derecho y Cambio Social



OJS

OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

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.derechoycambiosocial.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: *Guardián* (2018, 80x100 cm. acrílico y acuarela)
de Milagros Chapilliquén Palacios (Paita-1994).

Cortesía de Reinhard Seifert.

Edición octubre - diciembre 2020

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

Derecho y Cambio Social

DIRECTOR:

Pedro Donaires Sánchez

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

Coordinación: Carlos Pérez Vaquero | Rafael Ravina Ripoll.

Christiane Costa Assis | Ursula Patroni Vizquerra.

CONSEJEROS:

Reynaldo Mario Tantaleán Odar, Poder Judicial. Perú.

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

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

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

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

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

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

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

Antonio Sánchez-Bayón, 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.

Gastón Jorge Quevedo Pereyra, *The Silicon Valley Law of School*, SFO, California, USA.

CONSEJO ASESOR

Alberto R. Coll, DePaul University College of Law, Chicago, USA.

Alejandro Augusto Bañol Betancur, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.

Alexandre Campaneli Aguiar Maia, Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Brasil.

Alfredo Abadías Selma, Universidad Internacional de La Rioja U.N.I.R. España.

Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria – UNIRC. Italia.

Carla Monroy Ojeda, Universidad de Ciencias de la Seguridad. México.

Carlos Enrique Polanco Gutiérrez, Poder Judicial. Perú.

Daniel Fernández Bermejo, Universidad a Distancia de Madrid – UDIMA. España.

Eduardo Gabriel Osorio Sánchez, Universidad Francisco de Paula Santander. Colombia.

Estrella Trincado Aznar, Universidad Complutense de Madrid. España.

Fernando Reviriego Picón, Universidad Nacional de Educación a Distancia -UNED. España.

Francisco Javier Moreno Oliver, Universitat Autònoma de Barcelona – UAB. España.

Jesús A. Valero Matas, Universidad de Valladolid. España.

Joaquín Ordóñez Sedeño, Universidad Autónoma del Estado de México.

Jorge Enrique Céspedes Ramírez, Estudio Céspedes Abogados Asociados, Huancayo. Perú.

José Adércio Leite Sampaio, Ministério Público Federal. Brasil.

José Bonet Navarro, Universitat de València. España.

Juan Alberto del Real Alcalá, Universidad de Jaén. España.

Luis Raúl Ortiz Ramírez, Universidad Autónoma del Estado de México.

Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Brasil.

Marcos González Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid. España.

María Angélica Gutiérrez Gutiérrez, Soc. Española de Criminología y Ciencias Forenses. España.

Maria Célia da Silva Gonçalves, Faculdade Cidade de João Pinheiro – FCJP. Brasil.

María Jesús Santiago Segura, Universidad de Granada. España.

Mário Luiz Ramidoff, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Brasil.

Martha Fabiola García Álvarez, Universidad de Guadalajara, Jalisco, México.

Martín Miguel Converset, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina.

Miguel León Untiveros, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Perú.

Nelson Ramírez Jiménez, Universidad Nacional Federico Villarreal. Perú.

Oswaldo Raúl Burgos, Investigador independiente. Argentina.

Patrizia Borsellino, Università degli Studi di Milano-Bicocca. Italia.

Philipp Bagus, Universidad Rey Juan Carlos. España.

Silvia Saldari, Università degli Studi di Milano-Bicocca. Italia.

Virginia Zambrano, Università degli Studi di Salerno. Italia.

CONTENIDO

FILOSOFÍA DEL DERECHO

La horda y el discurso académico. O el discurso académico como lengua de horda (de la ley mítica de Freud al derecho imposible de Lacan) 12-26

Oswaldo R. Burgos

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Inteligencia artificial: Reflexiones sobre los marcos reglamentarios emergentes en sus aplicaciones - El caso brasileño y las tendencias internacionales 28-37

Karen Rosa de Almeida

Margareth Vetis Zaganelli

Maria Célia da Silva Gonçalves

DERECHOS HUMANOS

El deber de adecuar el derecho interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La situación de los Estados federales. 39-60

Leonardo Abel Urruti

Protección a los derechos humanos en la Universidad: caso Querétaro 61-75

Pedro Morales Zavala

Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador 76-94

José Sebastián Cornejo Aguiar

DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho de propiedad desde la óptica del Tribunal Constitucional peruano 96-102

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

La función social de propiedad y formación de las ciudades brasileñas 103-121

Claudine Áurea Guimarães Sampaio Maia

Tácito Quadros Maia

Thiago Vasconcelos Modenesi

DERECHO CIVIL

Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el leasing vehicular: su presente y futuro 123-148

Gabriel Peralta Tripul

Connotación jurídica del objeto de la obligación y su implicancia en las obligaciones de medios y resultados 149-161

Juan Yordi Martínez Arce

DERECHO COMERCIAL – EMPRESARIAL – FINANCIERO

Alcances generales de los límites globales e individuales, y de las prohibiciones reguladas en la Ley N° 26702, como mecanismos para atenuar los riesgos para los ahorristas 163-182

Dante Cieza Montenegro

DERECHO PENAL

La violencia intrafamiliar y los grupos de riesgo victimal 184-203

Javier Rodríguez Febles

Arlety Zamora Hernández

Milagros Cardero Fernández

Delitos de violencia contra las personas mayores: análisis del Estatuto de la tercera edad y aplicabilidad en la protección de los derechos 204-232

Kamilla Dantas Mendes

Jardel de Freitas Soares

Francisco das Chagas Bezerra Neto

José Cezário de Almeida

Sheylla Maria Mendes

DERECHO ADMINISTRATIVO

Política, ideología y vinculación de los agentes estatales a la ley: Contribución para contener excesos ideológicos en el diseño e implementación de políticas públicas 234-257

Claudio Madureira

Luiz Claudio Nogueira de Souza

Sars-CoV-2 y pequeñas empresas en la contratación pública: el papel renovado de las licitaciones en la recuperación económica pospandémica 258-281

Wellington Cacemiro

Gilcilene Faria de Souza

Jéssica Félix Matiello
Osman Santana Costa

La responsabilidad del Estado frente a la pandemia del Coronavirus 282-391

Katiene Gouveia de Santana
Paulo Rodrigo Lopes de Oliveira
Adriana Conrado Almeida
Gabriela Granja Porto
Ana Cláudia Amorim Gomes

DERECHO REGISTRAL

Los efectos de la duplicidad de partidas registrales en la contratación
inmobiliaria 393-399

Luis Dandy Esquivel León

DERECHO TRIBUTARIO

Políticas tributarias como instrumentos efectivos para la reducción de
desigualdades regionales 401-418

Pedro Augusto França de Macedo
Maria de Fátima Ribeiro

DERECHO PROCESAL CIVIL

Precedentes judiciales y CPC/2015: Un análisis a la luz de la certeza jurídica y la
duración razonable de las actuaciones 420-436

Sabrina Paquiela de Souza
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes
Jackelline Fraga Pessanha
Wellington Bermudes Procópio

CRIMINOLOGÍA

El tabaquismo materno durante el embarazo y su relación a futuro con la
conducta criminal en la descendencia 438-452

Hugo Cesar Puente Lozano

DERECHO DE MENORES INFRACTORES

Contacto con los animales como estrategia de reintegración social de
adolescentes delincuentes en Brasil: Análisis en el derecho comparado 454-466

Menara Coutinho Carlos De Souza
Erika Da Silva Ferrão

VARIOS

Una historia epistemológica de los estudios de ciencias jurídicas y económicas: 468-498
De la Hacendística y Camerología a la Economía aplicada

Antonio Sánchez-Bayón

La revisión de literatura precedente en las investigaciones jurídicas 499-511

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Los impactos del coronavirus en el cumplimiento de las Normas Generales de 512-530
Protección de Datos de la Unión Europea

Milena Loyola Conci

Marcelo Fernando Quiroga Obregón

FILOSOFÍA DEL DERECHO

La horda y el discurso académico. O el discurso académico como lengua de horda (de la ley mítica de Freud al derecho imposible de Lacan) (*)

The horde and the academic discourse. Or academic discourse as a horde language (from Freud's mythical law to Lacan's impossible law)

Oswaldo R. Burgos(**)

Resumen: No hay ley sin mito. No hay mito sin ley. Aunque el mito en el que la ley elige sostenerse en estos tiempos no sea sino el de la negación de la mitología. Toda narración tiene un origen, pero ningún origen es más que una conjetura. Y entonces, inevitablemente, lo narrado se iniciará en un punto arbitrario, discrecional. Supondrá su construcción y su deriva a partir de un artificio ajeno a su aprehensión. Fuera de su pretensión de racionalidad. Extraño a lo que narra. Y luego, justificado en los ocultamientos de su despliegue. ¿Por qué Freud eligió justificar la autoridad en el banquete ritual de la horda de hermanos que se comen a su padre? ¿Por qué Lacan afirmó que toda pretensión de sistematización normada de las conductas se basa en un “credo de tonterías”? Y, por último, ¿qué implicancias necesarias tienen aquella elección y esta postura en nuestras formas de pensar y de hacer el derecho que nos hace? Para la explicación de sus observaciones sobre el discurso académico, Lacan recurrió al mito de Pirra y Deucalión, la versión griega de la común historia del diluvio y de sus sobrevivientes. Un mundo ha desaparecido; y otro tendrá necesariamente que nacer, si es que lo que una vez fue –lo que acabamos de dejar- ha de persistir como ex/periencia. Hoy, la imagen mítica no podría ser más apropiada. Su narración no podría devenir menos impropia ni más urgente: sobre el espacio inconmensurable de lo injusto avanzamos casi a ciegas, arrojando hacia atrás los restos óseos de un mundo que ya no es. El artificio desde el que hasta aquí nos contábamos la ley y la justicia –la competencia incesante y “racional” de todos contra todos- ya no nos sirve, no nos justifica, no cuenta. Es tiempo de cambiar los conceptos, de imaginar otros mitos. Y de pensar, al fin de cuentas, un

(*) Recibido: 22/08/2020 | Aceptado: 07/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

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

derecho que no excluya, que no margine, que no legitime el despropósito en su apego descarado a la formalidad. Es tiempo de entender el derecho como promesa, y dejar de limitarlo conceptualmente a la sanción, que no es más que una de sus hipótesis menores.

Palabras clave: mito, ley, justicia, horda, exclusión, promesa.

Abstract: There is no law without myth. There is no myth without law. Even if the myth in which the law chooses to stand in these times is nothing but the denial of mythology. Every narration has an origin, but no origin is more than a conjecture. And then, inevitably, what is narrated will begin at an arbitrary, discretionary point. It will suppose its construction and its drift from an artifice alien to its apprehension. Outside its pretension of rationality. Strange to what it narrates. Why did Freud choose to justify authority in the ritual banquet of the horde of siblings who eat their father? Why did Lacan assert that any attempt to systematize behavior is based on a "creed of nonsense"? And, finally, what are the necessary implications of this choice and position in our ways of thinking and doing the law that makes us? To explain his observations on academic discourse, Lacan resorted to the myth of Pyrrha and Deucalion, the Greek version of the common history of the flood and its survivors. One world has disappeared; and another will necessarily have to be born, if what once was - what we have just left - is to persist as ex/perience. Today, the mythical image could not be more appropriate. Its narrative could not become less improper or more urgent: over the immeasurable space of the unjust we advance almost blindly, throwing back the bony remains of a world that no longer is. The artifice from which up to this point we counted ourselves law and justice -the incessant and "rational" competition of all against all- no longer serves us, does not justify us, does not count. It is time to change the concepts, to imagine other myths. And to think, in the end, of a right that does not exclude, that does not marginalize, that does not legitimize the nonsense in its shameless attachment to formality. It is time to understand the right as a promise, and to stop limiting it conceptually to the sanction, which is only one of its minor hypotheses.

Keywords: myth, law, justice, horde, exclusion, promise

1

Lo sabemos: la neurosis es el costo de la vida en sociedad.

Tal y como desde una perspectiva antropológica *no puede haber una sociedad que no sea etnocéntrica*, en tanto cada una piensa a las demás desde ella misma –y así es, aun en el caso del *etnocentrismo negativo*, cuando el ejercicio de la comparación la lleva a reconocerse inferior a otra u otras-; desde el punto de vista psicoanalítico, *no hay cultura sin malestar, no hay sociedad sin neurosis*.

Para vivir *con* otros –y no únicamente, *junto* a otros- los seres humanos deben pagar el precio de la represión de sus pulsiones –cuya libre manifestación incondicionada impediría la convivencia- y aceptar la sublimación de su objeto.

En términos jurídicos, ese proceso es el que lleva a la inscripción, a la fijación, a la imposición de la ley y, a partir de su cumplimiento –que contrariamente a lo que se cree, no siempre se encuentra en relación directa con la rigidez de su fuerza conminatoria-, al entendimiento *de la libertad jurídica como autonomía*. La comprensión de esta deriva, es vital.

Si todo estuviera permitido, nada sería posible.

La famosa frase de resignación que Iván Karamazov murmura frente a la orgía de sangre desatada por los cosacos (“*Si Dios no existe, todo está permitido*”) bien puede despojarse de sus reminiscencias teológicas y leerse, inconfundible, en el principio jurídico más elemental de nuestras sociedades democráticas: *todo lo que la Ley no prohíbe, está permitido*.

De modo que allí *donde la ley no existe, se puede* (en principio) *todo*. Pero ese *todo* potencial, naufraga al momento de intentar ejercerse en la materialidad de lo real; se desvanece, se difumina, se evapora; deviene notoriamente en *nada*.

Limitar la libertad, aceptar su infranqueable condición de autonomía – reconocimiento de la ley y, en ella, del otro y de su derecho igual al mío- es el presupuesto que permite la probabilidad real de su ejercicio, en la compleja vida de las sociedades humanas.

No hay especie, no hay individuos, no hay instintos.

Hay sujetos disociados que son hablados por el lenguaje y, de acuerdo a los modos de esa habla, internalizan sus normas. Hay pulsiones que se reprimen y que se subliman, desviándose hacia objetos alternativos, sucedáneos, sucesivos, cuya existencia y jerarquización resulta de primaria necesidad.

Así, en el entramado deseante en el que cada subjetividad (cada “yo”) se construye, con/formando y con/formándose recursivamente en la sociedad (en el “nos/otros”) como espacio intersubjetivo; el *Eros* y el *Tánatos* atraviesan un continuo y doble proceso de represión y sublimación.

Este proceso, claro está, es una condición inexcusable para que esa misma sociedad, ese mismo nos/otros en el que ocurre –y en él, cada uno de los yoes a los que precede y que incesantemente lo con/forman- exista.

Pero ¿qué pasa cuando esa condición necesaria, imprescindible, no es, sin embargo, suficiente? ¿Por qué respetaría la ley, el derecho, quien no es incluido sino excluido sistemáticamente del nos/otros que señala la pluralidad de lo común?

¿En mérito a qué expectativa reprimiría sus pulsiones aquél a quien la ley no respeta? ¿Quién temería a la sanción legal, a la conminación diferida que la prohibición instaura, cuando es obligado a construir cotidianamente su subjetividad en un espacio de exclusión jurídica, en un territorio renunciado por el derecho, cedido por la *fuerza de ley* a la *ley de la fuerza*?

2

La propuesta de este ensayo es la de intentar pensar un derecho, una ley – tomando este último término en su sentido jurídico más amplio- que subsuma la sanción, pero que no se agote en ella; que presente y represente además los

caracteres de una promesa compartida, de un com/promiso: el de asumir la construcción de un nos/otros inclusivo que coincida con el espacio de su vigencia formal. Y que, en esa asunción, garantice la posibilidad real –la posibilidad, no la concreción, valga decirlo- de articular proyectos de vida dignos que sostengan el reconocimiento de cada “yo”, de cada subjetividad.

Para eso será necesario asumir la ardua tarea de deconstruir, pacientemente, algunos de los conceptos más acendrados en nuestras sociedades de inequidad, manipulación y desprecio. Hablamos, por ejemplo, de la idea de “*exclusión social*”.

La “*exclusión social*” –desvelo de teóricos y académicos, tema de concursos, congresos y colecciones de libros- no existe. Lo que existe es una avasallante exclusión jurídica: a poco de que se mire con detenimiento, se convendrá en que no resulta aceptable pensar la existencia de dos sociedades en un único espacio de juridicidad (¿adónde irían los excluidos sociales? ¿A una “sociedad de excluidos”? ¿y los excluidos de esta última? –la pregunta puede repetirse tantas veces como una sociedad residual sea posible-).

No hay dos sociedades; hay una. Y en esta única sociedad, en este único nos/otros, hay muchísima gente que no tiene derecho al reconocimiento de su subjetividad –en su mayoría, niños; en gran número, mujeres; en proporción alarmantemente menor, ancianos-. Son la parte negada de un *nos/otros*, cada vez menos inclusivo y, en su paradójica prédica de “seguridad”, cada vez más empeñado en reducirse.

3

El derecho, parafraseando a Carlos Nino, puede definirse como una conversación plural que se despliega en el tiempo. Conversar es versar con otro, dar vueltas alrededor de un tema –la justicia, en este caso- reflexionar, discurrir, compartir las ideas, el verbo.

Privar sistemáticamente a alguien de su promesa de resarcimiento, de dignidad, de minimización del dolor, es excluirlo de esa conversación, desterrarlo de la pluralidad en la que el tiempo social se construye –porque una sociedad es, antes que nada, una forma de entender y habitar su propia temporalidad- condenarlo al silencio, victimizarlo, hacerlo víctima.

Richard Rorty se ocupa de explicarlo en detalle: lo primero que pierden las víctimas es la voz; el lenguaje que tenían no les sirvió para evitar el daño y difícilmente puedan hallar nuevas palabras, en la precariedad subsiguiente de su *ser-ahí*.

El desconocimiento de cualquier proyecto vital que se les impone como condena previa – una *condena por existir, por ser, por existir y ser* en territorios *sin ley* que se multiplican materialmente dentro del mismo espacio de legitimidad formal, sobre el que avanzan de manera incesante- supone la negación de su subjetividad, la inviabilidad social de su “yo”. Y todo ocurre como si no ocurriera, desplegándose en una dinámica perversa, signada por la ostentosa declamación de igualdad formal ante la ley.

Luego, vaciada de justificación su neurosis, coartada la sublimación de su objeto pulsional, la prohibición represiva que pretende obligarlos deviene una estructura hueca, a punto de quebrarse y caer ante la menor auscultación crítica: cuando los amenazados son construidos socialmente como amenazantes, todos somos rehenes de la amenaza.

4

Digámoslo, ahora, de una forma más simple: los derechos que no pueden ejercerse no se tienen; y un sistema jurídico que no garantiza a todos la posibilidad de una vida digna (y, repetimos, la posibilidad) reniega del com/promiso que justifica su existencia, niega la misma promesa común de autonomía sobre la que se construye.

Desde el psicoanálisis, la constatación es básica: lo reprimido, regresa sublimado.

Entender la ley únicamente como prohibición conminatoria, tal y como hemos hecho en la construcción de nuestro naturalizado andamiaje de argumentación legal -que responde a códigos autoritarios, a estados gendarmes, a regímenes disciplinares y disciplinarios- implica instaurar la represión por la represión misma, *perder la libertad sin gozar de autonomía*, ahogar toda posibilidad de sublimación.

Instalarnos a todos en la neurosis, pero solo a algunos en la sociedad.

Llegado este punto, las preguntas del inicio deben reformularse: ¿por cuánto tiempo puede la represión ser su propio fundamento? ¿Qué pasa con aquellos a quienes la amenaza debilitada y suspendida de la *fuerza de ley* no los condiciona, porque sobreviven bajo la amenaza directa y cotidiana de la *ley de la fuerza*?

El derecho a suspender el derecho, cuando no garantiza la vida –a salir de la neurosis, cuando se nos ha expulsado de la sociedad-; ¿es una transgresión o un acto de justicia? ¿Hasta dónde se puede sostener la pretensión de fundar la convivencia –el vivir *con* otros- al precio de la exclusión o de la inclusión deficiente de esos mismos otros?

Pensar nuevas categorías jurídicas nunca es fácil: exige el esfuerzo de renunciar a lo aprendido, para aprehender herramientas que, a su tiempo, serán igualmente insuficientes. Una injusticia obscena se despeja únicamente para que aparezca otra de similar obscenidad, que hasta allí permanecía oculta por ella.

Sobre el espacio siempre inconmensurable de lo injusto, se avanza muy despacio y con la urgencia de dar continuos saltos al vacío: nunca hay seguridades de lo que vayamos a encontrar.

Pero; ¿cuál es la alternativa? negar lo evidente solo porque, en su formidable exuberancia, no puede ser reducido a la esquemática formalidad de nuestras categorías conceptuales heredadas, no parece ser una decisión inteligente. No es el trabajo que nos toca, tampoco.

Por lo demás, la consecuencia de una conducta semejante sería obvia; mientras cerramos los ojos frente a ella, nuestra sociedad de amenazantes y amenazados, de iniciados y no iniciables, se acerca tendencialmente a la guerra social: en términos

freudianos, avanza en su regreso hacia la horda primitiva. Y, en el doble movimiento de ese gesto único; el derecho que renuncia a la promesa común, al com/promiso de garantizar la posibilidad de una vida digna como umbral de construcción de la subjetividad, no puede más que verse, en el horizonte cercano, como el debilitado y seguro objeto de un banquete ritual.

5

Freud nos cuenta la historia: los hermanos se unen, matan al padre, se lo comen. Nuestro relato debiera detenerse, por un momento, aquí: el dato gastronómico no parece ser para nada aleatorio.

El padre era la autoridad y la autoridad pasada no ha sido quemada en una balsa a la deriva, no ha sido colgada de un árbol, no se la enterró. De modo que no está en la tierra, ni en el cielo, ni en el aire, sino en el cuerpo de los que mandan.

Los que mandan, en este esquema, no *tienen* la autoridad; *son* la autoridad. No *hacen* la ley; *son* la ley. De allí las dinastías del poder: reyes y generaciones de reyes –oficiales u oficiosas, sea cual fuere su título- que nunca están desnudos porque su cuerpo es el mismísimo atributo real. Ellos son quienes “dictan” el derecho, quienes deciden “el deber ser” y lo sancionan. Pero, ¿de verdad creemos *todavía* que es así? ¿Y si el inicio de lo jurídico no fueran las prohibiciones, no fuera el banquete ni el parricidio, sino antes –y antes de antes- el reconocimiento del otro y de su *libertad como autonomía*?

Gran admirador de Sófocles, Freud sabía que las mayores tragedias del genio de Colono (*Edipo Rey*, *Ajax*, *Las Traquinias*, pero por sobre todas, *Antígona*) versan y con-versan en torno al derecho a la dignidad, al respeto de la condición humana.

Sin embargo, al momento de hablar de la ley, del derecho, eligió recurrir a otra ficción, a otro mito. No podía hacer otra cosa: ningún pensador, por más grande que sea, puede saltar sobre sus propios hombros, tomarse de su propia cabellera para salir del pantano. Quien se adelanta a su tiempo no deja de ser tributario de él.

Cada “época cultural” -y Freud lo dice precisamente de este modo- reconoce su *super-yo* y su *ello*; su etnocentrismo, su malestar y su neurosis. Pero el *narcisismo de las pequeñas diferencias* nos exige reconocer al otro como parte *de nos*; no aniquilarlo. Es decir: la experiencia de lo justo no adviene en la consumación de la masacre sino en su suspensión

¿Volvería Freud ahora, después de un siglo, a recurrir a la leyenda marcadamente hobbesiana de la horda parricida, para fundar la ley? Más que probablemente no. Al fin de cuentas, él mismo señala el camino de esta presunción cuando dice, en *El malestar en la cultura*, que el “*resultado final*” ha de ser el establecimiento de un derecho *que no deje a ninguno a merced de la fuerza bruta*. Esto es; que no excluya, que no margine, que no destierre. O en nuestros propios términos, que no resigne la promesa de autonomía sobre la que sostiene su exigencia de represión y sublimación pulsional.

Crear en el derecho es crearlo, hacerlo, predisponerse a cumplirlo, permitirle que sea.

El mito en torno al sistema jurídico, según Peter Fitzpatrick, es el de la ausencia de mito: el día en el que todos descreamos absolutamente de la autoridad de la ley, la ley dejará de existir. Entonces, ese día, todo estará permitido. Y nada, absolutamente nada, será posible.

Será el diluvio, entonces. Pero después del diluvio –como una y otra vez, después de Auschwitz- habrá que seguir escribiendo, habrá que seguir esperando, habrá que seguir preguntándose por qué. Y hacer -volver a hacer- de ese después, un antes.

6

Eso es precisamente lo que notará -décadas y experiencias históricas después- Lacan, cuando en su escrito *Acerca de la causalidad psíquica*, recurra a una figura, por demás, interesante: “*A falta pues, de poder, como Deucalión hacer con piedras hombres, cuidémonos esmeradamente de transformar las palabras en piedras*”¹, escribe. Tal puede ser un buen punto de partida para lo que intentamos pensar aquí.

La historia es conocida: después del diluvio –que, a diferencia de la legendaria versión hebrea, los dioses desataron, no porque el comportamiento de los hombres fuera especialmente reprochable, sino porque su reproducción era exagerada y el ruido que hacían con sus voces, insoportable- Deucalión y su mujer Pirra resultaron ser los únicos seres humanos sobre la tierra.

Desconcertados por la nueva situación, recurrieron entonces a un oráculo que les aconsejó arrojar tras de sí los huesos de su madre, para generar una nueva raza. En principio, no entendieron; ellos no eran hermanos sino primos y sus madres, consecuentemente resultaban ser distintas (*¿qué huesos habrían de arrojar, entonces? ¿Dónde encontrarlos, además?*)

Luego, fue Pirra, la mujer, –no Deucalión, el hombre- quien primero comprendió el mensaje: la madre única de todos los mortales es la tierra y sus huesos, las piedras. De modo que los dos caminaron arrojando piedras hacia atrás, por sobre sus hombros. De las piedras que salieron de la mano de Deucalión, nacieron los hombres. De las que salieron de la mano de Pirra, las mujeres. Y así la tierra volvió a poblarse.

¿Qué es la significación para el ser? ¿Qué es el lenguaje para el hombre?

7

Lacan asimila sin resto ambas cuestiones al asumir el fenómeno de la locura que considera vivido íntegramente en el registro del sentido. Entonces, caminando entre los *parletre*², que se reproducen en exceso y cada vez más ruidosamente –ahora también, multiplicando las imágenes del acto imposible y compartiendo las

¹ LACAN, Jacques, *Escritos*, 5, *Acerca de la causalidad psíquica*.

² Exclusivamente a los fines del presente podríamos aceptar que los *parletre* son los seres parlantes, los que portan un habla –una “parla”, no un lenguaje y mucho menos una lengua- y son atravesados por ella.

ecografías que a veces resultan de él- arroja tras de sí, por sobre sus hombros, piedras contra los teóricos del lenguaje y su objeto, irremediamente elusivo.

“Ningún lingüista y ningún filósofo podría ya sostener una teoría del lenguaje como sistema de signos que duplicara el de las realidades, definidas por el común acuerdo de las mentes sanas en cuerpos sanos (...) La palabra no es signo sino nudo de significación”³, dice.

Pobre lenguaje, el universitario, el académico –que Lacan nunca asumió como propio, aclarando reiteradamente en sus seminarios que su lugar no era el aula sino la cabecera de su paciente- que hace de las palabras piedras para poder estudiarlas geológicamente, que las detiene como huesos, que las disecciona en una taxonomía.

Taxonomía, esta, *de comunes acuerdos en mentes y cuerpos sanos*, que cuanto más se especializa, más embalsama su objeto y, consecuentemente, más lejos está del hecho irreplicable de su irrupción como nudo significante. Irrupción que, en cualquier caso, encierra todo el interés de su estudio, si acaso tal interés existiera en verdad. Así, entonces:

- a) *Sostener una teoría del lenguaje como sistema de signos que duplicara el de las realidades* implica reproducir exageradamente lo real inasible, sustituyéndolo artificialmente por su remedo.

Es decir, ver hombres allí donde solamente hay piedras.

- b) Pretender, luego que esas *realidades duplicadas* sean definidas por el común acuerdo de las mentes sanas en cuerpos sanos, supone amplificar ensordecedoramente el ruido, encriptando las reverberaciones en la multiplicación inconsecuente de esquemas clasificatorios que solo se explican a sí mismos.

Esto es, hacer de las piedras, palabras.

Un esquema –y si el discurso universitario es el paraíso de los esquemas, la lingüística y el derecho son, cuanto menos, los cielos superiores de ese paraíso- jamás puede comprender el movimiento en cuanto movimiento, el flujo en tanto flujo, la complejidad inabordable de sus implicancias. Y el sentido de la locura, claro está –aunque Foucault y Derrida lo hayan olvidado en su debate sobre el tema- tampoco puede alcanzarse desde la cripta de una pretendida racionalidad conceptual.

Lo infinitamente grande (lo inconmensurable) y lo infinitamente pequeño (lo infinitesimal) se igualan en el desconocimiento de sus imposibilidades, que cualquier clasificación asume como su propia justificación y razón última de existencia.

Si solo hay significante, ninguna teoría del lenguaje existe. Si la palabra irrumpe como un nudo en la escritura del ego, un *sínthome*, es –no puede ser otra cosa- un nudo borromeo⁴ que de ningún modo ata lo real; la figura en ese caso sería la del hilo de Ariadna y no la de Deucalión y Pirra. Su función es, muy por el contrario,

³ *Ib. Ídem.*

⁴ LACAN, Jacques; *Seminario 23, El sínthome*, clase 10.

liberar lo imaginario. Liberación que, como hecho singular irrepetible ocurre, cada vez que ocurre, inevitablemente fuera de las aulas.

8

Sin embargo, en las aulas de los lingüistas y también en las de los profesores de derecho, es posible observar la replicación, multiplicación y permanencia empobrecedora y empeñosa, del mismo “*credo de tonterías*” que Lacan apuntaba como caricatura modélica de la psicología de su tiempo.

*“Hay un credo de tonterías –decía-, del que no se sabe si la psicología contemporánea es el modelo o la caricatura, a saber: a) el yo, considerado a la vez como función de síntesis e integración, b) la conciencia, considerada como la perfección de la vida, c) la evolución, considerada como el camino por el que adviene el universo de la conciencia, d) la aplicación categórica de este postulado al desarrollo psicológico del individuo, e) la noción de conducta, aplicada de manera unitaria para descomponer hasta la necedad todo dramatismo de la vida humana”.*⁵

Traducido a los términos jurídicos, propios del tema que nos proponemos tratar, ese convencimiento se desplegaría según las siguientes certezas dogmáticas –que sostienen la permanencia de un esquema tan endeble y espurio como conveniente y acrítico-:

- a) Existe un sujeto de derecho, ente racional que actúa voluntariamente.
En la síntesis e integración de su discernimiento, su intención y su libertad.
- b) Conscientemente, ese sujeto adquiere derechos y contrae obligaciones.
En su perfección de mónada, de sistema autosuficiente, de máquina acabada, se relaciona episódicamente con los demás, de acuerdo con sus propios intereses no condicionados.
- c) La suma de estos individuos racionales supone una agregación que no llega jamás al todo de la sociedad, que está por sobre ellos.
El todo es superior a la suma de sus partes, en tanto las partes son contingentes y el todo, inmortal.
- d) Cuánto más adecúe su comportamiento a las pautas de interrelación que regulan el todo que lo incluye, más perfecto –es decir, menos identificable por el sistema conjunto- será un individuo.
No hay un derecho para los héroes. Los modos de la subjetividad, en tanto no se expresen en hechos reprochables, no ingresan en el horizonte de la imposición jurídica.
- e) Todos los hombres son iguales ante la ley.
Por lo tanto, el derecho espera de todos ellos la misma conducta, sin importar sus circunstancias.

⁵ LACAN, Jacques. *Conferencias. 3. Discurso a los católicos.*

Este *credo de tonterías*, en gran parte todavía vigente, es lo que permite a los profesionales del mundo jurídico seguir pensando el sistema de conocimientos que los involucra como ejemplo indubitable del *deber ser*. Pero ¿qué es lo que debe ser? Y lo que debe ser, en todo caso, ¿debe ser siempre, en cualquier circunstancia? ¿Sí?

No. El deber ser es, en todo caso, el ser que se debe. Y ese ser que se debe – espejo de una deuda con la que nacemos que remite, ineludiblemente, al pecado original, abrevando otra vez en el río de lo sagrado del que manaron los primeros órdenes jurídicos- se halla liberado por el síntoma, por el nudo borromeo y liberador de las garantías y los derechos que materialmente pueden reivindicarse como propios.

No hay deber ser, sin poder hacer. La declamación de la igualdad formal se reproduce como un sonido hueco, frente a la urgencia de la igualdad material que sostiene toda promesa compartida (todo com/promiso) de avanzar sobre lo injusto.

9

Regresemos, ahora, a Lacan y a su discurso a los católicos. Leamos:

“Técnicamente, llamamos significante a lo que se traduce. Se trata de un elemento que presenta estas dos dimensiones: está ligado sincrónicamente a una batería de otros elementos por los que se puede sustituir, y por otra parte, está disponible para su uso diacrónico, es decir, para la constitución de una cadena significante. En efecto, hay en el inconsciente cosas significantes que se repiten y que corren continuamente a espaldas del sujeto.”⁶

¿Qué es lo que esta definición nos enseña para pensar y repensar los modos de honrar la promesa compartida, el compromiso de una sociedad, no justa –en tanto lo justo es afortunadamente irrealizable, no puede ser apropiable ni apropiado, se niega a su declamación- sino menos injusta, más legítima, cada vez? Veámoslo:

- a) Si toda escritura jurídica es traducción, no hay –no puede haber- sujeto de derecho, sino sujetos con (o sin) derechos.

El mismo sistema de sujeción a lo que se tiene por ley, garantiza y defiende los derechos de algunos, desentendiéndose de los derechos de otros. Este proceso importa la inauguración de un mecanismo perverso de exclusión jurídica, en el cual el significante de la sanción legal se traduce de formas opuestas a uno y otro lado de las fronteras internas de legitimidad que la política de retracción del orden jurídico determina (entregando, resignando o liberando ciertas zonas) en equilibrio siempre inestable.

- b) En la sincronía-diacrónica de los significantes, el todo de la sociedad deja de ser la suma de la agregación de los individuos (más el plus indeterminado en el que excede su resultante) y debe pensarse como un *notodo* de singularidades intersubjetivas.

No hay mónadas, sistemas autosuficientes, ni máquinas acabadas y perfectas. Cada uno es *en y con* los que se relaciona. En el mismo lugar

⁶ *Ib. Ídem.*

histórico, hay quienes viven en el siglo XXI y quienes transcurren su existencia en estructuras casi medievales (pasillos de tierra, casas de cartón o chapa, expectativas de vida reducidas drásticamente, sujeción a la discrecionalidad de la ley de la fuerza y no a la fuerza de ley).

- c) En su doble articulación una misma singularidad intersubjetiva forma parte de un número fractal (no infinito pero incontable) de cadenas significantes.

Tanto a uno como a otro lado de las fronteras internas de legitimidad (en el siglo XXI como en la edad media, bajo la fuerza de ley o la ley de la fuerza) las identidades resultan múltiples y ninguna existencia es idéntica a otra.

- d) Si hay cosas que ocurren a espaldas de los sujetos-significantes, las circunstancias son estandarizables, pero los comportamientos no.

Tal particularidad conlleva que –pese al equilibrio inestable que hace que la ley de la fuerza avance continuamente sobre la fuerza de ley, debilitando la promesa diferida de la sanción jurídica ante la inminencia de la violencia directa que impera en los territorios resignados- ninguna frontera sea del todo impermeable. Siempre se puede caer. Siempre se puede avanzar.

La imprevisibilidad de una singularidad intersubjetiva –opuesta a la esquemática previsibilidad del individuo- hace que la conformación interna del todo-notodo de la sociedad registre envíos, intersecciones y coincidencias continuas entre sus zonas de imperio de legitimidad y sus territorios segregados.

- e) Entre las múltiples reiteraciones del inconsciente, un convencimiento prima: todos los hombres y las mujeres debieran tener posibilidad de articular un proyecto de vida digno. Eso es, en última instancia, lo que sostiene la sujeción a la ley, el imperio –colectivamente imaginado- del derecho.

La pregunta contrafáctica es simple: ¿por qué respetaría el derecho aquél o aquella a quien se le muestra y se le demuestra continuamente que su vida no vale? ¿Por qué respetaría la vida de los demás aquél o aquella a quien se le dice que su muerte no importa?

10

Así como *“Resulta curioso que los lingüistas no vean que todo uso del lenguaje, sea cual fuere, se desplaza hacia la metáfora; que no hay lenguaje más que metafórico”*⁷ resulta de igual modo alarmante que los teóricos del derecho se aferren, como los lingüistas, al valor sacro de sus denominaciones y categorías, tomando piedras por palabras. Y hagan de esas palabras inmóviles, una duplicación de lo real a la que mudan sus conclusiones.

⁷ LACAN, Jacques, *Seminario 18, De un discurso que no fuera del semblante*, clase 3.

El derecho, que debiera ser un mecanismo para garantizar la vida digna de aquellas personas sobre las que el *notodo* de sus implicancias rige, deviene un simple entretenimiento intelectual inocuo, pero no inconsecuente.

Así como Lacan distingue:

- a) La dimensión de la metonimia.

Por la que una significación nueva participa de las significaciones a las que estuvo anteriormente ligada (llamando a esto, "*poesía de todo realismo*")⁸

- b) *La dimensión de la metáfora.*

Por la que una significación nueva nace en la sustitución de un significante por otro.

Parece claro que, en la dinámica de continuo incesante que el avance sobre el inconmensurable espacio de justicia requiere:

- a) La expectativa de goce de los derechos participa de la dimensión de la metonimia.

El concepto de "garantía de una vida digna", razón de ser de un sistema jurídico inscrito en el *poder hacer* de la igualdad, muta, portando siempre las huellas de sus significaciones anteriores.

- b) La noción común de justicia (el compromiso, la promesa compartida de evitación de los daños y minimización de la inscripción de sus consecuencias en el entramado social) participa de la dimensión de la metáfora.

El avance sobre el espacio de lo injusto exige la continua resignificación de lo aceptable, de lo tolerado, de lo esperable y de lo exigible.

De tal modo, desconocer el carácter metafórico del lenguaje jurídico supone entronizar la denegación de la promesa compartida, en una huida hacia lo esquemático que:

- a) acaba por frustrar la expectativa de goce de los derechos más básicos.
b) Naturaliza la exclusión, deteniendo y cristalizando las significaciones.

11

Pero no hay Derecho si no hay derechos. Y el *notodo* por el que un sistema jurídico pretende expresar metafóricamente una sociedad se disgrega si fracasan sus metáforas fundantes, a saber:

- a) Metáfora de completitud (la promesa jurídica llega igualmente –pero no de forma igualitaria- a todos)
b) Metáfora de optimización (el derecho que se tiene, en cada momento histórico, es el más adecuado a la noción común de justicia imperante en ese mismo momento)

⁸ LACAN, Jacques. *Conferencias. 3. El triunfo de la religión.*

Así entonces, de acuerdo con lo que enseña Lacan: “*Se debe reconocer la diferencia de nivel entre: a) lo simbólico como tal, b) la posibilidad simbólica, c) la apertura del hombre a los símbolos y, por otra parte, d) su cristalización en el discurso organizado en tanto este contiene, de modo fundamental, la contradicción.*”⁹ En términos jurídicos:

- a) Lo simbólico como tal es el derecho que, en cada momento, se tiene.
- b) La posibilidad simbólica, es el derecho que podría tenerse y que la noción común de justicia señala, en su mandato de optimización.
- c) La apertura del hombre a los símbolos –o, en nuestra competencia específica, la adjudicación de lo simbolizado a los hombres- es la disposición material de los derechos que realmente pueden ejercerse, de acuerdo con las circunstancias en las que cada vida transcurre.
- d) La cristalización en el discurso organizado desde la contradicción es lo que permite, paradójicamente la no cristalización de las metáforas –la no transformación de las palabras en piedras ni de los derechos en meras declamaciones- a partir de la dinámica incesante de avances sobre lo injusto.

“*Toda dimensión del ser se produce en la corriente del discurso del amo. De aquel que, al proferir el significante, espera de él lo que es uno de sus efectos de vínculo. El significante es, ante todo, un imperativo*”¹⁰. Y si algo nos salva de la digresión o del totalitarismo, todavía, es el reconocimiento del carácter siempre metafórico –y por tanto, siempre resignificable- del imperativo de la ley.

12

“*La esencia del derecho reside en el repartir, distribuir, retribuir, lo que toca al goce. (Pero) ¿qué es el goce?*”¹¹ se pregunta nuestro autor.

La incógnita, claro está, no es azarosa ni inconsecuente. El *goce* no es aquí la mera constatación de la situación objetiva que el sistema jurídico suele tener por tal –al modo, por ejemplo del “*goce de la cosa*” por quien detenta su tenencia-. Tampoco refiere explícitamente, esta vez, al goce sexual –aunque el mismo Lacan se ocupa de señalar que “*el derecho no desconoce la cama*”¹²-. Se trata, notoriamente, de otra cosa.

Lo que se reparte, lo que se distribuye, lo que se retribuye, son los derechos en sí mismos, como metáforas de la vida. Y en ese reparto, en esa distribución, en esa retribución, señalan el acceso, o no, de la posibilidad de una vida digna para cada uno.

Sin goce de derechos no hay vida. Sin derecho al goce, hay nada.

⁹ LACAN, Jacques, *Seminario 1. Los escritos técnicos de Freud*, clase 5.

¹⁰ LACAN, Jacques, *Seminario 20, Aun*, clase 3.

¹¹ *Ib idem*, clase 1.

¹² *Ib. Ídem*, clase 1,

13

A modo de conclusión, ahora, terminaremos este trabajo intentando reformular –como Pirra y Deucalión mientras caminaban por la tierra yerma, empeñándose en arrojar piedras y haciendo nacer hombres y mujeres, sin tiempo siquiera de detenerse a mirarlos- la significación, siempre metafórica, de algunas convicciones lacanianas que podrían sostener lo que hemos intentado decir:

- a) *“La subjetividad en su origen no es de ningún modo la incumbencia de lo real, sino de una sintaxis que engendra en ella la marca significativa”¹³.*

Sin derechos materialmente ejercibles, no hay sujeto de derecho que valga.

- b) *“El lenguaje, antes de significar algo, significa para alguien”¹⁴*

El derecho existe en tanto no se descrea absolutamente de su verosimilitud, y en cuanto puede seguir sosteniendo su promesa compartida de (cada vez) más justicia.

- c) *“La naturaleza del hombre es su relación con el hombre”¹⁵*

No somos entes sino singularidades intersubjetivas que se construyen en y con los demás.

- d) *“Todo el problema reside en la articulación de lo simbólico (el lenguaje) y lo imaginario, en la constitución de lo real.”¹⁶*

No hay real si no hay imaginario. El síntoma no ata, libera. El derecho no es la justicia sino la promesa de (cada vez) más justicia.

- e) *“¿Qué es el vínculo simbólico? Para poner los puntos sobre las íes, digamos que, socialmente nos definimos por intermedio de la ley. Situamos a través del intercambio de símbolos nuestros diferentes yos, los unos a los otros.”¹⁷*

Por eso, aquel a quien la ley le muestra y le demuestra que su vida no vale y que su muerte no importa –o sea, aquel que se sitúa fuera de la conversación plural en la que el derecho ocurre, cada vez, en el tiempo- se excluye (y a veces se autoexcluye) del com/promiso de respetar la vida y la muerte de los otros, *en los que no es, en los que no está.*

- f) El sujeto está sujetado por lo simbólico. Es sujeto de, por y en derecho. *“Solo los mártires pueden no tener compasión ni temor”¹⁸*

¹³ LACAN, Jacques, *Escritos*, página 59.

¹⁴ *Ib idem.*, página 89.

¹⁵ *Ib. Ídem.*, página 94

¹⁶ LACAN, Jacques, *Seminario 0*, clase 7.

¹⁷ *Ib. Ídem.*, clase 11.

¹⁸ LACAN, Jacques, *Seminario 7*, clase 20.

De tal modo, y así lo hemos dicho reiteradamente en publicaciones anteriores, una sociedad de víctimas es inhabitable.¹⁹ Las víctimas confunden la imaginación de la justicia en su simbolización de la venganza y de la impunidad.

- g) *“No hay metalenguaje. No hay lenguaje del ser. Pero, ¿hay ser? Digo lo que no hay. El ser, para mí, no es más que un hecho de dicho.”²⁰*

El ser, en sus relaciones jurídicas, es lo que el derecho permite que sea.

- h) *“No hay lucha a muerte con el otro”²¹*

Hay posesión, sumisión, angustia y deseo. La negación del ser humano como ser deseante, ocluye lo imaginario, confunde lo real con lo simbólico y en esa confusión reductiva, hace imposible toda pretensión de justicia. Si la expectativa de más justicia es siempre posible –y está siempre abierta, siempre por-venir- es porque el derecho como uno, como todo, no existe. Es, por el contrario, un *no-todo* que deambula significativamente, dejando sus señales históricas en cada constatación de la imposibilidad definitiva de la lingüística.

Pero sin estas señales, sin estas marcas, tampoco habría traducción, tampoco habría significantes. Y sin significantes, sin traducción, el ser solo sería su ausencia. Pirra no habría comprendido el oráculo.

Y por estricto designio de los dioses, limitado el ser a la soberbia esquemática del siempre estéril discurso universitario, todo estaría perdido.

Referencias

LACAN, Jaques. Escritos, 5, Acerca de la causalidad psíquica.

LACAN, Jacques; Seminario 23, El síntoma, clase 10.

LACAN, Jacques. Conferencias. 3. Discurso a los católicos.

LACAN, Jaques. Seminario 18, De un discurso que no fuera del semblante, clase 3.

LACAN, Jacques. Conferencias. 3. El triunfo de la religión.

LACAN, Jaques. Seminario 1. Los escritos técnicos de Freud, clase 5.

LACAN, Jaques. Seminario 20, Aun, clase 3.

LACAN, Jacques. Seminario 0, clase 7.

LACAN, Jacques. Seminario 7, clase 20.

LACAN, Jacques. Seminario 10, La angustia, clase 2.

¹⁹ BURGOS, Oswaldo R. Desarrollamos esta noción, como postura jurídica, en *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in)justicia del ser representado. El derecho en la sociedad desestructurada* (Rosario, 2008; Santiago de Chile, 2018 y Bogotá, 2018). *El derecho como promesa*, Bogotá 2015, y *La filosofía del daño y su reparación*, Santiago de Chile, 2019.

²⁰ LACAN, Jacques, *Seminario 20, Aun*, clase 10.

²¹ LACAN, Jacques, *Seminario 10, La angustia*, clase 2.

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Inteligência artificial: Reflexões sobre os marcos regulatórios emergentes em suas aplicações – O caso brasileiro e tendências internacionais^(*)

Artificial intelligence: Reflections about emerging regulatory frameworks on its applications – The brazilian case and international trends

Inteligencia artificial: Reflexiones sobre los marcos reglamentarios emergentes en sus aplicaciones - El caso brasileño y las tendencias internacionales

Karen Rosa de Almeida¹

Margareth Vetis Zaganelli²

Maria Célia da Silva Gonçalves³

(*) Recibido: 02/07/2020 | Aceptado: 01/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

- ¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - Vitória. Estudante no Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI), da UFES. Integrante do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). Integrante do grupo de pesquisa "Robótica, Inteligência Artificial e Direito: a proposta europeia sobre responsabilidade de robôs". Integrante do grupo de pesquisa "Direito, tecnologias e inovação" (UFES). Monitora da disciplina de Teoria Geral do Direito, ministrada na UFES em 2020. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0419295043991093>>. rkarenalmeid@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 da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). Coordenadora do grupo de pesquisa "Robótica, Inteligência Artificial e Direito: a proposta europeia sobre responsabilidade de robôs". Coordenadora do grupo de pesquisa "Direito, tecnologias e inovação" (UFES). Professora investigadora do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" do Erasmus Plus European Commission - cofinanciado pela União europeia (School of Law). mvetis@terra.com.br
- ³ 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

Sumário: Introdução. **1.** Inteligência Artificial: aplicações e necessidade de regulamentação. **2.** Disposições sobre IA adotadas pela União Europeia antes da regulamentação: breves considerações. **3.** Proposta de regulamentação da IA no Brasil: uma análise dos projetos de lei no. 5051/2019, no. 5961/2019 e no. 21/2020. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O artigo trata das repercussões entre Direito e Inteligência Artificial (IA), estabelecendo como objetivo geral a análise de possíveis impactos de regulamentações emergentes sobre as potenciais aplicação e exploração da IA e o apontamento de tendências de regramento da matéria, destacando o exemplo do Brasil. Para atingir o objetivo deste trabalho, o texto investiga aplicações de IA em diferentes domínios e esforços da União Europeia antes da regulamentação da IA no bloco econômico, examina os projetos de lei do Senado brasileiro no. 5051/2019 e 5691/2019, e o projeto de lei nº 21/2020 da Câmara dos Deputados do Brasil. A fim de destacar a relevância de regras normativas adequadas para melhorar o uso da IA e para aumentar a confiabilidade de seus sistemas, são realizados levantamentos bibliográficos e utilizada pesquisa exploratória, aproveitando fontes normativas nacionais e internacionais. O artigo deve concluir pela necessidade de adaptação dos textos legais à medida que os sistemas de Inteligência Artificial avançam.

Palavras-chave: Inteligência artificial, aplicações da inteligência artificial, projetos de lei brasileiros sobre IA, tendências de regulamentação da IA.

Abstract: The article approaches the repercussions between Law and Artificial Intelligence (AI), setting as a general objective the analysis of possible impacts of emerging regulations on AI's potential application and exploration and the indication of trends in the regramming of the subject, focusing on Brazil. To achieve the purpose of this work, the text investigates AI applications in different domains and European Union's efforts preceding the regulation of AI in the economic bloc, examines Brazilian Senate bills no. 5051/2019 and 5691/2019, and bill no. 21/2020 of the Brazilian House of Representatives. In order to highlight the relevance of appropriate normative rules to improve the use of AI and to increase the reliability of its systems, bibliographic surveys are carried out and exploratory research is used, taking advantage of national and international normative sources. The article should conclude that the legal texts need to be adapted as the Artificial Intelligence systems progress.

Keywords: Artificial intelligence, AI applications, Brazilian draft bills on AI, AI regulatory trends.

Resumen: El artículo trata de las repercusiones entre el Derecho y la Inteligencia Artificial (IA), estableciendo como objetivo general el análisis

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

de los posibles impactos de las regulaciones emergentes sobre la potencial aplicación y explotación de la IA y la indicación de tendencias en la regulación de la materia, destacando el ejemplo del Brasil. Para lograr el objetivo de este trabajo, se investiga las aplicaciones de la IA en diferentes dominios y esfuerzos de la Unión Europea antes de la regulación de la IA en el bloque económico, examina los proyectos de ley del Senado brasileño nº 5051/2019 y 5691/2019, y el proyecto de ley nº 21/2020 de la Cámara de Representantes de Brasil. A fin de poner de relieve la pertinencia de normas adecuadas para mejorar el uso de la IA y aumentar la fiabilidad de sus sistemas, se realizan indagaciones bibliográficas y se recurre a la investigación exploratoria, aprovechando las fuentes normativas nacionales e internacionales. El artículo concluirá que los textos legales deben ser adaptados a medida que los sistemas de Inteligencia Artificial avanzan.

Palabras clave: Inteligencia artificial, aplicaciones de la Inteligencia Artificial, proyectos de ley brasileños sobre la IA, tendencias de la regulación de la IA.

Introdução

O número crescente de dados disponíveis e as tecnologias que os utilizam tem causado muitas mudanças na sociedade. Nesse cenário, os recursos de Inteligência Artificial (IA) têm sido muito úteis para facilitar, para melhorar e para acelerar diversas atividades rotineiras - por exemplo, contribuir para a organização de documentos e para os processos de tomada de decisão, que são frequentes na esfera jurídica e em outros setores.

Entretanto, reconhecendo que o avanço das ferramentas de IA também aumenta os riscos de seu uso e as possibilidades de mau uso e de mau funcionamento dos sistemas, especialmente aqueles com autonomia relativa ou quase completa (agentes autônomos), muitos profissionais da área têm enfatizado a necessidade de regulamentação nessa área.

Por esta razão, este artigo reserva como objetivo geral a análise dos impactos da regulamentação normativa sobre o progresso e sobre as formas de aplicação da Inteligência Artificial, e a indicação de tendências na regulamentação da matéria, tomando por exemplo o Brasil, cujos órgãos legislativos já elaboraram propostas de lei sobre IA.

A fim de investigar formas de utilização dos recursos da Inteligência Artificial e de reconhecer potenciais repercussões da elaboração de normas sobre seu uso, será empregada pesquisa exploratória. Em seguida, por meio de pesquisa qualitativa, documentos da União Europeia (UE) sobre medidas e diretrizes relacionadas à IA que deverão conduzir a UE na regulamentação do assunto serão examinados e destacados para comparação com as propostas apresentadas no Brasil, aproveitando fontes normativas nacionais e internacionais.

Em conclusão, metodologia lógico-dedutiva será utilizada para investigar as propostas de regulamentação normativa no Brasil nos projetos de lei do Senado no. 5051/2019 e 5691/2019 e no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020, realizando uma pesquisa bibliográfica para avaliar se os textos formulados atendem às novas necessidades que surgiram. O artigo deve concluir que os textos legais que pretendem regulamentar a Inteligência Artificial precisam ser adaptados à medida que seus sistemas progridem.

1. Inteligência Artificial: aplicações e necessidade de regulamentação

Não há acordo sobre a exata definição de "Inteligência Artificial" (IA). Entretanto, para fins deste artigo, consideraremos a IA como o "campo científico e tecnológico relativamente novo que estuda a natureza da inteligência usando computadores para produzir comportamento inteligente" (tradução livre) (BADIA, 2001, p. 9).

É reconhecido que a IA é capaz de otimizar e de agilizar muitas atividades em diferentes domínios. Isso porque existem cerca de dezesseis categorias de Inteligência Artificial – teoria de computação, raciocínio, *constraint satisfaction*, programação, comprovação de teoremas, vida artificial, redes neurais, *belief revision*, compreensão da linguagem natural, mineração de dados, aprendizagem de máquinas, IA distribuída, representação do conhecimento, sistemas especialistas, sistemas e algoritmos genéricos (CIOFFI *et al*, 2020).

Cada uma dessas classes é capaz de influenciar outros campos de estudo. Por exemplo, as redes neurais artificiais – complexos que têm características e habilidades similares às das redes neurais naturais capazes, dentre outras coisas, de reconhecer padrões (MOHAGHEG, 2000) – podem ser úteis à engenharia geotécnica na identificação de limites de aterros sanitários (TOLL, 1996).

A Inteligência Artificial também pode ser usada em assuntos relacionados à saúde. Os sistemas especializados, sistemas lógicos que tentam reproduzir a perícia humana em uma determinada área do conhecimento (ANDRADE; CARNEIRO; NOVAIS, 2010), por exemplo, podem ser aplicados à medicina na escolha de tratamentos e no processo de diagnóstico em locais com poucos recursos (WAHL *et al*, 2018).

Outra função intrigante é o desenvolvimento de veículos autônomos, que operam sem condutor humano. Nesse sentido, a Alemanha já publicou um ato normativo que atualiza a Convenção sobre Trânsito Rodoviário de 1968, e que autoriza o uso de sistemas [de Inteligência Artificial] que interferem na forma de condução de veículos (DEUTSCHLAND, 2016).

Mesmo na esfera legal a IA pode ser aproveitada. Sob essa óptica, sistemas multiagentes de IA aplicados à Resolução de Disputas Online podem ser entendidos como um grupo de entidades que percebem o contexto no qual estão inseridos e que tomam decisões inteligentes para resolver a questão e para alcançar o objetivo comum (ANDRADE *et al*, 2010).

Embora existam vários benefícios da Inteligência Artificial em muitos assuntos de interesse social e acadêmico, também existem dificuldades complexas no

tratamento legal de problemas que possam surgir de aplicações de IA. Algumas dessas questões se referem à incerteza sobre quem é responsável por danos causados por agentes autônomos de IA - tais como veículos autônomos (SCHERER, 2015). Por outro lado, o conteúdo dos regulamentos pode influenciar o desenvolvimento da IA, uma vez que imposições legais intangíveis prejudicam a pesquisa e podem inibir o uso de produtos desenvolvidos.

Assim sendo, os inúmeros benefícios possíveis trazidos pela Inteligência Artificial a diversas atividades e a muitas áreas de estudo requerem uma regulamentação que, em primeiro lugar, evite usos maliciosos e, em segundo lugar, não obstrua seu progresso. A criação de normas legais também deve considerar as particularidades da IA e ser útil para responder a perguntas sobre os problemas que poderiam ocorrer devido a seus usos. Então, reconhecendo as complexidades da regulamentação da Inteligência Artificial e a necessidade de respostas pragmáticas, examinamos algumas disposições adotadas pela União Europeia relacionadas à IA e analisamos criticamente a regulamentação emergente da IA no Brasil.

2. Disposições sobre IA adotadas pela União Europeia antes da regulamentação: breves considerações.

Como a regulamentação inadequada ou imprecisa pode dificultar o uso da Inteligência Artificial, a União Europeia (UE) tem se preparado para esse desafio há algum tempo e tem apresentado medidas e princípios a serem adotados em atividades que envolvem (e que devem envolver no futuro) o uso da IA no bloco econômico.

Para esse fim, a Comissão Europeia enviou uma comunicação sobre IA para a Europa para as autoridades competentes em 2018. O documento definiu estratégias relevantes para fazer a melhor implementação dos recursos de IA, como o aproveitamento do Mercado Único Digital, dos centros de excelência em Inteligência Artificial espalhados pelo continente, e o investimento de cerca de 500 milhões de euros por ano entre 2018 e 2020. Dessa forma, a UE visa aumentar a competitividade econômica, melhorar os serviços e beneficiar a sociedade a fim de incluir os cidadãos europeus (EUROPEAN COMMISSION, 2018). As táticas apresentadas são pertinentes, pois permitem que a estrutura regulatória iminente projete medidas bem definidas e executáveis.

Também nesse documento, a Comissão tomou a iniciativa de assegurar um quadro jurídico e ético apropriado em relação à Inteligência Artificial, em particular atenção às garantias expressas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2018). A estrutura de adequação prometida não foi totalmente definida, mas uma futura análise detalhada dos desafios emergentes com mais orientações sobre as regras de responsabilidade decorrentes do uso de novas tecnologias foi sinalizada. Portanto, observa-se que a União continua a buscar respostas sobre as melhores formas de regulamentação.

Para avançar rumo a este objetivo, a Comissão Europeia publicou o Livro Branco sobre Inteligência Artificial em 2020, o qual visa definir opções políticas sobre como alcançar os objetivos de impulsionar o uso da IA e como abordar os

riscos relacionados a algumas das aplicações desses novos recursos tecnológicos (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

O Livro Branco ratifica muitas das medidas contidas na Comunicação feita pela Comissão Europeia em 2018 e descreve seis ações que devem otimizar o uso da IA e que apontam a centralidade humana e a supervisão como essenciais para o bom funcionamento dos sistemas de Inteligência Artificial. As diretrizes parecem coerentes e capazes de construir o ecossistema confiável desejado, se forem validadas e detalhadas na legislação a ser criada em sequência. Alguns dos princípios e diretrizes mencionados são comuns a outros países, como observaremos na análise subsequente do regime regulatório emergente no Brasil.

3. Proposta de regulamentação da IA no Brasil: uma análise dos projetos de lei no. 5051/2019, no. 5961/2019 e no. 21/2020

Certamente, os marcos regulatórios devem expressar exatamente sobre o que são as regras estabelecidas neles. Essa proposição também é válida para a Inteligência Artificial, sendo necessário que as leis que pretendem regulamentá-la definam seu conceito (SCHERER, 2019). Matthew Scherer ressalta com propriedade que

O crescente papel da AI na economia e na sociedade apresenta desafios práticos e conceituais decorrentes da maneira como a AI é pesquisada e desenvolvida e do problema básico de controlar as ações das máquinas autônomas. Os desafios conceituais surgem das dificuldades em atribuir responsabilidade moral e legal por danos causados por máquinas autônomas, e do quebra-cabeça de definir o que, exatamente, significa inteligência artificial (tradução livre) (SCHERER, 2019, p. 358).

Considerando essas asserções a partir da perspectiva do cenário brasileiro, nota-se que, somente em 2019, as autoridades legislativas brasileiras propuseram (pelo menos) dois projetos de lei relacionados à Inteligência Artificial que não contêm definições de seu conceito (no. 5051/2019 e no. 5961/2019) - em outras palavras, do que pretendem regulamentar. Entretanto, concentraremos nossos esforços na análise crítica do Projeto de Lei 21/2020 da Câmara dos Deputados, porque trata do assunto com mais detalhes e porque sua aprovação pode implicar mudanças consideráveis nas formas em que os sistemas de IA serão desenvolvidos e utilizados no País.

O Senado brasileiro apresentou dois projetos de lei - nº. 5051/2019 e nº. 5961/2019 - relativos à Inteligência Artificial. O primeiro deles visa estabelecer os princípios para o uso da IA no Brasil (BRASIL, 2019a), enquanto o segundo introduz a política nacional de IA (BRASIL, 2019b).

O Projeto de lei no. 5051/2019 estabelece como princípios orientadores do uso de IA no País (i) respeito aos direitos humanos, dignidade humana, diversidade e pluralidade, (ii) garantia da proteção de dados pessoais e privacidade, (iii) transparência, confiabilidade e possibilidade de auditoria dos sistemas e (iv) supervisão humana (BRASIL, 2019a). Esses requisitos são certamente inspirados pelas imposições da Constituição da República Brasileira relativas aos direitos e garantias fundamentais, e são semelhantes às determinações contidas no Livro Branco da UE. Entretanto, há muitas dificuldades relacionadas à sua implementação,

além de que a lacuna na expressão de normas-regra (não princípios) no Projeto de Lei acentua a insegurança jurídica.

Em uma direção diferente, a Proposta do Senado no. 5691/2019 estabelece como diretrizes a promoção do crescimento sustentável e inclusivo e a instituição de padrões éticos para o uso da Inteligência Artificial. Ainda, incentivo a investimentos privados e públicos para pesquisa no campo da IA, promoção da colaboração e intercâmbio de informações entre especialistas e instituições estrangeiras e nacionais, valorização do trabalho humano e promoção do empreendedorismo digital (BRASIL, 2019b).

Embora as diretrizes sejam positivas, os meios de sua implementação expressos nesse regime emergente são imprecisos. O artigo 5º do PL 5961/2019, por exemplo, determina como instrumentos da Política Nacional de Inteligência Artificial de acordos para o desenvolvimento de tecnologias, programas transversais estruturados em parceria entre instituições privadas e com órgãos públicos e fundos setoriais para inovação, ciência e tecnologia (BRASIL, 2019a), mas não fornece detalhes sobre os investimentos e o foco dos programas a serem criados.

De outro modo, o Projeto de Lei apresentado pela Câmara dos Deputados (no. 21/2020) estabelece direitos, deveres, instrumentos de governança e princípios para o uso da IA no Brasil e faz outras disposições (BRASIL, 2020). O texto introduz, no início, a definição de sistema de inteligência artificial, de seu ciclo de vida e de conhecimento em IA da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - sistema de inteligência artificial: o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais; II - ciclo de vida do sistema de inteligência artificial: composto pelas fases, sequenciais ou não, de planejamento e design, coleta e processamento de dados e construção de modelo; de verificação e validação; de implantação; e de operação e monitoramento; III - conhecimento em inteligência artificial: habilidades e recursos, como dados, códigos, algoritmos, pesquisas, programas de treinamento, governança e melhores práticas, necessários para conceber, gerir, entender e participar do ciclo de vida do sistema; (BRASIL, 2020).

Após delimitar o objeto sobre o qual se concentrará, o texto passa a descrever o que (ou quem) deve ser considerado como agente - qualquer coisa capaz de perceber o ambiente no qual está inserido e atuar sobre ele por meio de efetores (RUSSEL; NORVIG, 1995) - de Inteligência Artificial. Segundo o Projeto de Lei 21/2020, "agente de inteligência artificial" é qualquer pessoa física ou jurídica, privada ou pública, que seja responsável por qualquer uma das fases do ciclo de vida de um sistema de IA (BRASIL, 2020). Nesse ponto, o projeto de legislação parece ignorar a automação e a autonomia de muitos sistemas de inteligência artificial para fins de responsabilização.

Algumas responsabilidades atribuídas aos agentes de inteligência artificial são fornecimento de informações claras sobre os procedimentos e sobre os critérios utilizados pelo sistema de IA, além de divulgação pública da instituição responsável por seu estabelecimento. Outras obrigações incluem assegurar que os dados fornecidos ao sistema sejam processados de acordo com a Lei 13.709 (relacionada

à proteção de dados pessoais), encerrar o sistema se um ser humano não puder mais controlá-lo e proteger o sistema contra ameaças de cibersegurança (BRASIL, 2020).

A obrigação de fornecer informações sobre o funcionamento dos sistemas de IA é positiva em termos de aumentar a confiabilidade das pessoas nos sistemas. Isso se deve ao fato de que os receios sobre a automação das decisões e sobre os procedimentos estão relacionados ao baixo uso de recursos capazes de tornar os resultados obtidos mais rápidos e satisfatórios - por exemplo, no uso de ODR de segunda geração no tratamento de conflitos.

O que mais chama a atenção entre os deveres dos agentes de IA contidos no Projeto 21/2020, especialmente aqueles envolvidos nas fases de desenvolvimento e de operação, é a responsabilidade, na forma da lei, pelas decisões tomadas pelo sistema de Inteligência Artificial. Essa atribuição também foi expressa de forma semelhante nos Projetos de Lei do Senado no. 5051/2019 e no. 5961/2019 e reflete a supervisão humana enfatizada nos três projetos de lei. Também com relação à supervisão humana, as propostas (emergentes) da União Europeia e a visão exibida nas PL brasileiras parecem convergir, embora a UE e o Brasil possam definir de maneiras diferentes os limites da responsabilidade das pessoas e dos sistemas autônomos de IA.

Na proposta da Câmara dos Deputados Brasileira, a resposta a perguntas como quem é responsável por acidentes causados por veículos autônomos seria: os agentes de AI de desenvolvimento e de operação do sistema, definidos no Projeto de Lei 21/2020. Embora a solução encontrada atenda temporariamente aos desejos de alguns setores da sociedade, pode se tornar inadequada com o avanço das tecnologias e com o aumento da confiabilidade dos sistemas, que estão em constante aperfeiçoamento.

Mesmo assim, dentre os três projetos de lei apresentados, consideramos mais coerente e completa a proposta da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 21/2020), uma vez que apresenta definições mais exatas sobre o assunto regulamentado e que requer o fornecimento de informações sobre os procedimentos que aumentam a confiabilidade dos sistemas e que podem evitar o uso indevido. No entanto, a responsabilidade exclusivamente humana pelas ações e decisões tomadas pelos sistemas de Inteligência Artificial e as disposições difíceis de serem cumpridas levam ao reconhecimento da necessidade de melhorar o texto, estendendo o diálogo a especialistas e a cidadãos e criando grupos de trabalho responsáveis pelos ajustes necessários.

Conclusão

A inclusão de novas tecnologias e recursos de Inteligência Artificial é indispensável para a melhoria dos serviços e para a facilitação de uma multiplicidade de atividades em vários domínios. Entretanto, os muitos benefícios podem ser mitigados pelo uso indevido ou pelas falhas potenciais - e é por isso que a pesquisa na área da IA e que o projeto regulatório de como as novas ferramentas serão utilizadas são importantes.

Assim, os resultados obtidos na pesquisa exploratória realizada neste artigo apontaram a utilidade da IA em aplicações na medicina (por exemplo, na escolha de tratamentos de saúde), na engenharia geotécnica, no direito (por exemplo, na Resolução de Disputas Online) e, certamente, em muitos outros campos. Portanto, a inevitabilidade e pertinência da aplicação de recursos de Inteligência Artificial é percebida.

A pesquisa qualitativa realizada indicou tendências internacionais na regulamentação da inteligência artificial baseada na centralidade do ser humano, na administração dos dados e no respeito às garantias fundamentais estabelecidas nos sistemas jurídicos. Essas avaliações foram possíveis graças ao exame de documentos da União Europeia – relacionados à futura regulamentação da IA no bloco e à aplicação e ao aprimoramento da exploração da IA – e pela análise de projetos de lei de órgãos legislativos brasileiros que pretendem reger a matéria, beneficiando-se de fontes normativas nacionais e internacionais.

Dentre os projetos de lei observados, a proposta da Câmara dos Deputados (no. 21/2020) é considerada mais coerente, porquanto aborda com mais detalhes o objeto sobre o qual pretende se concentrar e é mais coerente internamente. Isso enquanto os projetos de lei do Senado brasileiro nº 5051/2019 e nº 5961/2020 apresentam muitos princípios e apenas algumas formas de concretização. Também é importante destacar que os princípios expressos no Projeto de Lei 21/2020 são similares aos do Livro Branco e da Comunicação sobre IA emitida pela Comissão Europeia. Embora seja a proposta mais completa dentre as observadas, parece essencial adaptar o texto do projeto de lei da Câmara dos Deputados brasileiro em relação à responsabilização das pessoas pelas ações dos sistemas de Inteligência Artificial, considerando os resultados da pesquisa bibliográfica realizada.

Referências

- ANDRADE, Francisco *et al.* **Conflict resolution in virtual locations**, 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/314426508_Conflict_Resolution_in_Virtual_Locations>. Acesso em: 5 jun. 2020.
- ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo. *A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha*. **Scientia Iurídica**, tomo LIX, n. 321, 2010.
- BADIA, Ramon López de Mántaras. Contribution to artificial intelligence: the IIIA perspective. **CONTRIBUTION to SCIENCE**, v. 2, n. 1, p. 9-22, 2001.
- BELLUCCI, Emilia; LODDER, Arno R.; ZELEZNIKOW, John. **Integrating artificial intelligence, argumentation and game theory to develop an Online Dispute Resolution Environment**, 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/20835994/Integrating_artificial_intelligence_argumentation_and_game_theory_to_develop_an_online_dispute_resolution_environment>. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020**. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340>>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 5051/2019 (a)**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8009064&ts=1582300610026&disposition=inline>>. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 5691/2019 (b)**. Available at: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8031122&ts=1582300641960&disposition=inline>>. Acesso em: 7 jun. 2020.

CIOFFI, Raffaele *et al.* Artificial Intelligence and Machine Learning Applications in Smart Production: Progress, Trends, and Directions. **Sustainability**, n. 492, v. 12, p. 1-26, 2020.

DEUTSCHLAND. **Gesetz zur Änderung der Artikel 8 und 39 des Übereinkommens vom 8. November 1968 über den Straßenverkehr**, 2016. Disponível em: <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&jumpTo=bgbl216s1306.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl216s1306.pdf%27%5D_1591470262820>. Acesso em: 6 jun. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the commission to the european parliament, the european council, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions: **Artificial Intelligence for Europe**. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **White paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2020.

MOHAGHEG, Shahab. Virtual-Intelligence Applications in Petroleum Engineering: Part I – Artificial Neural Network. Virginia: **Distinguished Author Series**, p. 64-73, 2000.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. New Jersey: Alan Apt, 1995.

TOLL, David Geoffrei. Artificial Intelligence: applications in geotechnical engineering. **Electronic Journal of Geotechnical Engineering**, v. 1, p. 767-773, 1996.

WAHL, Brian *et al.* Artificial intelligence (AI) and global health: how can AI contribute to health in resource-poor settings? **BMJ Global Health**, 2018. Disponível em: <0.1136/bmjgh-2018-000798>. Acesso em: 6 jun. 2020.

DERECHOS HUMANOS

El deber de adecuar el derecho interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La situación de los Estados federales.^(*)

The duty to adapt domestic law in the Inter-American Human Rights System. The situation of federal states

Leonardo Abel Urruti^(**)

Sumario: Introducción. I. La obligación de cumplimiento de los tratados internacionales. II. Evolución en el ámbito de panamericano. La formación de la Organización de Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. III. La obligación de adecuar el derecho interno. IV. La cláusula federal. Inoponibilidad del régimen federal como excusa al incumplimiento. – Conclusiones. – Referencias.

Resumen: El propósito de este artículo es identificar los alcances de la obligación de los Estados parte de adecuar la normativa interna para garantizar los derechos humanos reconocidos en la CADH. A este efecto, se analizan los arts.1, 2 y 28 de la Convención —junto a otras fuentes del derecho internacional— con base en el método deductivo para deducir las consecuencias lógicas de cada enunciado normativo. También, de acuerdo con el método inductivo, se estudian los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para inferir conclusiones sobre el efectivo alcance de las obligaciones asumidas por los Estados. Se aborda el contenido de la obligación de respetar los derechos y el deber de adecuar el derecho interno para cumplir con los tratados internacionales, en cuanto a dos tipos de acciones: a) eliminación de regulaciones y prácticas contrarias a los derechos humanos y b) acciones positivas para asegurar el cumplimiento como expedir normas y desarrollar prácticas. Luego, se evalúa el deber de garantizar el piso de

^(*) Recibido: 25/08/2020 | Aceptado: 15/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

^(**) Abogado por la Universidad Nacional del Sur (Argentina). Docente de la asignatura Instituciones Fundamentales del Derecho, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur (Argentina). Egresado de la Maestría en Periodismo Universidad de San Andrés (Argentina). Cursa el programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón (Argentina). <https://orcid.org/0000-0002-8063-3208>
leonardouruti7@gmail.com

derechos fundamentales reconocido por la CADH en cada provincia o estado interno de un Estado Federal. Finalmente, se elaboran conclusiones en las cuales se exponen las limitaciones existentes en cuanto a la efectividad de los derechos humanos en la región por carencia instituciones adecuadas y se sugieren recomendaciones para fortalecer el sistema interamericano.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho internacional público, federalismo, obligación legal, responsabilidad del Estado.

Abstract: The purpose of this paper is to identify the obligation's scope of the States Parties to adapt their internal law to guarantee the human rights recognized in the ACHR. To this end, Articles 1, 2 and 28 of the Convention are analyzed, however with other sources of international law, based on the deductive method to deduce the logical consequences of each normative statement. Also, according to the inductive method, the jurisprudential precedents of the Inter-American Court of Human Rights are studied to infer conclusions about the effective scope of the obligations assumed by the States. The content of the obligation to respect rights and the duty to adapt domestic law to comply with international treaties are addressed, regarding two types of actions: a) elimination of regulations and practices contrary to human rights and b) positive actions to ensure compliance such as issue norms and developing practices. Then, the duty to guarantee the floor of fundamental rights recognized by the ACHR in each province or internal state of a Federal State is evaluated. Finally, conclusions are drawn up in which the existing limitations regarding the effectiveness of human rights in the region due to lack of adequate institutions are exposed and recommendations are suggested to strengthen the Inter-American system.

Keywords: Human rights, public international law, federalism, legal obligation, State responsibility.

“La paz sólo puede durar donde los derechos humanos son respetados, donde las personas tienen alimento y donde los individuos y naciones son libres.”

14^o Dalai Lama (1989). Discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz

Introducción

Los tratados internacionales de derechos humanos desarrollaron un gran auge desde la segunda mitad del siglo XX como la herramienta predilecta para establecer pautas homogéneas en materia de derechos básicos para todas las personas con base en una inspiración pacifista, internacionalista y humanista.

La teoría de los derechos humanos fundamentales los reconoce como un umbral mínimo de protección de la dignidad y valor de la persona humana. Se constituyen en una garantía frente a los abusos de poder y contra el surgimiento de liderazgos totalitarios que pongan en riesgo el respeto a las instituciones democráticas y la paz internacional.

Desde la conformación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1945 y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 —mismo año de la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA)— el movimiento del derecho internacional de los derechos humanos se desarrolló de forma constante a nivel mundial. El conjunto de normas internacionales surgidas en la materia desde entonces forman parte del denominado orden público internacional, es decir, el conjunto de reglas oponibles *erga omnes* y de carácter imperativo (*ius cogens*) para la mayor parte de los Estados (Becerra Ramírez, 2009).

La suscripción de los convenios en materia de derechos humanos se ha convertido en un requisito para “formar parte” de la comunidad internacional estableciendo relaciones diplomáticas, culturales, sociales y económicas con las principales potencias del mundo, en base a una expresión de valores compartidos.

En efecto, un tratado internacional —al igual que cualquier contrato entre particulares— resulta de cumplimiento obligatorio en las condiciones de su vigencia para las partes que lo suscriben, en base al principio *pacta sunt servanda*¹ y debe guiarse su cumplimiento, ejecución e interpretación en base al principio de buena fe. Si bien la mayoría de los Estados también han incorporado los principios y estándares de los derechos humanos en sus constituciones, no todos han adaptado —en los hechos— sus normativas y prácticas internas para que los derechos y garantías sean operativos² en sus territorios.

Las incompatibilidades entre lo acordado y lo empíricamente cumplido exceden las razonables diferencias de capacidad de actuar derivadas de la escasez relativa de recursos en algunos Estados.

Precisamente, para que el derecho internacional público se torne progresivamente efectivo, los líderes de los Estados y organizaciones internacionales concluyeron en la necesidad de prescribir la imputación de sanciones legales como consecuencia legal para las violaciones de los derechos humanos. La aplicación concreta de estas se atribuyó en organismos internacionales autónomos de carácter jurisdiccional cuya efectividad ha evolucionado de forma lenta pero constante.

¹ La locución latina “*pacta sunt servanda*” es atribuida al jurista Ulpiano en el Digesto y significa que “los acuerdos deben cumplirse”. Constituye un principio general del derecho, siendo comprendido en la mayoría de las normativas internas de los Estados contemporáneos y en un amplio número de normas internacionales tanto convencionales como consuetudinarias. La propia Carta de las Naciones Unidas, en su art.2.2 ordena “Los Miembros de la Organización...cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.” De igual modo la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, así como también el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

² Utilizamos el término “operativo” de forma indistinta que “efectivo” “eficaz” u “operacional”. Es decir, la situación en la cual las personas pueden ejercer y gozar sus derechos frente a las autoridades y otros particulares de forma concreta y rápida mediante un adecuado reconocimiento y reglamentación de los derechos humanos, oportuno acceso a la justicia y con resoluciones en tiempo razonable. No consideramos que resulte operativo *per se* un derecho por su inclusión en un tratado si la práctica interna o regulación local contradicen su eficacia.

Poco sentido tendría seguir abogando por el derecho internacional si los Estados solo utilizaran su participación en los convenios, acudiendo a la metáfora de Loewenstein (1979), para “disfrazar” la calidad normativa formal de sus constituciones políticas y disimular la efectiva vulneración de los derechos humanos.

Lo anteriormente expuesto indica la necesidad de contar con un conocimiento mayor sobre la problemática. En consecuencia, el propósito planteado en este artículo es estudiar los alcances de la obligación de los Estados parte de adecuar su normativa interna para garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), considerando las limitaciones del derecho internacional actual y teniendo por norte perfilar qué medidas se pueden adoptar para fortalecerlo.

Luego de estas palabras introductorias, en la segunda parte se aborda brevemente el contexto histórico del fortalecimiento de los tratados internacionales como fuente del derecho internacional y la extensión de la obligatoriedad de su cumplimiento regulada inicialmente en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados (1969 y 1986). En la tercera parte, se analiza la relevancia de la coactividad e institucionalización progresiva del derecho internacional público en el marco del sistema interamericano de derechos humanos partiendo de la creación de la Organización de Estados Americanos y estudiando las intervenciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para asegurar el respeto de los derechos (art.1, CADH). En la cuarta parte, se aborda el deber de adecuar el derecho interno (art.2, CADH) en cuanto a dos tipos de acciones: a) eliminación de regulaciones y prácticas contrarias a los derechos humanos y b) acciones positivas para asegurar su cumplimiento como expedir normas y desarrollar prácticas. En la quinta parte, se evalúa la denominada “cláusula federal” (art. 28, CADH) y el deber de garantizar el piso de derechos fundamentales reconocidos por la CADH en cada provincia o estado interno de un Estado Federal. Por último, en la sexta parte, se elaboran conclusiones en las cuales se exponen las limitaciones existentes en cuanto a la efectividad de los derechos humanos en la región por carencia instituciones adecuadas y se sugieren de *lege ferenda* recomendaciones para fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos.

I. La obligación de cumplimiento de los tratados internacionales.

1. La progresiva coactividad e institucionalización del derecho internacional en el sistema universal.

Los particulares crean derechos y obligaciones recíprocos mediante la celebración de contratos que los vinculan y son de cumplimiento obligatorio entre quienes suscriben. En este aspecto, es una regla general del derecho que los contratos poseen fuerza de ley para las partes.

Los mismos principios se han establecido como cimiento del derecho internacional público. Carecería de sentido celebrar convenios internacionales si los Estados no se vieran obligados a cumplirlos. Desatender los deberes asumidos debe motivar la existencia de consecuencias normativas manifestadas como una sanción o la posibilidad de ser forzado a cumplir por un órgano competente para administrar

medidas coactivas, lo que redundaba en un régimen de responsabilidad internacional efectivo.

Esta última cuestión no ha tenido una resolución sencilla pues hasta hace pocas décadas no existían órganos institucionalizados con facultades para resolver conflictos y llegar a sancionar a los Estados signatarios. El incumplimiento podía afectar las relaciones diplomáticas, comerciales o llevar incluso a represalias, pero se sostenía un concepto de soberanía casi absoluta que facilitaba a los Estados alegar sus normas internas o el federalismo para excusar su incumplimiento.

Estas características: a) la ausencia de coactividad regulada y b) la falta de institucionalización, fueron señalados por Nino (2014, pp.107-108) como características que impedían que el derecho internacional, pueda ser considerado de forma propia un “sistema jurídico” o incluso “Derecho”.

En efecto, la ausencia organismos internacionales con capacidad de volver dinámico el sistema normativo internacional y de órganos primarios encargados de aplicar las reglas y disponer de medidas de prevención o sanción de las violaciones, son características que aún no logran configurarse de forma consistente en el derecho internacional a diferencia de los órdenes jurídicos nacionales. Esto no debe distraer la observación empírica acerca del avance progresivo y constante en los niveles de acatamiento en el plano internacional.

2. Las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados (1969 y 1986).

La creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 comienza a consolidar un proceso de institucionalización paulatina de la comunidad internacional, en atención a las necesidades de brindar respuestas coordinadas frente amenazas, preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, así como también de fomentar la cooperación pacífica entre las naciones en base principios y objetivos compartidos.

Por este motivo, el 23 de mayo de 1969 tuvo lugar la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados” en cuya ocasión se formuló la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”.

La convención fue un hito que cambió visión del hasta entonces endeble derecho internacional. La mayoría de los Estados del mundo reconocieron que los convenios internacionales vigentes obligan a las partes como la ley misma (*pacta sunt servanda*) y deben ser cumplidos de buena fe (art. 26)³.

Además, el convenio prescribe que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un

³ “PARTE III Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. SECCION PRIMERA Observancia de los tratados. 26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe [...]”.

tratado (art.27)⁴, es decir, que al suscribir un tratado internacional el Estado debe adecuar las normas de su derecho interno para no obstaculizar o impedir de modo alguno el cumplimiento de las obligaciones asumidas bajo responsabilidad internacional.

En los fundamentos de este convenio se destacó que el fortalecimiento de las obligaciones emanadas de los tratados, contribuiría al respeto universal y efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.

Esta posición también se orientó en la política de las Naciones Unidas en fomento de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados como elemento indispensable para la consecución de los propósitos enunciados en la Carta de Naciones Unidas, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional.

Posteriormente, en 1986 se celebró la Convención de Viena sobre el “Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales” que buscó complementar el sistema de obligatoriedad de los tratados internacionales, llenando el vacío legal dejado por la convención predecesora en materia de acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales, o entre estas organizaciones entre sí. Sus artículos 26 y 27 reflejan el mismo contenido que su predecesor Convenio de 1969, pero dirigido a los convenios celebrados con organizaciones internacionales.

II. Evolución en el ámbito de panamericano. La formación de la Organización de Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como señala Ferreras, la rica tradición del panamericanismo, estuvo orientada a fomentar las relaciones de asociación y cooperación entre todos los Estados del continente americano en un aspecto diplomático, político, económico y social (2013).

En ese marco se convocó a la “IX Conferencia Internacional Americana” del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá, donde se firmó la Carta de conformación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Este organismo internacional se constituyó con los propósitos de afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa; organizar la acción solidaria de los Estados americanos en caso de agresión externa; promover el desarrollo económico, social y cultural y promover los derechos humanos.

⁴ “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Justamente con el objetivo de promover los derechos humanos, en noviembre de 1969 se suscribió en San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La ratificación de la misma por gran parte de los Estados de América posee una importancia sustancial, ya que establece un piso mínimo en materia de derechos humanos y libertades fundamentales obligatorios para todo el continente por encima de los derechos internos nacionales y la creación de un órgano internacional primario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH).

1. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus decisiones.

La CrIDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, de acuerdo al procedimiento que regula la Convención, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia (art. 62, CADH). Es la máxima autoridad en materia de interpretación de la Convención⁵.

Cuando la CrIDH establece la existencia de una violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH, puede disponer medidas para que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. De igual forma, posee facultades para ordenar que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (art. 63, CADH).

Los Estados parte de la Convención se comprometieron a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (art.68, inc.1, CADH). A partir estas facultades, este Tribunal se ha manifestado en decenas de ocasiones⁶ condenando a los Estados que incumplieron sus obligaciones e interpretando la extensión de los derechos y obligaciones reconocidos en el instrumento internacional.

2. Obligación de respetar los derechos

El art. 1.1 de la CADH se encarga de volver explícita la obligatoriedad para todos los Estados parte de respetar:

[...] los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

No es casual que el primer artículo de la CADH establezca este enunciado. Su propósito es sellar el compromiso de los signatarios con los derechos humanos.

⁵ Así lo ha afirmado la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina, en C.S.J.N, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe de sentencia dictada en el Caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", 14/02/2017. Véase voto de la mayoría, considerando 8°.

⁶ También mediante otro tipo pronunciamientos, que incluyen desde Opiniones consultivas, dictado de medidas provisionales y resoluciones en el marco de la supervisión de cumplimiento de sus fallos.

Indica que el tema es tomado en serio y lo distingue de una mera declaración o carta de intenciones. Para fomentar su efectividad se crea un organismo judicial internacional encargado de resolver conflictos, interpretar las reglas y con facultades para sancionar los incumplimientos bajo un régimen de responsabilidad internacional.

El objetivo es que existan estímulos en los Estados para el cumplimiento. Adoptando la terminología de Kelsen (2006) se puede señalar que el derecho internacional internaliza las técnicas de motivación indirecta en base a sanciones aplicables sobre los comportamientos no deseados⁷. En este camino la CrIDH en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1987), comenzó a definir el alcance de la obligación de respeto y regla de responsabilidad:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, *a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención*⁸. (cursiva añadida)

La CrIDH ha establecido que todos los órganos judiciales de los Estados parte deben procurar realizar un “control de convencionalidad” de las normas y prácticas estatales. Esto implica declarar la inconvencionalidad o inconstitucionalidad de las normas locales que resulten violatorias de los derechos humanos y abstenerse de aplicarlas, así como modificar las prácticas informales que de cualquier modo obstaculicen la efectividad de los derechos y garantías convencionales.

Si bien este deber es una consecuencia lógica evidente de la firma de un convenio internacional, se popularizó a razón de la resolución de la CrIDH en el Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006). Allí la Corte resolvió que

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁹.

Luego, la CrIDH se ha referido a este deber de una forma más amplia exigiendo que “[...] el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”¹⁰.

⁷ Hans Kelsen fue uno de los mayores precursores de concebir al derecho como un orden coactivo. Las normas jurídicas requieren necesariamente la existencia de una sanción para que surja una obligación jurídica. De conformidad con este autor, si el derecho se limitara a prescribir los comportamientos deseados sin establecer sanciones, nada lo diferenciaría de las normas de la moral positiva. Véase KELSEN, H. (2006). La teoría pura del derecho, (4ª ed., 6ª reimpression), Eudeba, Buenos Aires, pp.66-67.

⁸ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1, párr.164.

⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

¹⁰ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158,

III. La obligación de adecuar el derecho interno.

De lo anteriormente analizado surge que los derechos reconocidos por la CADH son obligatorios en todos los países signatarios, no siendo excusa válida la alegación de normas internas, ni el régimen federal o la autonomía provincial. El derecho interno (sin excepciones) debe modificarse si es necesario para que sea compatible con los derechos humanos reconocidos en la convención.

Así, la CADH ordena en su art. 2:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Sobre esta obligación, en el Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile (2015) la CrIDH dijo que "Un Estado que ha celebrado un tratado internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas."¹¹

En la misma línea, en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (1999) la CrIDH señaló que el deber general del artículo 2 de la CADH implica la adopción de comportamientos de dos tipos:

[...] Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculcados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención [...] Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó los artículos 1.1 y 2 de la Convención¹²

Se desarrolla a continuación el contenido de los dos tipos de medidas reseñados:

párr. 128, Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339, Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202, Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176, Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193, Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

¹¹ Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 124; Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 111, Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 409.

¹² Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No.52, párr.207 y 208.

1. Eliminar regulaciones y prácticas contrarias.

La ratificación de la CADH conlleva el deber de suprimir toda regla o práctica que involucre algún tipo de violación a las garantías previstas en la Convención, lo cual es criterio consolidado de la CrIDH en múltiples casos contenciosos por violaciones a los derechos humanos y opiniones consultivas.¹³ La jurisprudencia del tribunal interamericano progresivamente demarcó el alcance de la obligación que

¹³ Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137, Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178, Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 180, Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85, Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 136, Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 96, Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213, Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 61, Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 165, Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 143, Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 206, Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219, Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 170, Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 109, Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91, Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr.párr. 64 y 101, Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118, Corte IDH. Caso DaCosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 68, Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 122, Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 213, Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 243, Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 207, Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 113, Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 293, Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 164, Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 175, Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 127, Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 111, Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 254, Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 410.

se satisface con la reforma, derogación o la anulación de las normas o prácticas que desconozcan los derechos reconocidos u obstaculicen su ejercicio, según corresponda¹⁴.

Comenzando en su pronunciamiento en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (1997), la CrIDH mantiene la interpretación por la cual se considera que la existencia de una ley contraria a la CADH viola *per se* el art. 2 de la misma aun cuando la norma no haya sido aplicada pues implica que el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho¹⁵. Este tipo de incumplimiento a lo ordenado por el art.2 es calificado por Pizzaro Sotomayor & Mendez Powell como una “*violación en abstracto*” (2006, p.32) pues no es necesario que la norma haya resultado aplicada por una autoridad afectando los derechos concretos de una persona, su sola existencia configura la violación al tratado. Asimismo, cualquier tipo de norma interna de un Estado contrario a la CADH puede generar responsabilidad internacional, sin importar la jerarquía que posea en el ámbito interno, desde una ordenanza a la propia constitución política.

Así, en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile (2001), la CrIDH entendió que Chile había violado el art.2 de la CADH en tanto en el art. 19 número 12 de su Constitución Política mantenía la censura cinematográfica, pese a haber presentado un proyecto de reforma constitucional en este sentido el mismo no había sido aprobado por el Congreso Nacional, por lo que no había adecuado su derecho interno de acuerdo a la Convención¹⁶.

2. Acciones positivas para asegurar el cumplimiento. Expedir normas y desarrollar prácticas.

Involucra el deber activo del Estado de sancionar las normas y desarrollar prácticas públicas conducentes para que facilitar y volver efectivo el goce de los

¹⁴ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172, Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 57, Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 194, Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122, Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180, Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 107, Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 194, Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 85, Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 104, Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 131, Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 270.

¹⁵ Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

¹⁶ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No.73, párr. 88.

derechos y las garantías¹⁷. El Estado debe adoptar medidas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Para lograrlo debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias sin excusas¹⁸.

Es a través de estas medidas positivas que los Estados pueden dar a los derechos reconocidos en la CrIDH “efectividad en el ámbito interno”¹⁹. En el Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina (1998) el Tribunal explicó:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente [...] En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados²⁰.

En reiteradas ocasiones la CrIDH ha resuelto que constituye una violación art. 2 de la CADH la ausencia de regulación efectiva de un derecho o una garantía, y con más razón la existencia de normas locales violatorias de los derechos humanos. Se reafirmó que el gobierno de cada Estado debe efectuar un control de convencionalidad e impugnar de oficio las normas anti-convencionales sin necesidad de que lo soliciten las partes. No es excusa para obviar este deber la alegación del Estado en el sentido de que los tribunales normalmente reparen la cuestión mediante el ejercicio judicial del control de convencionalidad en los casos que llegan a su conocimiento. En el Caso Gorigoitia vs. Argentina (2019) la CrIDH sentenció:

[...] La Corte observa que el Estado no impugnó que el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza aplicado en la época de los hechos regula el recurso de casación en un sentido muy restringido y contrario a lo dispuesto por el artículo 8.2.h) de la Convención. Lo que alegó es que los tribunales deben aplicar la doctrina elaborada en el “fallo Casal” en materia de revisión de un fallo condenatorio, y que existieron actos estatales posteriores dirigidos a asegurar la revisión integral en materia de casación. Al respecto, sin dejar de reconocer la importancia del “fallo Casal”, la Corte concluye que el Estado incumplió con la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 8.2.h) del mismo instrumento.²¹

¹⁷ Cfr. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 26, párr. 293 y Corte IDH, Caso Gorigoitia vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr.50.

¹⁸ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párr.85. En idéntica orientación véase: Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122.

¹⁹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 85.

²⁰ Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones Y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr.68.

²¹ Corte IDH, Caso Gorigoitia vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr.56.

En efecto, en el fallo antes mencionado, puede observarse la existencia de un criterio judicial establecido en un precedente del máximo tribunal argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Casal, Matías Eugenio [...]"²² (2005) que realizó el control de convencionalidad sobre la materia del caso (art.8.2, CADH) constituyendo un precedente vinculante en el área, pero un marco donde no existe la obligación efectiva de seguir ese criterio por los tribunales inferiores. En consecuencia, esto no subsana de modo alguno la obligación positiva del Estado de legislar la materia de forma concordante a lo establecido en la CADH y derogar toda norma en contrario. La subsistencia de normas irregulares afecta los derechos humanos, obstaculizando su ejercicio efectivo y regular.

3. La prohibición de dictar disposiciones internas contrarias a la Convención.

Es una consecuencia lógica del deber de suprimir regulaciones contrarias a los derechos y garantías reconocidos en la CADH que también configure una violación a la Convención el dictado de normas que contradigan los derechos reconocidos en la misma.

En su *Opinión Consultiva N°13*, la CrIDH afirmó por primera vez que:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, [...] por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.²³

En el mismo sentido ha afirmado que "naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención"²⁴ La CrIDH afirmó en varios precedentes que los Estados parte en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en la misma "porque ello contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención"²⁵.

²² C.S.J.N. "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s./ robo simple en grado de tentativa Causa N° 1681C". Sentencia del 20 de septiembre de 2005. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-0ots-eupmocsollaf?>

²³ Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26.

²⁴ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 33.

²⁵ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 182.

IV. La cláusula federal. Inoponibilidad del régimen federal como excusa al incumplimiento.

El artículo 28 de la CAHD establece la denominada “cláusula federal” por medio de la cual se regula específicamente la situación de los Estados Federales que sean parte de la Convención. Actualmente los únicos que reúnen estas condiciones son Argentina, Brasil, México y Venezuela²⁶.

La norma establece lo siguiente:

- 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.*
- 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.*

Este artículo vuelve explícita una deducción lógica evidente que surge de la obligatoriedad de cumplimiento de la Convención, el deber de respetar y garantizar los derechos humanos (art.1.1, CADH), la obligación adoptar disposiciones de derecho interno y suprimir normas o prácticas contrarias (art.2, CADH)²⁷ y la prohibición de invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27, Convenciones de Viena). Los redactores de la CADH han buscado remarcar este deber para que no surjan dudas y afirmar que no se admitirá como excusa para el incumplimiento la alegación de la estructura federal de un Estado, cuya regulación configura parte de su derecho interno.

En efecto, las entidades federadas —denominadas “Provincias” en Argentina y “Estados” federados en Brasil, México y Venezuela— se encuentran también obligadas a cumplir los tratados internacionales y adecuar la normativa local en el ámbito de sus competencias por facultades no delegadas en el gobierno nacional. Desde el momento en que el representante plenipotenciario del Estado Federal, asume la representación en las relaciones exteriores de todas las entidades federadas, las obliga a todas, procedimiento que es reafirmado luego con la ratificación de los convenios internacionales por el Poder Legislativo de cada país.

²⁶ La República Bolivariana de Venezuela manifestó su decisión de denunciar la CADH el 10 de septiembre de 2012 (Texto de la comunicación: http://www.oas.org:8101/DIL/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF). Sin embargo, el 31 de julio de 2019, el Presidente Juan Gerardo Guaidó Márquez, realizó el depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la sede de la OEA, en Washington, D. C., Estados Unidos. La validez de ambos instrumentos (denuncia y nueva ratificación) es discutida. Véase: Carlos Ayala Corao, C. (2013). Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, 43-79.

²⁷ BILBAO, J. L. (2009). La organización federal Argentina y la cláusula del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. SAIJ. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/jorge-luis-bilbao-organizacion-federal-argentina-clausula-articulo-28-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-dacf110166-2009/123456789-0abc-defg6610-11fcanirtcod>

Cada Estado Federal debe instrumentar los medios oportunos para que los habitantes de todas y cada una de las provincias o estados gocen de los mismos derechos y garantías reconocidos en la CADH.

En este sentido, debe observarse que la CADH y por su intermedio las constituciones políticas de los Estados Federales deben ser considerados como un piso mínimo de reconocimiento de derechos y garantías tuitivos de la dignidad humana. Es decir, que no es necesario que la protección resulte idéntica en cada división política, pero cada una debe -al menos- con la base establecida por la CADH y la Constitución.

A pesar de lo anterior, las entidades federadas, en el marco de sus facultades privativas, pueden ampliar y mejorar el reconocimiento de derechos en favor de los habitantes de sus territorios por encima de la Convención. Esto también en virtud del principio de progresividad de los derechos humanos dispuesto en el artículo 26 de la CADH.

Cualquier regulación o práctica local que obstaculice o limite de modo alguno el ejercicio de los derechos humanos convencionales debe ser considerada anti-convencional y ser suprimida conforme el art. 2 de la CADH.

Finalmente, se establece que el gobierno nacional debe tomar “las medidas pertinentes” a efecto que entidades *componentes de la federación adapten su normativa interna para que* cumplan con la Convención. Esto implica que el Estado Federal debería establecer un sistema de control para garantizar el cumplimiento de esta adecuación de forma efectiva en todo el territorio siendo sometido a responsabilidad internacional en caso contrario.

Es posible observar que los Estados Federales parte de la CADH no han establecido mecanismos para garantizar efectivamente la reforma de prácticas y normas locales, relegando su ejercicio, al limitado control de convencionalidad que puedan ejercer los tribunales judiciales en los casos que lleguen a su conocimiento. Esto implica cierta contradicción en los propios ordenes internos, si por un lado se faculta al gobierno federal a suscribir convenios que obligan a las provincias o Estados, tales obligaciones deberían ser de cumplimiento inmediato para las entidades representadas.

En el ámbito interamericano, puede observarse en el Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina (1998), que el Estado expresó en tres oportunidades haber tenido “dificultades” para el cumplimiento de la CADH por su organización federal.

La Corte IDH lo reflejó de la siguiente manera:

[...] La Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención Americana) y del alcance de las obligaciones del Estado argentino en la etapa de reparaciones, en relación con dicha cláusula [...] La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996 [...] El Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza

y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia [...] Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado [...]”²⁸

A razón de esto señaló luego:

[...] dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*. En cuanto a las “dificultades” invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional²⁹

Configura una contradicción con los actos propios alegar la representación del Estado Federal al suscribirlo (firma del Convenio por el representante plenipotenciario y ratificación por el Congreso del Estado) y luego alegar que se carecía de potestad suficiente sobre las entidades federadas para cumplir las obligaciones asumidas. Evidentemente, este aspecto manifiesta una problemática sin resolver en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos —y en el derecho internacional público en general— demostrando que no existen mecanismos de control y sanción adecuados para que los Estados modifiquen su comportamiento.

Conclusiones

1. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el marco del sistema interamericano manifiesta un avance considerable en términos de efectividad con una paulatina adecuación de la normativa interna en la mayoría de sus Estados miembros. Sin embargo, a casi cinco décadas de la celebración del Convenio Americano la región se encuentra muy lejos de parámetros deseables en calidad de prácticas y normativa interna cuyas consecuencias afectan las bases de una vida digna para millones de latinoamericanos.
2. Los precedentes de la CrIDH estudiados en el presente trabajo demuestran un valioso esfuerzo realizado por el organismo jurisdiccional internacional para mejorar los estándares de goce efectivo de los derechos y la efectividad de la Convención. El organismo no ha cesado de pronunciarse recordando a los Estados que la Convención genera la obligación de adaptar el derecho interno involucra adoptar dos tipos de acciones: a) la eliminación de regulaciones y prácticas contrarias a los derechos humanos y b) acciones positivas para asegurar el cumplimiento que comienzan con expedir normas y desarrollar prácticas adecuadas para facilitar el ejercicio de los derechos, pero también controlar, investigar y sancionar las violaciones de derechos básicos.

²⁸ Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Sentencia del 27/08/1998, párr. 45.

²⁹ Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Sentencia del 27/08/1998, párr. 46.

3. El deber de garantizar el piso de derechos fundamentales reconocido por la CADH se aplica a cada provincia o estado interno de un Estado Federal. El gobierno nacional debe garantizar procedimientos para que esto ocurra. No obstante, las provincias o estados federados pueden mejorar y ampliar la extensión de los derechos y libertades de sus habitantes en virtud del principio de progresividad.
4. De *lege ferenda* resulta recomendable que los Estados parte dispongan de organismos garantes, con el apoyo del asesoramiento de los expertos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CrIDH a efectos de adecuar el derecho interno y sus prácticas de forma efectiva. Este desafío requiere mayor decisión y voluntad en el marco de los Estados Federales, donde se observa la necesidad de que los gobiernos nacionales dispongan medidas concretas a nivel interno para cumplir el piso de reconocimiento de derechos fundamentales que establece la CADH. Para este propósito es deseable que los Estados establezcan un plan con metas temporales concretas disponiendo sanciones - fiscales o medidas de intervención para asegurar la vigencia de la supremacía constitucional- a las entidades federadas que comprometan la responsabilidad estatal.
5. Sobre la segunda década del siglo XXI se renuevan los desafíos para consolidar el movimiento interamericano de los derechos humanos golpeado por la denuncia de la Convención Americana formulada por Venezuela en el año 2012 y un contexto de preocupación internacional por graves violaciones a los derechos fundamentales y al régimen democrático acontecidas en aquel país y en otros de la región. Los tiempos que corren exigen una revitalización de las voluntades civiles, académicas y políticas para impulsar y no retroceder en los logros alcanzados. La cultura de los derechos humanos necesita la acción de sus defensores.

“Este debe ser un mundo de democracia y respeto por los derechos humanos, un mundo liberado de los horrores de la pobreza, el hambre, las privaciones y la ignorancia, aliviado de la amenaza y el flagelo de las guerras civiles y la agresión externa y sin la carga de la gran tragedia de millones de personas forzadas a convertirse en refugiados.”

Nelson Mandela (1993). Discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz ³⁰

Referencias.

Ayala Corao, C. (2013). Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, pp. 43-79.

³⁰ Traducción del autor. Texto original en inglés *“This must be a world of democracy and respect for human rights, a world freed from the horrors of poverty, hunger, deprivation and ignorance, relieved of the threat and the scourge of civil wars and external aggression and unburdened of the great tragedy of millions forced to become refugees”*. Mandela, N., (1993). Recuperado de <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1993/mandela/26130-nelson-mandela-nobel-lecture-1993/>

- Becerra Ramírez, M. (2009). "Control de Cumplimiento de los Tratados en Materia de Derechos Humanos" en Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas, México, pp. 73-94.
- Bilbao, J. L. (2009). La organización federal Argentina y la cláusula del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. SAIJ. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/jorge-luis-bilbao-organizacion-federal-argentina-clausula-articulo-28-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-dacf110166-2009/123456789-0abc-defg6610-11fcanirtcod>
- Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No.73, párr. 88.
- Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones Y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr.68.
- Corte IDH, Caso Gorigoitia vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr.56.
- Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 165.
- Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 206.
- Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118 y 124.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 180 y 182.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 85.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 107.
- Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 143.
- Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.
- Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 61.
- Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No.52, párr.207 y 208.

- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 194.
- Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 254.
- Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 213.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 64 y 101.
- Corte IDH. Caso DaCosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 68.
- Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 109.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 136.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 122.
- Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 270.
- Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 85.
- Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 131.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193.
- Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176.
- Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91.
- Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 243.

- Corte IDH. Caso Gorigoitia vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr.50.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.
- Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 127.
- Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213.
- Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.
- Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 164.
- Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172.
- Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219.
- Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 111.
- Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 124.
- Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221 y 293.
- Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 113.
- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 207.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 175.
- Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 104.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

- Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.
- Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 409 y 410.
- Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 96.
- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1, párr.164.
- Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 194.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 170.
- Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 57.
- Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26.
- Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 33.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe de sentencia dictada en el Caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”,14/02/2017.
- Ferreras, N. O. (2013). El Panamericanismo y otras formas de relaciones internacionales en las Américas en las primeras décadas del Siglo XX. *Revista Eletrônica da ANPHLAC*, n.15, pp. 155-174. Recuperado en <http://revista.anphlac.org.br/>
- Kelsen, H. (2006). *La teoría pura del derecho*, (4ª ed., 6ª reimpresión), Eudeba, Buenos Aires, pp.66-67.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel (Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, 2ed., 1976 (2da. reimpresión), pp. 212-217.

- Mandela, N., (1993). Discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz. Recuperado de <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1993/mandela/26130-nelson-mandela-nobel-lecture-1993/>
- Nino, C. S. (2014). *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea (2ª ed., 17ª reimpresión), Buenos Aires, pp.107-108.
- Pizarro Sotomayor, A. y Mendez Powell, F. (2006). *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos sustantivos*. Universal Books, Panamá, 1era ed., p.32.
- Venezuela, Documento de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la República Bolivariana de Venezuela, 10 de septiembre de 2012. Recuperado de http://www.oas.org:8101/DIL/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, (Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora), (2da ed. en español de la 4ª ed. en alemán, 2da. Reimpresión).

Protección a los derechos humanos en la Universidad: caso Querétaro (*)

Protection of human rights in the University: Queretaro case

Pedro Morales Zavala(**)

Sumario: Introducción, I. El respeto a los derechos humanos en la educación. II. Respeto y protección de los derechos humanos en el sistema educativo de Querétaro. III. El Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Querétaro. IV. Algunas experiencias para la protección a los derechos humanos en comunidades universitarias. – Conclusiones. – Referencias.

Resumen: La reforma del 10 de junio de 2011 consistente en el reconocimiento constitucional a los derechos humanos y a la obligación de las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos, establece las condiciones para que las universidades públicas en su calidad de órganos pertenecientes al Estado, establezcan mecanismos de garantía para su protección y defensa, en este sentido el Programa Universitario de Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Querétaro se constituye como un órgano que está cumpliendo dicha exigencia constitucional, aunque dicho programa aún representa todo un proyecto en cuya prospectiva asume muchos retos, mismos que son visualizados a partir de las condiciones jurídicas de la propia entidad queretana y en el comparativo con dos experiencias de la normativa universitaria, la de la Universidad Autónoma de Guerrero y la de la Universidad Autónoma de Coahuila, las cuales se asumen como líderes en la defensa de la dignidad y calidad humana de los universitarios en la convivencia cotidiana de la comunidad universitaria.

Palabras clave: Derechos humanos, defensa, programa universitario.

(*) Recibido: 16/08/2020 | Aceptado: 03/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

(**) Doctor en Derecho, estudios de doctorado en bioética, con Maestría en Filosofía Contemporánea Aplicada y Maestría en Derecho, actualmente Docente de Tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.
pedro.morales@uaq.mx

Abstract: The reform of June 10th, 2011 consisting in the constitutional recognition of human rights and the responsibility of the authorities of promoting, respecting, protecting and granting human rights, establishes the conditions for public universities as bodies belonging to the State to establish guarantee mechanisms for their protection and defense. In this sense, the University Program for the Defense of Human Rights of the Autonomous University of Querétaro is constituted as a body that is complying with this constitutional requirement, Although this program still represents a whole project in whose perspective it assumes many challenges, which are visualized from the legal conditions of the Queretaro entity itself and in the comparison with two experiences of the university regulations: the Autonomous University of Guerrero and the Autonomous University of Coahuila, which are assumed as leaders in the defense of the dignity and human quality of the university students in the daily coexistence of the university community.

Keywords: Rights, human, defense, program, university.

Introducción

El día 10 de junio de 2011 nuestra Constitución es impactada por una reforma que se antoja revolucionaria para el sistema jurídico mexicano al dar cabida a un discurso que tradicionalmente le era ajeno, a pesar de que de manera formal el Estado mexicano había firmado una gran cantidad de tratados internacionales no favorables a tal reforma. Pero ¿por qué habría de considerarse revolucionaria esta reforma?, la respuesta es simple, en antaño antes de dicha reforma, el eje no sólo de interpretación del fenómeno jurídico, sino de estructuración del sistema de derecho en México se centraba única y exclusivamente en la ley, pues así lo disponían los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al imponer que las autoridades del Estado Mexicano sólo podían hacer lo que única y exclusivamente la ley disponía,¹ por el contrario, es a partir de la referida reforma constitucional que los tratados internacionales ocuparon un lugar prioritario e incluso cúspide en el régimen jurídico del Estado Mexicano al considerarse parte de su constitucionalidad, situación que incluso tuvo repercusiones hermenéuticas, pues generó que la ley se haya visto desplazada del lugar central que ocupaba en la interpretación jurídica tradicional, al grado de que hoy los efectos legales pueden ser objeto de anulación, sobre todo en aquellos casos en que la disposición legal es omisa, pero sobre todo en aquellos en que haya afectación a derechos humanos derivada de su contravención.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de los derechos humanos de los que deben gozar todas las personas que se encuentren en el territorio del Estado Mexicano y de los que debe haber plena garantía, el artículo 1º de la Carta Magna dice que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En

consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley²

De este párrafo se destacan dos cosas: por un lado, la obligación que tiene el Estado para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos y por el otro la obligación que cualquier autoridad mexicana tiene para la promoción, el respeto, la protección y la garantía de estos derechos. Al respecto y para definir el significado jurídico de estas obligaciones, quiero referirme a lo que dicen diversos autores y diccionarios, al respecto dice Ovalle Favela (2016) que, la promoción de los derechos humanos tiene relación, por un lado, con la difusión pero también con la educación para fomentar una cultura de respeto de los derechos humanos; por lo que ve a la protección es un término que necesariamente se vincula a las palabras de respeto y garantía de los derechos humanos, ya que sin éstos no sería posible, además dicha palabra etimológicamente se le asocia con la palabra latina *patrocinium* y ambas tienen sinonimia con la de tutela (Pimentel, 2009) en el mismo sentido, el diccionario Porrúa (2009) define esta palabra como defensa, amparo, apoyo, fuerza combatiente para la defensa, razón por la cual, hago énfasis en que es importante definir lo que significa respeto y garantía, pues es a través de éstas que es posible hablar de protección. En cuanto a respetar, significa no hacer, o sea, que el Estado para cumplir esta obligación debe partir de los límites que tiene para evitar los abusos que esta pueda cometer contra los derechos humanos. (CIDH, 2019). Por lo que ve a la palabra garantizar, dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva, que: “garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce.” (CIDH, 1990, parr 34). Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice que el objetivo de la garantía, es la realización de un derecho fundamental, por lo que para ello es inexorable se eliminen la restricciones que pueden impedir el ejercicio de sus derechos fundamentales, aunque también implica el establecimiento de recursos y la facilitación de actividades que igualmente permitan un ejercicio pleno de estos derechos. (SCJN, 2015). O sea que para proteger derechos humanos el Estado Mexicano tiene que cumplir con la obligación de no hacer, para permitir el goce pleno y directo de los derechos humanos, pero también la protección implica el hacer, en ese caso para colocar todas las condiciones necesarias para que el gobernado pueda gozar de los derechos humanos, a la par de que el Estado también está obligado a quitar todos los obstáculos que pueden impedir ese goce. Esto quiere decir que se constituye como una violación directa por parte del Estado, la falta de respeto a estos derechos y que una violación indirecta se presenta cuando dicho Estado no provee de los mecanismos y condiciones materiales necesarios, para que los gobernados ejerzan libremente y con dignidad dichos derechos.

Ante esta revolución constitucional cabe hacer las siguientes preguntas: ¿de qué manera impacta esta exigencia constitucional en las instituciones de educación superior y de manera más específica, en las universidades públicas?, ¿de qué facultades gozan las universidades dotadas de autonomía para dar cumplimiento a su obligación de respetar y de garantizar derechos humanos?, por ello es de interés

² La constitución revisada es la vigente a partir de 2011.

en este trabajo en aras de ir fortaleciendo la disposición constitucional, hacer una reflexión en torno a la situación en la que se encuentra la Universidad Autónoma de Querétaro respecto al cumplimiento de esta exigencia constitucional de respetar y garantizar los derechos humanos al interior de la comunidad universitaria, tomando en consideración los fundamentos constitucionales y legales que tiene para actuar en consecuencia.

I. El respeto a los derechos humanos en la educación

Hablar de la universidad exhorta ineludiblemente a hablar de educación, pues aun cuando no es su única función, la tarea educativa es parte elemental de su estructura y de los fines para los cuales fue creada esta institución, por esta razón es imprescindible aludir a los efectos que la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 tuvo en el ámbito educativo. Al respecto se debe señalar que el artículo 3º constitucional también tuvo reformas en este momento, pues la intención del constituyente fue poner en sintonía la educación en México con los derechos humanos, así es que en el cuerpo de este artículo se consignó originalmente lo siguiente: “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y la justicia” (Carbonell, 2016, 91) Sin embargo, se aprobó una nueva reforma a dicho artículo el día 15 de mayo de 2019, de tal forma que quedó consignada la siguiente redacción:

La educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje (2019).

De esta redacción es posible apreciar que la intención constitucional es la de formar en el educando de cualquier etapa educativa, su plena disposición al respeto de la dignidad a través del respeto mismo a los derechos humanos, sin embargo esta obligación no se cumple simplemente con un afianzamiento en el aprendizaje nemotécnico de éstos, sino que más bien ésta se cumple en la medida que la entidad estatal instrumente todos los mecanismos necesarios para que el educando en su formación adquiera un aprendizaje actitudinal de ellos, esto significaría la formación de un *ethos* y con ello dicha entidad le estaría otorgando las condiciones de posibilidad para que en su presente y futuro sea capaz de exigir su respeto, por eso es que se puede afirmar, que es a través de la institución educativa que se hace posible el aseguramiento de un comportamiento de respeto a los derechos humanos en cada sujeto educado. Este objetivo conductual en los educandos mexicanos se puede lograr, en la medida que este sea acogido en los programas de estudio de cada nivel y de cada carrera en el caso de la educación superior, y ello en cierta forma contribuye a promover los derechos humanos, sin embargo hay que tomar en cuenta que también la entidad estatal tendría que establecer mecanismos que garanticen el respeto de los derechos humanos en los espacios educativos, lo cual indiscutiblemente también habrá de contribuir a la formación de los educandos,

desde luego que esta afirmación hermenéutica parte de la afirmación que hace la Suprema Corte, sustentada tanto en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como la Constitución mexicana, toda vez que dice en una tesis aislada que: “La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos” (2015) y la constitución por su parte señala como obligación de todas las autoridades el respetar y garantizar dichos derechos, razón por la cual se hace inexorable que en las instituciones académicas de cualquier nivel se establezcan los instrumentos, órganos y procedimientos que se dediquen a esta encomienda.

Resulta fundamental la pormenorización de la ley reglamentaria por eso es que echando un vistazo a la Ley General de Educación en su artículo 15, se puede apreciar que determina que la educación que imparta el Estado tendrá como fin, el promover el respeto irrestricto de la dignidad humana como valor fundamental e inalterable de la persona en sociedad además que será una educación que se enfoque a inculcar los derechos humanos. Sin embargo para que se hagan efectiva estos objetivos legales y constitucionales, es necesario que los planes y programas de estudios de cualquier nivel educativo, incorporen el objetivo de conocer cuáles son los derechos humanos, aunque esto no es suficiente, ya que el mismo artículo para ser cumplido requiere que desde la práctica educativa se garantice el respeto de los referidos derechos, por lo tanto, también a nivel legal se insta a que las instituciones educativas públicas en cualquiera de sus niveles deben de facto respetarlos y hacerlos respetar, lo que implica por un lado el que las autoridades educativas no deben violar estos derechos, pero también implica que la institución educativa establezca mecanismos de protección de derechos humanos para prevenir violaciones y en su caso ante cualquier violación, la autoridad pueda ser sancionada.

II. Respeto y protección de los derechos humanos en el sistema educativo de Querétaro

El artículo 1º de la Carta Magna mexicana dispone que son todas las autoridades del Estado, las que en el ámbito de sus facultades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en este sentido destaco a las autoridades que se dedican a la labor legislativa, pues son quienes en realidad pueden materializar mediante la creación de leyes las garantías para el respeto de dichos derechos, independientemente de las acciones que para tal propósito pueda tener cualquier otra autoridad en el ejercicio de sus funciones, sin embargo es el legislador local o federal, el que debe emprender la armonización legislativa para así cumplir con la exigencia constitucional. Dice Ángeles Corte que:

Si las obligaciones jurídicas internacionales consagradas en un tratado no se trasladan al nivel nacional, el tratado se convierte en letra muerta. Los parlamentos y los parlamentarios tienen un papel fundamental cuando se trata de adoptar las normas de aplicación necesarias (legislación penal, civil o administrativa) en cualquier esfera, incluyendo la salud, la seguridad social y la educación... (2019)

De esta transcripción se puede dilucidar que el legislador y cualquier órgano hacedor de normas debe considerar los derechos humanos para poner sus productos normativos en sintonía, para así lo exigido en el artículo 1º de la Carta

Magna, en este orden de ideas, dicha conciencia debería también impregnarse en todas las legislaturas locales del país, pues a final de cuentas éstas tarde o temprano deben materializar acciones que concreten dicha exigencia y así armonizar su orden legal al de los derechos humanos. Al respecto cabe decir que el legislador de Querétaro si ha sido consciente de esta exigencia constitucional, lo cual se hace evidente en la medida que ha plasmado en el artículo 2º del orden constitucional de la entidad queretana, el pleno reconocimiento de los derechos humanos que constan en los tratados internacionales, al decir lo siguiente:

En el Estado de Querétaro, toda persona gozará de los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, las leyes federales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen, así como de las garantías para su protección. Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con los ordenamientos antes citados, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Ley que reforma y adiciona, 2018).

Además esta constitución local, refrenda el principio *pro personae*, tal y como lo hace la Carta Magna al decir en el mismo artículo en el párrafo tercero lo siguiente:

El Estado garantizará el respeto y protección a la persona y a los derechos humanos, promoverá su defensa y proveerá las condiciones necesarias para su ejercicio de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos y generar acciones afirmativas a favor de las personas en situación de vulnerabilidad, en los términos que establezca la ley. (CPEUM, 2011).

Esto significa que la entidad queretana como persona moral de Derecho Público dotada de fuerza coactiva, tiene la obligación de garantizar el respeto y protección de los derechos humanos a partir del establecimiento de las condiciones que se requieran para el logro de este objetivo. Al respecto y en aras de materializar una convivencia sustentada en el respeto de los derechos humanos, la misma constitución reconoce a la educación como un factor para lograrlo y en ese sentido es que ordena en su artículo 4º, el que la educación impartida por el Estado de Querétaro deberá promover el conocimiento de los derechos humanos, de tal manera que ordena que el Sistema Educativo Estatal propicie el conocimiento, la defensa y respeto de dichos derechos. Es por eso que las instituciones educativas radicadas en la entidad federativa queretana están obligadas a formar educandos en el respeto de los citados derechos, lo cual se hace posible en la medida que utilicen los instrumentos con los que cuenta para hacerlo, tales como el currículum y los programas de estudio, sin embargo dicha formación se vería fortalecida, si además éstas instituciones llegaren establecer un procedimiento y un órgano facultado que garantice la defensa de los derechos humanos en la convivencia cotidiana misma de todos aquellos actores que intervienen en el proceso educativo formal.

III. El programa universitario de derechos humanos de la Universidad Autónoma de Querétaro

Las universidades públicas en el país se crean jurídicamente bajo dos modalidades: ya sea como organismos dotados de autonomía constitucional o como entidades descentralizadas del Estado. En el primer caso, la autonomía es dada por

la constitución y esto les permite a dichas instituciones gozar de gran independencia respecto de los otros poderes, lo que se traduce en autonomía orgánica, funcional y técnica, de tal manera que éstas son autosuficientes para gobernarse, para darse un orden jurídico, para determinar su propio presupuesto y ejercer su propia administración, aunque cuentan con algunos controles que derivan de la relación que tiene con otros órganos (Ruíz, 2017). Por otro lado, para el caso de las universidades descentralizadas, es la ley secundaria la que les otorga existencia jurídica con un patrimonio y personalidad jurídica propios, aunque si son consideradas como parte de la administración pública tal y como lo dice la siguiente jurisprudencia:

Los organismos descentralizados, conocidos también en la doctrina como establecimientos públicos y cuerpos de administración autónomos, son en estricto derecho órganos distintos del Estado, vinculados a él por la autarquía. Su creación obedece a una ley que les confía la gestión de un determinado servicio público o de un conjunto de servicios públicos, dotándolos de personalidad jurídica, afectándoles un patrimonio y proveyéndoles de una estructura orgánica administrativa. (1963)

Hay que resaltar que en México a este tipo de universidades, no obstante a que no son organismos autónomos constitucionales, generalmente gozan de autonomía universitaria, fenómeno que incluso está reconocido por la propia Carta Magna en el artículo 3, al facultarles para: a) gobernarse a sí mismas; b) realizar los fines de educar, investigar y difundir la cultura bajo los principios de libertad de examen y de discusión de las ideas, así como los de libertad de cátedra e investigación, aunque sin desconocer los principios constitucionales sobre los cuales ha de llevarse a cabo la educación en general; y c) la capacidad para determinar sus propios planes y programas de estudio.

Las universidades públicas al ser parte del Estado cumplen funciones de autoridad, por lo tanto están obligadas como cualquier otra a promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos, aunado a ello y derivado de que son instituciones educativas, tienen también la obligación de sustentar la educación que imparten en el respeto a la dignidad de las personas a través del cumplimiento de todos los derechos incluyendo desde luego los que protegen la calidad humana, por tal motivo, éstas cumplirían parte de esta obligación al incorporar el conocimiento de estos derechos en sus planes y programas de estudio de cada una de las profesiones que éstas ofertan, aunque para que sea integral la formación de los futuros profesionistas y se cumpla dicho fin educativo, se debe garantizar la convivencia de las comunidades universitarias sustentada en dichos principios, pero para que estos sea posible, es necesario que estas instituciones establezcan órganos dedicados a promover, investigar, sancionar y ordenar la reparación de las violaciones a los referidos derechos, lo cual sin duda completaría la formación de los educandos del nivel superior desde una convivencia universitaria que se basa en el respeto humano.

Ahora bien, es necesario aterrizar estos argumentos en lo que por ahora ocupa el interés de este trabajo y así saber cuáles son las condiciones en las que se encuentra la Universidad Autónoma de Querétaro para garantizar el respeto y protección de los derechos humanos, a través de la identificación de las acciones que ésta ha emprendido para generar una convivencia universitaria sustentada en el respeto a la calidad humana, al gozar de los fundamentos del constitucionalismo

general y local. En este sentido, hay que referir que actualmente en dicha institución universitaria se lleva a cabo un Programa Universitario de Derechos Humanos, mismo que existe a partir de una decisión administrativa de la Rectoría, lo cual a pesar de ser un gran avance, lo cierto es que por ahora no tendría una independencia total respecto a la autoridad que lo creó, no obstante éste programa ha mostrado una amplia disposición para ajustar su comportamiento a los derechos humanos con el hecho mismo de su creación. El proyecto fue presentado en sesión ordinaria del Consejo Universitario de esta máxima casa de estudios en fecha 26 de febrero de 2015 por el Dr. Bernardo Romero Vázquez en su calidad de director designado por el Rector Gilberto Herrera Ruiz, quien en dicha sesión dijo lo siguiente:

En primer lugar es una iniciativa que presenta la rectoría, que apoya a la rectoría... Los objetivos que nos planteamos para este programa es apoyar las labores sustantivas de la Universidad, promover la certeza jurídica y fomentar la convivencia armónica dentro de nuestra Universidad, mediante la realización de actividades académicas y de investigación interdisciplinaria en materia jurídica y de derechos humanos, también con la propuesta de reformas a nuestro marco normativo y la prestación de servicios de atención y consultoría en materia de derechos humanos y asuntos jurídicos... Y finalmente por supuesto un tema central es la atención a quejas de estudiantes, estamos ya atendiendo quejas que han presentado estudiantes por ejemplo a rectoría o a la oficina del Abogado General. (UAQ, 2015)

De lo dicho en esta sesión ante el máximo órgano de gobierno de la universidad, se desprende que los fines que se propuso este programa fueron las siguientes: a) la promoción de los Derechos Humanos a efecto de generar al interior de la comunidad universitaria una forma de convivencia de acuerdo a los cánones de respeto a estos derechos a través del apoyo a la universidad; b) la investigación y la realización de actividades académicas; c) promover reformas en esta materia; d) prestar asesoría interna y externa en relación a la violación a estos derechos; y e) atención y seguimiento a quejas de violación a derechos humanos. Desde luego este programa ha ido evolucionando rápidamente desde su creación, hoy ya cuenta con una adscripción a la Oficina del Abogado General y a la Secretaría de Atención a la Comunidad, lo cual ha generado que dicho programa se presente ante la comunidad universitaria como un órgano de difusión y en general de promoción, pero más importante aún, es que se ha asumido como un órgano de protección de los derechos humanos de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad universitaria. Este órgano aun cuando no tiene una regulación especial, por ejemplo un reglamento o una mención regulatoria en el estatuto orgánico universitario, si cuenta con un sustento jurídico que lo respalda en cuanto a su creación y operatividad, y es que el solo hecho de haber nombrado al titular del mencionado programa está sustentado en lo establecido por el artículo 18º de la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Querétaro que faculta al Rector para nombrar funcionarios universitarios como Directores (1985), lo cual a su vez se refrenda por lo establecido en el Estatuto Orgánico de la Universidad Autónoma de Querétaro en el artículo 90 fracción XII (2007), además de que el Rector en su calidad de autoridad, está dando cumplimiento a la exigencia constitucional, pues contribuye en la garantía de respeto y protección de los derechos humanos, a pesar de que la ley orgánica de esta institución es omisa al respecto, pues su redacción ha quedado intacta desde su entrada en vigor el día 03 de enero de 1986 y a pesar también de que el Consejo Universitario en su calidad de órgano legislativo universitario, aún no haya puesto en vigencia normas universitarias que cumplan dicha exigencia constitucional.

Ahora bien, dicho Programa Universitario actualmente se ve complementado con la acción emprendida denominada: Protocolo de Actuación e Intervención en Materia de Violencia de Género, acción igualmente proveniente del ejercicio de la administración pública universitaria llevada a cabo por la Rectoría, en este caso, encabezada por la Dra. Margarita Teresa de Jesús García Gasca, el cual desde luego se basa en estos derechos humanos para actuar institucionalmente en favor de quienes sean víctimas de la violencia de género. Estas acciones dejan clara la intención de la autoridad rectoral de la universidad queretana para acatar desde su trinchera la exigencia constitucional quien aspira a que éstos sean instrumentos eficaces para la promoción, pero sobre todo para garantizar el respeto y protección de los derechos humanos al interior de la comunidad universitaria.

Dice la Suprema Corte en una tesis aislada que:

El deber de respeto presupone obligaciones negativas, es decir, que las autoridades no perpetren violaciones de derechos humanos; por su parte, el deber de garantía presupone obligaciones positivas, que implica que las autoridades tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos reconocidos a través de ese precepto constitucional. Dentro del deber de garantía se encuentran los aspectos de prevención, protección, investigación, y reparación. (2015)

De la mencionada tesis se desprende que el actuar de la autoridad debe evitar la vulneración de los derechos humanos, o sea que como obligación negativa no los debe violentar, es un no hacer, pero también, representa una obligación positiva consistente en garantizar mediante acciones concretas la posibilidad de que no sean violados los derechos humanos por nadie, por lo tanto el Programa Universitario de Derechos Humanos y el Protocolo de Actuación en Materia de Violencia de Género son claramente acciones positivas que tienden a prevenir violaciones al respeto humano dentro de la comunidad universitaria, aunque es claro que el Consejo Universitario de esta casa de estudios, tiene como reto normar a la perfección las garantías de respeto y protección derivado responsabilidad social y jurídica.

IV. Algunas experiencias para la protección a los derechos humanos en comunidades universitarias

Dos experiencias vienen a fortalecer la idea de que la universidad es un espacio propicio para cumplir las exigencias constitucionales consistentes en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos: la de la Universidad Autónoma de Guerrero y la de la Universidad Autónoma de Coahuila. Aclaro que llaman la atención estas dos universidades en virtud de que éstas regulan de manera especializada dichas exigencias en el contexto universitario, a diferencia de otras universidades que han creado órganos que más bien dedican su trabajo a garantizar el cumplimiento de su legislación universitaria y no a la defensa de los derechos humanos.

En la institución universitaria de Guerrero hay un ordenamiento universitario denominado Reglamento de la Defensoría de los Derechos Humanos y Universitarios de la Universidad Autónoma de Guerrero, el cual se dedica a regular la integración, organización y funcionamiento de un órgano que en primera instancia es defensor de derechos humanos, el cual se define por dicho reglamento

como independiente y responsable de la promoción y defensa de los derechos humanos y como tal no recibe indicaciones de ninguna autoridad universitaria. Cuando la naturaleza del caso lo permita, esta defensoría tiene la facultad para mediar en este tipo de controversias, pero más importante es que también puede emitir medidas precautorias para cesar violaciones; atender a víctimas de violencia de género así como la identificación de vías idóneas para la prevención, atención, sanción y erradicación de las quejas de este tipo de violencia. Dicho cuerpo está integrado por un Defensor que es electo por el H. Consejo Universitario y con una duración de 4 años, un Secretario Técnico, un Visitador General, un Proyectista, y Coordinadores regionales además de que cuenta con personal profesionalizado. Dicho reglamento enumera de manera enunciativa y no limitativa algunos derechos humanos, así pues es que en el artículo 19 se especifican derechos para los estudiantes, para el personal académico y para los que llama trabajadores administrativos y de intendencia. El procedimiento de queja está desarrollado en el título quinto, y procede contra hechos violatorios de los derechos humanos, reclamación que prescribe en un año, y consiste en los siguientes pasos:

- a) Presentación de la queja que puede ser bajo cualquier modalidad (por escrito, por comparecencia, etc;
- b) Investigación de los hechos;
- c) Recepción y desahogo de pruebas;
- d) Resolución, la cual puede ordenar una recomendación cuando haya quedado acreditada la violación a derechos humanos;
- e) Notificación de la resolución;
- f) Si hay recomendación se le debe dar seguimiento a efecto de que se cumpla.

Si bien este órgano está facultado para únicamente emitir recomendaciones, ello no obsta para que los órganos universitarios competentes emitan sanciones para aquellas autoridades violadoras y que en el procedimiento de queja haya quedado plenamente acreditada la violación.

En el caso de la Universidad Autónoma de Coahuila son varios documentos los que resultan relevantes no sólo para la regulación jurídica del respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos dentro de la comunidad universitaria de esta institución, sino también para su operatividad: a) el Manual de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila; b) el Reglamento que crea la defensoría de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila; y c) Lineamientos Generales para el Funcionamiento de la Defensoría de los Derechos Humanos Universitarios. En estos documentos es que se regula la estructura de la llamada Defensoría de los Derechos Humanos Universitarios al cual le facultan ser un órgano independiente y libre para difundir y vigilar el cumplimiento de los derechos humanos, por lo que no está sujeta a limitaciones, ni a instrucciones de otros órganos para emitir resoluciones, acuerdos y recomendaciones, en este sentido, es que tiene facultades para conciliar, orientar, apoyar e incluso representar a integrantes de la comunidad universitaria en conflictos derivados de la contravención a la legislación universitaria que se conciba, viola derechos humanos. La integración de este órgano compuesto por un Defensor

titular, el cual al ser designado por el Rector tendrá la categoría de funcionario, este durará en su encargo 5 años y no tendrá la posibilidad de reelegirse. De igual forma este órgano también se integra por un Defensor adjunto el cual tendrá la función de suplir al titular en sus ausencias. El procedimiento que se lleva ante este órgano consiste en las siguientes etapas:

- a) Interposición de la Queja por parte de algún integrante de la comunidad universitaria a través de cualquier medio;
- b) Se realizará un estudio del caso;
- c) Se previene por si falta algún elemento para aceptar la queja;
- d) Se resuelve sobre la procedencia o improcedencia;
- e) Suspende el acto reclamado y si es necesario dicta medidas cautelares;
- f) Corre traslado a la autoridad y se le dan 5 días para que conteste, el cual si no lo hace se considera ciertos los hechos y allegue documentación;
- g) Puede convocar a una audiencia conciliatoria proponiendo alternativas de solución y reparación del daño excepto en los casos de discriminación sexual o violencia;
- h) Se admiten pruebas;
- i) Emite resolución consistente en un acuerdo de no responsabilidad o en una recomendación cuando se acredite la violación a Derechos Humanos;
- j) Para el caso de que la resolución tenga puntos oscuros o que generen duda, si incurrió en omisiones, o si contiene errores puede presentarse el recuso de rectificación ante lo cual la defensoría puede rectificar o ratificar, caso este último que se considera inapelable.

Si bien este órgano no tiene facultades sancionadoras, lo cierto es que la fuerza de la recomendación puede provocar no sólo un desprestigio por el incumplimiento a la legislación universitaria y la violación a los derechos humanos, sino que también puede dar lugar que su omisión o gravedad del caso genere una denuncia ante el Rector o ante el Consejo Universitario, caso en el cual dichos órganos tienen facultades sancionadoras tales como la amonestación, la suspensión, o incluso la separación definitiva del cargo e incluso de la comunidad universitaria.

Conclusiones

Es un hecho que derivado de la reforma constitucional de 2011, todas las autoridades del Estado Mexicano, tengan la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos, en este sentido es que las universidades públicas dotadas de autonomía tienen esa obligación, ya que su naturaleza jurídica es la de un órgano del Estado. El cumplimiento de esta obligación bien se puede llevar a cabo mediante la creación de organismos especializados que se dediquen a ello, tal y como lo hacen las universidades públicas de Coahuila y Guerrero a través de la figura denominada Defensoría de los Derechos Humanos, o como el caso de Querétaro a través de un programa dependiente de órganos adscritos y derivados

de la administración rectoral. No obstante pocas son las universidades que han asumido el cumplimiento a esta exigencia constitucional, ya sea porque han creado organismos que aunque tienen el objetivo de defender los derechos que emanan de la respectiva legislación universitaria, lo cierto es que su propósito y facultades de éstos no están necesariamente enfocados a la protección de los derechos humanos, sino simplemente a cumplir la normatividad universitaria, lo cual no es lo mismo, pues los derechos humanos van más allá de los derechos positivados en la legislación universitaria, al estar más bien reconocidos por el llamado bloque de constitucionalidad en el cual están contenidos los tratados internacionales y normas del orden constitucional. Al respecto queda claro que esta obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos al interior de las instituciones universitarias se fortalece con el artículo 3º constitucional, pues éstas al tener la facultad de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo a los principios constitucionales de entre los cuales se encuentra el respeto a la dignidad a partir de los derechos humanos, es que se hace más enfática la necesidad de que dichas instituciones tengan mecanismos efectivos que cumplan estos propósitos, lo cual se hace posible y exigible hoy en día para éstas, toda vez que no tienen pretextos normativos para hacerlo, pues la facultad que les otorga la Carta Magna a las universidades autónomas para gobernarse a sí mismas, les da la posibilidad de que a pesar de que sus respectivas leyes orgánicas aún no se hayan adecuado a esta exigencia constitucional, lo cual les permite ir más allá de lo que su propia estructura legal les impone, es decir, tienen todas las facultades para establecer dentro de su estructura a los órganos que habrán de dedicarse a vigilar el cumplimiento de los derechos humanos por parte de sus autoridades universitarias.

En este sentido, lo apreciado como destacable en estas dos experiencias es que existen ordenamientos especializados en materia de la defensa, protección, respeto y promoción de los derechos humanos, los cuales regulan la existencia de órganos independientes de la administración encabezada por la rectoría para conocer y resolver sobre violaciones a derechos humanos al interior de sus comunidades académicas, además de que se establece un procedimiento preciso y garante de la garantía de audiencia, dotando de facultades a dichos órganos defensores para que dicten medidas cautelares en aras de garantizar la integridad de la víctima y para que emitan recomendaciones.

Desde luego que el sólo dar cuenta de la experiencia normativa universitaria pudiera parecer incompleta, si es que no se da cuenta también de la efectividad real de las actuales defensorías universitarias para hacer respetar y proteger los derechos humanos al interior de las universidades, sin embargo es suficiente para apreciar de qué manera esas instituciones de educación superior están desahogando la exigencia constitucional, además de que por ahora, ello permite hacer algunas comparaciones sustanciales que en todo caso, permiten determinar algunos de los retos que la Universidad Autónoma de Querétaro tiene en materia de promoción, respeto, protección y garantía de estos derechos, al respecto es necesario enumerar algunos de ellos:

- a) Es necesario que la universidad de certeza jurídica a la comunidad universitaria para la existencia de un órgano facultado por una norma jurídica universitaria para que en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 2º de

la Constitución Política del Estado de Querétaro se cuente con un órgano que tenga la capacidad para prevenir, investigar, sancionar y ordenar la reparación del daño con motivo de violaciones a los derechos humanos en el ejercicio de la función de cualquier autoridad universitaria.

- b) Se requiere reformas al Estatuto Orgánico de la Universidad Autónoma de Querétaro y la aprobación preferente de un reglamento que regule la competencia de uno o varios órganos encargados de la prevención, investigación, sanción y reparación de los daños provocados ante la violación de derechos humanos y desde luego que regule el procedimiento respectivo, a efecto de dar certeza jurídica a las partes y debida protección jurídica a la víctima.
- c) Es necesario que derivado de la reforma y reglamentación posible, se garantice una actuación autónoma e independiente de quien sea el encargado de investigar y sancionar, ya que su actuación debe ser imparcial y ajeno a las instrucciones de superiores jerárquicos.
- d) Independientemente de que los tratados internacionales son los que en realidad regulan los derechos humanos y en menor medida el ordenamiento constitucional, es necesario se esclarezca cuáles son los derechos humanos y en todo caso cuáles son las conductas de riesgo que pueden constituir violaciones a estos, con el propósito de que la comunidad universitaria esté alerta y en todo caso de manera oportuna la persona que sea víctima pueda presentar su denuncia, con el propósito de que la universidad la proteja.

Es manifiesto que hay muchos retos en el Programa Universitario de Derechos Humanos en la universidad queretana, pues por ahora sigue siendo un proyecto a futuro, no obstante sus grandes avances, sin embargo, éste deja en claro el gran interés de la autoridad universitaria no sólo para respetar los derechos humanos, sino en generar las condiciones necesarias para que estos se hagan respetar entre los universitarios, por lo que seguramente habrá en el corto plazo un progreso significativo en el establecimiento de mayores garantías de protección desde la normativa jurídica universitaria.

Referencias

- Carbonell, M. y Caballero, E. (2016). *La Constitución interpretada*. Cd. de México: Tirant Lo Blanch.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México, 10 de junio de 2011.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Querétaro. Sombra de Arteaga. 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) V.S Perú (2001).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-11190, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1990).
- Corte, A. (2019). Guía para la armonización normativa de los derechos humanos. Cd. de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ley General de Educación. Diario Oficial de la Federación. 30 de Septiembre de 2019.
- Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Querétaro, Sombra de Arteaga. 27 de diciembre de 1985.
- Ley que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Querétaro. Sombra de Arteaga, 23 de febrero de 2018.
- Ovalle, J. (2016). Derechos humanos y garantía constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (en línea). Mayo-Agosto 2016. vol. XLIX, núm. 146. P.p. 149-177. (fecha de publicación: 14 de agosto de 2020). Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/427/42746483005.pdf> ISSN: 0041-8633
- Pimentel, J. (2009), Patrocinium. *Diccionario Latín-Español, Español-Latín*. D.F. México: Porrúa.
- Porrúa. (2009). Protección. En *Diccionario Porrúa de la lengua española*. D.F, México: Porrúa,
- Ruiz, J. Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora, en *Cuestiones constitucionales* (en línea). Julio-diciembre 2017. No. 37 (Fecha de consulta: 14 de agosto de 2020). Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n37/1405-9193-cconst-37-85.pdf> ISSN 1405-9193
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Derechos humanos. Obligación de garantizarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la constitución política de los estados unidos mexicanos. Tesis XXVII.3o. J/24 (10a.), décima época, Libro 15, Tomo III. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Derecho a la educación. Implica el deber de impartirla en un ambiente libre de violencia. Tesis: 1ª. CCCII/2015 Décima Época. Libro 23 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, , Tomo II. 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Organismos descentralizados, naturaleza de los. Cuarta sala, Sexta Época, Volumen LXXVI, Quinta Parte. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 1963.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Derechos humanos. Todas las autoridades están obligadas a cumplir con las obligaciones de respeto y garantía. Tesis Aislada Ia. CCCXL/2015, décima época, libro 24, Tomo I. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 2015.
- Universidad Autónoma de Guerrero. Reglamento de la Defensoría de los Derechos Humanos y Universitarios de la Universidad Autónoma de Guerrero, UAG,

2016 (Documento PDF) 2019. En
https://www.uagro.mx/hcu/documentos/REGLAMENTO_DEFENSORIA_DERECHOS_HUMANOS_UNIVERSITARIOS_UAGro.pdf

Universidad Autónoma de Coahuila. (2020). *Defensoría de los Derechos Humanos Universitarios*. Recuperado de <http://www.uadec.mx/ddhu/>

Universidad Autónoma de Querétaro. Acta de sesión ordinaria del consejo universitario de fecha 26 de febrero de 2015. Recuperado en https://www.uaq.mx/Consejo_Universitario/actas/26022015SOAP26032015.pdf

Universidad Autónoma de Querétaro. Estatuto Orgánico de la Universidad Autónoma de Querétaro. U.A.Q, 2007. en <https://www.uaq.mx/leyes/documentos/EstatutoOrganicoUAQ.pdf>

Universidad Autónoma de Querétaro. Protocolo de Actuación e Intervención en Materia de Violencia de Género. En https://www.uaq.mx/leyes/PROTOCOLO_29AGO.pdf

Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador (*)

Transitional justice mechanisms for serious human rights violations in Ecuador

José Sebastián Cornejo Aguiar(**)

Sumario: Introito. 1. Antecedentes de la justicia transicional. 2. Judicialización de los casos obtenidos por la Comisión de la Verdad en el Ecuador. 3. La imprescriptibilidad de los casos obtenidos por la comisión de la verdad en el Ecuador el momento de su judicialización. 4. Medidas de reparación a las víctimas de los casos de graves violaciones de derechos humanos adoptadas en el Ecuador. 5. La razonabilidad del plazo y el acceso a la justicia como cumplimiento de los procesos de justicia transicional. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El presente trabajo busca explicar la importancia de los mecanismos de justicia transicional desde sus antecedentes históricos, con principal énfasis en la judicialización de los casos obtenidos por la comisión de la verdad en el Ecuador; en donde se evidencia la imprescriptibilidad de los casos de graves violaciones de derechos humanos para poder judicializarlos.

(*) Recibido: 21/06/2020 | Aceptado: 21/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

(**) Abogado por la Universidad Internacional Sek (Quito, Ecuador). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Master en Derecho Procesal y Litigación Oral (c) en la Universidad Internacional Sek, Autor de los libros Mundo, Alma y Vida; Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial; Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal; Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP, La Antijuridicidad y las Causas Excluyentes del Injusto Penal en el COIP; coautor del libro Legitimación de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano y sus Teorías; y, El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamérica; 40 años de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Código Orgánico Administrativo Comentado; Evolución Normativa en Materia Penal en diversas Legislaciones; y, Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Constitucional en el Derecho Peruano y Ecuatoriano. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Docente de la Universidad Técnica del Norte; Universidad Autónoma de los Andes; Universidad Pública del Alto; Evaluador de la Revista Jurídica de Fundamentación Jurídica DIKAION, de la Universidad de la Sabana. Conferencista Nacional e Internacional en Derecho Penal. scor1719@hotmail.com

Para posteriormente poder observar la implementación de las medidas de reparación a las víctimas adoptadas en el Ecuador, haciendo hincapié en la necesidad de razonabilidad del plazo y el acceso a la justicia como cumplimiento de los procesos de justicia transicional.

Palabras clave: justicia transicional, Comisión de la Verdad, violaciones de derechos humanos, víctimas, reparación.

Abstract: The present work seeks to explain the importance of transitional justice mechanisms from their historical background, with main emphasis on the judicialization of cases obtained by the truth commission in Ecuador; where the non-applicability of the statute of limitations in cases of serious human rights violations is evidenced in order to prosecute them. Subsequently, the implementation of reparation measures for victims adopted in Ecuador can be observed, with emphasis on the need for reasonableness of the time frame and access to justice as compliance with transitional justice processes.

Keywords: transitional justice, truth commission, human rights violations, victims, reparation.

Introito

Los mecanismos de justicia transicional en palabras de Przeworski, devienen de la existencia de varias modalidades como las transiciones simples, de un régimen no democrático a un régimen democrático; o de una situación de conflicto armado a la paz; y, de transiciones dobles, cuando se dan ambos procesos simultáneamente.¹

En ese sentido, interesa destacar la dificultad para generalizar este tipo de experiencias, ya que todo depende del desde qué y del hacia qué se transite², tal es así que a lo largo del tiempo el concepto de justicia transicional ha evolucionado de ser una mera aspiración, para convertirse en un conjunto de preceptos legales vinculantes a los Estados, sosteniéndose del Derecho Internacional Público, Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Humanitario, etc.

Tal es así que los regímenes internacionales de derechos humanos han desarrollado estándares universales y regionales relativos a las obligaciones de los Estados, para enfrentar violaciones de derechos humanos y remover obstáculos en la judicialización de dichas causas.³

Por lo tanto la justicia transicional, podríamos decir emana de la rendición de cuentas y de la reparación necesaria a las víctimas buscando reconocerles su dignidad como ciudadanos y como seres humanos ya que el poder público debe ejercerse al servicio del ser humano y no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a

¹ Przeworski, Adam. "Algunos problemas en el estudio de la transición hacia la democracia". En *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas*, (Buenos Aires: Paidós, editado por O'Donnell, Schmitter, y Whitehead, 1988), pág. 215

² Ibid, pág. 215

³ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, *La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano* (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 41

la persona, en este sentido, es trascendental el derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos, así como la aplicación de la sanción a los responsables y consecuentemente la aplicación de las medidas de reparación.⁴

Tal es así que esta justicia, sin lugar a duda, debe estar orientada hacia la consecución de la reconciliación, así como la contribución a evitar la división social y la conflictividad a partir del fortalecimiento de la democracia.⁵

Por ende, sin lugar a duda, la justicia transicional al priorizar la atención a las víctimas y su dignidad señala el camino que debe seguir un compromiso renovado con la seguridad de los ciudadanos para protegerlos de los abusos de las autoridades y de otras violaciones de derechos.

Concepto que para la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos implica el reforzar los nuevos estándares, exigiendo que cada Estado responda de manera adecuada frente a las violaciones, a riesgo de enfrentar una acción legal y moral a nivel internacional y regional.

En razón de que la justicia transicional permite el fortalecimiento de la democracia, luego de determinar el legado de violaciones de derechos humanos que han dejado gobiernos de facto o autoritarios, construyendo políticas internacionales de paz, lo que requiere de la constante intervención de actores nacionales e internacionales.⁶

Estos conceptos en palabras de Ruti Teitel, implican que la justicia transicional sea entendida como la justicia asociada al contexto y a las circunstancias políticas, donde el ideal universal de justicia debe ser desestimado para lograr el fin social de transitar hacia un sistema más liberal y democrático.⁷

Buscando así que la justicia transicional, se fundamente tanto en la obligación del Estado de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, para poder conocer la verdad sobre los abusos, y generar el derecho de las víctimas a obtener reparación, e incluso generar obligación del Estado de impedir que tales atrocidades vuelvan a producirse en el futuro.

Constituyéndose así la justicia transicional, en una expresión, sobre el cual no existe una definición o conceptualización aceptada por la doctrina, debido a su multiplicidad de aspectos lo cual en palabras de Pablo de Greiff constituiría una disciplina normativa de respeto a estándares jurídicos desde una perspectiva empírica⁸; mientras que para Iván Orozco sería una tensión entre las posiciones fácticas y las pretensiones idealistas y normativas.⁹

⁴ Carlos Beristáin. Diálogos sobre la reparación, qué repara en los casos de violaciones de derechos humanos. (Quito- Ecuador: Imprenta: MRG Diseño y producción Gráfica, 2009). pág. 3.

⁵ Rojas-Páez, G. y Guzmán-Rincón, A-M. (2016). ¿Más allá de la justicia correctiva?: potencialidades de la restitución de tierras en la superación de los conflictos armados. *Opinión Jurídica*, Vol. 15, N.º 29, p. 21-41.

⁶ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 41

⁷ Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press.

⁸ Pablo de Greiff. *Reparations Efforts in International Perspectives: What Compensation Contributes to the Achievement of Imperfect Justice*. (New York, Oxford). Pág. 40.

⁹ Iván Orozco. *Justicia Transicional en el tiempo del deber de memoria*. (Bogotá- Colombia: Temis, 2008), pág. 15

Dando así a entender que esta justicia parte de la necesidad de estudiar, reparar y procesar los abusos sistemáticos que destruyen las sociedades ocasionando debilidad, inestabilidad, politización y escasez de recursos a instituciones políticas y judiciales, ya que de por sí, las violaciones de derechos habrán socavado la confianza que los ciudadanos pudieran tener en la capacidad del Estado para salvaguardar sus derechos y su seguridad.

1. Antecedentes de la justicia transicional

Para Jon Elster, es una expresión nueva, pero que hace referencia a un fenómeno muy viejo, que se remonta incluso a la Grecia Antigua, habida cuenta que tiene que ver con la manera como las democracias enfrentan los crímenes de los regímenes dictatoriales que las precedieron.¹⁰

Mientras que para Ruti Teitel, es un fenómeno contemporáneo, ya que se construye sobre el legado de los juicios de Núremberg y supone la consolidación de los estándares jurídicos universales relativos a los derechos de las víctimas y al deber estatal de castigar los crímenes atroces, con tres fases muy marcadas como son: Fase I-modelo de justicia posterior a la Segunda Guerra Mundial; Fase II-modelo de Justicia Transicional de las dos últimas décadas del Siglo XX; y, Fase III un periodo de expansión o normalización de la Justicia Transicional.¹¹

A tal punto que Pablo de Greiff, considera que la evolución de la justicia transicional corresponde a períodos históricos, marcados después de la segunda guerra mundial, bajo la influencia de los Juicios de Núremberg y bajo la orientación de diferentes instrumentos jurídicos internacionales, diseñados para impedir la repetición de los horrores del Holocausto y de la guerra misma.¹²

Tal como paso en Atenas cuando se enfrentó a Esparta en el año 404 ac., y la posterior restauración democrática, la reposición de la monarquía en Francia de 1815, el proceso en España pos-dictadura, la Alemania de 1945 luego de la Segunda Guerra Mundial y, América Latina de los años 70 y 80.¹³

Tomando como referencia que, a principios de 1990, cuando se puso fin a la Guerra Fría y varios países de América Latina iniciaron su transición a la democracia. Estas transiciones se llevaron a cabo durante un período de garantía internacional con un claro ejemplo y antecedente que son los juicios de Núremberg y Tokio, donde se juzgaron crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, que marcan un avance importante en lo relativo a los aspectos históricos, políticos, económicos y sociales.¹⁴

¹⁰ Jhon Elster. *Closing the Books, Transitional Justice in Historical Perspective*. (Cambridge University Press, 2004.), pág. 15

¹¹ Cristina Gómez. *Perú y Colombia: un análisis comparativo de reparación dentro de los parámetros de la justicia transicional*. Bogotá, Universidad Javeriana, 2009. Pág. 9. Disponible en: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis104.pdf>. Quien cita a: TEITEL, Ruti G. —Genealogía de la justicia transicional||, en *Harvard Human Rights Journal*, 2003 vol. 16. pp. 69-94

¹² Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon. *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia*. (Santiago de Chile, Anuario CDH de la Universidad de Chile, 2006) pág. 205

¹³ *Ibíd.*, pág. 205

¹⁴ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, *La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano* (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 42

En ese sentido podría decirse que como parte de la evolución del concepto de Justicia Transicional, aparte de ser un concepto innovador depende de la calidad de las reformas políticas logradas para la reconstrucción y consolidación de la democracia, donde se deben destacar algunas fechas importantes como 1997, donde el Relator Especial, se refirió sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y, estableció un conjunto de nociones en relación con el derecho de las víctimas como son: a) El derecho a saber de la víctima; b) El derecho de la víctima a la justicia, y, c) El derecho a la reparación de la víctima.¹⁵

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe anual de 1985-1986 se pronunció respecto a la obligación de los Estados de investigar las violaciones de derechos humanos, principalmente de los países que salían de una dictadura, dando un espacio para las amnistías motivadas, determinando que:¹⁶ la CIDH, durante el período de sesiones de septiembre/octubre de 1992, trató el caso Las Hojas de El Salvador y, otros dos de Uruguay y Argentina, en los que se “concluye que las leyes de amnistía, al privar a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal permiten individualizar y sancionar a los responsables, son incompatibles con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana y el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25”.¹⁷

En consecuencia, las decisiones de este organismo internacional permitieron estandarizar que las leyes de amnistía son violatorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que es ratificado por los estatutos de los Tribunales Penales para Ruanda, la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, que posteriormente ya en el año 2007, dictaron unas directrices básicas para el diseño y aplicación de políticas sobre Justicia Transicional, denominadas “Principios de Chicago sobre Justicia transicional”.¹⁸

Principios de Chicago que manifiestan los estándares internacionales, en donde los Estados deben realizar procesos para alcanzar Justicia Transicional entre los cuales se encuentran la necesidad de: 1) Investigación, y procuración de justicia; 2) Búsqueda de la verdad e investigaciones por los delitos del pasado; 3) Reconocimiento a las víctimas, a través de recursos y reparaciones; 4) Realizar por medio de inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas; 5) Ejecución de una conmemoración, educación y preservación de la memoria histórica; 6) Creación de enfoques de acceso a la justicia y reparaciones a grupos; y, 7) Reforma institucional para garantizar un gobierno eficaz.¹⁹

¹⁵ *Ibid.*, pág. 43.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1985-1986, OEA/Ser. L/V/II.68)

¹⁷ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 43.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 44.

¹⁹ ONU. Comisión de Derechos Humanos, 49vo periodo de sesiones. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Doc. E/CN.4/ Sub.2/1997/20/Rev. 1; Orentlicher, D. (2004)., págs. 18- 35.

Justicia Transicional en el Ecuador

Durante los años 1984-1988, se instauraron y radicalizaron instancias de seguridad represivas, como resultado del involucramiento de las Fuerzas Armadas en el tema de seguridad interna del país y, del incremento de las tareas de inteligencia por parte de las fuerzas de seguridad, policial y militar, donde se crearon estructuras represivas para sostener una democracia dentro de un estado autoritario.

En consecuencia, los agentes encargados de reprimir y eliminar la subversión del país operaron bajo una mayor discrecionalidad e incluso en la clandestinidad. De ahí, que la desaparición forzada, la tortura sistemática, las ejecuciones extrajudiciales, y el confinamiento sin juicio ni orden judicial fueron el resultado de dichas acciones.²⁰

Por lo tanto, la represión durante estos años es una expresión de desmesura, al punto de ser considerada como un ataque a sectores desprotegidos de la sociedad civil, configurando la existencia de crímenes de lesa humanidad en el Ecuador, mismos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador del año 1997, en el capítulo IV sobre el derecho a la vida, estableció que “los procesos internos que el Estado debe aplicar en respuesta a las presuntas violaciones de los derechos fundamentales eran ineficaces o inexistentes.”²¹

Tal es así que durante el periodo antes enunciado la Policía Nacional era la institución que registra más casos de violaciones de derechos humanos, dado que al interior de ésta, se creó una unidad clandestina que actuó al margen de la ley, denominada “El Grupo Especial del SIC-P (Servicio de Investigación Criminal Pichincha), mismo que se consolidó como una estructura clandestina denominada SIC-10, encargada de las acciones antisubversivas institucionalizada como unidad especial de la Policía que en 1985, pasó a denominarse Unidad de Inteligencia Antisubversiva (UIAS) y, en 1986 se convirtió en la Unidad de Investigaciones Especiales (UIES), que funcionó hasta el año 2009.”²²

Respecto a dicho antecedente cabe destacar que en el Ecuador han existido dos Comisiones de la Verdad. La primera se estableció el 17 de septiembre de 1996, mediante Resolución Ministerial No. 012 del Ministro de Gobierno que estableció a nivel nacional la Comisión de la Verdad y Justicia. Obedeciendo en gran medida a la presión que ejerció el caso de los hermanos Restrepo ocurrido en el año 1988, donde los responsables fueron miembros de la Policía Nacional, por el delito de detención arbitraria e ilegal, torturas y asesinato de los menores Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo.

Por lo que esta Comisión, se creó para investigar las violaciones de derechos humanos “desde 1979, año en que se sustituyó a los mandatarios militares ya que se han hecho constantes llamamientos para una total investigación de los mismos para que se

²⁰ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 70.

²¹ OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1 24 abril 1997 <http://www.cidh.org/countryrep/ecuador-sp/indice.htm>

²² Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 72.

juzgue a los responsables y se otorguen reparaciones a las víctimas”²³. Comisión que estuvo integrada por el Ministro de Gobierno, tres representantes nombrados por organizaciones internacionales de los derechos humanos que trabajan en el país y tres representantes de instituciones nacionales de derechos humanos.

Debiendo señalar que dicha Comisión tuvo competencia para recibir denuncias sobre casos de violaciones de derechos humanos desde 1979 especialmente las relacionadas con el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona.²⁴

Sin embargo varios miembros de la Comisión de la Verdad y Justicia habían expresado que sin los recursos, equipos necesarios y personal capacitado, su labor no podría ser fructífera, tal es así que esta comisión el 3 de febrero de 1997, rompió su relación con el Gobierno y dejó de funcionar, dejando en evidencia lo expresado por Amnistía Internacional, quien manifestó que: “el hecho de que un organismo no publicara sus hallazgos consolida la impunidad que rodea a cientos de casos de tortura, desapariciones y asesinatos”.²⁵

Esto género que, en el Ecuador recién el 18 de mayo de 2007, se cree la Comisión de la Verdad, conforme el Decreto Ejecutivo N° 305, con el propósito de “investigar y esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos, ocurridos entre 1984 y 1988 y otros períodos”.²⁶

En particular, podría decirse que entre 1988 y 2008, se registraron casos de violaciones de derechos humanos, por esta razón, el rol de las víctimas fue trascendental, ya que tuvo como objetivo propiciar entrevistas con las víctimas, sus familiares, los testigos, y los presuntos responsables a fin de poder determinar los casos documentados.

Casos que fueron encomendados a investigadores que se enfocaron, principalmente, en violaciones contra el derecho a la vida, la libertad e integridad personal, cuyo sujeto activo del delito era un agente del Estado o una persona o grupo de personas que actuaron bajo el amparo o aquiescencia de este. Y, además, en establecer elementos de convicción respecto de las violaciones de derechos humanos en cada caso, así como en esclarecer las causas y condiciones sociales y políticas en las que se dieron las violaciones, para obtener una visión panorámica de las responsabilidades de los funcionarios estatales.²⁷

Tal es así que de esta manera se elaboró un expediente para cada caso que, además, contenía el testimonio de la víctima y/o sus familiares, piezas de procesos jurídicos, material de prensa, y todo tipo de material de soporte, que sirvió para construir un relato de los hechos que señala los 80 tipos de violaciones a los que fue sometida la víctima, la referencia de lugares y los nombres de los presuntos responsables.²⁸

Información que sirvió para realizar el informe final denominado “*Sin Verdad no hay Justicia*”, que fue entregado al país en el año 2010, el mismo que contiene cinco tomos y un resumen ejecutivo. El tomo 1: Violaciones de derechos humanos, que aborda

²³ Hayner, Priscilla. *Verdades innombradas: el reto de las comisiones de la verdad*. (España: Fondo de Cultura Económica de España, 2008), pág. 60

²⁴ *Ibíd.*, pág. 60

²⁵ *Ibíd.*, pág. 60

²⁶ *Ibíd.*, pág. 60

²⁷ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, *La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano* (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág.77..

²⁸ *Ibíd.*, pág. 80

la metodología y proceso de investigación de la Comisión de la Verdad, el marco jurídico, las violaciones de derechos humanos en el Ecuador 1984 – 2008, la violencia sexual y enfoque de género, y el impacto psicosocial de las violaciones de derechos humanos en el Ecuador. El tomo 2: Crímenes de Lesa humanidad, que hace referencia al contexto socioeconómico y político, las principales estructuras militares y policiales involucradas en violaciones de derechos humanos en el Ecuador, el análisis de la violencia en el discurso represivo de León Febres Cordero y su período de Gobierno, y la mención de las violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Los tomos 3 y 4 contienen los relatos de los 119 casos y, el tomo 5 las conclusiones, recomendaciones y el proyecto de ley para la reparación de las víctimas.²⁹

Dando como resultado que en el periodo 1984-1988, el Ecuador vivió la generalización del estigma terrorista y la extensión del concepto de enemigo interno a todo aquel que disintiera de las políticas gubernamentales, extendiendo la represión y el clima de miedo e inseguridad a una gran parte de la ciudadanía, que se ve reflejado en los 119 casos que registro la Comisión de la Verdad, donde constan un total de 456 víctimas en los seis tipos de violaciones de los derechos humanos: 269 víctimas de privación ilegal de la libertad, 365 de tortura; 86 de violencia sexual; 17 de desaparición forzada; 68 de ejecución extrajudicial y 26 de atentados contra la vida.³⁰

2. Judicialización de los casos obtenidos por la Comisión de la Verdad en el Ecuador

Luego de la entrega del informe de la Comisión de la Verdad, la Fiscalía General del Estado, recibió los expedientes de los casos para iniciar la investigación penal, conformando una Unidad Especializada, mediante Resolución No. 049-2010-FGE, expedida el 20 de julio de 2010, encargada del conocimiento exclusivo de los casos denunciados por la Comisión de la Verdad, la misma que fue reemplazada el 23 de marzo de 2012, cuando se creó la Dirección de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos.³¹

Tal es así que la investigación y judicialización de los casos de graves violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en el Ecuador avanzan de mejor forma a tal punto que en el Ecuador se están judicializando, por primera vez en la historia, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a derechos humanos, que desde el año 2012 hasta el 2016, se han registrado nueve casos: tres como crímenes de lesa humanidad y, seis como graves violaciones de derechos humanos.³²

Destacando que cierto sector de la justicia ecuatoriana, entre jueces y fiscales se han opuesto a la judicialización de estas causas, por argumentos jurídicos relacionados al principio de legalidad y la cosa juzgada que fueron usados por las defensas de los violadores de derechos humanos en los tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda, o en los juicios a las Juntas en Argentina y en el proceso contra Fujimori en el Perú.³³ Por ende resulta necesario el análisis de ciertos casos.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 80

³⁰ *Ibíd.*, pág. 81

³¹ *Ibíd.*, pág. 84-85

³² *Ibíd.*, pág. 86.

³³ *Ibíd.*, pág. 91

2.1. Caso Vaca, Cajas, Jarrín

Este caso inicia el domingo 10 de noviembre de 1985, en la ciudad de Esmeraldas, donde se iba a realizar la tercera conferencia de Alfaro Vive Carajo, hecho por lo cual, Luis Vaca juntamente con Susana Cajas y Javier Jarrín, se encontraban allí.

No obstante, cerca de las ocho de la noche del 10 de noviembre, ingresaron a un restaurante que se encontraba en el parque central de la ciudad de Esmeraldas, en donde de acuerdo a Susana Cajas, estaban comiendo en ese restaurante, acto seguido fueron detenidos por parte de elementos del Batallón Montufar.³⁴ En su testimonio escrito, Luis Vaca manifiesta:

Allí nos interrogaron. Además de los tres, en el cuartel había otro que no le pude ver, dijimos que estábamos de diversión, que éramos estudiantes universitarios. No nos creyeron, por lo que nos ataron las manos y nos incomunicaron.³⁵

La captura de Vaca y sus compañeros es ratificada en informes de inteligencia militar cuando se indica que:

El día 10-NOV-1985 en la ciudad de Esmeraldas fue detenido por parte de elementos del Batallón Montufar el ciudadano LUIS ALBERTO VACA JÁCOME “Luis” o “Carlos” miembro de grupo subversivo “Alfaro Vive Carajo” quien portaba una cédula falsa con el nombre de Washington Fernando Obando Ayala, y se hallaba en compañía de Susana Valeria Cajas Lara “GLORIA” con cédula falsa con el nombre de Flor de los Ángeles Guamba Betancourt y Francisco Javier Jarrín Sánchez, los mismos que fueron conducidos a estas dependencias para realizar las investigaciones correspondientes.³⁶

Investigaciones sobre los detenidos que fueron puestas en tres informes de inteligencia militar; cada uno con el resumen de sus respectivas declaraciones, en donde en los tres casos, los informes concluyen: “Las declaraciones son contradictorias a las de sus amigos”. Ya en la madrugada, los prisioneros fueron subidos en un camión para trasladarlos al Batallón de Inteligencia Militar (BIM) ubicado en Conocoto.³⁷

Una vez que arribaron al Batallón de Inteligencia Militar (BIM), Luis Vaca, Francisco Jarrín y Susana Cajas fueron llevados a un subsuelo, en donde existían celdas de 2m x 1m, que Luis Vaca describe como: “oscuras, malolientes, sin colchón, tirados en el suelo y sin cobijas, las puertas de estas celdas tenían una ventana pequeña”. En ese momento los separaron de celdas. “Ahí mismo estuvimos los tres encarcelados, en celdas diferentes”.³⁸

Mientras Luis Vaca estuvo en el Batallón de Inteligencia Militar, según refiere eran llevados al cuarto de interrogatorios los encapuchaban y conducían hasta cuartos vacíos, y en la misma planta del edificio, “nos desvestían, nos mojaban con agua helada, y venía

³⁴ A fojas 212 de la Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”, consta la Versión de Cajas Lara Susana Valeria.

³⁵ A fojas 188-190 de la Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”, consta la Versión de Vaca Jácome Luis Alberto.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ «PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD Y DESAPARICIÓN FORZADA LUIS VACA», *Relatos de la Vida Real*, 15 de septiembre de 2010, <https://comunidadreal.wordpress.com/2010/09/15/relatos-caso-luis-vaca-parte-i/>.

³⁸ A fojas 188-190 de la Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”, consta la Versión de Vaca Jácome Luis Alberto.

el interrogatorio acompañado de electricidad. Todo el tiempo patadas, golpeados, sometidos a semiahogos, sin dejar dormir, sin alimentación”.³⁹

Después de quince días Luis Vaca afirma que las dos personas con las que cayó detenido, Susana Cajas y Javier Jarrín, salieron de su apresamiento, asunto que también lo confirma el testimonio de Susana Cajas cuando manifiesta que: “a mí me tuvieron esos quince días desaparecida, y después me sacaron y me llevaron ya estábamos solo con Javier Jarrín, entonces me llevaron, o sea me soltaron; me sentaron en un sitio y tapada los ojos. Entonces me dijeron: ‘Si regresas a ver te mueres’. Luego me destaparon los ojos, dijeron: ‘No abras, no abras los ojos, no regreses a ver’; se fueron y cuando iba abrir estaba como en una quebrada que había sido por Cumbayá.”⁴⁰

Finalmente, una noche a mediados de 1988, según la versión Luis Vaca, le dieron ropa, lo sacaron encapuchado y lo trasladaron a la ciudad de Ibarra, en donde lo soltaron a media cuadra del domicilio de su madre, metiéndole en el bolsillo pesos colombianos.

Una vez llegado a la casa, manifiesta que golpeó la puerta y su mamá no le habría rápido, sintiendo una desesperación, a lo cual una vez ingresado a su hogar, se enteró de la muerte de su hermano Edwin Vaca, que era cabo de transmisiones del ejército, y según el parte policial, sale que había sido asaltado en la Ronda, que le ahorcaron y al vomitar murió ahogado.⁴¹

Respecto de este caso cabe precisar que se configura una desaparición forzada, entre otros aspectos, que podrían constituir claramente graves violaciones a los Derechos Humanos y que por ende gozan de la imprescriptibilidad de las penas, sin embargo, hasta el momento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contamos con una sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia que determine la sanción al presente caso a los responsables de dichas acciones.

2.2. Caso Arturo Jarrín

El 28 de abril de 1985, Arturo Jarrín y otros miembros del grupo Alfaro Vive Carajo, se fugaron del Penal García Moreno y pasaron a la clandestinidad, a lo cual el Gobierno ofreció el pago de una recompensa por información, y no es sino hasta inicios de octubre de 1986, cuando Arturo Jarrín viajó a Panamá, teniendo como destino final Serbia. Sin embargo, el 24 del mismo mes fue detenido por militares panameños y entregado a oficiales de la Policía Nacional de Ecuador, quienes lo trasladaron inconsciente a Quito, para torturarlo y posteriormente el 26 de octubre de 1986, ejecutarlo extrajudicialmente por agentes policiales.⁴²

El 28 de abril del 2016, casi 30 años después de la muerte de Arturo Jarrín, el Fiscal General formuló cargos contra trece personas, según las publicaciones de prensa. Posteriormente, el 27 de julio del 2016, vinculó al proceso a cinco personas más. Sin

³⁹ A fojas 188-190 de la Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”, consta la Versión de Vaca Jácome Luis Alberto.

⁴⁰ A fojas 190-193 de la Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”, consta la Versión de Susana Cajas.

⁴¹ A fojas 188-190 de la Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”, consta la Versión de Vaca Jácome Luis Alberto.

⁴² Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág.95-96

embargo, Fiscalía emitió dictamen absolutorio a favor de seis procesados, es por ello que esta audiencia se realizó en contra de doce ciudadanos.

Puntualizando que los jueces aún no han emitido una sentencia por lo que los familiares continúan esperando que prosigan con las diligencias y se juzgue estos crímenes. Tanto las ejecuciones extrajudiciales como las torturas que sin lugar a dudas son atentados a los derechos humanos, considerados crímenes de lesa humanidad, cuyas definiciones constan en el Estatuto de Roma, un instrumento creado por la Corte Penal Internacional.

Estatuto que fue adoptado el 17 de julio de 1998, durante la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, donde constan los crímenes agrupados en distintas categorías: genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión u odio.

Dando a entender en el artículo 7 del Estatuto de Roma presupone que los mismos crímenes de lesa humanidad son considerados como cualquiera de los actos que son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

2.3. Caso Lema y otros

El antecedente de este caso fue el asesinato del ciudadano Flavio Melo Pantoja, sucedido el 24 de agosto de 1998. El delito era investigado por el exagente S.P.U.Á., quien conversó, varios días después del crimen, con el exagente L.A.N.C., quien le habría asegurado que conocía el lugar donde se podría ubicar a los asesinos de Melo Pantoja.

Entonces, el 18 de septiembre de 1998, cerca de las 15:00, fueron detenidas arbitrariamente las víctimas bajo la sospecha de ser los autores del crimen y sometidos a tortura hasta, aproximadamente, a las 16:00, del sábado 19 de septiembre del mismo año.

Los cuatro expolicías, presuntos perpetradores del delito que la Fiscalía acusa, pertenecían a la oficina de investigación del delito, OID, que fue una instancia de transición entre la eliminación del Servicio de Investigación Criminal (SIC), bajo Decreto Ejecutivo del 2 de septiembre de 1991, y la estructuración definitiva de la Policía Judicial, a finales de 1998.⁴³

Durante el proceso de judicialización, la Fiscalía sustentó su acusación basándose en jurisprudencia internacional donde se determina que las violaciones en a los derechos humanos no prescriben en el país. También, según la norma constitucional, los instrumentos internacionales son de directa aplicación en los países cuando se trata de los derechos humanos.

Siendo este el primer caso seguido contra miembros de la Policía Nacional por privación ilegal de la libertad, tortura y violencia sexual, enmarcados en una grave violación de derechos humanos, el cual en la Audiencia de Juicio que inició el 14 de mayo de 2014, se logró sentenciar a un exagente de policía a tres años de prisión por ser considerado culpable del delito de tortura, en el contexto de graves violaciones contra los derechos humanos.

De esta sentencia la Fiscalía presentó el recurso de apelación solicitando que se declare la culpabilidad de los otros dos ex agentes de policía que fueron inicialmente sobreseídos por haberse probado su responsabilidad y, que se considere la condición de víctimas de dos personas adicionales, para las cuales se solicitó una indemnización. Esto fue resuelto en la Corte Provincial de Pichincha por unanimidad, declarando también

⁴³ Fiscalía General del Estado Ecuador (2014), véase en: <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-presentara-pruebas-en-audiencia-de-juzgamiento-del-caso-lema/>

culpables a los otros dos agentes, y determinando la condición de víctimas a las dos personas adicionales, que en la fecha de los hechos eran menores de edad.

Adicionalmente la Fiscalía requirió casación de la sentencia de la Corte Provincial, solicitó el máximo de la pena y una reparación integral a las víctimas de esta grave violación de derechos humanos; la Corte Nacional de Justicia resolvió favorablemente. En efecto, este caso es la primera judicialización exitosa de una grave violación de derechos humanos.⁴⁴

2.4. Caso González y otros

Los hechos sucedieron, el 19 de noviembre de 2003, cuando un grupo policial conformado por veinte efectivos ingresó a la farmacia Fybeca, ubicada en el sector La Alborada de la ciudad de Guayaquil, para presuntamente interrumpir un asalto.

De acuerdo con la versión de la Policía, en ese momento se produjo un enfrentamiento. No obstante, la investigación de la Fiscalía General del Estado permitió comprobar que dicho enfrentamiento nunca existió y que ocho personas recibieron tiros por la espalda mientras estaban en el suelo: seis presuntos asaltantes, un cliente y un empleado del negocio. Un hombre que compraba pañales fue quien recibió más disparos; al mensajero de la farmacia lo alcanzó un tiro en la nuca y su cadáver fue movido del lugar donde cayó, al igual que los cuerpos de otras tres personas. Sus victimarios, 20 policías, 10 del Grupo de Intervención y Rescate (GIR) y 10 del Grupo Especial Antidelincuencial (GEA), llevaban armas de alto poder y superaban casi tres a uno a los presuntos atracadores. En cambio, los posibles asaltantes abatidos habrían tenido un cuchillo y dos armas de fuego, según las investigaciones. Las indagaciones fiscales presumen que los policías llegaron a Fybeca en cinco vehículos y entraron violentamente para detener un asalto “en proceso”. Allí, había otras 15 personas entre clientes y empleados. Al salir, los uniformados se llevaron a tres hombres que están desaparecidos hasta la actualidad.⁴⁵

Antes de cumplir 10 años del caso, el 14 de noviembre de 2013, se realizó la audiencia de formulación de cargos en contra de más de 30 miembros de la Policía Nacional, en donde los acusados por la Fiscalía estarían involucrados en una presunta ejecución extrajudicial constitutiva de grave violación a los derechos humanos, subsumida en el tipo penal de asesinato establecido en el Art. 450 Código Penal ecuatoriano de esa época.

Durante la audiencia, realizada el 14 de noviembre del 2013 en la Corte Nacional de Justicia, el fiscal explicó al juez que el “caso Fybeca habría sido un hecho planificado”. Planificado porque unas horas antes del operativo, a las 04:30, en el cuartel Modelo, los policías habrían recibido la disposición del Mayor de Policía, que dirigió el operativo en la farmacia, para obtener información sobre un delincuente alias El Marino. Cuando la evidencia apunta a que el destino fue Fybeca. Sin embargo, fue desviado este objetivo de la misión y destino del operativo.⁴⁶

⁴⁴ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág.100-101.

⁴⁵ Fiscalía General del Estado Ecuador (2013), véase en: <https://www.fiscalia.gob.ec/images/ciudadana/revista23.pdf>

⁴⁶ *Ibíd.*

Finalmente, durante el mes de junio de 2014 se desarrolló la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen y, en octubre de 2014, se inició la audiencia de juzgamiento, que culminó el 6 de noviembre de 2014, obteniendo una sentencia condenatoria contra 4 policías en servicio activo y 1 policía en servicio pasivo a 16 años de reclusión como autores de las ejecuciones extrajudiciales; 4 policías en servicio pasivo y un exagente fiscal fueron declarados encubridores. Luego, cuando fueron capturados dos policías prófugos también fueron sentenciados.⁴⁷

Cabe destacar adicionalmente que el caso González y otros tiene una segunda parte, respecto de las personas desaparecidas que también está siendo judicializado, ya que habrían sido torturados con descargas eléctricas y arrojados al estero Salado en Guayaquil, para posteriormente ser disparados.⁴⁸

3. La imprescriptibilidad de los casos obtenidos por la Comisión de la Verdad en el Ecuador el momento de su judicialización.

Es necesario indicar que la Corte Penal Internacional, nace luego de los acontecimientos de la Primera Guerra Mundial tomando como base lo ocurrido en los genocidios y crímenes de lesa humanidad en los territorios de la antigua Yugoslavia y Ruanda, lo cual se entendería es el competente para conocer los casos de crímenes de lesa humanidad, a tal punto que la primera sentencia en la que se declaró culpable al ex líder político militar de la República del Congo, es la Thomas Lubanga, bajo la figura prevista en el art. 8 del Estatuto referido a crímenes de guerra, en razón del reclutamiento o alistamiento de niños y niñas menores de 15 años dentro de las Fuerzas Armadas nacionales para participar activamente en hostilidades.

Sin embargo, es necesario a razón de este acontecimiento que nos realicemos el cuestionamiento de si ¿las jurisdicciones nacionales pueden ejercer la facultad de juzgar crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos?

Interrogante que implícitamente trae a debate las reglas generales de jurisdicción establecidas en la normativa penal, partiendo del postulado básico que comparten la generalidad de códigos penales como es el principio de territorialidad, por el cual, los nacionales y extranjeros que cometan una infracción dentro del territorio de un Estado están sujetos a su jurisdicción, salvando los casos donde la propia ley penal o los Instrumentos Internacionales realizan una excepción.

Dando lugar a la par de dicho postulado otro inconveniente, que por la naturaleza de los hechos constitutivos de graves violaciones de Derechos Humanos, se encuentran revestidos de una naturaleza especial que los dota de elementos que permiten su efectiva protección por parte del Estado o como justicia subsidiaria por parte de Órganos Internacionales de Justicia en materia de Derechos Humanos, refiriéndome a la prescripción como un límite a la facultad persecutoria del Estado frente a un hecho delictivo, este principio sin embargo, se confronta con el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la verdad, reparación integral, entre otros y cuyos titulares son las víctimas de estas graves violaciones de Derechos Humanos.

Por lo cual en este tipo de delitos se aplica la imprescriptibilidad de los mismos, sin embargo el inconveniente radica en los casos previamente analizados en razón de que los

⁴⁷ Jeny Elizabeth Vargas Yangua, La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano (Quito- Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017), pág. 101.

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 102.

mismos en el tiempo de su comisión y frente a la falta de tipificación de las modalidades delictuales esto es los delitos catalogados como graves violaciones a los derechos humanos en el Ecuador, da lugar a debate respecto de la prescriptibilidad de los delitos que presuntamente se cometieron bajo figuras delictivas como secuestro y asesinato que estarían prescritos. Argumentos vertidos por la defensa de los procesados en su mayoría y que deben ser dilucidados por los juzgadores.

Sin embargo y como herramientas para los juzgadores es necesario recordarles que hay que tomar en consideración que en el Ecuador, ha ratificado varios instrumentos que lo obligan respecto a Derechos Humanos, y en particular, en lo que respecta a la imprescriptibilidad y la tutela judicial efectiva, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la abundante jurisprudencia Internacional que gira en torno a la imprescriptibilidad emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de graves violaciones de Derechos Humanos.

Así como la sentencia emitida en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en la cual, la Corte ha establecido los primeros elementos que permiten determinar la importancia al dejar insubsistentes todos los elementos normativos jurídicos que impidan la investigación, así, se pronuncia determinado que los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes.⁴⁹

De igual manera en la sentencia emitida por la misma Corte, en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, encontramos otro elemento que permite construir el concepto de imprescriptibilidad frente a las graves violaciones de Derechos Humanos,⁵⁰ que podría decirse se ve reforzada en la sentencia *la Cantuta vs. Perú*, cuando se indica que la obligación de investigación y de sanción por parte del Estado, son más imperativos, y establece así mismo, que es necesario que con el fin de evitar la impunidad en estos hechos, elevando esta obligación a nivel de internacional, y reconociendo la subsidiaridad de las normas de Derecho Internacional ante la inoperancia e inaplicación de la norma interna. Da lugar a que ante la falta de norma expresa se aplicarán los principios que en el concierto internacional se convierten en normas de aplicación general, siempre propendiendo a garantizar el acceso a la justicia de las víctimas.⁵¹

Por otro lado, es pertinente indicar que la Corte en la sentencia *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* da aspectos relevantes a la imprescriptibilidad de dichos delitos y la necesidad de investigar y sancionar los hechos constitutivos de violaciones de Derechos Humanos, cuando indica que:

[S]u jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de figuras como la prescripción y la amnistía en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, que de manera clara ha establecido que: “El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y [eventualmente] sancionar a los responsables de los hechos de este caso surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. En ese sentido, el Tribunal ya ha señalado que [...]son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas” (San José: 26 de septiembre, 2006)

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia fondo, reparaciones y costas Goiburú y otros vs. Paraguay” (San José: 22 de septiembre, 2006)

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas La Cantuta vs. Perú” (San José: 29 de noviembre, 2006)

prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”⁵²

Dejando insubsistente este obstáculo de *jure* al cual se ha referido la Corte en sentencias como el caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, en el cual, la misma Corte se refiere a su jurisprudencia emitida respecto de los casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas y otras graves violaciones de Derechos Humanos, constituyendo un elemento fundamental la investigación seria, imparcial, y efectiva, como un deber jurídico propio orientado a la determinación de la verdad.⁵³

Por lo tanto, el tema de la imprescriptibilidad de los hechos constitutivos de graves violaciones de Derechos Humanos, podría ser esclarecido en la sentencia emitida en el caso Albán Cornejo vs. Ecuador, en la cual entre otros elementos se menciona que: “La prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional.”⁵⁴

A tal punto que es indiscutible que la normativa internacional y los fallos han sido reiterativos en determinar la improcedencia de la prescripción en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos; más aún cuando nuestra constitución presenta un panorama de “universalización de la capacidad para reclamar derechos.”⁵⁵

4. Medidas de reparación a las víctimas de los casos de graves violaciones de derechos humanos adoptadas en el Ecuador.

Con respecto a la reparación de las víctimas, se puede manifestar, que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se adoptaron varias disposiciones tal es así que existe una ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de Derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008.

Misma, que determina las medidas para la Reparación de las víctimas, de la siguiente forma:

1. Creación del Programa de Reparación por vía administrativa;
2. Derecho a recibir medidas individuales de reparación integral como rehabilitación física y atención psicosocial, supresión, a solicitud de parte, de todos los datos y antecedentes personales, búsqueda, localización y liberación de la persona desaparecida, declaratoria, a petición de parte, de muerte presunta y de la posesión definitiva de los bienes de las víctimas de desaparición forzada, capacitación laboral, formación técnica o asesoría para el desarrollo de iniciativas de inclusión económica, restitución de los apellidos paterno y materno, etc.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” (San José: 24 de noviembre, 2009), párrafo 129

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”(San José: 26 de mayo, 2010).

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de fondos, reparaciones y costas, Albán Cornejo vs. Ecuador” (San José: 05 de agosto, 2014).

⁵⁵ Agustín Grijalva Jiménez, “Panorama Básico de la nueva Constitución. Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador de 2008”, en Constitucionalismo en Ecuador, Agustín Grijalva Jiménez (Quito: Corte Constitucional, 2011), pág.27.

3. Indemnización por los daños materiales o inmateriales que se produjeron a consecuencia de las graves violaciones de derechos humanos;

4. Posibilidad de demandar judicialmente la reparación integral de los daños ocasionados por las graves violaciones de derechos humanos.

Ley de Víctimas, que dispone al Ministerio rector en materia de cultura dar inicio a la creación del Museo de la Memoria, dedicado a documentar y conmemorar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos en el Ecuador.

De igual manera como medidas de reparación se dio la emisión de la Resolución No. 198-DPE-CGAJ-2014, de fecha 13 de noviembre de 2014, en la que la Defensoría del Pueblo expidió las Directrices para regular el procedimiento para el programa de reparación por vía administrativa para las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos Documentadas por la Comisión de la Verdad; así como la implementación del Reglamento de Procedimiento para los Acuerdos Reparatorios, en donde constan los montos a pagarse por concepto de Indemnización y las medidas para su cumplimiento.

5. La razonabilidad del plazo y el acceso a la justicia como cumplimiento de los procesos de justicia transicional

La Corte indica en el Caso Molina Theissen Vs. Guatemala que las víctimas tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que el Estado debe investigar efectivamente los hechos, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales, lo cual ha sido considerado como un mecanismo de reparación.⁵⁶ A tal punto que la Corte ha determinado que, si bien los Estados pueden crear Comisiones de la Verdad que contribuyan a la construcción y preservación de la memoria histórica, esto no sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad, a través de procesos judiciales.⁵⁷

Siendo sumamente importante que para lograr dichos presupuestos se cumpla el derecho al debido proceso, como una de las garantías esenciales del procedimiento para la protección de los derechos pues permite la tutela judicial efectiva e implica el acceso a la justicia formal,⁵⁸ siendo un elemento para el cumplimiento la razonabilidad del plazo, que en palabras de la Corte es entendida como aquel derecho de acceso a la justicia, el derecho de las víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los responsables en el menor tiempo posible.⁵⁹

Determinando que en la razonabilidad debe considerarse: la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales; y, la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.⁶⁰

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108. Párr. 81.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. Nro. 232, párr. 135.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 107; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 155.

Factores determinantes en el acceso a la justicia entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como aquel derecho que no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, las cuales deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.⁶¹ Lo cual nos conlleva a pensar a la justicia como aquel conjunto de valores esenciales sobre los cuales debe basarse una sociedad y el Estado, que tienen relación tanto con el respeto, la equidad, la igualdad y la libertad.

Criterios que en la práctica veríamos no se han cumplido toda vez que en la mayoría de los casos siguiendo el criterio de Rochel, cuando señala “los factores que influyen para el desarrollo de un ambiente de maltrato y revictimizante en un ámbito judicial”⁶² se configurarían como los siguientes:

1.- Frustración de expectativas cuando no se llega a una condena⁶³.- Este aspecto se puede evidenciar claramente en varios de los procesos detallados en el presente trabajo ya que como todos sabemos hasta la actualidad no se tiene una sentencia, que permita determinar, el grado de responsabilidad, así como las medidas de reparación que se van a dictaminar en la mayoría de los casos.

2.- Versión de los hechos ante los victimarios⁶⁴.- Este aspecto también, se configura toda vez que en todos los casos se dio la toma de versiones, en donde estuvieron tanto los abogados, e incluso, algunos de los posibles responsables presentes, mientras las víctimas rendían sus versiones ante la fiscalía.

3.- Lentitud Procesal⁶⁵.- Este aspecto, es evidente, ya que “la jueza o juez, debe resolver la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”, aspecto que hasta la actualidad no ha ocurrido en la mayoría de casos estudiados.

Otros aspectos importantes, que se han vulnerado respecto al cumplimiento de la tan ansiada justicia, con respecto a las víctimas, siguiendo la línea de Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Elisa Coronel y Carlos Andrés Pérez, serían los siguientes:

1.- Asistencia a la salud mental, ya que por parte del sistema justicia, específicamente por parte de la Fiscalía, en ciertos casos debió coordinarse para poder brindar dicha asistencia a las víctimas.

2.- Excesivos tecnicismos jurídicos.- Ya, que hasta la actualidad se sigue discutiendo si se trata o no de un delito de lesa humanidad, cuando lo trascendental es que existió una violación a los derechos humanos.

Lo cual en síntesis evidencia que la respuesta de las Instituciones Judiciales, hasta el momento no es oportuna, y lo único que están ocasionando es que se continúe con la victimización, que ya se viene dando desde 1985 en algunos casos.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr.193.

⁶² Rochel S., *Revictimización y Justicia. Abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino*. (Universidad Buenos Aires, 2005).

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

Referencia bibliográfica

- Agustín Grijalva Jiménez, “Panorama Básico de la nueva Constitución. Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador de 2008”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Agustín Grijalva Jiménez, Quito: Corte Constitucional, 2011.
- Beristaín Carlos. *Diálogos sobre la reparación, qué repara en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito- Ecuador: Imprenta: MRG Diseño y producción Gráfica, 2009.
- Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 107; y Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. Nro. 232.
- Corte IDH. *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.
- Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de
- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas” San José: 26 de septiembre, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia” San José: 26 de mayo, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” San José: 24 de noviembre, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas La Cantuta vs. Perú” San José: 29 de noviembre, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de fondos, reparaciones y costas, Albán Cornejo vs. Ecuador” San José: 05 de agosto, 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia fondo, reparaciones y costas Goiburú y otros vs. Paraguay” San José: 22 de septiembre, 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser. L/V/II.68)
- De Greiff Pablo. *Reparations Efforts in International Perspectives: What Compensation Contributes to the Achievement of Imperfect Justice?* New York, Oxford
- Elster. Jhon. *Closing the Books, Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge University Press, 2004.
- Fiscalía General del Estado Ecuador (2013), véase en: <https://www.fiscalia.gob.ec/images/ciudadana/revista23.pdf>

- Fiscalía General del Estado Ecuador (2014), véase en: <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-presentara-pruebas-en-audiencia-de-juzgamiento-del-caso-lema/>
- Gómez Cristina. Perú y Colombia: un análisis comparativo de reparación dentro de los parámetros de la justicia transicional. Bogotá, Universidad Javeriana, 2009. Disponible en: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis104.pdf>. Quien cita a: TEITEL, Ruti G. —Genealogía de la justicia transicional, en Harvard Human Rights Journal, 2003 vol. 16.
- Hayner, Priscilla. *Verdades innombradas: el reto de las comisiones de la verdad*. España: Fondo de Cultura Económica de España, 2008.
- Instrucción Fiscal No. 26-2013-GCHZ “CASO LUIS VACA Y OTROS”
- OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1 24 abril 1997 <http://www.cidh.org/countryrep/ecuador-sp/indice.htm>
- ONU. Comisión de Derechos Humanos, 49vo periodo de sesiones. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1; Orentlicher, D. 2004
- Orozco Iván. *Justicia Transicional en el tiempo del deber de memoria*. Bogotá-Colombia: Temis, 2008.
- Przeworski, Adam. Algunos problemas en el estudio de la transición hacia la democracia. En *Transiciones desde un gobierno autoritario. Perspectivas comparadas*, Buenos Aires: Paidós, editado por O'Donnell, Schmitter, y Whitehead, 1988
- Rochel S., *Revictimización y Justicia. Abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino*. Universidad Buenos Aires, 2005.
- Rojas-Páez, G. y Guzmán-Rincón, A-M. (2016). ¿Más allá de la justicia correctiva?: potencialidades de la restitución de tierras en la superación de los conflictos armados. *Opinión Jurídica*, Vol. 15, N.º 29.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press.
- Uprimny Rodrigo y Saffon María Paula. *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia*. Santiago de Chile, Anuario CDH de la Universidad de Chile, 2006.
- Vargas Yangua Jeny Elizabeth. *La incidencia de los regímenes internacionales de derechos humanos en el modelo de justicia transicional ecuatoriano*. Quito-Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación, 2017.

DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho de propiedad desde la óptica del Tribunal Constitucional peruano (*)

The right to property from the perspective of the Peruvian Constitutional Tribunal

Reynaldo Mario Tantaleán Odar (**)

Sumario: Introducción. **1.** Sobre la definición de la propiedad. **2.** Sobre la diferencia con el contenido de protección civil. **3.** Sobre los límites del derecho a la propiedad. **4.** Sobre la trascendencia constitucional. **5.** Sobre la extensión a la propiedad pública. **6.** Sobre la propiedad de bienes comunales. – A manera de conclusión. – Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se hace un recorrido breve sobre la doctrina que ha ido construyendo el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propiedad, mostrando los aportes que se han hecho con las sentencias y otras resoluciones, pero también incidiendo en las esferas que faltan precisar. Para ello se han revisado algunas de las Resoluciones emitidas por este colegiado y se las agrupado según la temática abordada. **Palabras clave:** propiedad, propiedad constitucional, derecho a la propiedad.

Abstract: In this paper we make a brief overview of the doctrine that has been building the Constitutional Court on the right to property, showing the contributions that have been made with the judgments and other resolutions, but also affecting the areas that remain to be specified. To this end, some of the resolutions issued by this body have been reviewed and grouped according to the subject matter addressed.

Keywords: property, constitutional property, right to property

(*) Recibido: 20/05/2020 | Aceptado: 21/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

(**) 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

Introducción

El derecho a la propiedad, sin restarle importancia a los demás derechos, es uno de los de mayor envergadura, porque sustenta el aspecto patrimonial que rodea al ser humano, además de ser necesario para el despliegue completo de las demás esferas vitales y el desarrollo pleno del ser humano.

En esa línea no es tan complicado ubicar estudios sobre el derecho a la propiedad, pero casi siempre desde la perspectiva civil, porque el derecho civil o común tiene como base a la propiedad en su esfera patrimonial.

Sin embargo, conocido es el auge que ha ido ganando el derecho constitucional y la importancia con la que goza en la actualidad. Es por ello por lo que en el presente trabajo intentamos hacer un breve recorrido sobre lo que ha dicho nuestro Tribunal Constitucional acerca de este derecho, a fin de aproximarnos a la concepción constitucional que se tiene sobre él.

1. Sobre la definición de la propiedad

Con base en los artículos 70º y 2º incisos 8 y 16 de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional peruano ha concebido una definición clásica del derecho de propiedad entendiéndolo como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien¹.

Sin embargo, estos atributos deben entenderse conjuntamente, motivo por el cual el Tribunal ha considerado que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho no comprende a la posesión.²

En efecto, el Tribunal Constitucional recuerda que, si bien es cierto que el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional conforme lo establece la Constitución, no todos los aspectos que lo componen revisten especial relevancia constitucional, y esto último es lo que sucede precisamente con la posesión, la que, no obstante configurarse como uno de los elementos que integran a la propiedad, no pertenece a su contenido constitucionalmente protegido; por tanto, en síntesis, la posesión carece de protección en sede constitucional.³

Y por lo dicho se debe entender que quien debe demandar en sede constitucional es el real titular del bien, o sea el *dominus*, pues en caso contrario la demanda devendrá en improcedente por evidente falta de legitimidad para obrar,⁴ lo que también sucederá cuando el *dominus* haya consentido las resoluciones previas judiciales en su contra.⁵

¹ Expediente 04194-2010-PHC/TC

² Expediente 00011-2010-PI/TC

³ Expediente 03156-2018-PA/TC

⁴ Expediente 2146-2018-PA/TC

⁵ Expediente 03098-2018-PA/TC

2. Sobre la diferencia con el contenido de protección civil

Para el colegiado constitucional el concepto constitucional de propiedad difiere del contenido conferido a dicho derecho por el ordenamiento civil, de modo que, mientras que civilmente el objeto de la propiedad son los objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad se extiende también a la pluralidad de bienes inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que son susceptibles de apreciación económica,⁶ como sucede, por ejemplo, con las acciones de una sociedad anónima.⁷

3. Sobre los límites del derecho a la propiedad

En cuanto a los límites del derecho a la propiedad, el Tribunal destaca que la propiedad es un instituto constitucionalmente protegido al cual el Estado está en la obligación de garantizar su inviolabilidad, pero al mismo tiempo, de cuidar porque su ejercicio se realice en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley,⁸ lo cual hace referencia a la función social que el propio derecho de propiedad incorpora en su contenido esencial.⁹ Esta función social explica su doble dimensión y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada, pueda exigir un conjunto de deberes concernientes a su ejercicio, en atención al interés público.

Ello mismo exige también que las intervenciones del Estado sobre la propiedad privada se sustenten en el interés general para el logro del bien común, de ahí que las restricciones admisibles para el goce y ejercicio del derecho de propiedad deban estar establecidas por ley, ser necesarias y proporcionales, y hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.¹⁰

Con ello se quiere decir que el derecho a la propiedad, como todo derecho, goza de la característica de la relatividad.

Por ello, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no puede ser, en modo alguno, absoluta, debido a que se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho. Estas limitaciones legales tienen por fin armonizar el ejercicio del derecho de propiedad con el ejercicio de las restantes libertades individuales, así como con el orden público y el bien común.¹¹

Así, en el caso en que se acredite una violación del derecho a la propiedad por un ente estatal, se debe evaluar si la afectación ha devenido o no en irreparable, y en caso de acontecer esto último, o sea de ser irreparable la situación, solamente corresponde evitar que la autoridad emplazada vuelva a desplegar conductas o actividades que afecten la propiedad de los privados sin realizar el procedimiento

⁶ STC 0008-2003-AI/TC

⁷ Expediente 00228-2009-PA/TC

⁸ STC 00048-2004-AI/TC

⁹ STC 3347-2009-PA/TC

¹⁰ Expediente 02243-2010-PA/TC

¹¹ Expediente 00228-2009-PA/TC

de expropiación conforme a la Constitución y la ley. En tal sentido, si el daño ha devenido en irreparable, y estando acreditada la violación del derecho a la propiedad, debe reconocérsele al perjudicado el pago de una indemnización, sin embargo, tal monto debe ser determinado en la vía ordinaria.¹²

4. Sobre la trascendencia constitucional

Un tema espinoso es el referido a determinar cuándo se puede recurrir a la vía constitucional para la defensa del derecho a la propiedad y cuando no. Este es el tema de la delimitación de la trascendencia constitucional del derecho a la propiedad.

Sobre esta especial trascendencia constitucional de la propiedad, se ha dicho que, una cuestión no reviste especial trascendencia constitucional en los siguientes casos:

- Si una futura resolución del Tribunal Constitucional no soluciona ningún conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión que comprometa el derecho fundamental involucrado o se trata de un asunto que no corresponde resolver en la vía constitucional; o
- Si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado, sin que medien razones subjetivas u objetivas que habiliten a este órgano colegiado para emitir un pronunciamiento de fondo.¹³

Si bien teóricamente ambos supuestos son meridianamente claros, no sucede lo mismo en la realidad, y la delimitación definitiva le corresponde al criterio de los magistrados del Tribunal.

Veamos, en un caso se demandó la abstención de amenazar el derecho a la propiedad porque el demandado venía realizando trabajos de acondicionamiento de terrenos adjuntos al de la demandante, con tractores y maquinaria pesada, a fin de ejecutar un proyecto inmobiliario de venta de lotes, con lo cual se ponía en riesgo la estructura de diez pozas dedicadas a la acuicultura; sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que la cuestión de derecho en discusión carece de especial trascendencia constitucional, amén de que la amenaza denunciada no era cierta ni inminente.¹⁴

En otro caso se demandó amparo contra la orden municipal de demolición del tercer piso y de la azotea de propiedad de la demandante, aduciendo que nunca tuvieron conocimiento del inicio del procedimiento sancionador, ni del de ejecución coactiva, y que cuando adquirió el bien no pesaba sobre él ninguna carga, gravamen, medida administrativa o judicial. Aquí el Tribunal Constitucional rechazó la demanda porque se demostró que la licencia para construcción con la que contaba la actora se había vencido y que sí había participado en el procedimiento administrativo, donde se habían resuelto negativamente sus recursos.¹⁵

¹² Expedientes 00116-2013-PA/TC y 00789 2014-PA/TC

¹³ Expedientes 00987-2014-PA/TC, 02136-2014-PA/TC y 03812-2017-PA/TC

¹⁴ Expedientes 05453-2016-PA/TC

¹⁵ Expedientes 06751-2015-PA/TC

Estos primeros casos no son tan complicados, en cambio, en otro se resolvió que no formaba parte contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la propiedad y al debido proceso, el hecho de que una señora requería que se le permita el goce de su propiedad, específicamente, hacer uso de su derecho al servicio de garaje en su condominio, puesto que el demandado, en su condición de presidente de la junta vecinal del condominio, no le otorgaba la clave de ingreso al garaje. Se sustentaba el colegiado en que estamos ante un problema surgido en torno a zonas de propiedad común de un condominio sujeto a las reglas de propiedad horizontal, donde las eventuales desavenencias que surjan en zonas comunes deberán, en principio, ser resueltas por la judicatura ordinaria a no ser que se sustenten en la afectación o amenaza de conculcación de un derecho fundamental.¹⁶

Ad empero, en un anterior expediente el propio Tribunal afirmó que, en la esfera de la propiedad horizontal, este derecho comprende también las zonas comunes, por lo que su natural corolario es la imposibilidad de limitar el derecho al libre tránsito en dichos espacios.¹⁷

Y en otro interesante caso se demandó el amparo porque existía la amenaza por parte de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales quien había solicitado que el actor desocupe un inmueble, debido a que se encontraba ubicada en una zona de playa protegida e inscrita a favor del Estado. Aquí el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda porque estimaba que no había amenaza alguna pues, la cuestión litigiosa planteada, radicaba en determinar si el área en disputa le pertenecía al recurrente o al Estado, asunto que no solo no constituye una amenaza, sino que, además, no corresponde ser dilucidado en sede constitucional. No obstante, en dicho fallo se pueden ubicar hasta tres votos singulares en los que se dijo que el hecho de que no se haya permitido al demandante participar en el procedimiento de primera de dominio que dio lugar a la apertura de la Partida Electrónica correspondiente, en perjuicio de su título de propiedad inscrito de manera previa, podría configurar una incidencia negativa y arbitraria sobre sus derechos de propiedad y al debido proceso, por lo que correspondía a la justicia constitucional conocer el asunto y resolver.¹⁸

5. Sobre la extensión a la propiedad pública

Desde otra óptica, se ha estipulado que los atributos del derecho de propiedad no se agotan en el respeto de la propiedad privada, sino que comprende también la obligación de proteger y garantizar la propiedad pública. Ciertamente, el artículo 70º de la Ley Fundamental no diferencia entre propiedad pública y privada, de modo que las inmunidades, garantías y deberes que se han expresado para la propiedad privada también se extienden a la propiedad pública. Ergo, no hay impedimento para que la propiedad pública pueda ser tutelada con el mismo fundamento que la propiedad privada.¹⁹

Por ello es que al resolver un caso donde un grupo de privados reclamaba propiedad sobre un bien estatal, el Tribunal se pronunció tajantemente en que sobre

¹⁶ Expedientes 00383 2015-PA/TC

¹⁷ Expedientes 04194-2010-PHC/TC

¹⁸ Expediente 00153-2017-PA/TC

¹⁹ STC 00048-2004-PI/TC

dicha área era imposible alcanzar titularidad, debido a que se trataba de un bien de dominio público.²⁰

6. Sobre la propiedad de bienes comunales

Para ir culminando, tenemos que en un caso bastante interesante el presidente de una Comunidad Nativa demandó amparo en contra de la Dirección Regional de Agricultura, la jefatura de la Zona Registral, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, y una Empresa Plantaciones, porque la Dirección Regional de Agricultura había expedido constancias a favor de 222 personas ajenas a la comunidad, reconociéndoles posesión sobre territorios que eran de propiedad de una comunidad indígena ancestral. En la demanda se agregó que la empresa venía ejecutando actos de depredación ambiental en bosques y otras formaciones boscosas.

En este caso el Tribunal Constitucional consideró que lo alegado por la parte demandante tenía estrecha relación con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la propiedad y el medio ambiente de los pueblos indígenas que ameritaban un análisis respecto del fondo de la controversia, motivo por el cual ordenó la admisión de la demanda.²¹

En síntesis, las propiedades de las comunidades nativas y campesinas si bien tienen una categorización especial, no por ello pierden la calidad de propiedad privada de dichas comunidades, por lo que pueden defenderse como lo haría cualquier particular respecto de sus bienes.

A manera de conclusión

Al revisar brevemente algunos de los fallos del Tribunal Constitucional peruano nos damos cuenta de que hay un desarrollo interesante del derecho a la propiedad, aunque no es menos cierto que este se cimienta en el desarrollo desplegado por el ordenamiento civil.

Sin embargo, queda latente el tema de la delimitación constitucional de este atributo, lo cual no es diáfano y puede desembocar en una suerte de inseguridad al momento de recurrir a la vía constitucional para la defensa efectiva de este derecho.

Referencias

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00011-2010-PI/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00011-2010-PI/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00153-2017-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00228-2009-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00228-2009-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02243-2010-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03098-2018-PA/TC

²⁰ Expediente 00011-2010-PI/TC

²¹ Expediente 03696-2017-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03156-2018-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03696-2017-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 04194-2010-PHC/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 2146-2018-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expedientes 00116-2013-PA/TC y 00789 2014-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expedientes 00383 2015-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expedientes 00987-2014-PA/TC, 02136-2014-PA/TC y 03812-2017-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expedientes 04194-2010-PHC/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expedientes 05453-2016-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. Expedientes 06751-2015-PA/TC
Tribunal Constitucional del Perú. STC 00048-2004-AI/TC
Tribunal Constitucional del Perú. STC 00048-2004-PI/TC
Tribunal Constitucional del Perú. STC 0008-2003-AI/TC
Tribunal Constitucional del Perú. STC 3347-2009-PA/TC

Da função social da propriedade e formação das cidades brasileiras (*)

The social function of ownership and formation of Brazilian cities

La función social de la propiedad y formación de las ciudades
brasileñas

Claudine Áurea Guimarães Sampaio Maia¹

Tácito Quadros Maia²

Thiago Vasconcelos Modenesi³

Sumário: Introdução. **1.** Do processo de formação das cidades brasileiras e de seus principais condicionantes. **2.** A evolução constitucional brasileira do conceito de propriedade e da função social da propriedade. – Conclusões. – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente ensaio trata da evolução do conceito da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro e como esse entendimento afetou o desenvolvimento das cidades brasileiras. O ensaio está lastreado numa abordagem qualitativa e em uma revisão bibliográfica embasando os argumentos apresentados. O texto evolui a partir de uma apresentação da origem do conceito de direito de propriedade passando pela evolução do conceito dentro do ordenamento jurídico brasileiro e uma apresentação da evolução das cidades brasileiras e da relação entre está e o Direito, especialmente a introdução do conceito de função social na Constituição e nas leis para concluir que, apesar da

(*) Recibido: 29/04/2020 | Aceptado: 24/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

¹ Mestre UNIFG.
claudineaurea.adv@gmail.com

² Doutorando, *Université de Bordeaux*.
tqm.eng@gmail.com

³ Doutor UFPE.
thiagomodenesi@hotmail.com

evolução teórica do conceito e da sua inserção na constituição em leis como o Estatuto das Cidades a prática demonstra que estas não tem sido aplicadas para a construção de cidades mais integradas com justiça social.

Palavras-chaves: Direito de propriedade, função social, direito a cidade, cidades brasileiras, cidade, território.

Abstract: This essay deals with the evolution of the concept of the social function of property in the Brazilian legal system and how this understanding has affected the development of Brazilian cities. The essay is supported by a qualitative approach and a bibliographic review supporting the arguments presented. The text evolves from a basic presentation of the origin of the concept of property right through the evolution of the concept within the Brazilian legal system and a presentation of the evolution of Brazilian cities and the relationship between this and the law, especially the introduction of the concept of function social in the constitution and in the laws to conclude that, despite the theoretical evolution of the concept and its insertion in the constitution in laws such as the Statute of Cities, practice demonstrates that these have not been applied to the construction of cities more integrated with social justice.

Keywords. Property rights, social function, city rights, Brazilian cities, city, the territory.

Resumen: Este ensayo trata de la evolución del concepto de la función social de la propiedad en el sistema legal brasileño y cómo este entendimiento afectó el desarrollo de las ciudades brasileñas. El ensayo se basa en un enfoque cualitativo y en una revisión bibliográfica basada en los argumentos presentados. El texto evoluciona desde una presentación del origen del concepto de derecho de propiedad a una presentación de la evolución del concepto dentro del sistema jurídico brasileño y una presentación de la evolución de las ciudades brasileñas y la relación entre éste y la Ley, especialmente la introducción del concepto de función social en la Constitución y en las leyes para concluir que, a pesar de la evolución teórica del concepto y su inserción en la Constitución en leyes como el Estatuto de las Ciudades, la práctica demuestra que éstas no se han aplicado para la construcción de ciudades más integradas con la justicia social.

Palabras clave: Derechos de propiedad, función social, derechos de ciudad, ciudades brasileñas, ciudad, territorio.

Introdução

O presente ensaio procura traçar um paralelo entre a evolução do conceito da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro e o desenvolvimento das cidades brasileiras. O ensaio está lastreado numa abordagem qualitativa e em uma revisão bibliográfica embasando os argumentos apresentados.

Inicialmente foi realizada uma pesquisa sobre o histórico do desenvolvimento das cidades brasileiras partindo das primeiras ocupações até chegar aos dias atuais. Em seguida foi estudado o histórico do conceito de direito de propriedade e da função social da propriedade, buscando contextualizar historicamente como a aplicação desse entendimento jurídico moldou as cidades brasileiras e como pode contribuir na construção de outros modelos de cidade na época presente.

O direito de propriedade, na lição de Plácido e Silva, pressupõe sempre a existência de um bem ou de uma coisa determinada, sobre a qual incide a ação de seu titular, o proprietário, e a proteção legal, emanada da *norma agendi*, que permite que este bem ou coisa determinada esteja submetida a seu poder, inicialmente pelo modo mais amplo. Em princípio e historicamente, direito de propriedade é por sua natureza, absoluto e exclusivo, decorrente da maneira como os romanos tratavam seus bens e as repercussões legais frente à terceiros (SILVA, 2004).

Os romanos o definam: *Dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur* (“O domínio é o direito de usar, fruir e dispor do que é seu, quanto o permite a razão do direito”)⁴. Nas primeiras construções legais do direito romano, era essencial a manutenção do *pater familias*, sendo que o termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governado por um patriarca. Estranhos não poderiam penetrar na propriedade sem ofender as entidades protetoras do lar. A propriedade era absoluta, sujeita apenas ao poder ilimitado do proprietário. Sendo proprietário de algo, tudo poderia ser feito, de qualquer forma, sem que terceiros, inclusive o Estado, intervissem (SILVA, 2004).

No transcurso do tempo e com as modificações sociais ocorridas, a absoluta liberdade de dispor da propriedade começa a ser questionada em face dos abusos de poder e da violência para a manutenção da proteção ilimitada do direito à propriedade privada. Novos tempos e novas formulações de poder e o Estado intervencionista surge como um meio de fracionar o direito de propriedade, dando limites ao mesmo.

A primeira noção de função social da propriedade foi concebida no início do século XX, por León Duguit. O jurista francês foi quem, melhor que qualquer outro, despertou a atenção dos juristas para as transformações que se vinham processando, desde algum tempo, e em ritmo acelerado, na esfera do direito de propriedade, conferindo a este instituto uma noção jurídica nova. Na visão de Duguit, o Estado não é um poder soberano, mas apenas uma [instituição](#) que cresce da necessidade de organização social da humanidade. Os conceitos de [soberania](#) e [direito subjetivo](#) são substituídos pelos de [serviço público](#) e [função social](#) (BARRETO, 2005).

Em oposição às doutrinas individualistas sustentadas até então, o autor defendeu que a propriedade é uma instituição jurídica que, como qualquer outra, formou-se para responder a uma necessidade econômica e, neste ensejo, evoluiu de acordo com tais necessidades. Para Leon Duguit, alguém na situação jurídica de proprietário teria o encargo de empregá-la no incremento da riqueza e do bem

⁴ <http://www.encyclopedia-juridica.com/pt/d/dominium-est-jus-utendi-fruendo-et-abutendi-re-sua-quotenus-juris-ratio-patitur/dominium-est-jus-utendi-fruendo-et-abutendi-re-sua-quotenus-juris-ratio-patitur.htm>

comum. Duguit modula sua própria teoria, de ser a propriedade uma função social, ao revés de ter uma. Imputa-lhe, ademais, um caráter socializante.

Essa nova concepção do direito de propriedade avança do Direito Civil⁵ para ser abrangida no Direito Constitucional, lei máxima de um Estado, e com função garantidora de direitos e deveres, individuais e coletivos. Avança ao Direito Público, mas não transige do seu lugar de pertencimento no Direito Privado como lecionam Cristiano Chave e Nelson Rosenvald,

Apesar da abordagem constitucional da propriedade é um equívoco acreditar que o seu regramento foi subtraído pelo Direito Público. A propriedade ainda formalmente privada, porém materialmente social. É privada na forma e estrutura, pois o domínio é exclusivo; mas é social na destinação e controle de legitimidade e merecimento (Farias e Rosenvald, 2006, p. 235)

O vocábulo Função deriva do latim *functio*, de *fungi*, e significa exercer, desempenhar, significando ainda, na língua portuguesa, obrigação a cumprir, papel a desempenhar; e ainda uso a que se destina algo, utilidade, emprego, serventia. No dicionário Houaiss da Língua Portuguesa são inúmeras as maneiras de empregar e designar aplicações de utilização, da gramática à matemática. Como função social indica a necessidade de exercer o direito de propriedade de modo a atender objetivos e interesses comuns junto à comunidade ou sociedade.

A função social da propriedade ainda é um conceito jurídico aberto (ou indeterminado), carecendo de regulamentação, mantido o direito de propriedade como uma garantia individual da propriedade, porém relativizado pelo interesse social ou a busca do bem-estar de toda a coletividade, objetivo maior a ser buscado na estrutura da sociedade brasileira.

A pesquisa, tanto da história e desenvolvimento do direito de propriedade como da formação das cidades brasileiras, aponta para a interconexão dos dois assuntos, sendo as cidades fruto da aplicação direta do direito e este, produto de tensões e lutas sociais geralmente aderente e servidor a uma classe política e economicamente dominante.

Iniciamos a análise com a construção das primeiras cidades no Brasil Colônia até as metrópoles de hoje, resultantes desse intrincado processo relacional interconectado entre direito e cidades.

1. Do processo de formação das cidades brasileiras e de seus principais condicionantes

A estratégia de ocupação do território brasileiro pelos portugueses se efetivou através de delegação à fidalgos também de origem portuguesa do ônus de ocupar e fazer a terra produzir, permitindo-lhe a exploração de grandes extensões de terra. Embora o termo função social não tenha sido expresso, pode-se entender que na prática a distribuição de terras no Brasil-colônia já demandava um uso efetivo e

⁵ Ramo do Direito que trata do conjunto de normas reguladoras dos direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos seus direitos e obrigações, aos bens e às suas relações, enquanto membros da sociedade.

produtivo com ocupação, trabalho e a sub-distribuição com fim de aumentar a população da colônia.

Após as três primeiras décadas, marcadas pelo esforço de garantir a posse da nova terra, a colonização começou a tomar forma. Como aconteceu em toda América Latina, o Brasil viria a ser uma colônia cujo sentido básico seria o de fornecer ao comércio europeu gêneros alimentícios ou minérios de grande importância. A política da Metrópole portuguesa consistirá no incentivo à empresa comercial, com base em uns poucos produtos exportáveis em grande escala e assentada na grande propriedade. Essa diretriz deveria atender aos interesses de acumulação de riqueza na Metrópole lusa, em mãos de grandes comerciantes, da Coroa e seus afiliados. Como Portugal não tinham controle dos circuitos comerciais na Europa, controlados, ao longo dos anos, principalmente por espanhóis, holandeses e ingleses, a mencionada diretriz acabou por atender também ao conjunto da economia europeia. A opção pela grande propriedade ligou-se ao pressuposto da conveniência da produção em larga escala. Além disso, pequenos proprietários autônomos tenderiam a produzir para a sua subsistência, vendendo no mercado apenas um reduzido excedente, o que contrariaria os objetivos da Coroa e dos grandes comerciantes (FAUSTO, 2013, p. 44).

Neste período, a construção das cidades atendeu à demanda econômica, militar e de consolidação do poder imperial na Colônia recém conquistada. Desse modo, foram definidas as localizações das primeiras cidades e o seu desenho urbano uma resultante da interpenetração do direito canônico e da legislação portuguesa, como as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manoelinas e as Ordenações Filipinas. Esta primeira cidade colonial tem um desenho urbano anteriormente concebido na Metrópole que prevê nas primeiras cidades coloniais o estabelecimento de um quadrado de funções oficiais com uma Câmara Municipal com atribuições administrativas, funções acumuladas de gerir os recursos disponíveis, aplicar a justiça e fazer cumprir a lei, com uma Igreja Católica para garantir os preceitos religiosos, e uma Torre de Vigilância para a defesa do território, modelo a ser replicado em outras cidades ao longo do litoral, a exemplo de Salvador e Olinda.

Devemos por último fazer referência especial a um órgão de poder constituído de membros da sociedade: as Câmaras Municipais, com sede nas vilas e nas cidades. Elas eram compostas de membros natos, ou seja, não eleitos, e de representantes eleitos. Votavam nas eleições, que eram geralmente indiretas, os “homens bons”, ou seja, proprietários residentes na cidade, excluídos os artesãos e os considerados impuros pela cor e pela religião, isto é, negros mulatos e cristãos-novos. O campo de atividade das câmaras municipais variou muito, nos primeiros tempos da Colônia, Câmaras como as de São Luiz, Rio de Janeiro e São Paulo tornaram-se de fato a principal autoridade das respectivas capitanias, sobrepondo-se aos governadores e chegando mesmo, em certos casos, a destituí-lo. Posteriormente, seu poder diminuiu, refletindo a concentração da autoridade nas mãos dos representantes da Coroa.

As câmaras possuíam finanças e patrimônio próprios. Arrecadavam tributos, nomeavam os juizes, decidiam certas questões, julgavam crimes como pequenos furtos e injúrias verbais, cuidavam das vias públicas, das fontes e chafarizes incluídos no seu patrimônio. Elas foram controladas, sobretudo até meados do século XVII, pela classe dominante dos proprietários rurais e expressavam seus interesses. As câmaras de Belém e São Paulo, por exemplo, procuraram garantir o direito de organizar expedições para escravizar os índios, e as do Rio de Janeiro e Bahia muitas vezes e estabeleceram moratório para as dívidas dos senhores de engenho e combateram os monopólios comerciais. Graças ao seu enraizamento na sociedade, as Câmaras Municipais foram um único órgão que sobreviveu por inteiro e até se reforçou após a independência (FAUSTO, 2013, pp.57-58).

A população era predominantemente dispersa na zona agrícola, voltada ao propósito de ocupação e colonização do território, não havendo nenhuma ação do reino português voltada ao planejamento urbano com o fito de proporcionar moradia, cabendo aos titulares das Capitânicas Hereditárias e Sesmarias as distribuições de terra voltadas para produção de bens agrícolas. Esta ausência do estado perdurou por muitos anos como, Ermínia Maricato (2003, p. 151) no texto *Metrópole, Legislação e Desigualdade* afirma:

Não é correto afirmar que as cidades brasileiras não tinham importância no período imperial ou colonial, como corrige Francisco de Oliveira (Oliveira, 1984). As metrópoles tinham uma importância especial por seu papel como lugar de financiamento e comercialização dos bens primários exigidos pelo mercado europeu. Salvador tinha, em 1780, mais de cinquenta mil habitantes, somando os moradores do centro e de 21 freguesias, que incluíam os subúrbios (Cedu, 1978). Era a maior metrópole das Américas segundo Milton Santos (Santos, 1993). Apesar dos grandes e importantes pólos, que representavam o Brasil urbano, até o final do século XIX, a grande maioria da população permaneceu no campo. A julgar pelas fontes disponíveis, a população urbana totalizava entre 6,8 a 10% em 1890.

Deste texto pode-se perceber que, apesar da grande importância das cidades no desenvolvimento da colônia durante os séculos XVIII e XIX - período áureo da exploração açucareira e aurífera, as cidades não haviam passado pela explosão demográfica que ocorreria no curso do século XX e que viria trazer o homem do campo para o território urbano de maneira absurdamente rápida, concentrando mais de 70% da população brasileira nas cidades (SANTOS, 2018, p. 31).

Deve-se observar outro contexto mais grave: a correlação com o processo do fim da escravidão formal, as novas atividades econômicas desenvolvidas no período, o surgimento e a consolidação das atividades industriais, e como resposta à nova demanda por mão-de-obra nas cidades, tem-se o início das primeiras ocupações subnormais ou favelas em função da legislação existente na qual, além de não haver nenhuma noção de função social da propriedade, na realidade trazia no seu ordenamento jurídico instrumentos os quais aumentavam a exclusão social.

Apenas duas semanas depois, dia 18 de setembro de 1850, surgiu a Lei de Terras. A mesma veio como uma resposta da elite agrária brasileira para os escravos que acreditavam que com sua liberdade, iriam poder acessar a todos os direitos de cidadãos brasileiros. Essa lei dispôs normas sobre a venda, a posse e a utilização de terras a partir do Segundo Reinado. Ela surgiu para manter a concentração agrária nas mãos de poucos, favorecendo assim, os grandes proprietários rurais, visto que tornou a compra/venda como única forma para o acesso à terra, ela passou a assumir o status de propriedade privada. Com esses novos parâmetros, o preço das terras aumentou, inviabilizando assim a posse de terras por pessoas de baixa renda e/ou escravos (as recém-libertos (COSTA; AZEVEDO, 2003, p. 146).

Durante o período pós-escravidão, nas principais cidades do Brasil, como Rio de Janeiro e Fortaleza, as saídas encontradas pelos descendentes de escravos e pelas pessoas de baixa renda foi a moradia em favelas, levantamentos de autoconstruções e a ocupação de espaços tidos como cortiços que, segundo Valladares (1998, p. 07) eram “considerado [...] como o lócus da pobreza, espaço onde residiam trabalhadores e se concentravam, em grande número vadios e malandros, a chamada ‘classe perigosa’”(COSTA; AZEVEDO, p. 149).

As cidades continuaram com seu ciclo de desenvolvimento mantendo a exclusão social. Com o crescimento das cidades e a formalização do direito

imobiliário, ainda alicerçado no direito de propriedade absoluto, os pobres foram empurrados para as periferias, conforme nos ensina Raquel Rolnik (1997, p. 47):

A constituição de um mercado imobiliário dual, no qual os pobres estavam alocados na periferia, começou com a proibição de instalar cortiços na zona central definida pelas posturas de 1886 e reiterada pelo Código Sanitário 1894, que proibia terminantemente a construção de cortiços e permitia a construção de vilas operárias higiênicas fora da aglomeração urbana: A lei 498, de 1900, isentou de impostos municipais os proprietários que construíssem vilas operárias de acordo com o padrão municipal e fora do perímetro urbano, delimitado por esta lei.

Nota-se que, embora a legislação aparentasse uma preocupação com a noção de função social da propriedade, estava, na realidade, mascarando o real interesse de diferenciação social pela gentrificação das áreas centrais com expulsão dos pobres. Todo esse contexto histórico de desigualdades tendo o direito como instrumento de dominação e defesa do *status quo* no campo e nas cidades, levaram à atual formação da maioria das cidades brasileiras onde imperam, ou bairros pobres em zonas periféricas e sem infraestrutura adequada, ou centros de cidades degradados e abandonados, carecendo de atendimentos e manutenções tanto da esfera pública quanto rechaçados por serviços privados, excetuando-se as monopólicas concessões de fornecimento de água ou energia elétrica. Citando Maricato,

O processo de migração intensa para grandes cidades, capitais e suas periferias, aliado à altas taxas de natalidade da população e à ausência e inadequação das políticas urbanas e habitacionais no Brasil, contribuiu para uma onda de explosão das periferias por parte das famílias das classes trabalhadoras que sem contar com ajuda ou apoio do Estado, viram-se obrigadas a construir suas próprias casas, bairros e infra-estruturas sob sacrifícios intensos e duradouros (MARICATO, 1975).⁶

Esta opção pelo embelezamento de parte da cidade com a exclusão dos pobres, o uso intenso das áreas urbanas com a impermeabilização do solo, elevada concentração com a construção de prédios de apartamentos cada vez maiores, o aumento da necessidade de transporte, acabaram moldando as principais cidade brasileiras nos moldes das reformas de Saturnino Braga no Rio de Janeiro.

As reformas urbanas, realizadas em diversas cidades brasileiras entre o final do século XIX e início do século XX, lançaram as bases de um urbanismo moderno 'à moda' da periferia. Realizavam-se obras de saneamento básico para eliminação das epidemias, ao mesmo tempo em que se promovia o embelezamento paisagístico e eram implantadas as bases legais para o mercado imobiliário de corte capitalista. A população excluída desse processo era expulsa para os morros e franjas da cidade. Manaus, Belém, Porto Alegre, Curitiba, Santos, Recife, São Paulo e especialmente o Rio de Janeiro são cidades que passaram por mudanças que conjugaram saneamento ambiental, embelezamento e segregação territorial, nesse período. (MARICATO, 2013, p. 17)

São exemplos as profundas e impactantes intervenções de estruturação viária como as avenidas Rio Branco e Presidente Vargas no Rio de Janeiro e, mais tardiamente, as obras de modernização ocorridas em Salvador na década de 1950. Esta opção de gestão do território, ignorando totalmente a previsão constitucional

⁶MARICATO 1975 apud COMARU, Francisco. BARBOSA, Benedito, UFBA 2019. p.09.

da função social da propriedade, resultou em consequências várias que perduram até os dias atuais.

As décadas perdidas não são as únicas a registrarem as origens do que podemos chamar de tragédia urbana brasileira – enchentes, desmoronamentos, poluição dos recursos hídricos, poluição do ar, impermeabilização da superfície do solo, desmatamento, congestionamento habitacional, reincidência de epidemias, violência etc. O crescimento urbano sempre se deu com a exclusão social desde a emergência do trabalhador livre na sociedade brasileira, que é quando as cidades têm de ganhar nova dimensão e tem início o problema da habitação. (MARICATO, 2013, p. 22).

A próxima etapa na evolução das cidades coincide com golpe militar de 1964 e a criação do Banco Nacional da Habitação – BNH juntamente com o Sistema Financeiro de Habitação -SFH regulamentado pela Lei nº 4.380, de 1964. Pela primeira vez, de modo concentrado o Estado, via Governo Federal disponibilizava um sistema de financiamento lastreado com recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e pelas cadernetas de poupança privadas.

A ênfase principal foi o estímulo aos setores associados à construção civil, especialmente visando a redução do desemprego e o aquecimento da economia, priorizando a quantidade de unidades produzidas, ao menor custo possível. Mais uma vez os ditames constitucionais de direitos individuais e função social da moradia foram ignorados havendo pouca (ou nenhuma) preocupação com a qualidade dos projetos habitacionais, tampouco participação dos adquirentes ou beneficiários, os chamados mutuários, em quaisquer etapas do planejamento e execução das obras.

Os conjuntos destinados a população de baixa renda foram localizados nas franjas urbanas, onde a terra era barata, distante do trabalho, sem infra-estrutura e equipamentos, repetindo o mesmo modelo já apontado nas críticas de Raquel Rolnik e Ermínia Maricato.

A opção política ainda prejudicou os mais pobres pois os dados apontam que cerca de apenas 33,6% das habitações foram destinadas aos setores ditos populares e dentro deste, menos de 6% foram reservadas às populações com renda inferior a três salários mínimos.

Além disso, mais uma vez, a hegemonia do mercado sobre a produção habitacional fez com que as classes populares permanecessem excluídas, de modo que Cymbalista e Moreira (2006) evidenciam que, considerando todo o período de atuação do BNH, apenas 33,6% das habitações foram destinadas aos setores populares, sendo que menos de 6% foram reservadas às populações com renda inferior a três salários mínimos. Bonduki (2004, p.74) afirma que “ao longo dos anos 80, o problema da moradia agravou-se dramaticamente em São Paulo. As favelas cresceram mais de 1000% entre 1973 e 1987, atingindo quase um milhão de favelados em mais de 1600 núcleos (LIMA; ZANIRATO, 2014).

O efeito perverso sobre as cidades se repete. As favelas e os empreendimentos irregulares cresceram em todas as grandes cidades, mesmo em Brasília, recém construída em 1964. Nas décadas de 1970 e 1980, os problemas urbanos e ambientais se agravaram, ampliando a área urbana com vazios e falta de continuidade de serviços, demandando elevados investimentos em malha viária, abastecimento de água e sistema de tratamento de esgotos (ainda precário em várias cidades a exemplo de Recife na década de 2020).

O Brasil passa por um processo de redemocratização com eleições indiretas em 1994 assumindo o governo José Sarney. Sarney extingue o BNH em 21 de novembro de 1986, e toda a formulação de política habitacional e desenvolvimento urbano ficam sob a responsabilidade do Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (FIX, 2011, p.111). No período do governo Sarney é promulgada a Constituição Federal de 1988, onde foram inseridos os artigos de função social da propriedade. Embora seja chamada de Constituição Cidadã, o direito à moradia só foi incluído no capítulo dos Direitos Sociais pela Emenda Constitucional 26 em 2000.

O governo de Fernando Collor iniciado em 1990 e concluído por Itamar Franco em 1994, tampouco destina qualquer ação articulada para o desenvolvimento das cidades, no que também é repetido por Fernando Henrique Cardoso no período de 1994 até 2002, seguindo uma agenda neoliberal com reformas estruturais e gerenciais no Estado, excluindo sua responsabilidade por políticas de desenvolvimento ordenado das Cidades e o exercício da função social da propriedade.

O volume de recursos e a quantidade de financiamento concedido expressam uma política habitacional errática e tratada de modo clientelista e assistencialista, a dissolução das estruturas institucionais e a ausência de uma reestruturação do sistema. As propostas de política habitacional eram pró-mercado, mediante a criação de condições favoráveis para que as empresas privadas promovessem habitação social. O governo reconhecia em documentos a necessidade de concessão de subsídios aos mais pobres, mas nenhuma proposta ou ação foi feita nesse sentido, ao menos no âmbito nacional (FIX, p.116)

No governo de Fernando Henrique Cardoso foi aprovado o Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257, aprovada em 10 de julho de 2001 para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelecer as diretrizes gerais da Política Urbana. Aprovou a demanda da política urbana que já se arrastava no Congresso Nacional há mais de treze anos aguardando a regulamentação porém não avançando na implementação da mesma.

Voltando o foco a condução exigida do proprietário, a diretriz a ser seguida pelo plano diretor é impedir a retenção especulativa e inadequada utilização do imóvel que acabem por interferir nos projetos de desenvolvimento urbano. (...) A propriedade urbana que não atende a sua função social é aquela que frustra três requisitos alternativos: a) não estar edificada; b) estar subutilizada; c) não está sendo utilizada (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 215).

O governo de Luís Inácio Lula da Silva, iniciado em 2003 abraça a proposta da campanha eleitoral e assume a Política Urbana no Brasil, pauta iniciada nos anos de 1960 porém interrompida pelo Golpe Militar de 1964. O Ministério das Cidades é criado, sendo elaborada a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e legislação de apoio. O principal eixo de investimentos em obras urbanas estruturantes veio com o lançamento do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em janeiro de 2007 e a principal política de habitação, o Programa Minha Casa Minha Vida – MCMV instituído pela Lei nº. 11.977 de 07 de julho de 2009.

A ênfase principal foi o estímulo à economia e o chamado efeito anticíclico para combater a crise mundial de 2008 tendo como carro chefe os setores associados à construção civil, especialmente visando a redução do desemprego e o aquecimento da economia, priorizando a velocidade e quantidade de unidades produzidas.

Repetindo a velha receita, com pequenas mudanças como a participação da sociedade via conselhos, mais uma vez os ditames constitucionais de direitos individuais e função social da moradia foram ignorados mesmo sendo, até agora, a melhor versão constitucional e de legislação infraconstitucional existente.

Como ponto positivo, o ataque ao déficit habitacional com a construção de mais de sete milhões de novas moradias e a implantação de obras de grande porte de saneamento, portos, e a experiência de financiamento a organizações do movimento social com o Fundo de Desenvolvimento Social – FDS na área urbana e o Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR a zona rural.

Esta foi uma época de grande intervenção nas cidades com recuperação de áreas degradadas, intervenção de urbanização de favelas, promoção de inclusão social como efeito da redução do desemprego decorrente das obras públicas estruturantes do PAC e habitacionais do MCMV e, quanto a função social da propriedade, a ampliação das regularizações fundiárias mesmo em áreas pertencentes ao Estado.

2. A evolução constitucional brasileira do conceito de propriedade e da função social da propriedade

A evolução do direito de propriedade ocorreu no período de vigência das Constituições do Brasil, iniciando com um caráter individualista, como se constata na Constituição de 1824 e se desenvolvendo de maneira a evoluir e retroceder, ampliando e reduzindo, até a cristalização da função social da propriedade na Constituição Federal de 1988.

A história constitucional brasileira é inaugurada com a Constituição Política do Império do Brasil, primeira [constituição](#) brasileira, outorgada em 25 de março de 1824 e revogada em 24 de fevereiro de 1891. A Constituição de 1824 é o ordenamento que define as primeiras bases do Estado Brasileiro como uma nação, não mais como uma colônia portuguesa.

A Constituição Imperial de 1824 estabeleceu, que: “É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização” (Constituição Federal de 1824, art. 179, inciso XXII).⁷

A possibilidade de desapropriação não estava ligada a forma do exercício dos atributos da propriedade, não tinha o caráter de punição ao proprietário, pois a desapropriação poderia ocorrer mesmo com os bens exercendo função social, desde que tivesse uma indenização em dinheiro. O determinante para o caráter

⁷ XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

expropriatório do bem seria necessidade pública o que justificaria a transferência de um bem privado para o patrimônio.

A Constituição de 1824 vigeu por sessenta e cinco anos até a ocorrência de Proclamação da República, marcando a transição do sistema monárquico para o republicano, que manteve intacta a estrutura absoluta do direito de propriedade e seus resultados na sociedade brasileira, ao eleger os grandes latifúndios como a principal forma produtiva do Império, conforme as lições do desenvolvimento das lavouras agrícolas, a exemplo da cana-de-açúcar e do café em grandes extensões territoriais (PRADO, p.167).

Com a vinda de imigrantes para o Brasil e a existência de um pequeno mais crescente contingente de homens livres, a aristocracia rural do período pressionou o governo imperial para dificultar o acesso às terras e a aquisição e formação de pequenas propriedades, destinadas à produção voltada para o mercado interno com mão de obra familiar.

A resposta, embora não estivesse na esfera constitucional, foi uma das primeiras tentativas de organizar a propriedade privada no Brasil através da lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, a Lei de Terras, que iria começar a regulamentar a posse de terras no país de maneira oficial, já citada neste trabalho. A lei determinava que as terras públicas não poderiam mais ser doadas e que o processo de transmissão da propriedade se daria pela compra passando a propriedade privada. Conforme também já apontado neste trabalho, os preços deveriam ser altos para que as pessoas favorecidas não tivessem acesso à terra, favorecendo a formação dos latifúndios visando a economia exportadora.

Em 1889 houve a proclamação da República sendo instalado o governo provisório de Deodoro da Fonseca sendo determinada a extinção da Carta Magna de 1824. O novo governo elaborou uma nova constituição para adequar o Direito a nova realidade política e em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a nova Constituição transformando o Brasil em uma república federativa mas, em relação ao direito de propriedade não apresentou alterações pois manteve a propriedade com a característica de ser direito absoluto, tendo como inspiração o Código de Napoleão. A Constituição republicana de 1891 prescreveu em seu art. 72, na redação dada pela Emenda de 3.9.1926, que: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

Na Constituição de 1934, após a revolução de 1930 e a assunção de Getúlio Vargas ao poder, aparecerá pela primeira vez referência à atividade do proprietário. Essa seria apenas um limite negativo à propriedade. Prescreveu-se no seu art. 113,

§ 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido **contra o interesse social ou coletivo**, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior (Constituição Federal de 1934).

Embora tenha havido, pela primeira vez, uma limitação ao direito de propriedade, condicionando-o ao interesse social ou coletivo, sua aplicação prática foi inexistente já que não foi regulamentada por lei complementar conforme

prescrito, certamente devido a curta duração dessa Constituição. Desta forma, as cidades seguiam sua história de crescimento sem que a maior parte da população tivesse acesso à terra e moradia digna.

Interessante notar que essa constituição já trouxe o instituto do usucapião:

Art. 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (Constituição Federal de 1934).

Getúlio Vargas instala a ditadura do Estado Novo em 1937 com o fechamento do Congresso, a extinção dos partidos políticos e a suspensão da Constituição de 1934, outorgando de imediato uma nova constituição que, embora tenha sido apresentada como de cunho pretensamente democrático, revelou-se como a primeira Constituição brasileira de cunho autoritário. É notável o retrocesso em relação à Constituição de 1934, quanto ao direito de propriedade, apenas assegurando o caráter não-absoluto desse direito, retirando do texto constitucional a referência explícita a vedação do seu ser exercício contra o interesse social ou coletivo, e transferindo o seu conteúdo e limites para legislação infraconstitucional posterior como se lê:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

§14 o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.⁸

Art 148 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita (Constituição Federal de 1934).

Foi a Constituição de 1946 que propõe uma restrição ao direito de propriedade ao estabelecer que o proprietário deveria pagar por aumento no valor do seu imóvel decorrente de obra pública. Também trouxe o instituto do usucapião rural e urbano que já havia em outras anteriores:

Art 30 - Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas;

Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§ 1º Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas que tenham morada habitual, preferência para aquisição até cem hectares.⁹ [\[Redação dada pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964\]](#)

⁸ [Redação da pela Lei Constitucional nº 5, de 1938. Suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942.](#)

⁹ [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964](#)

§ 2º Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas, com área superior a três mil hectares, salvo quando se tratar de execução de planos de colonização aprovados pelo Governo Federal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964\)](#)

§ 3º Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra que haja tornado produtivo por seu trabalho, e de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita. A área, nunca excedente de cem hectares, deverá ser caracterizada como suficiente para assegurar ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas regionais (Constituição Federal de 1946).

A submissão de uso da propriedade ao bem-estar social marcou o reconhecimento do princípio da função social da propriedade. Embora seja a primeira vez que o termo da função social da propriedade passou a ser usado no ordenamento, mantém ainda um caráter ambíguo e antitético do instituto pois, embora adotado por um governo eleito, preservou a estrutura fundiária anterior, tornando intocáveis os grandes latifúndios já existentes. É histórico o descumprimento sistemático desta constituição em especial o artigo 147 da Constituição Federal de 1946:

Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

O ordenamento jurídico passou a exigir do proprietário um dever de agir na exploração econômica do imóvel rural. A propriedade adquire a característica de um direito-dever, em nosso direito positivo. No entanto, embora o dispositivo trate, supostamente, de um avanço social sem precedentes, como constata Loureiro, ele não passou de uma norma programática limitada, visto que em um país em que os direitos sociais não passam de eternas promessas, as classes dominantes, que em sua maioria assumem até hoje a cúpula política do governo, não hesitariam em neutralizar o dispositivo em favor do seu interesse de manter as relações sociais injustas para os menos favorecidos.

A partir de então, outros diplomas passaram a disciplinar mecanismos jurídicos que utilizassem do princípio da função social da propriedade, como a Lei nº 4.132/62, que regulamentou as hipóteses de desapropriação por interesse social como forma de promover a justa distribuição da propriedade.

Mesmo a Constituição de 1967, já no âmbito dos governos militares, manteve o termo função social da propriedade, classificando-a na categoria de princípio da ordem econômica e social, algo que o fez no artigo 150 e 157 desse texto constitucional. Nada foi mais mal utilizado em toda a República transformando o texto em letra morta:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo

público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III - função social da propriedade; (Constituição Federal de 1967).

Mas limitou as ações de desapropriação para fins de reforma agrária e o direito à usucapião:

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.¹⁰

§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro

Art 164 - A lei federal disporá sobre, as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.

Parágrafo único - Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

Finalmente, a Constituição de 1988 elevou a função social da propriedade à condição de direito fundamental atrelado ao direito de propriedade pela Emenda Constitucional 026 de 2000:

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

O texto constitucional de 1988 positivou, por fim, a união indissociável entre propriedade e sua função social. Como exemplo:

Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - Aproveitamento racional e adequado;

II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

¹⁰ [Redação dada pelo Ato Institucional nº 9, de 1969](#)

III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (Constituição Federal de 1988)”.

Para que a propriedade rural se adeque à sua função social, deverá preencher todos os quatro requisitos.

O artigo 170 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

O tema já era objeto constitucional, antes mesmo da criação da citada Emenda Constitucional, em outros dispositivos, tais como: artigo 23, inciso IX, que dispõe sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” e os artigos 170, 182 e 183 e 186 (rural):

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Constituição Federal de 1988).

O artigo em seus parágrafos estabelece condições e princípios para a gestão municipal executar o conceito de função social da propriedade posteriormente regulamentado pelo Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001.

O direito de propriedade é indissociável dos direitos de ordem social, colocando-se como um movimento, em última análise, de luta por condições de vida dignas equivalendo-se ao direito à cidade.

Conclusões

A análise da formação das cidades demonstra claramente que, mesmo havendo uma evolução do conceito de direito de propriedade com a inclusão da função social como elemento balizador e limitador essa evolução, não foi devidamente adotada pelos gestores públicos, tendo sido até o presente ignorada pelo sistema econômico. O que temos até aqui é a evolução de um conceito vazio, sem efetivação.

Constata-se ainda essa tendência histórica do uso retórico da defesa de direitos, que chegam a ser positivados, contra uma prática de desrespeito a esses mesmos direitos quando são dirigidos às camadas mais pobres da população. No Brasil, a classe dominante burlou de maneira permanente e recorrente as leis em vigor, sacadas à fórceps de outros quadros históricos o que propiciou a arrancada

rumo à informalidade generalizada (Oliveira, p. 139) especialmente no ambiente construído conhecido como a cidade informal.

Uma clara demonstração dessa dicotomia é encontrada na leitura do programas partidários dos partidos políticos brasileiros onde verifica-se que todos anotaram em seus respectivos programas a defesa e a discussão do tema da função social da propriedade, tanto da área rural quanto urbana segundo o arquivo sobre os programas e diretrizes doutrinárias dos partidos políticos brasileiros¹¹ e, na prática, os seus representantes no Congresso Nacional votam de modo contraditório a manutenção de direitos já conquistados.

Assim, o Brasil tem uma das melhores construções jurídicas e de sistemas legais do mundo, com princípios e instituições jurídicas e vasto rol de direitos reconhecidos na lei, equiparável às modernas civilizações dos países economicamente dominantes. Este conjunto jurídico tem baixa aplicação prática, por ausências de regulamentações dos dispositivos legais e desconhecimento dos cidadãos que podem exercitar tais direitos. Um projeto que nunca se encerra pois, ao não aplicar a legislação vigente, ou ao continuamente altera-la, subtrai de toda a sociedade efeitos permanentes de aperfeiçoamento da civilização falhando com sua própria massa de excluídos não lhe reconhecendo e respeitando seus existentes direitos.

Em outras palavras, fica evidenciado na pesquisa uma alternância entre a explícita legitimação dos interesses oligárquicos e o que o professor Fábio Konder Comparato chama de 'duplicidade de simulatória'. (...) Ou seja, uma enorme farsa, em que um ordenamento jurídico de vigência meramente nominal coexiste com uma realidade violenta presidida pela lei do mais forte (VALIM, 2018, p. 115).

Diante deste quadro, no qual os direitos não são aplicados e a cidadania é restrita a poucos, o quadro jurídico, em geral bastante avançado apresenta um abismo entre a lei e sua. É por demais conhecido, inclusive popularmente, no Brasil, o fato de que a aplicação da lei depende de a quem ela (a aplicação) se refere (MARICATO, 2013, p 42).

O resultado dessa antinomia são o campo esvaziado e empobrecido ou dominado pelas empresas do agronegócio com a redução do emprego levando ao inchaço das cidades de forma desordenada e as precárias condições de vida da população pobre levada à periferia ou a ocupações subnormais (favelas) encravadas em alguns bairros centrais.

Uma questão a ser enfrentada é que a função social da propriedade não atinge o próprio Estado. O exemplo maior é que o instituto do usucapião não pode ser exercido em terrenos públicos e existe um enorme contingente de população morando em área públicas que outra destinação não tem senão a própria moradia daqueles que a ocupam mas não a podem regularizar pelo instituto. Estas famílias ficam à mercê da boa vontade do governante que pode utilizar regras legais de regularização como a emissão de Concessão do Direito Real de Uso, CDRU.

¹¹ [Senado Nacional, Partidos Politicos Brasileiros, programas e diretrizes, disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508139/001003807.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508139/001003807.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

No caso das ocupações ilegais de imóveis públicos a solução do problema não é simples de fato. A maior parte das favelas e ocupações está situada em áreas públicas ou de preservação ambiental, regra aplicável para todas as cidades brasileiras. São números impactantes, na casa de algumas centenas de milhares de pessoas que moram ilegalmente em áreas públicas: entre 1980 e 2000 os domicílios favelados brasileiros cresceram 1.169.953 unidades habitacionais, de 1,16% dos domicílios totais para 3,04% no ano 2000, atingindo 5,61% em 2010, atingindo o número de 3.224.529 milhões de domicílios, com 11.425.644 milhões de favelados, de acordo com dados do Censo de 2010 (PASTERNAK; D'OTTAVIANO, 2018).

O direito e as cidades carecem da ampliação da participação popular desde a sua formulação até a efetivação dos instrumentos já prescritos e criação de novos como os conselhos municipais de habitação, orçamento participativo, criação de instâncias de educação e formação popular. Esta medida é uma das inovações contidas no Estatuto das Cidades uma nova estratégia de gestão que incorpora a ideia de participação direta do cidadão em processos decisórios sobre o destino da cidade e ampliação das possibilidades de regularização das posses urbanas, até hoje situadas na ambígua fronteira entre o legal e o ilegal (ROLNIK, 1977).

É preciso uma implantação real e concreta dos instrumentos de natureza urbanística voltados para induzir mais do que normatizar as formas de uso ocupação do solo como o Plano Diretor Participativo com a orientação direcionada às cidades inclusivas, fora do lugar comum de cidades comerciais e globalizadas e realizando o planejamento urbano voltado a sustentabilidade, melhoria das condições de vida dentro dos conceitos de cidades interconectadas.

O futuro tem muitas possibilidades que resultarão de arranjos diferentes, segundo nosso grau de consciência, entre o reino das possibilidades e o reino da vontade. É assim que iniciativas serão articuladas e obstáculos serão superados, permitindo contrariar a força das estruturas dominantes, sejam elas presentes ou herdadas (SANTOS, p. 161).

Referências bibliográficas

- BRASIL, Constituição Federal de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm
- BRASIL, Constituição Federal de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.
- BRASIL, Constituição Federal de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.
- BRASIL, Constituição Federal de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.
- BRASIL, Constituição Federal de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.
- BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função social da propriedade: análise histórica. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7164/funcao-social-da-propriedade>.
- COSTA, Duane Brasil e AZEVEDO, Uly Castro de. DAS SENZALAS ÀS FAVELAS: POR ONDE VIVE A POPULAÇÃO NEGRA BRASILEIRA, Socializando · ISSN 2358-5161 · ano 3 · n^o1 · Jul · pp. 145-154 · 2016 Disponível em https://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2016/07/Socializando_2016_12.pdf.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson, Direitos Reais, 2^a edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FAUSTO, Boris. História do Brasil, 14^a. edição, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2013
- FIX, Mariana. Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil. Tese de doutoramento sob orientação de Wilson Cano. Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/286383>.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 1^a edição, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2009
- LIMA, Bruno Avellar Alves de; ZANIRATO, Silvia Helena, Uma revisão histórica da política habitacional brasileira e seus efeitos socioambientais na metrópole paulista. Disponível em <https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/-planejamentoeanalisedepoliticaspUBLICAS/isippedes/bruno-avellar-alves-de-lima-e-silvia-helena-zanirato.pdf>
- MARICATO, Ermínia, Metrópole, Legislação e Desigualdade - Estudos Avançados 17 (48), 2003, p. 151. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200013. Acesso em 08 de abril de 2020
- MARICATO, Ermínia. Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana. 7^a. edição, Petrópolis, Editora Vozes, 2013.
- OLIVEIRA, Francisco de. Brasil: Uma biografia não autorizada, 1^a, edição, São Paulo, editora Boitempo, 2018.
- PASTERMARK, Suzana; D'OTTAVIANO Camila. Política Habitacionais em Favelas: o caso de São Paulo. Observatório das Metrópoles. Disponível em <https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/politicas-habitacionais-em-favelas-o-caso-de-sao-paulo/>
- PRADO JUNIOR, Caio. História Econômica do Brasil, 29^a edição, São Paulo, Editora Brasiliense, 1983.
- RICARTE, [Renê](#); CARVALHO, [Ana](#); ALMONDES, [Ícaro](#); SANTOS, [Lorena](#); PIAUILINO, [Lucas](#); ALVARENGA, [Paula](#). A evolução do direito de propriedade ao longo das Constituições brasileiras, com ênfase na ideia de função social da propriedade. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/32656/a-evolucao-do-direito-de-propriedade-ao-longo-das-constituicoes-brasileiras-com-enfase-na-ideia-de-funcao-social-da-propriedade>

- ROLNIK, Raquel. A Cidade e a Lei. 1a. edição, São Paulo, FAPESP, Studio Nobel 1997.
- SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, 27ª edição, Rio de Janeiro, Record, 2017.
- SANTOS, Milton. A urbanização brasileira, 5ª edição, 4ª reimpressão, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2018.
- SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, 24ª.edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.
- SOUZA, Jesse e VALIM, Rafael, Resgatar o Brasil, 1ª, edição, São Paulo, editora Contracorrente/Boitempo, 2018.

DERECHO CIVIL

Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el leasing vehicular: su presente y futuro (*)

Reflections on civil liability in vehicle leasing: its present and future

Gabriel Peralta Tripul (**)

Sumario: Introducción. Consistencia de las soluciones brindadas por la jurisprudencia y doctrina en la responsabilidad civil en el leasing vehicular. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: Continúan los accidentes de tránsito donde participan vehículos cedidos en leasing y, a la par, aumentan los pronunciamientos contradictorios en nuestra Corte Suprema y en algunas Cortes Superiores del país respecto a la responsabilidad civil en el leasing vehicular. En esta oportunidad examinaremos -nuevamente- los criterios jurisdiccionales que han respaldado una postura de responsabilidad plena, exclusión de responsabilidad o una responsabilidad condicionada de las empresas de leasing al ser propietarias de un bien (entiéndase, vehículo) que utilizado por la arrendataria ocasiona daños a terceros. Además, se examinará: si realmente existe un fundamento constitucional que respalde la responsabilidad de las intermediarias financieras, la función de la propiedad en el contrato de leasing financiero y, si a partir de la entrada en vigor del D.U. N.º 013-2020, ha variado el régimen de responsabilidad en el leasing vehicular.

Palabras clave: Leasing, accidentes de tránsito, funciones de la responsabilidad civil.

Abstract: Traffic accidents involving leased vehicles continue and, at the same time, there is an increase in contradictory pronouncements in our Supreme Court and in some of the country's Superior Courts with respect to civil liability in vehicle leasing. In this opportunity we will examine -again- the jurisdictional criteria that have supported a position of full

(*) Recibido: 21/08/2020 | Aceptado: 07/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

(**) Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Tumbes. Cursa estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil & Comercial por la escuela de posgrado de la Universidad Nacional de Piura.
gaboderecho12@gmail.com

liability, exclusion of liability or a conditional liability of leasing companies when they are the owners of an asset (i.e., vehicle) that used by the leasing company causes damages to third parties. In addition, it will be examined: whether there is really a constitutional basis supporting the liability of financial intermediaries, the role of ownership in the financial leasing contract and, whether since the entry into force of D.U. No. 013-2020, the liability regime in vehicle leasing has changed.

Keywords: Leasing, traffic accidents, liability functions.

Introducción

En los últimos veinte años -en nuestro país- la responsabilidad civil en el leasing vehicular ha generado un arduo debate académico y jurisdiccional entre los hombres de derecho.

Imaginemos el siguiente caso:

Una entidad bancaria **X** – arrendadora financiera- suscribe con una empresa de transportes **Y** -usuaria o arrendataria- un contrato de leasing financiero o - conocido también- como arrendamiento financiero. Aquí, **X** le otorga el financiamiento requerido –esto es, el activo financiero- y le cede en uso un vehículo –es decir, el activo físico – a **Y**.

En este contrato de leasing -que contiene cláusulas pre redactadas por **X**- se indica que, **Y** tiene la obligación de asegurar el vehículo por riesgos susceptibles de afectarlo o destruirlo y, además, por los posibles daños que -al ser utilizado- pueda ocasionar a terceros. En el contrato también se observa que existe una cláusula de exclusión de responsabilidad en favor de **X** por los daños que pueda ocasionar el vehículo.

Durante la ejecución del contrato **Y** ocasiona un accidente de tránsito con el vehículo, en consecuencia, algunas personas pierden la vida y otras sufren lesiones graves. Sin embargo, **Y** nunca cumplió con asegurar el vehículo frente a los posibles daños extracontractuales a terceros.

Los familiares, no conformes con el proceso penal -por los delitos de homicidio culposo y lesiones- instaurado contra el conductor **Z** del vehículo, deciden acudir a la vía civil. En efecto, recurren donde un abogado para que elabore una demanda - conocida en nuestro país como indemnización por daños y perjuicios- y la presente en el juzgado civil competente, a fin de que se obligue a los responsables **Z**, **Y** y **X** a que cumplan con el pago del resarcimiento de los daños ocasionados. Empero, **X** argumenta que -en su defensa- por aplicación del artículo 6 de la Ley de Arrendamiento Financiero queda exonerada de los daños que pueda causar el vehículo desde el momento en que se lo entregó a **Y**, por lo que -únicamente- deben asumir el resarcimiento de los daños **Z** y **Y**.

No obstante, **X** se da con la sorpresa que su petición – una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva- presentada ante el Juez Civil es desestimada, debido a la aplicación del artículo 29 de la Ley General de Transporte, donde se

indica que el propietario del vehículo es uno de los responsables de los daños producidos en un accidente de tránsito¹.

Respecto al caso anterior, se desprende que la cuestión es determinar si las empresas de leasing son responsables, o no, por ser propietarias del vehículo que - al ser utilizado por la arrendataria- ocasiona daños en accidentes de tránsito. En la solución de este problema se han establecido tres posturas: a) la exclusión absoluta de responsabilidad (posición minoritaria en nuestro país); b) la responsabilidad plena o ilimitada (posición mayoritaria en nuestro país), y; c) la responsabilidad “condicionada” de las empresas de leasing (posición intermedia).

Consistencia de las soluciones brindadas por la jurisprudencia y doctrina en la responsabilidad civil en el leasing vehicular

El papel que desarrolla la jurisprudencia al momento de reconstruir las instituciones jurídicas es fundamental en nuestro sistema jurídico, ésta dota de claridad a la interpretación de las normas, pero al encontrar jurisprudencia de un tópico en particular que es -exageradamente- contradictoria y, peor aún, soluciones brindadas por una doctrina que, ciertamente, no es vinculante, los abogados y jueces tienden a seguir -la mayor de las veces- soluciones que adolecen de ciertas inconsistencias. Este es el caso de la responsabilidad civil en el leasing vehicular, donde aparentemente existe un conflicto normativo entre la legislación especial de accidentes de tránsito y la legislación especial de arrendamiento financiero o leasing, veamos:

Decreto Legislativo N° 299, Ley de Arrendamiento Financiero (LAF), 1984.	Ley N° 27181, Ley General de Tránsito y Transporte Terrestre (LGTTT), 1999.
Artículo 6.- (...) La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la locadora.	Artículo 29.- De la responsabilidad civil. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre es solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Revisando el criterio asumido por nuestra Corte Suprema en distintos fallos, observamos que su respuesta ha girado entre la tesis de la responsabilidad plena y la exclusión de responsabilidad de las empresas de leasing al ser propietarias de vehículos que han participado en accidentes de tránsito. Veamos su primer criterio asumido, basado en el principio de especialidad normativa.

¹ La inspiración y elaboración de este “hipotético caso” ha sido obtenida de un trabajo publicado por el Juez Supremo Carlos Calderón Puertas (2019) en la revista jurídica de Gaceta Civil & Procesal Civil.

La Cas. N° 251-2011-Lambayeque emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, indica:

Décimo tercero: (...) este Supremo Tribunal coincide con la Sala Penal de Apelaciones al establecer que en atención al **principio de especialidad**, la norma aplicable para el caso sub examine es el **artículo seis del Decreto Legislativo número doscientos noventa y nueve-Ley de Arrendamiento Financiero**, pues se trata de una norma específica que regula el contrato de leasing que se llevó a cabo entre el Banco de Crédito (arrendador)- pues era el propietario del vehículo que manejaba el acusado Monroy Cisneros el día de los hechos y con el que le causó la muerte de Telma Cabanillas Chugnas- y la Empresa de Alimentos Pesqueros del Pacifico Sur S.A.C. (arrendataria) – quien se encontraba en posesión del vehículo. (El resaltado es nuestro).

Sin embargo, el mismo criterio puede ser utilizado para sostener la responsabilidad solidaria de las empresas de leasing, tal como lo señala la Cas. N° 1188-2011-Lima, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, donde se indicó que:

OCTAVO: (...) aun cuando medie un Contrato de Leasing otorgado por Financiera TFC Sociedad Anónima Cerrada, no enerva su responsabilidad en los daños ocasionados, tomando en consideración el llamado **Principio de Especialidad**, por el que prima la ley especial, **en este caso el artículo 29 de la Ley número 27181**, en el que de manera clara, precisa y textual señala que tanto el conductor, el propietario del vehículo y el prestador del servicio de transportes son solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados (...). (El resaltado es nuestro).

En efecto, este argumento presenta cierto riesgo debido a que es utilizado para excluir o responsabilizar a las empresas de leasing en este supuesto. Aprovecho la oportunidad para incluir a la Cas. N° 2025-2013-Lima donde se sigue el criterio de especialidad y a la -grave- Cas. N°3757-2016-Lambayeque donde la Corte Suprema ordena a la Sala Civil Superior que dirima el conflicto atendiendo al **principio de especialidad**. En Perú quienes han defendido la utilidad del principio de especialidad -en una publicación escrita- es Lujan (2018, p. 71-81) y el Prof. Chipana en una ponencia dada en el Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en Materia Civil del año 2019.

Ahora, un segundo criterio asumido por nuestra Corte Suprema es aquel basado en la inoponibilidad de los pactos de exclusión de responsabilidad. Para esto he tenido la curiosidad de revisar algunos contratos de arrendamiento financiero donde las empresas de leasing incorporan estos pactos, veamos:

Entidad Bancaria (A)

DECIMO SEGUNDA: OTRAS OBLIGACIONES La ARRENDATARIA se obliga expresamente a adoptar las medidas necesarias para preservar y hacer respetar el derecho de propiedad de EL BANCO sobre EL (LOS) BIEN(ES) objeto del contrato. En general y sin la enumeración tenga carácter limitativo, se obliga a lo siguiente: (...) 12. **3 A responder por los daños que se causen con EL(LOS) BIEN(ES) objeto del contrato, mientras este (estos) se encuentre(n) bajo su posesión y riesgo.** (La negrita es nuestra).

Entidad Bancaria (B)

Clausula Vigésimo Segunda: Indemnización. (3) Todos los daños y perjuicios generados a terceras personas por el Bien sean daños personales o patrimoniales, **serán indemnizados exclusivamente por el cliente.** (La negrita es nuestra).

Para la Corte Suprema estos pactos o cláusulas de exclusión de responsabilidad no resultan oponibles a las víctimas de un accidente de tránsito

ocasionado con un bien dado en leasing financiero. En efecto, la Cas. Nº 3141- 2006-Callao emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, al resolver sobre la interpretación del art. 6 de la LAF y el art. 23 de su reglamento, nos indica:

Tercero: (...) tales normas están destinadas a regular este contrato, las relaciones que se dan entre las partes que lo celebran y no a regular los supuestos de responsabilidad extracontractual, ni a limitar o determinar quién resulta responsable o quién debe resarcir un evento dañoso frente a terceros ajenos a tal acto, lo que se encuentra fuera de su marco y no constituye su finalidad. (La negrita es nuestra)².

Este es el argumento que ha primado en la postura -mayoritaria- de responsabilidad ilimitada de las empresas de leasing. Incluso ha sido una postura defendida por dos destacados especialistas en la materia: el Prof. Beltrán Pacheco (2018, p. 23-34) y el Abg. Medina Cabrejos (2018, p. 82-90). Ambas posturas en doctrina se han basado en el principio de obligatoriedad contractual o en el principio de relatividad de los efectos del contrato. Con el primer principio se plantea que no es posible la exclusión de responsabilidad de las empresas de leasing, debido a que el contrato de arrendamiento financiero solamente se refiere a una consecuencia jurídica a nivel inter-partes del contrato, y respecto al art. 6 de la LAF -mediante una interpretación sistemática con el art. 1 de la LAF- este tendría una “vocación contractual” pero no regularía un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Respecto al segundo principio, el Código Civil precisa en su art. 1363 que “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”, a partir de ello, se ha sostenido por la doctrina que los acuerdos que adoptan las partes en un contrato de arrendamiento financiero no les restan ningún derecho a terceros en vista de que existe una aplicación especial del art. 6 de la LAF, sin embargo, en supuestos de accidentes de tránsito, los pactos de exclusión de responsabilidad incorporados en los contratos de arrendamiento financiero no tendrían efectos directos sobre los terceros -víctimas del accidente- que podrán dirigir su pretensión indemnizatoria contra los sujetos que se enumeran en el art. 29 de la LGTTT.

El problema de este argumento es que se basa en un conflicto entre una cláusula o pacto de exclusión de responsabilidad originado en un contrato de arrendamiento financiero vs. una norma legal que imputa al propietario la obligación de indemnizar si es que un vehículo de su dominio participa en un accidente de tránsito, y de eso no se trata este conflicto, sino, más bien, se basa en determinar que norma jurídica es aplicable al caso concreto, esto es, el art. 6 de la LAF o el art. 29 de la LGTTT. En la revisión de sentencias emitidas por la Corte Suprema en este supuesto, no se ha logrado observar que las empresas de leasing financiero sustenten su defensa en la protección de un pacto de exclusión de

² Finalmente, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil del año 2016, emitido por la Corte Superior de Justicia de la Libertad se adoptó por unanimidad que: “En los casos de responsabilidad extracontractual el propietario del bien objeto de arrendamiento financiero es responsable por los daños que cause dicho bien, porque las relaciones del referido contrato se producen entre las partes contratantes y no con terceras personas, por lo que la norma del artículo 6 del Decreto Legislativo 299 que regula la irresponsabilidad del banco solo es para las relaciones internas entre el arrendador (banco) y el arrendatario (cliente)”.

responsabilidad, al contrario, sustentan su defensa en que se ven amparadas por el art. 6 de la LAF o que solo son “financistas” y no reales propietarios del vehículo.

Un tercer criterio asumido por la Corte Suprema -y que nos parece el más cultivado y rico en argumentación hasta el momento- es el que parte desde un análisis de las funciones de la responsabilidad civil. Así, al inicio la Cas. N° 3622-2000-Lima emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema al resolver un caso de responsabilidad civil en el leasing vehicular, indicó:

Sexto.- Que, abona a favor de lo expuesto la tendencia moderna responsabilidad extracontractual la que tiene como **fin primordial la reparación a la víctima** por el daño sufrido con el efectivo resarcimiento, el que se haya garantizado de una mejor manera con la existencia de más responsables, la que necesariamente siempre deberá estar justificada. (La negrita es nuestra).

La idea de un resarcimiento a toda costa no inspira a la responsabilidad civil extracontractual, menos aún, convertir a las empresas de leasing en empresas de seguro de “facto”. Por ello, en este supuesto se debe examinar, no solo el papel de la víctima, sino, el de todos los actores en conjunto: el conductor, la arrendataria financiera, la empresa de leasing propietaria del vehículo y la empresa de seguro (SOAT). Son las empresas de leasing y las empresas de seguro las que examinaremos -más adelante- desde una perspectiva sistémica.

En efecto, fiel a su avance rector de las instituciones jurídicas, la Corte Suprema no se hizo esperar y ha emitido -recientemente- **jurisprudencia** que se dirige al cumplimiento de, no una, sino, varias funciones de la responsabilidad civil, a fin de evitar que se ocasionen ciertos incentivos perversos para el sistema. Así, tenemos a la Cas. N° 4527-2017-Ica emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, donde se indica:

Si se trata de optimizar los costes de transacción y de asignar de manera más eficiente los recursos, no cabe duda que el coste secundario del accidente, esto es, la reparación de los daños ya producidos, **se alcanza provocando que el arrendatario financiero obligue a su contraparte, la arrendataria, que suscriba los seguros necesarios para compensar a terceros por daños extracontractuales.** Cuando ello no ocurra o no se acredite en el proceso que haya acontecido, son las intermediarias financieras las que deben soportar el riesgo respectivo. (La negrita es nuestra).

Como ha señalado en una entrevista -como publicación escrita- el Prof. Campos García (2020, p. 11-18) indica que no se ha encontrado un justificativo teórico para imputar responsabilidad por “hecho ajeno” a la empresa de leasing, sin embargo, si puede responder por hecho propio en determinados supuestos en el marco de un accidente de tránsito, donde responderá como co-causante con la arrendataria financiera al tener cierto margen de control sobre el vehículo. El caso al que se refiere el Prof. Campos es cuando la empresa de leasing concede un contrato de arrendamiento financiero -entrega el vehículo- sin previamente exigirle al arrendatario la constitución del SOAT. Este análisis es el que ha fundamentado la Cas. N° 4527-2017-Ica y la Cas. N° 2112-2017-Huánuco. Desarrollemos algunos de sus puntos argumentativos:

- a) **Se sigue una posición intermedia: garantiza por un lado la viabilidad de la actividad financiera mediante el contrato de leasing y, por otro lado, el restablecimiento del perjudicado mediante el resarcimiento de sus daños.**

Comentario:

Esta posición intermedia no ha tenido sus inicios en nuestro país. El antecedente más cercano es el de la legislación argentina, ahí se presentaron arduos debates en la doctrina para conseguir la exclusión absoluta de las empresas de leasing por daños ocasionados por bienes de su dominio en el marco de un contrato de leasing. En argentina el debate se inició con la vigencia de la ley N° 24.441, publicada el 16 de enero de 1995, donde se indicaba en el segundo párrafo, del art. 33, que:

ARTÍCULO 33. — (...) La responsabilidad objetiva del dador emergente del artículo 1113 del Código Civil, se limita al valor de la cosa entregada en leasing cuyo riesgo o vicio fuere la causa del daño si el dador o el tomador no hubieran podido razonablemente haberse asegurado y sin perjuicio de la responsabilidad del tomador.

Aquí, cualquiera de las partes en el contrato de leasing -dador o tomador- tenían la obligación legal de asegurar los bienes, en el caso de generarse un supuesto de responsabilidad donde no se hubiera contratado un seguro, la responsabilidad del dador -arrendador financiero en Perú- se limitaba únicamente al valor de la cosa entregada. Esta limitación en la indemnización de los daños buscaba servir como una protección para el propietario del bien dado en leasing y una garantía para “mitigar” los daños generados en la víctima³.

Luego se plantearía el Proyecto de código civil argentino de 1998, que fuera conformado por juristas como Atilio Aníbal Alterini. Aquí se le dio un tratamiento legal más complejo a la responsabilidad civil en el leasing cuando un bien le causara un daño a tercero, en el art. 1169 del citado proyecto, se indicaba lo siguiente:

ARTÍCULO 1169.- Responsabilidad objetiva. El dador del leasing tiene la carga de contratar un seguro que cubra contra los riesgos ordinarios de responsabilidad civil que puedan causar los bienes objeto del contrato. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación, o, en defecto de ésta, los que sean razonables.

El damnificado tiene acción directa contra el asegurador, en los términos del contrato de seguro.

El dador es responsable en los términos del artículo 1661 únicamente en los casos que no haya contratado este seguro. Las partes podrán convenir quién debe soportar el pago de la prima.

La responsabilidad del tomador se juzga según el artículo 1635.

Para Lorenzetti (2007) lo idóneo era adoptar esta posición intermedia que calificaría como un equilibrio entre el derecho de las víctimas al resarcimiento y la

³ Según Lorenzetti (2007) este dispositivo legal dividió a la doctrina argentina, por un lado, Lavalle Cobo opinaba que conforme a la posición del dador y el desarrollo de este contrato lo más razonable era excluir al dador, precisando, que únicamente responde el tomador al tener la calidad de **guardián de la cosa**, por otro lado, Ghersi, indicaba que no se tenía en cuenta al tercero dañado, criticando severamente la limitación de responsabilidad, a la cual calificaba como arbitraria.

necesidad de viabilizar el contrato de leasing, a fin de evitar que se disuada su utilización en el mercado como instrumento de financiamiento económico por los riesgos de que el dador asuma responsabilidad plena.

Explica Kemelmajer (citada por Lorenzetti, 2007) que esta situación problemática de la responsabilidad civil en el leasing no tiene la relevancia práctica que sostienen las posiciones que abogan por su responsabilidad plena o exclusión del dador “toda vez que el uso del seguro ha permitido difundir esos costos y preservar el derecho de las víctimas” (p. 556).

Esta posición para la doctrina argentina era la correcta, al indicar que: **i)** se impone al dador la obligación de contratar un seguro, el cual se contrataría teniendo en cuenta los riesgos y montos establecidos en la reglamentación pertinente y, de no existir ésta, los que sean razonables; **ii)** de existir el seguro, la víctima tiene acción directa contra la empresa aseguradora bajo los términos fijados en la póliza; **iii)** de no existir el seguro, el dador tiene responsabilidad civil en los términos del art. 1661 del proyecto de 1998, lo cual constituye un fuerte incentivo para la contratación del seguro; **iv)** se establece una disposición en la distribución del riesgo en el contrato de leasing en este supuesto, al dejar que las partes puedan convenir quien soporta el pago de la prima; **v)** se suprime la limitación del resarcimiento de los daños establecida en el art. 33 de la Ley N° 24.441 por el valor de la cosa entregado en leasing; y, **vi)** se permite que se establezca vía reglamentación los montos del seguro, de no existir, se establece el monto que sea razonable.

Empero, con la ley 25.248 del Contrato de Leasing, promulgada el 8 junio de 2000, ignorando la posición del art. 1169 del proyecto del Código Civil argentino de 1998 y derogando el art. 33 de la ley N° 24.441, estableció una exclusión de responsabilidad de las empresas de leasing en los siguientes términos:

ARTICULO 17. — Responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva emergente del artículo 1.113 del Código Civil recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en leasing.

Con el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, conformado por juristas como Ricardo L. Lorenzetti (presidente), Elena Highton De Nolasco y Aida Kemelmajer De Carlucci, se buscó modificar esta exclusión de responsabilidad, así se presentó una propuesta de reforma legal en el art. 1243 - similar a la del art. 1169 del proyecto del Código Civil argentino de 1998- en donde se estableció:

ARTÍCULO 1243.- Responsabilidad objetiva. El dador del leasing tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del contrato. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. La responsabilidad del tomador se juzga según el artículo 1757 y concordantes. El dador es responsable en iguales términos cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.

Lamentablemente, esta propuesta no fue adoptada en el vigente Código civil y comercial de la Nación de Argentina, al precisarse en su art. 1243 que “la responsabilidad objetiva emergente del artículo 1757 recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en leasing”, adoptando una posición similar a la formula prevista en el art. 17 de ley 25.248.

Los cuestionamientos en la doctrina argentina no se hicieron esperar, así lo explican Hernández y Frustagli (2015) al indicar que:

(...) aun cuando pueda intentar justificarse la exclusión de la responsabilidad objetiva del dador —como lo hace el nuevo Código—, no parece razonable que ello no vaya acompañado de una prudente mitigación, a través de una responsabilidad del dador que no asegure. Estamos convencidos que la conducta de no asegurar, o de no hacerlo de modo razonable, debería conducir a la responsabilidad del dador a fin de desalentar prácticas desaconsejables, que pueden llegar incluso— a lesionar derechos personalísimos de terceros (p.3)

En nuestro país, hasta antes de la Cas. N° 4527-2017-Ica, si existieron voces que planteaban una postura ideal en la responsabilidad civil en el leasing vehicular. A nuestro criterio, estas posturas siguen las ideas de De Trazegnies (2018) cuando postuló su tesis de una “política de distribución de los daños en el tejido social” a través del mecanismo de seguros, del sistema de precios o de la técnica del bolsillo profundo. Así, se ha indicado que:

(...) “lo ideal, [...], es que la empresa de leasing tenga responsabilidad frente al tercero, pero que pueda evitar enfrentarse a la obligación de indemnizar, cargando dicha responsabilidad a la aseguradora”, agregando que “a nosotros nos parece conveniente que sea la empresa de leasing la que soporte el pago de las primas, pues precisamente el seguro es el escudo de esta ante la posibilidad de tener que responder objetivamente frente a terceros dañados. Además, generalmente la empresa de leasing estará en mejor posición para asumir el riesgo por los daños que puedan producirse y para diluir los costos en sus operaciones económicas. En todo caso, es claro que finalmente tal empresa trasladará los montos de las primas al arrendatario, vía la renta a pagar” (...) (Mesinas, citado por Espinoza, 2019, p. 1011).

Según Espinoza al comentar esta postura (2019) “la víctima obtendrá siempre la indemnización, ello, en definitiva, será a costo (no de la empresa de leasing, sino) del arrendatario, ya que en última instancia es quien la va a asumir” (p. 1011).

Esta postura nos recuerda al art. 1243 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, al hacer énfasis en que la empresa de leasing, al conceder el contrato de arrendamiento financiero, ostenta una mejor posición para asumir el riesgo por los daños que puedan producirse, diluyendo el costo en sus operaciones económicas o contratando una póliza de seguro contra daños extracontractuales frente a terceros. Aquello, conociendo nuestro contexto, si nos parece conveniente: la víctima obtiene su indemnización, sea con el seguro o, de no existir el seguro, con la pretensión de responsabilidad extracontractual contra la empresa de leasing al no haber contratado el seguro u obligado a su contraparte -la arrendataria- a que lo constituya, todo ello es a costa del usuario del leasing quien termina por asumir la indemnización -a favor de la víctima- mediante el pago de las primas, vía la renta a pagar, o, también, por la acción de repetición de la empresa de leasing (en virtud de la cláusula de exoneración de responsabilidad en el contrato de arrendamiento financiero), es decir, efectuando el reembolso de lo pagado por responsabilidad civil.

- b) **Se indica que la empresa de leasing posee una mejor posición para exigir a su contraparte -la arrendataria- a que suscriba los seguros necesarios contra riesgos de responsabilidad objetiva frente a terceros, conforme al art. 23 del Decreto Supremo N° 559-84-EFC (Reglamento de la LAF) donde se indica que el seguro es una prescripción obligatoria (pero para la arrendataria).**

Comentario:

Es pertinente realizar algunas precisiones conceptuales antes de dar por sentada nuestra posición respecto a este argumento de la sentencia bajo comentario.

Debemos empezar por diferenciar la responsabilidad por hecho propio de la responsabilidad por hecho ajeno. En la academia -y en pronunciamientos a nivel judicial- se ha podido leer que el art. 1970 del Código Civil peruano fundamentaría la responsabilidad del propietario. Este artículo precisa que: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Así se ha sostenido que el fundamento de la responsabilidad solidaria -de tipo pasiva- del propietario del vehículo en accidentes de tránsito- juntamente con un tercero (sea, o no, dependiente) que es el causante del daño-, radica en dos puntos: i) el **“hecho de que es propietario de un bien que se caracteriza por ser riesgoso”** y ii) **“(…) brindar mayor protección a la víctima”** (Osterling y Castillo, 2006, p. 924). Sin embargo, buscar la imputación de responsabilidad del propietario por el solo hecho de tener el dominio de un bien riesgoso no nos parece lógico. Es más, en una muy brillante publicación sobre la “La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva” comentando el art. 1970 del Código Civil, los Profesores Leysser León y Gastón Fernández determinaron que la referencia a bienes, que por su naturaleza, puedan ser considerados riesgosos o peligrosos, era un criterio de imputación que calificaron como “inexistente”, debido a que lo realmente peligroso o riesgoso es la actividad o el resultado de dicha actividad que pueda realizar una persona. En efecto, el Prof. Pietro Trimarchi sentenciaría que la responsabilidad objetiva viene ligada a un actuar y no a cosas (citado por Fernández y León, 2005). En suma, el art. 1970 no es una cláusula normativa de responsabilidad objetiva relativa que regule un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, sino, mas bien, uno de responsabilidad por hecho propio, en ese sentido no cabe endilgar responsabilidad al propietario del vehículo, en virtud, de una imputación por ser titular de un bien riesgoso.

Siguiendo con las precisiones conceptuales, en el caso de la responsabilidad por hecho ajeno -que constituye una excepción a la regla general de responsabilidad por hecho propio en el art. 1969 y el art. 1970 del Código Civil- el Prof. italiano Luigi Corsaro (2000) la ha comentado, indicando que, con ella se pretende tutelar al damnificado por el daño haciendo a la ley extensiva a sujetos que no fueron causantes del hecho ilícito -es decir, pueden tener culpa, pero su presencia es indiferente a efectos de la responsabilidad- este tipo de imputación se conocerá como el criterio de garantía. Se podría decir que el art. 29 de la LGTTT implica un tipo de responsabilidad por hecho ajeno -bajo el criterio de garantía- del propietario del vehículo. Sin embargo ¿Qué hace al propietario responsable? ¿Las empresas de

leasing pueden ser responsables bajo una imputación de responsabilidad por hecho ajeno, bajo el criterio de la garantía? Respecto a la primera cuestión, mediante una interpretación sistemática -lejos de la literal- observamos que nuestro Código Civil contiene diversos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno:

Art. 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

Art. 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por su falta de conservación o de construcción.

Art. 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del ejercicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

En todos estos supuestos se examina que la responsabilidad del propietario, dueño, empleador, etc. se fundamentaría en su posibilidad de control que mantienen sobre la actividad. En sí la función que se desarrolla aquí, es una función preventiva -antes que resarcitoria- que busca evitar que se generen los daños o reducir la magnitud de estos⁴. Respecto a la segunda cuestión, doctrina chilena ha indicado que la empresa de leasing no puede ser responsable al tener la condición de propietario de un vehículo que ocasiona accidentes de tránsito, debido a que (...) no les asiste tal responsabilidad a las empresas que los ofrecen bajo un contrato de leasing, ya que en tal caso se cede en forma permanente la dirección y el control del vehículo al arrendatario, quien asume la responsabilidad por la utilización del mismo (Corral, 2003, p. 260). Este último argumento ha sido ratificado por una Sentencia Rol 6242-2019 del Tribunal Constitucional de Chile y por la Corte di Cassazione III sez. civile – 8 maggio 2007, n. 10424– Pres. Vittoria – Est. Segreto. En este último fallo se determinó que, en un supuesto de daños ocasionados en accidentes de tránsito por vehículos dados en leasing, el sujeto responsable junto al conductor de acuerdo con el art. 2054 del Código Civil Italiano, era la arrendataria financiera o usuaria del vehículo y no el otorgante propietario (arrendadora financiera)⁵.

⁴ Conforme lo precisa la doctrina, "(...) De Trazegnies indica que la razón de la responsabilidad del propietario del vehículo se responde al tono con su teoría del accidente que reclama la participación de la sociedad toda, que tal responsabilidad se debe a que el propietario puede asegurarse, y, como ya vimos, el seguro puede diluirse entre todos los asegurados. Para el profesor peruano, en la capacidad de diluir el costo del seguro se encuentra entonces el fundamento de esta responsabilidad" (Campos, 2019, p. 262).

⁵ Asevera la Prof. Giovanna Visintini (1999) que "últimamente, y como consecuencia de la aparición del contrato de leasing automovilístico, se ha planteado el problema de quien debe responder por los daños por la circulación del vehículo en leasing: quien lo utiliza o el propietario concedente. La cuestión ha sido resuelta con una interpretación funcional del art. 2054 del Cód. Civil, equiparando el usuario del vehículo en leasing al usufructuario, porque tienen el dominio útil y concreto del bien, mientras que el propietario cedente pierde la disponibilidad efectiva del vehículo. Pero este criterio ha sido censurado recientemente por la Corte de Casación, que ha puesto de relieve que en el caso de escisión entre propiedad y disponibilidad del vehículo ligada a la figura del leasing, debe considerarse responsable frente al tercero lesionado sólo la sociedad concedente propietaria de aquél, que es el sujeto cuya responsabilidad debe ser cubierta por el seguro obligatorio contra la responsabilidad civil automovilística (conforme a la ley 990, de 1969), y no quien lo utiliza (p. 405).

Entonces, teniendo claro que la responsabilidad por hecho ajeno no sería el justificativo teórico para sustentar la responsabilidad de las empresas de leasing en este supuesto, nos obliga a reevaluar la regla general sobre responsabilidad por hecho propio que fuera acogida en la Cas. N° 4527-2017-Ica y la Cas. N° 2112-2017-Huánuco. Se indica, en la casación citada, que la empresa de leasing -o la arrendataria- debe llamar a la compañía de seguros al proceso y, de no hacerlo, asumirá responsabilidad civil en los términos del art. 29 de la LGTTT. Es decir, se crea una obligación -en un caso concreto- a partir de una sentencia de Casación que, de ser incumplida, ocasionaría la responsabilidad de la empresa de leasing al ser titular de los bienes cedidos en arrendamiento financiero que -utilizados por la arrendataria- ocasionan daños a terceros. Esta obligación no posee una base normativa en ninguna disposición especial que regula el contrato de arrendamiento financiero en nuestro país, sino, que se pretende obtener mediante una “aparente” interpretación sistemática del art. 6 de la LAF y el art. 23 del Decreto Supremo N° 559-84-EFC (Reglamento de la LAF). Crear una excepción a la regla de responsabilidad objetiva prevista en el art. 29 de la LGTTT, es inaudito, al ser un privilegio cedido exclusivamente a los legisladores. Ciertamente, seguiremos comentando la riqueza argumentativa de la Casación citada, pero no compartimos la incorporación de esta obligación, a fin de sustentar la responsabilidad de las empresas de leasing en este caso concreto.

c) Se precisa que los anteriores criterios asumidos en la jurisprudencia sobre este supuesto se detienen solo en una interpretación literal y no en un análisis integral del tema y mucho menos de las funciones de la responsabilidad civil.

Comentario:

Coincidimos en ello. Las sentencias de casación que hemos examinado se han detenido solo en un análisis de la ley (LGTTT y LAF), y no han recurrido al análisis de las funciones de la responsabilidad civil. Hasta aquí ¿Qué son las funciones de la responsabilidad civil? Según Kemelmajer (2009) sostiene que el estudio de las funciones de la responsabilidad civil “sirve como eje imprescindible para interpretar las reglas que se ocupan de la responsabilidad, acomodando su sentido al cumplimiento de los propósitos perseguidos por la institución, y como guía para integrar la disciplina cuando encuentra lagunas” (p. 1310). Es cierto que una parte de la doctrina ha considerado a la función resarcitoria como la función primaria de la responsabilidad civil (Gálvez, 2016). Sin embargo, en el contexto actual, el papel de sus funciones se ha extendido debido al impacto que tiene esta institución jurídica en la sociedad, observemos las siguientes clasificaciones que nos han brindado ciertos autores:

Guido Calabresi	Para esta doctrina, se considera “axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y los costes de evitarlos” (Espinoza, 2019, p. 71). Aquí se puede hablar de tres funciones básicas que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil extracontractual: <i>i) Reducción de costes primarios</i> . Esta función se describe como el desincentivo de actividades que aumenten el número o la gravedad de los accidentes
------------------------	--

<p>“Doctrina del Análisis Económico del Derecho”</p>	<p>(deterrence); además, “se materializa al internalizar dichos costes en el sujeto que está en la mejor capacidad de prevenirlo y, por ende, evitarlo” (Fernández, 2019, p. 153); <i>ii) Reducción de costes secundarios</i>. Es una función que se subordina a la primera, aquí no se pretende evitar la configuración del daño o la reducción de estos, sino, mas bien, se busca compensar -en la medida de lo posible- a la víctima; <i>iii) Reducción de costes terciarios</i>. Es básica, solo busca reducir los costos administrativos del sistema de responsabilidad civil extracontractual.</p>
<p>Gastón Fernández</p> <p>“Función diádica - y sistémica de la responsabilidad civil”</p>	<p>Desde una perspectiva diádica -en su aspecto patológico- se toma en cuenta una relación intersubjetiva -víctima y responsable del daño-, ésta no puede estar separada de la perspectiva sistémica, pues cualquier decisión que se tome a nivel diádico, tendrá efectos a nivel sistémico. Aquí encontraremos la función satisfactoria, de equivalencia y distributiva. <i>La primera, apunta a garantizar el resarcimiento de un daño causado que, al detenerse a evaluar la naturaleza del ente afectado, busca conocer si el daño afecta su esfera patrimonial (daño patrimonial) o la entidad psicosomática del sujeto de derecho (daño extrapatrimonial)</i>. La segunda, apunta a que la víctima reciba -por parte del responsable- el equivalente del daño que se le ha ocasionado. La tercera, se basa en el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño -es decir, del responsable a la víctima-, aquí se hace uso de los criterios de imputación: culpa, riesgo, garantía, etc. (Fernández, 2019).</p> <p>Desde una perspectiva sistémica se postulan dos funciones: <i>i) la función desincentivadora o incentivadora de actividades y ii) la función de prevención general</i>. La primera, tiene una íntima relación con el desarrollo tecnológico de una sociedad, tal es el caso que en aras de lograr el avance tecnológico de un producto para hacerlo mas seguro, se privilegia dejar el costo económico del daño en la víctima y que no sea trasladado al responsable, a fin de buscar un incremento de su actividad, lo cual sucedió en épocas pasadas en la era de la industrialización. La segunda, enfatiza que es un deseo de la sociedad buscar reducir las ocasiones de daño que se generen por las actividades humanas (Fernández, 2019).</p>
<p>Juan Espinoza</p> <p>“Función de la responsabilidad civil desde la óptica de sus protagonistas”</p>	<p>En opinión de Espinoza (2019) las funciones de la responsabilidad civil tienen que verse desde el rol que cumple cada actor en la escena donde se genera el daño. Con respecto a la víctima es satisfactoria; con respecto al agresor es sancionadora; con respecto a la sociedad es disuasiva e incentivadora de actividades, y, finalmente, respecto a las tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.</p>
<p>Guido Alpa</p> <p>“Funciones tradicionales y</p>	<p>Este autor, ha catalogado cuatro funciones tradicionales -que hasta la actualidad, en su parecer, sigue desempeñando la responsabilidad civil- estas son: <i>a) reacción frente al acto ilícito dañoso; b) restablecimiento del status quo en el que se encontraba el perjudicado hasta antes de padecer el daño; c) poder punitivo del estado; d) función de desincentivación -o disuasión- contra todo aquel que voluntaria o culposamente ocasione un daño contra un tercero; por otro lado, frente a estas funciones, cataloga a dos que</i></p>

actuales de la responsabilidad civil”	serian las funciones actuales, estas son: e) distribución de las “pérdidas” y f) asignación de costos (Alpa, 2006). Un comentario que nos da el Prof. italiano respecto a la función de distribución de las pérdidas es que: <i>“este objetivo representa una de las bases del common law, y hoy también se encuentra acreditado entre nosotros. El mecanismo resarcitorio sirve para transferir el riesgo al sujeto que está en una mejor posición para soportarlo, o bien al sujeto que puede recurrir, en mejores condiciones, a los seguros y que puede, así mismo, contribuir a que el riesgo se distribuya entre toda la colectividad”</i> . (Alpa, 2006, p. 213).
---------------------------------------	--

Como se observa, son extensas las clasificaciones que existen sobre la responsabilidad civil. Sin embargo, tienen bastantes puntos de encuentro. Lo que resulta más llamativo, en la casación bajo comentario, es el análisis de las funciones de la responsabilidad civil. Primero, bajo una perspectiva del análisis económico del derecho se determina que la reducción de los costes primarios (prevención o disuasión) se logra haciendo recaer en el arrendador la obligación de que compela a su contraparte del contrato -arrendataria- a que constituya el SOAT respectivo, de no hacerlo la arrendadora financiera contribuye, no a la generación del daño, pero sí a la no reducción de la magnitud de los daños-producto de un accidente de tránsito- en un damnificado. Ciertamente, esta es una obligación que está dentro de su órbita de control, debido a que puede gestionar los acuerdos de compensación respectivos al momento de conceder el contrato de arrendamiento financiero.

Luego, desde la perspectiva diádica y sistémica, en la primera se toma una decisión correcta, a nuestro parecer, al lograrse que la víctima acceda -aparentemente- a una “adecuada” indemnización mediante el SOAT, lo que desde una perspectiva sistémica es trasladado directamente a la sociedad -en el caso específico, a los propietarios de los vehículos-, de no contratarse el respectivo seguro, la empresa de leasing tendrá que asumir el costo económico de los daños y diluirlo en sus prácticas económicas - esto sería, el efecto inmediato- o, también, accionar contra la arrendataria, a fin de que efectúe el respectivo reembolso de lo pagado -esto sería, efecto mediato-.

Respecto a las funciones de la responsabilidad desde el rol que cumplen sus protagonistas: la víctima logrará “aparentemente” una adecuada indemnización dando cumplimiento a la función satisfactiva; el agresor -conductor o arrendataria- que voluntariamente o “culposamente” haya ocasionado el daño producto de la actividad riesgosa que despliega en la sociedad con la conducción de un vehículo será sancionado, debido a que según nuestro modelo normativo (LGTTT y LAF) es - al fin y al cabo- quien debe asumir el costo económico de los daños; con respecto a la sociedad se logrará una medida de disuasión o prevención en los agentes económicos que llevan a cabo la constitución de contratos de leasing -entiéndase, empresas de leasing o entidades bancarias-, porqué al tener que evitar la obligación de indemnizar buscaran optar por compeler a su contraparte a que asegure el bien y, así, desligarse de cualquier tipo de responsabilidad que pueda serle imputada dentro de ese “reducido” margen de control que tiene al momento de conceder el leasing.

Para finalizar, es desde las funciones tradicionales y actuales de la responsabilidad civil sustentadas por el Prof. Guido Alpa donde encontramos la función de “distribución de las pérdidas”, esta función se basa en tratar de interpretar que posición es más favorable para colectivizar el daño o trasladar el peso económico del daño en la sociedad, esto es, a través del mecanismo de los seguros u otra técnica más eficiente, para ello se trata de examinar cual es la participación de cada actor, dentro del suceso generador del daño -ejemplo, un accidente de tránsito-, y buscar identificar al actor que está en mejores condiciones (sin crear otra víctima económica), a fin de que impulse el traslado de las consecuencias económicas del daño y logré diluirlas en la sociedad. Coincidimos con lo argumentado en la casación citada, al estar las empresas de leasing en una mejor posición para dar cumplimiento a la función de una eficiente distribución de las pérdidas.

- d) Se precisa que quien crea el riesgo es la arrendataria, y por ello es ella quien debe indemnizar, pero no es menos cierto que quien lo promueve en orden a sus satisfacciones económicas que en nada tienen en cuenta los posibles perjuicios a terceros, son las empresas de leasing, por lo que soportan el riesgo respectivo cuando no pueden acreditar el aseguramiento del vehículo por parte de la arrendataria.**

Comentario:

La validez de esta premisa descansa en la información que manejan las empresas de leasing financiero, porque tienen la plena convicción de que el automotor circulará por las calles, sabe que el vehículo se desplazará (a fin de cumplir el proyecto económico del usuario de leasing) y, además, que ello trae implícito un riesgo en la producción de perjuicios a peatones y otras unidades móviles. Debe entenderse, por lo tanto, que el banco asume dicho riesgo desde que contempla la posibilidad de ser arrendador financiero de automotores. Si ello no fuese así, sencillamente abandonaría dicha opción como operación financiera susceptible de llevar adelante con el correspondiente provecho económico. Preferirían las empresas de leasing en tales supuestos arrendar financieramente bienes menos riesgosos y no vehículos o maquinas industriales.

- e) Se indica que no basta con la suscripción de la póliza, sino que iniciado el proceso el demandado (empresa de leasing o arrendataria financiera) deberá llamar a la empresa de seguro, sino, responde civil y solidariamente.**

Comentario:

En la casación citada, se ha precisado que la obligación que debe tener la empresa de leasing al exigir a su arrendataria a que suscriba o constituya el SOAT respectivo, a fin de reducir la magnitud de los daños en los damnificados, no solo debe cumplirse con la presentación documental de la póliza, sino, más bien, que debe incorporarse -o llamarse- al proceso a la empresa de seguros, es decir, ésta debe ocupar el lugar del responsable frente al damnificado. Esto es una manera de

evitar que la “obligación de asegurarse” solo tenga una contemplación teórica, pero no práctica, en casos de accidentes de tránsito.

Hasta aquí hemos terminado con el análisis de la doctrina y jurisprudencia (reciente) respecto a la responsabilidad en el leasing vehicular, ahora pasaremos a evaluar una posición personal respecto al presente y futuro de este supuesto especial en accidentes de tránsito.

f. ¿Existen fundamentos constitucionales que respalden la responsabilidad plena de las entidades bancarias al ser propietarias de un bien dado en leasing que -utilizado por la arrendataria- ocasiona daños a terceros en un accidente de tránsito?

Ciertamente, hemos podido notar que existe cierta tendencia a utilizar argumentos constitucionales al momento de resolver casos de responsabilidad civil, lo cual -creemos- ha tenido su punto de inicio con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, N°0001-2005-PI-TC, sobre el objetivo que busca la responsabilidad civil, al indicar:

Si algo de constitucional se encuentra en el artículo 1970º del Código Civil es, precisamente, la reparación del daño, en la medida que con dicha protección se otorga dispensa a los derechos a la vida e integridad y a la salud, reconocidos por los artículos 2.1º y 7º, respectivamente, de la Norma Fundamental. De esta forma, sin duda, es posible cumplir con el objetivo primordial de la responsabilidad civil, cual es, auxiliar o beneficiar a la víctima a través de la reparación del daño que hubiere sufrido.

En sede de la justicia ordinaria, con la Casación 928-2016 Lambayeque, se indicó que los daños en el afectado “deben ser resarcidos de forma íntegra en la medida de la máxima protección a los derechos a la vida e integridad y a la salud, reconocidos en (...) la Constitución, pues resulta un mandato constitucional proteger la salud y la integridad física de las personas” al momento de resolver un caso de responsabilidad civil.

Asimismo, un sector en la doctrina sugiere que existe una **función de orientación de los principios constitucionales a las reglas de la responsabilidad civil**, al no librarse esta institución jurídica de la tendencia a mirar a los derechos fundamentales, entre ellos, la dignidad, como el centro de atención de los diversos mecanismos legales que existen para su protección, lo que ha conllevado a que la responsabilidad civil amplíe sus horizontes y busque medios que permitan, en la medida de lo posible, lograr la reparación integral de los daños a la persona (Félix, 2018, 199).

En el caso estudiado, la exclusión de responsabilidad de las empresas de leasing (propietarias del vehículo) representa una severa reducción de las posibilidades indemnizatorias. Esta situación ha sido examinada por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2112-2017 Huánuco, donde se indica:

Tal protección surge de una interpretación de la responsabilidad desde sede constitucional. Así, si la llave interpretativa de todos los derechos es el principio de la dignidad humana, que se manifiesta palpablemente en los derechos tutelados en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, es obvio que el referido principio quedaría claramente mellado ante la imposibilidad de obtener una indemnización que repare los daños ocasionados, más aun si las normas de exoneración desamparan a

quien sufre el daño y protegen a la parte que posee la mejor posición para asumir los costos del daño.

En la casación citada se ha utilizado un argumento constitucional para resolver un caso de responsabilidad civil en el leasing vehicular, siendo específicos, se utilizó el principio de dignidad humana. Recuérdese, que en nuestra Constitución Política del Perú se reconoció en su artículo 1 que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, es sobre este principio que se cimienta todo nuestro sistema jurídico, garantizando que todos los seres humanos seamos tratados como fines y no como medios.

Sin embargo, este argumento se ha vuelto recurrente en las sentencias de casación que dirimen casos de responsabilidad civil -incluso en otras materias del derecho civil- lo cual puede ser muy sugestivo a seguir en las instancias de mérito, lo cierto es, que no es válido recurrir a fundamentos constitucionales, cuando existe una regulación propia en el derecho privado que otorga una resolución al caso concreto, lo que se ha precisado como: una fuga de las normas privadas a los principios constitucionales (Cortes, 2006).

Para nosotros, no debe existir una aplicación directa de los principios constitucionales al caso concreto, al ser cláusulas de interpretación de gran apertura -por no decir, demasiado abiertas- lo cual puede permitirle al intérprete -en este caso específico- adoptar una decisión “pro- víctima” sin evaluar el contexto social en donde ocurre el accidente. Por ello, se ha indicado que los principios constitucionales deben servir como pautas orientadoras de las reglas de responsabilidad civil; así pues, para Cortes (2006) indica que: “una solución que dejara a la víctima de un daño privada de una reparación capaz de permitirle su desarrollo esencial como parte de la sociedad, sería una solución que atentaría contra el principio de dignidad” (p. 177).

En nuestra opinión, no era necesario recurrir a argumentos constitucionales para resolver este caso específico, debido a que existen normas en el derecho privado que resuelven el caso concreto y garantizan que la víctima si reciba un adecuado resarcimiento, aquí nos referimos al artículo 29 de la LGTTT.

La preocupación de si existe o no un argumento constitucional que respalde la responsabilidad civil de las empresas de leasing, ha sido desarrollado en la Sentencia Rol 6242-2019 del Tribunal Constitucional de Chile, donde se determinó que el inciso final del artículo 169 de la Ley de Tránsito, que regula la exclusión de las empresas de leasing propietarias de un bien dado en arrendamiento financiero que ocasiona daños a terceros, no transgrede la carta fundamental, por no existir ningún dispositivo constitucional que resulte vulnerado *prima facie* por dicha norma legal. Entre los fundamentos de la citada sentencia, se indicó que:

DÉCIMO CUARTO: (...) en el contrato de leasing no concurren los presupuestos para establecer una excepción de responsabilidad objetiva. Ello, dada la inexistencia de un “propietario o tenedor” que pueda ejercer actos de cuidado (en los estándares exigidos del Código Civil para que concurra la excepción de responsabilidad objetiva) al tener de la naturaleza y modalidades de dicho contrato, ya que como lo señalan uniformemente los civilistas, en el leasing “se cede en forma permanente la dirección y el control del vehículo al arrendatario, quien asume la responsabilidad por la utilización del mismo” (...)

g. ¿Qué objetivo tiene la propiedad en el marco de un contrato de leasing financiero?

La perfección técnica-conceptual de la idea de propiedad es de ser “la compacta y dominativa (...) centrada en el individuo como dueño absoluto de las cosas que le pertenecen exclusivamente” (Moccia, 2015, p. 106). Es esta la idea que acogió nuestro Código Civil en su Artículo 923, al indicar que: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Sin embargo, esta idea de la propiedad que parece madura, se ha comenzado a tambalear producto de la gran apertura de los mercados financieros, de la producción de servicios y de la constante desmaterialización de la economía, lo que en palabras de Moccia (2015) sucede debido a que se está transitando de un régimen de propiedad vinculado a la “vieja” economía de mercado hacia un régimen de acceso rápido, es decir, a una garantía de disponibilidad -o acceso- temporal de bienes bajo las reglas de control por redes de proveedores, quienes se reservan la propiedad, arriendan o ceden en uso temporal un bien por el pago de una tasa o cuota. Este último régimen -o concepción- es la que sigue la propiedad en el contrato de leasing financiero.

El leasing se basa en un principio económico claro “la riqueza no se encuentra en la propiedad, sino, más bien, en su utilización”, por ello, como mecanismo de financiamiento, la empresa de leasing busca proveer a la arrendataria bienes de capital para el desarrollo de su actividad económica. En el contrato se incorpora una cláusula de opción de compra, que es un derecho potestativo de la arrendataria ejercerla o no, debido a que ésta no busca la propiedad de los bienes dados en leasing, sino, su utilidad, sin embargo, en los hechos se comporta como la propietaria económica de los bienes, a pesar de no tener la propiedad formal de aquellos (Ugarte y Nuñez, 2019). La empresa de leasing mantiene la propiedad de los bienes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrae con la arrendataria.

Dijimos que las empresas de leasing tienen una función sistémica en la sociedad, debido a que actúan como intermediadoras financieras al captar el dinero de los agentes superavitarios para trasladarlo a los agentes deficitarios. Estos últimos son los solicitantes del financiamiento económico. Como diría el Prof. Barreira Delfino en el VII Congreso Internacional "Contratos de Financiamiento del mercado global" desarrollado el 19 y 20 de junio de 2020 que, mediante los contratos de financiamiento se hace un intercambio de fondos presentes por fondos futuros, donde el intermediador financiero que acoge el pedido del solicitante -entiéndase, usuaria del leasing- asume grandes riesgos, debido a la incertidumbre que puede existir ante el no cumplimiento de la devolución de los fondos futuros, la intermediaria financiera tiene la obligación de restituir, sin excepción alguna, dichos fondos a los agentes superavitarios -entiéndase, a los ahorristas-. Es ahí donde entra en juego el papel de la propiedad en el contrato de arrendamiento financiero que sirve como una “garantía”, al ser un mecanismo que permite la recuperación del financiamiento otorgado sin altos costos de transacción, estos se configurarían si la propiedad fuese trasladada a la arrendataria (Gavino, 2019). En conclusión, la propiedad en el leasing se basa en principios de la nueva economía, donde no se tiene un control efectivo sobre el bien, sino, que se utiliza para garantizar el contrato

y agilizar las transacciones comerciales, distinto a la lógica que se sigue en el art. 923 del Código Civil.

h. Decreto de Urgencia N° 013-2020 ¿Se mantiene o no el régimen de responsabilidad civil en el leasing vehicular?

Previamente a la emisión del Decreto de Urgencia N° 013-2020, era fácil determinar la responsabilidad de las empresas de leasing. Era claro, que tanto la LGTTT y la LAF poseen la misma jerarquía legal y poseen, aparentemente, una regulación sobre la misma materia con mandatos contradictorios, sin embargo, teniendo en cuenta el principio de cronología normativa⁶, se producía la conclusión de la vigencia temporal del tercer párrafo del art. 6 de la LAF (1984), por la entrada en vigor del art. 29 de la LGTTT (1999), al ser una norma posterior que deroga la norma contenida en el art. 6 de la LAF sin una declaración expresa, lo que en doctrina se conoce como derogación tácita⁷. Esta postura fue acogida en la sentencia recaída en el expediente N° 00393-2011 del Juzgado Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, al indicarse que:

DECIMO SETIMO: (...) En el caso concreto (...) Aplica, más bien el criterio de cronología, es decir, la ley de transporte publicada en el año 1999 derogó el artículo 6 de la ley de arrendamiento financiero publicada en el año 1984, por tratarse aquella de una norma posterior respecto de esta última. En consecuencia, en todo accidente de tránsito ocasionado por bienes dados en leasing, el propietario del vehículo (Banco Interamericano de Finanzas), el conductor y el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Ciertamente, con la octava disposición complementaria modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, se efectúan modificaciones (o retoques) al artículo "... 6..." del Decreto Legislativo N° 299 (...) en los términos siguientes: "*artículo 6. (...) La arrendataria es responsable, frente a cualquier persona por daños personales o materiales producidos mientras que el bien se encuentre en su posesión, uso, disfrute u operación, incluyendo, pero sin limitarse, a responsabilidades civiles, penales y administrativas*". A partir de esta norma, se hace énfasis en la responsabilidad jurídica de la arrendataria frente a todo daño que ocasione por la utilización del bien dado en leasing, empero, ni en esta, ni en ninguna otra disposición especial que regule el leasing, se menciona de manera expresa la

⁶ Dicho principio tiene su base normativa en el tercer párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, donde se indica: "(...) La ley se deroga sólo por otra ley. (...)", además, también posee su regulación en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil vigente donde prescribe: "La Ley se deroga solo por otra Ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiera derogado"; este principio es más robusto que el principio de especialidad para resolver un conflicto en el plano normativo.

⁷ Según Vidal (2003) se distingue entre derogación expresa y derogación tácita; la primera, se basa en que las nuevas normas legales hacen una referencia expresa de las normas que van a ser derogadas; la segunda, se basa en que la nueva norma no tiene una derogación expresa pero que colisiona con la norma que se encuentra en vigencia, a esta derogación es la que hace referencia en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil vigente cuando indica: "La derogación se produce (...) por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla".

exoneración de responsabilidad del propietario, señalando únicamente la responsabilidad civil de la arrendataria, por lo que no cabe inferir la exclusión de responsabilidad si la norma ha guardado silencio sobre ello.

Así pues, si se observa la LEY MODELO DE LEASING del 12 de noviembre de 2008 en su art. 9, del Capítulo II o, también, a la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional de 1988 en su literal b), del art. 8.1., se excluye de manera expresa a la arrendadora financiera por los daños que ocasione el bien dado en leasing al ser utilizado por la arrendataria financiera, lo que no pasa con la LAF en el ordenamiento jurídico peruano.

Por tanto, dado que en materia de responsabilidad civil son solidariamente responsables el conductor con el propietario (art. 29 de la LGTTT), creemos que habría que aplicar este principio, no pudiendo exonerar a las empresas de leasing.

Caso distinto, las posibilidades de la víctima de ser indemnizada resultarían severamente disminuidas, a la par que no existiría razón alguna para tal exoneración de responsabilidad en el *plano legal*, al estar frente a casos de responsabilidad civil por accidentes de tránsito donde se aplica una obligación solidaria de tipo pasiva, la cual por su naturaleza según Castillo (2013) se ha restringido su interpretación jurídica al método literal por ser una condición muy severa para cualquier codeudor solidario.

Coincidimos, en que a partir de la función de intermediación que mantienen las empresas de leasing, estas no deberían responder por la actividad riesgosa que desarrolla la arrendataria al poner en circulación un vehículo que esta en posibilidad de causar daños a terceros. Sin embargo, es la responsabilidad solidaria prevista en el art. 29 de la LGTTT la que termina condenando a las empresas de leasing al pago de un resarcimiento por los daños ocasionados con un vehículo dado en leasing que pertenece a su dominio.

¿Qué deben hacer las empresas de leasing para paliar ello? Pues, deben tomar las medidas previsibles para asegurar sus arcas patrimoniales frente a los riesgos de responsabilidad civil por accidentes de tránsito frente a terceros.

¿Cómo hacerlo? Mediante una política de distribución de daños en el tejido social, es decir, mediante la contratación de seguros o pólizas que cubran los daños en los damnificados y se diluya su costo económico en la sociedad. Aquí, el pago de las primas siempre lo terminará asumiendo el arrendatario, debido a que es este quien despliega la actividad riesgosa en la sociedad, por ello, la empresa de leasing debe obligar a su contraparte del contrato a que suscriba el seguro respectivo antes de conceder la operación de financiamiento solicitada. El no contratar un seguro o SOAT aumenta las posibilidades de que se afecte el patrimonio de las empresas de leasing y es una práctica que se despreocupa de la urgencia de indemnizar los posibles daños ocasionados a terceros.

La no contratación de este seguro – *aun existiendo posibilidades de que la empresa de leasing obligue a su contraparte (la arrendataria) a que suscriba el seguro al momento de otorgar el contrato de arrendamiento financiero*- debería tener como consecuencia una graduación -entiéndase, cuantificación- de los daños al momento de determinar su responsabilidad, echando mano de la función sancionadora de la

responsabilidad civil, a partir del factor de atribución de la culpa. Es cierto que en un anterior trabajo hemos sostenido que:

(...) al "transferir" uno de sus vehículos a otro sujeto, no ha tenido la debida diligencia de evaluar con quién contrata, pues se los facilita sabiendo que es un sujeto con antecedentes de accidentes de tránsito, se sume en una suerte de "culpa" por negligencia, al no prever un posible resultado. Esto se podría graficar cuando la entidad bancaria conoce que determinada empresa de transportes tiene un alto grado de accidentes, en consecuencia, mal hago en celebrar un contrato de leasing con ella, pues incremento la posibilidad de que se produzca un nuevo accidente (Peralta, 2020, p. 222).

Cabe indicar que esta postura nos parece poco feliz, por el aumento de los costos de transacción que significaría para las empresas de leasing el acceder a la información, ya no de la capacidad económica que debe tener la arrendataria, sino, más bien, a la información sobre sus antecedentes en accidentes de tránsito (papeletas, procedimientos administrativos, procesos judiciales, etc.), lo cual no se persigue en la lógica económica del contrato de leasing financiero, al ser un contrato que reduce notablemente los costos de transacción entre los agentes económicos.

Por tanto, urge una modificación legislativa que aclare el panorama de la responsabilidad en el leasing financiero, pero que apunte a una visión consensuada de los intereses en conflicto, en términos similares a los planteados en la Cas. N° 4527-2017-Ica y la Cas. N° 2112-2017-Huánuco.

i. ¿Qué futuro le espera a la responsabilidad civil en el leasing vehicular en el ordenamiento jurídico peruano?

Siguiendo la postura actual de la responsabilidad plena, surgen diversas cuestiones: ¿Qué pasaría si al otorgar en leasing un ómnibus, fallecen en un accidente de tránsito treinta y cinco (35) de sus pasajeros? Imaginemos que la empresa de leasing asume responsabilidad en virtud de una demanda presentada por los familiares de todas esas víctimas ¿Cómo se contabilizaría ello? Sería una gran merma patrimonial para las empresas de leasing. Las cuales solo tuvieron la función de otorgar el financiamiento de un bien a un agente económico que lo necesitaba para defender su posición en el mercado o aumentar la producción de sus bienes y servicios. Es por lo que coincidimos en que se debería optar por una visión de consenso de los intereses en conflicto.

Se han presentado dos proyectos de ley para resolver esta cuestión: El primer proyecto de ley es el N° 1822/2007-CR, presentado el 6 de noviembre de 2007, donde se pretendía modificar el art. 6 de la LAF en los siguientes términos: "la arrendataria es responsable frente a terceros del daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la locadora; corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros". El segundo proyecto de ley es el N° 3777-2014-CR, presentado el 8 de septiembre de 2014, pretendía 6 de la LAF - aclarando que la arrendataria es la responsable de los daños que ocasione el bien y que le correspondía asegurar los bienes dados en leasing- y el art. 29 de la LGTTT - aclarando que en la responsabilidad por daños ocasionados con bienes dados en leasing se rigen por su ley especial-, en efecto, ambos proyectos buscaban lograr la

exclusión de responsabilidad de las empresas de leasing, sin embargo, ninguno de ellos fue aprobado.

En los modelos jurídicos comparados⁸ se ha observado la tendencia a excluir de responsabilidad a las arrendadoras financieras, sin embargo, nos parece que el análisis de este supuesto de responsabilidad solo se ha detenido en una perspectiva intersubjetiva, sin tomar en cuenta, un análisis integral desde las funciones de la responsabilidad civil. Es decir, no se ha buscado lograr una postura donde, en teoría, gane tanto la empresa de leasing, la arrendataria financiera y los damnificados.

Una postura de reforma legal ideal -acorde con las funciones de la responsabilidad civil explicadas en la Cas. N° 4527-2017-Ica y la Cas. N° 2112-2017-Huánuco- sería plantear una *responsabilidad condicionada* de las empresas de leasing: primero, modificar el art. 06 de la LAF, indicando que: *“la arrendataria es exclusivamente responsable del daño que pueda causar el bien frente a terceros, desde el momento que lo recibe de la locadora. La arrendadora, no será responsable ante el arrendatario, ni ante terceros por la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad causados por el bien o con motivo de uso de dicha bien, salvo casos exceptuados por la ley”*. Segundo, modificar el art. 29 de la LGTTT Ley N° 27181, en los términos siguientes:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
<p>Art. 29.- De la responsabilidad civil</p> <p>La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.</p>	<p>Art. 29.- De la responsabilidad civil</p> <p>La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.</p> <p>En supuestos de responsabilidad civil por accidentes de tránsito con un vehículo objeto de un contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera propietaria del</p>

⁸ En la república de Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley N° 26.994 que en su art. 1243 sobre la responsabilidad objetiva indica: Artículo 1243. Responsabilidad objetiva La responsabilidad objetiva emergente del artículo 1757 recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en leasing.

La LEY MODELO DE LEASING del 12 de noviembre de 2008 que en su art. 9, del Capítulo II: efectos del contrato de leasing, ha prescrito que: Artículo 9.- Exclusión de la responsabilidad del arrendador En todo contrato de leasing financiero, el arrendador, cuando actúa en calidad de arrendador y como propietario, dentro de los límites de la operación documentada en el contrato de suministro y en el contrato de leasing, no será responsable ante el arrendatario, ni ante terceros por la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad causados por el activo o con motivo del uso de dicho activo.

	<p>vehículo tiene la obligación de exigir a su arrendataria de que contrate un seguro contra todo riesgo.</p> <p>La Arrendadora financiera es responsable en los términos del art. 29 únicamente en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. No acredite la existencia del contrato de seguro contra todo riesgo, y;2. De ser el caso, no se cumpla en convocar a la empresa de seguros para que intervenga en el proceso en su lugar. <p>De acreditarse los supuestos de exclusión de responsabilidad se rige por lo dispuesto en el art. 6 del Decreto Legislativo N° 299 “Ley de Arrendamiento Financiero”.</p>
--	--

Ciertamente, en la práctica el SOAT cubre montos indemnizatorios diminutos a favor de los afectados, por lo que aquel seguro no cumple su objetivo compensatorio como se haría en otros países; segundo, el contexto social de países como EE.UU, Alemania o Italia es distinto al contexto social peruano al otorgar un resarcimiento por daños ocasionados, sea en materia de accidentes de tránsito o en otros supuestos, porque en nuestro país “las indemnizaciones son realmente muy bajas, no hay muchos incentivos para generar conductas que incrementen accidentes simplemente por la conciencia de que siempre me van a pagar. Tenemos juicios de bajo costo para dar indemnizaciones de bajo monto” (p. Bullard, 2006, 732).

La contratación de un seguro es una obligación que recae en la arrendataria financiera, conforme se desprende del art. 23 del reglamento de la Ley de Arrendamiento Financiero. Pero en la práctica falla, sea por qué se constituye el SOAT sobre los bienes dados en leasing, pero cubre montos diminutos a los damnificados o, también, por qué se concede el contrato de arrendamiento financiero, pero no se obliga a la arrendataria a que constituya el SOAT respectivo. Coincidimos, en que se deben aumentar esos estándares de exigibilidad que tiene la norma del art. 23 del reglamento de la Ley de Arrendamiento Financiero, y no debe estar dirigida a la simple constitución de un SOAT, sino, más bien, debe optarse por un seguro contra todo riesgo, que cubra realmente los daños ocasionados en las víctimas, a fin de que estas, en la práctica, no tengan que iniciar un proceso judicial contra las empresas de leasing o las arrendatarias, que de por sí, resulta tedioso, prolongado y desalentador.

Conclusiones

En el plano legal, las empresas de leasing continúan siendo responsables en virtud del art. 29 de la LGTTT, a pesar de la emisión del Decreto de Urgencia N° 013-2020, publicado el 23 de enero 2020 en el diario oficial *El Peruano* que modifica diversos artículos de la LAF, entre ellos, la norma contenida en el art. 6. Coincidimos, en que la postura propuesta para la responsabilidad civil en el leasing vehicular en la Cas. N° 4527-2017-Ica, la Cas. N° 2112-2017-Huánuco e impulsada doctrinariamente por el Prof. Héctor Campos, es una propuesta de “elogio” porque responde a un análisis integral de las funciones de la responsabilidad civil, al tomar en cuenta a todos los actores que conforman la escena del “accidente de tránsito”, esto es, los damnificados, la empresa de leasing -o intermediarias financieras-, la arrendataria financiera y las empresas de seguro. Para finalizar, es el plano funcional el que se debe tener en cuenta al momento de plantear una reforma sobre este supuesto de responsabilidad, es decir, verificar cuales son las situaciones específicas para que responda la empresa de leasing propietaria, la naturaleza jurídica de los contratos de leasing financiero, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y, sobre todo, las funciones de la responsabilidad civil, a fin de evitar que se generen incentivos perversos en las decisiones judiciales o arbitrales al momento de dirimir estos casos.

Referencias bibliográficas

- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Beltrán, J. (2018). Recuérdame (...): El banco que lo puede todo otra vez. Resarcimiento vs. contrato de arrendamiento financiero. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (235), 23-34.
- Bullard, A. (2006). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Calderón, C. (2019). La responsabilidad civil en los accidentes de tránsito y el arrendamiento financiero: Something is rotten in the state of leasing. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (75), 45-54.
- Campos, H. (2020). Entrevista. El leasing vehicular y la responsabilidad civil por accidentes de tránsito: Reflexiones a partir de las modificaciones del D.U. N° 13-2020. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (81), 11-18.
- Campos, J. (2019). La responsabilidad civil solidaria por garantía del propietario del vehículo y la empresa de transportes en los daños por accidentes de tránsito. Comentario a la jurisprudencia recaída en la Sentencia Casatoria N.º 2775-2012 Lambayeque. En *Responsabilidad civil por accidentes de tránsito* (pp. 141-179). Lima: Instituto Pacifico.
- Castillo Freyre, M. (2013). Las obligaciones con pluralidad de sujetos y la solidaridad. En Calderón Puertas, C., Agurto Gonzales, C. y Quequejana Mamani, S. (Coord.), *Las Obligaciones* (pp. 121-132). Lima: Motivensa Editora Jurídica.

- Corsaro, L. (2000). La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en el derecho civil italiano. *Ius Et Veritas*, 10 (21), 61-72. Recuperado de <https://bit.ly/2kIcQY5>
- Cortes, E. (2006). Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente. *Revista de Derecho Privado*, (11), 171-179. Corral, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Corral, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- De Trazegnies, F. (2018). *Postmodernidad y Derecho*. Lima: Grijley.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (Novena ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Félix, J. (2018). Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana. *Derecho PUCP*, (80), 187-237. Recuperado de: <https://bit.ly/2m4GdUE>
- Fernández, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial PUCP.
- Fernández Cruz, G., & León Hilario, L. (2005). La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. *Derecho PUCP*, (58), 9-75. Recuperado a partir de <https://cutt.ly/zfy640p>
- Gálvez, T. (2016). *La reparación civil en el proceso penal: análisis doctrinario y jurisprudencial* (3a. ed.). Lima: Instituto Pacífico Actualidad Penal.
- Gavino, J. (2019). Alcances sobre la (no) responsabilidad civil del locador financiero por los daños ocasionados por un vehículo dado en leasing. A propósito del último encuentro jurisdiccional nacional en lo civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (75), 109-120.
- Hernández, C. y Frustagli, S. (2015). El contrato de leasing en el Código Civil y Comercial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: contratos en particular. Recuperado de <https://n9.cl/n1wyw>
- Kemelmajer, Aída. (2009). Funciones y fines de la responsabilidad civil. En Moisset de Espanés, L. (ed. Lit.), *Homenaje a los congresos de Derecho Civil* (pp.1287-1330). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de <https://bit.ly/2m4rj7f>
- Lorenzetti, R. (2007). *Tratado de los Contratos*: tomo II. Recuperado de: <https://bit.ly/2m049ZD>
- Luján, L. (2018). Leasing vehicular y responsabilidad civil del propietario locador. Entre la imputación del control del riesgo social y la generación espontánea de eximentes. *Diálogo con La Jurisprudencia*, (235), 71-81.
- Medina, E. (2018). Daño causado con un vehículo dado en leasing ¿Debe responder el locador propietario? Comentario a la Casación N° 3256- 2015-Apurímac. *Diálogo con la jurisprudencia*, (235), 82-90.

- Moccia, L. (2015). *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho*. Lima: Motivensa Editora Jurídica.
- Osterling Parodi, F. & Castillo Freyre, M. (2004). Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito. Artículos publicados en *Revista de Derecho*, 907 a 961. Recuperado de <https://bit.ly/2kWbCZt>
- Peralta, G. (2020). Responsabilidad civil en el leasing vehicular: su estado actual y una posible reforma legal en el Perú, (60), 203-229.
- Gavino, J. (2019). Alcances sobre la (no) responsabilidad civil del locador financiero por los daños ocasionados por un vehículo dado en leasing. A propósito del último encuentro jurisdiccional nacional en lo civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (75), 109-120.
- Ugarte, D. y Nuñez, V. (2019). Entre la singularidad del contrato de leasing y la vocación expansiva del derecho de daños: la responsabilidad civil del locador por daños a terceros con vehículos materia de arrendamiento financiero. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (75), 67-87.
- Vidal, F. (2003). Título preliminar: derogación de la ley, artículo I. En Gutiérrez Camacho, W. (Dir.) *Código Civil Comentado: por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil 2: El daño. Otros criterios de imputación*. Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea.

Connotación jurídica del objeto de la obligación y su implicancia en las obligaciones de medios y resultados (*)

Legal connotation of the object of the obligation and its implication in the obligations of means and results

Juan Yordi Martinez Arce¹

Sumario: Introducción. **1.** La obligación; **2.** Distinción de obligaciones; **3.** El objeto de la obligación; **4.** Las obligaciones de medios y resultados en el Código Civil peruano; **5.** La obligación como institución holística, tanto de medios como resultados. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

Resumen: Como es de conocimiento, no existe un consenso respecto a la definición del término objeto, ya sea del negocio jurídico, del contrato o de la obligación; de igual modo, la legislación y jurisprudencia no es ajena a esta falta de intersubjetividad. Ello, como es evidente, tiene consecuencias jurídicas diversas; y una de ellas, repercute en la famosa distinción en obligaciones de medios y resultados. En ese sentido, en el presente artículo se propone una definición del objeto de la obligación, tomando en cuenta una interpretación sistemática del Código Civil, jurisprudencia y también doctrina extranjera; de tal modo, que se pueda alcanzar una comprensión holística de la obligación; es decir, como medio, pero también a la vez un resultado.

Palabras clave: Obligación, objeto, obligaciones de medios y resultados.

Abstract: As is known, there is no consensus regarding the definition of the term object, whether of the legal business, the contract or the obligation; in the same way, legislation and jurisprudence are not immune to this lack of intersubjectivity. This, as is evident, has diverse legal consequences; and one of them, affects the famous distinction in

(*) Recibido: 16/08/2020 | Aceptado: 04/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, becario del X Curso de Extensión Universitaria en Regulación de Servicios de Saneamiento, ha laborado en el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL y actualmente labora en el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento (TRASS) de la SUNASS.
yordyu5@gmail.com

obligations of means and results. In that sense, this article proposes a definition of the object of the obligation, taking into account a systematic interpretation of the Civil Code, jurisprudence and also foreign doctrine; in such a way that a holistic understanding of the obligation can be reached; that is, as a means, but also a result at the same time.

Keywords: Obligation, object, obligations of means and results.

Introducción

La doctrina, jurisprudencia y legislación nacional civil; así como las resoluciones administrativas en su ámbito de competencia (específicamente el INDECOPI), sustentan una clasificación de las obligaciones según el tipo de prestación de que se trate, en obligaciones de medios y de resultado; dicha clasificación –a nuestro modo de ver– sería plausible si fuese solo pedagógica y entonces, no tendría sentido esta investigación; ergo, sus efectos son jurídicos también, es por ello que, es necesario esclarecer el concepto relativo al objeto, uno de los elementos de la obligación y su influencia en la responsabilidad civil, pues este ha sido el núcleo que ha originado la clasificación mencionada de forma errónea. Se sostiene que en las obligaciones de “medios” basta un actuar diligente y solo es necesaria la conducta del deudor para satisfacer el interés del acreedor; por otro lado, y de acuerdo a los artículos 1314, 1315 y 1316 del Código Civil peruano, entendemos que si la obligación es de “medios” el deudor solo debe acreditar la prueba (en caso tenga dicha carga) de la diligencia requerida –que ha actuado sin culpa– siendo la responsabilidad subjetiva, y si la obligación es de “resultado” el deudor debe acreditar el *casus*, conocida como causa no imputable, es decir el caso fortuito o fuerza mayor (a nuestro modo de ver, también comprende el hecho determinante del tercero y de la propia víctima) para liberarse de responsabilidad, siendo la responsabilidad objetiva.

1. La obligación

Entendemos por obligación a la relación jurídica intersubjetiva (en sentido amplio) entre dos situaciones jurídicas², una de ventaja y otra de desventaja, por medio de la cual un sujeto denominado deudor se vincula a otro denominado acreedor para satisfacer el interés positivo o necesidad de este último. Asimismo, la obligación puede ser definida como el efecto generado por un contrato, por una promesa unilateral, por responsabilidad extracontractual o por la gestión de negocios, ya que así ha sido organizada en la estructura del Código Civil Peruano, siendo todas las anteriores fuentes de las obligaciones. La obligación puede ser

² Por situación jurídica debemos comprender la atribución de derechos, deberes, cargas, potestades o derechos potestativos que asume un sujeto en una relación jurídica determinada, así por ejemplo en una relación jurídica de compra y venta existen dos situaciones jurídicas que se denominan acreedor y deudor y en una relación jurídica extrapatrimonial como sería una familiar encontramos la situación jurídica de padre y la situación jurídica de hijo.

entendida como relación jurídica (sentido lato), que es el concepto que ya hemos evaluado y como deber jurídico (sentido estricto); la utilidad de esta clasificación es de suma importancia, por ejemplo, cuando se quiere determinar si estamos ante un caso de responsabilidad contractual o extracontractual. En efecto, todos tenemos el deber jurídico y genérico de no dañar a nadie y si se produce, estaremos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual y será contractual cuando se haya incumplido una relación obligatoria, aquí el deber jurídico de honrar la obligación es específico frente al acreedor de esta relación.

2. Distinción de las obligaciones

Para desarrollar nuestra investigación, solo nos interesa la clasificación de las obligaciones en función al contenido de la prestación. En efecto, tradicionalmente se sostiene que existen “obligaciones de medios y obligaciones de resultados”, algunos autores indican que esta clasificación no está regulada en nuestro Código Civil, nosotros consideramos que sí, pero de forma indirecta, pues en todo caso lo regulado son sus efectos jurídicos, sin perjuicio de ello, en el Código Civil en el Título IX, Capítulo Primero de los Contratos Nominados, el artículo 1755 indica lo siguiente respecto al contrato de prestación de servicios: “Por la prestación de servicios se conviene que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente”. En ese sentido, una obligación de medios sería el contrato de prestación de servicios y una obligación de resultados sería el contrato de obra. Como ejemplos de contrato de prestación de servicios tenemos a los contratos de acceso a los servicios públicos de saneamiento³, telecomunicaciones⁴ y energía eléctrica. En suma, es expresa en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre la distinción entre obligaciones de medios y de resultados.

Según Alterini “La distinción entre obligaciones de resultado y de medios fue esbozada en el Derecho Romano, en el que había contratos en los cuales la obligación era precisamente determinada y otros que únicamente exigían la actuación de buena fe del deudor. El antiguo Derecho francés también tuvo en cuenta ese distingo, especialmente a través del pensamiento de DOMAT” (Alterini, Ameal, & López Cabana, 1996).

En materia de protección al consumidor, con relación a la responsabilidad administrativa del proveedor, el último párrafo del artículo 104 del Código de Protección y de Defensa del Consumidor señala lo siguiente respecto a la prestación de servicios:

³ Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD. Artículo 25. Definición del Contrato de Prestación de Servicios. Se entiende por **Contrato de Prestación de Servicios** de Saneamiento al contrato por adhesión celebrado entre la EPS y el Solicitante por el cual aquella se obliga a prestar los servicios de saneamiento que se pacten y éste, que adquiere la calidad de Titular de la Conexión Domiciliaria, a pagar la contraprestación correspondiente por la prestación de dichos servicios (El subrayado es nuestro).

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTTEL. Artículo 9.- Celebración de contrato de abonado En virtud de la celebración del Contrato de Prestación de Servicios, la empresa operadora y el abonado se someten a los términos contenidos en el mismo y a la presente norma. (El subrayado es nuestro).

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

“[...] En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18”.

En efecto, según el Código de Protección y Defensa del Consumidor, si la obligación es de medios la responsabilidad es subjetiva y si la obligación es de resultados, la responsabilidad es objetiva. La doctrina acierta en esta distinción de la prestación de servicios, así por ejemplo se indica que, “[...] puede destacarse particularmente que el INDECOPI haya deslindado las obligaciones médicas de medios y resultados, englobándose entre estas últimas aquellas en las que el proveedor médico debe garantizar la curación o resultado médico prefijado, como sucede con las operaciones sencillas o rutinarias o los casos de cirugías estéticas [...]” (Mesinas Montero & Sánchez Manyari, 2010).

Existen también pronunciamientos del INDECOPI respecto de dicha clasificación en casos de infracción del deber de idoneidad derivados de mala praxis médica del proveedor de salud; así, por ejemplo, en la resolución 0086-2016/SPC-INDECOPI indicó que en el servicio médico sujeto a una obligación de medios el consumidor tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, sí esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado; y, en un servicio médico sujeto a una obligación de resultados el consumidor espera que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se han contratado dichos servicios. Es así, que un consumidor considerará cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución de la responsabilidad del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción.

En la doctrina existen críticas y respaldo a este tipo de clasificación, éste lo defienden unos por un tema pedagógico, otros para entender la satisfacción del deber de prestación. Entre los autores que defienden esta postura podemos mencionar a: Luis Moisset de Espanés quien indica lo siguiente: “[...] Esta clasificación es muy útil, porque permite establecer en cada caso si el deudor de una obligación de hacer ha cumplido fiel y puntualmente su prestación [...]” (Moisset de Espanés, 2016). Los efectos jurídicos a los que aludíamos, los ubicamos en los artículos 1314 y 1315 del Código Civil, algunos doctrinarios sostienen que el artículo 1314 está diseñado para las obligaciones de medios y el artículo 1315 para las obligaciones de resultados. La clasificación de las obligaciones de medios y de resultados se encuentra regulada de forma literal en el artículo 5.1.4 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT de la siguiente manera:

ARTÍCULO 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Según Castillo Freyre y Osterling Parodi uno de los más severos críticos modernos de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es el profesor argentino Ernesto Clemente Wayar; para estos autores, en las obligaciones siempre existirá un medio y un resultado; sin embargo, debemos precisar que ellos consideran a la prestación como el objeto de la obligación (Osterling Paordi & Castillo Freyre, 2000). Por último, debemos indicar que las obligaciones de medios y de resultados se pueden evidenciar tanto en el aspecto contractual como en el extracontractual. En seguida pasaremos a desarrollar la clasificación mencionada.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema también encontramos el distingo de las obligaciones de medios y de resultados en casos de responsabilidad civil derivada de mala praxis médica; así tenemos por ejemplo la Casación N° 1258-2013-Lima-Norte⁵ donde se indica que “La naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios, por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían”.

3. El objeto de la obligación

Según Llambías, el objeto de la obligación consiste en una cosa, en un hecho o en una abstención a cargo del deudor (Llambias, Raffo Benegas, & A. Sassot, 1997). Para Alterini es el bien apetecible para el sujeto activo, “[...] Así, el objeto de la relación de entregar la cosa vendida que tiene a su cargo el vendedor es la cosa misma. [...]” (Alterini, Ameal, & López Cabana, 1996), por su parte Cazeaux y Trigo Represas refieren que “el objeto de la obligación lo constituye la prestación, vale decir, el comportamiento, la conducta” (Cazeaux & Trigo Represas, 2004).

El profesor Juan Espinoza considera que el objeto de la obligación es la prestación, así refiere, “En la prestación se distingue un momento subjetivo que se refiere al comportamiento de cooperación requerido al deudor y un momento objetivo que afecta a la utilidad de carácter típico que la prestación está llamada a aportar al acreedor: utilidad de carácter típico y que normalmente se vincula al señalado comportamiento de cooperación. (Espinoza Espinoza, 2017).

Es menester desarrollar el objeto del acto jurídico, del contrato y de la obligación, aunque a nuestro modo de ver, el objeto en ambas instituciones jurídicas es el mismo; sin embargo, parte de nuestra doctrina nacional y jurisprudencia –en ocasiones- no comparten esta posición. Al respecto Morales Hervías señala que “No es coherente que existan tres clases de objetos diferentes, uno para el negocio jurídico y el contrato, otro para el derecho subjetivo y otro para la obligación. Solo

⁵ Extraído de Gaceta Jurídica-Servicio Integral de Información Jurídica en informática@gacetajuridica.com.pe

hay un objeto que pertenece a la estructura del negocio y del contrato” (Morales Hervías, 2006).

Según Vidal Ramírez el objeto del acto jurídico son los derechos y obligaciones que se integran a la relación jurídica que el acto crea, regula, modifica o extingue (Vidal Ramírez, 2005). El Código Civil de 1936 sostenía que el objeto debía ser lícito, recordemos que la licitud es la conformidad de determinado comportamiento con el ordenamiento legal. Pero cuando se afirma ello cabe preguntarse si solo se está refiriendo a éste o al ordenamiento jurídico, consideramos que no, porque así le damos sentido y coherencia a la estructura del acto jurídico, ya que la causa debe ser lícita y el acto no debe ser contrario a las normas que interesan el orden público y las buenas costumbres, entonces el orden público, es decir las normas imperativas, abarca también los principios jurídicos que orientan la aplicación de las normas, por lo tanto el orden público es conformidad con el ordenamiento jurídico.

Cuando se indica que el objeto debe ser jurídicamente posible, entendemos, entre otros supuestos, al objeto que está dentro del comercio y que la norma lo haya sancionado así, sin embargo, aquí no es necesario la aplicación de los principios para entender esta parte. O, en la causa, se indica que la misma debe ser lícita en el inciso 4 del artículo 219, pero a su vez en el inciso N° 8 se indica que el acto no debe ser contrario al orden público y las buenas costumbres, resaltamos este punto porque existe bastante jurisprudencia local y nacional que indican que cuando el fin es ilícito supone una contraposición al orden público y por lo tanto se entendería que los dos incisos siempre concurren juntos, pero no lo creemos así, pues como y afirmamos el orden público abarca principios y valores que no necesariamente están formalizados en el ordenamiento legal. Consideramos que así deben entenderse estos dos incisos. Para Lizardo Taboada, el objeto del negocio jurídico es “El interés socialmente relevante o razonable jurídicamente protegido por ser considerado digno de la tutela legal” (Taboada Cordova, 2002). Esta posición tampoco sería correcta, pues el interés es la tensión de la voluntad hacia el objeto, o manifestación y contenido del derecho subjetivo, tal como lo indicaría Francesco Messineo (Zannoni, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, 2000).

Con relación al objeto del contrato, el profesor Morales Hervías refiere “El interés tutelado por el ordenamiento jurídico se materializa en relación a un bien idóneo que lo satisfaga. Ese bien idóneo es el objeto el cual es parte de la estructura y no es un presupuesto del negocio jurídico ni del contrato” (Morales Hervías, 2006)

Existen autores que consideran que el objeto del contrato es la obligación o la relación obligatoria, así tenemos por ejemplo al profesor Ortega Piana quien indica lo siguiente: “[...] Por ello puede postularse que el objeto contractual inmediato o abstracto es la obligación, siendo que la prestación sobre la cual versa está orientada a lograr la consecución de la cosa, que es el objeto mediato o concreto [...]” (Ortega Piana, 2016). Así también autores como Manuel de la Puente y Lavalle y Max Arias Schreiber conciben esta tesis. De otro lado, tenemos autores que rechazan categóricamente esta tesis, entre ellos a Lizardo Taboada quien refiere que la obligación y las relaciones jurídicas constituyen el efecto jurídico del contrato y que el objeto al igual que en el negocio jurídico forma parte de la estructura como presupuesto; añade el referido autor que sostener que el objeto del contrato

consiste en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas es confundir el objeto con su finalidad jurídica, entiéndase causa. (Taboada Cordova, 2002).

Asumimos categóricamente que el objeto de la obligación siempre estará compuesto por los bienes o la utilidad que pueda satisfacer el interés del acreedor. “Los bienes deben ser entendidos como las cosas, el valor o la utilidad” (Morales Hervias, 2006). Según este autor el concepto del bien abarca los materiales y los inmateriales. Así, en las obligaciones de dar el bien estará constituido por la cosa, verbigracia, en una compraventa la casa, el auto, o un mueble; en las obligaciones de hacer el bien es el servicio que satisface el interés del acreedor, no debemos confundirlo con la prestación, aunque se parezcan no son iguales pues el interés se satisface con un resultado último; y, para mayor entendimiento lo graficaremos con un ejemplo, en la prestación de servicios médicos, el interés del paciente es obtener una mejora en su salud o probabilidad de mejora y para llegar a ella el médico tiene que seguir un procedimiento basado en sus conocimientos que deben ser respaldados por un protocolo, dicho procedimiento es la prestación, y la mejora de la salud es el resultado, para llegar a ésta es necesaria la primera. Vemos pues que, en las obligaciones de hacer el objeto no se manifiesta como un ente material. Como indica el profesor Javier Armaza: “[...] la conducta da nacimiento al objeto creándola [...]” (Armaza Galdós, 2014). Lo mismo sucede en las obligaciones de dar, solo que en estas últimas el procedimiento crea un ente material, este procedimiento es, verbigracia, la entrega de la cosa o el despliegue del deudor al domicilio del acreedor para entregarla. Y, por último, en las obligaciones de no hacer al acreedor le interesa que el deudor no realice determinada prestación o actividad pues eso le proporciona una utilidad.

El Código Civil no ha regulado expresamente el objeto de la obligación; sin embargo, podemos encontrar artículos -en el mismo- de los cuales se puede desprender ello. Así por ejemplo tenemos el artículo 1168, el cual sostiene que la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma objeto de ella. Si separamos la estructura jurídica de la norma, es fácil entender que según este dispositivo legal el objeto de la obligación es la prestación; y, siendo coherentes, ello rige para todas las obligaciones en general. Comentando este artículo en doctrina nacional, Clotilde Vigil Curo sostiene que “La obligación facultativa es aquella que tiene por objeto una prestación determinada, la misma que constituye en sí el objeto sobre el cual recae la obligación” (Vigil Churo, 2004).

Luego el artículo 1221, respecto a la indivisibilidad del pago indica que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Nuevamente observamos como el código considera a la prestación como el objeto de la obligación. Según el profesor Manuel de la Puente, la obligación no tiene objeto, sino contenido que es la prestación y esta a su vez tiene como objeto a los bienes y servicios (De la Puente y Lavalle, 2007). Concordamos parcialmente con lo primero; es decir que la prestación es el contenido de la obligación. Autores como Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, siguiendo a Manuel Albadalejo refieren que el objeto de la obligación es la prestación (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2018). El profesor Juan Espinoza Espinoza también suscribe esta tesis.

Consideramos que el objeto de la obligación no puede ser la prestación, pues al deudor en la mayoría de los casos no le interesa el despliegue de la actividad del deudor –que es la prestación– lo que le interesa más bien es la obtención del objeto o la utilidad; por otro lado, el acreedor no ejerce un poder sobre el deudor considerado en sí mismo, afirmar ello sería negar la libertad de este. Una cosa es pues la actividad y otra muy diferente el objeto, al respecto Karl Larenz indica lo siguiente “El derecho de crédito no confiere al titular un señorío directo ni sobre la persona del deudor **ni sobre su actividad (el acto de la prestación)**, ni aún sobre el objeto que el deudor ha de entregar al acreedor (el objeto de la prestación)” (Larenz, 1958). (énfasis agregado). Evidenciamos en dicho texto que para el citado autor una cosa es la actividad y otra el objeto, más adelante sostiene también que dicho objeto de la prestación es la cosa que ha de entregarse.

En conclusión, podemos indicar en pocas palabras que el Código Civil peruano ha optado por considerar como objeto del contrato a la obligación (Artículos 1403 y 1407), a la prestación como contenido de ella y, a los bienes como objeto de la prestación (Artículo 1403). En ánimos de coherencia lógica y sistemática, debería seguir igual suerte el objeto del negocio jurídico.

4. Obligaciones de medios y resultados en el Código Civil peruano

Por la primera tesis, la obligación se concretiza sólo con la actividad desplegada por el deudor de una obligación. Es decir, el deudor únicamente garantiza el desarrollo de determinado medio que no implica un resultado, la prestación en estos supuestos consiste en una mera actividad. Por lo tanto, un supuesto de inejecución de obligación equivaldría a la ausencia del servicio pactado. Atendiendo a ello, podemos decir que son ejemplos comunes en la doctrina respecto de este tipo de obligaciones las que debe realizar un médico o un abogado, las actividades de los denominados profesionales liberales.

Ahora bien, los efectos jurídicos son distintos en este tipo de obligación, pues de esta forma existe coherencia con su razón de ser y su naturaleza. En ese sentido, si es que solo se ha comprometido la actividad el deudor para liberarse de responsabilidad le bastará acreditar haber actuado con la diligencia ordinaria requerida (prueba negativa) y, por ende, la responsabilidad será subjetiva por otro lado el peso de la carga probatoria corresponde al acreedor y podemos decir que la carga probatoria no es compuesta, pues únicamente basta probar un hecho que consiste en la prueba de la diligencia.

Las obligaciones de medios estarían reguladas en el artículo 1314 del Código Civil, entendemos ello interpretando dicho artículo, ya que este sostiene que aquel que actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículo antagónico del 1320 referido a la culpa leve). Pues bien, esto denota lo atinente a la responsabilidad subjetiva en materia de inejecución de obligaciones y el artículo 1315 a la responsabilidad objetiva; en la primera se desprende que solo es necesario acreditar la diligencia ordinaria requerida para la liberación de responsabilidad, entendemos, así no se haya obtenido el “resultado” esperado.

Respecto de las obligaciones de resultados, esta clasificación es la antagónica a la anterior; en efecto, en este supuesto el cumplimiento de una obligación se concretiza con la obtención de un resultado para el acreedor. El deudor inexorablemente tiene que otorgar un resultado a su acreedor, de no ser así se estaría produciendo el incumplimiento de la obligación de forma categórica. La prestación en estos supuestos consiste en un resultado. Podemos mencionar como ejemplos el del contrato de obra y el contrato de compraventa entre los más destacados. El profesor Javier Armaza Galdós sostiene lo siguiente: “[...] En las obligaciones de resultado, se da por cumplido el deber de prestación cuando el deudor satisface el crédito del acreedor [...]” (Armaza Galdós, 2014). En las obligaciones de dar, según el artículo 1139 del Código Civil se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario.

En este tipo de obligaciones, sus efectos también son distintos que la anterior, de tal manera que el deudor para liberarse de responsabilidad tendrá que acreditar la causa no imputable (*el casus*), consistente en el caso fortuito o fuerza mayor, la prueba es pues más agresiva, si el deudor alega haber actuado con la diligencia ordinaria no será suficiente, la única forma de liberarse es con la causa no imputable (prueba positiva), por lo tanto la responsabilidad es objetiva, es uno de las manifestaciones más resaltantes de responsabilidad objetiva en la responsabilidad por inejecución de obligaciones. De otro lado la carga probatoria corresponde al deudor.

Como ya se indicó *ut supra* y según doctrina autorizada, las obligaciones de resultado estarían reguladas en el artículo 1315 del Código Civil peruano, no se puede llegar a otra interpretación, pues si en el artículo anterior se regula al requerimiento de la diligencia ordinaria requerida como inimputabilidad de responsabilidad, no sería necesario que en otro artículo se regule otro supuesto de ausencia de responsabilidad, ello consentiría la tesis subjetiva que sostiene que la causa no imputable es sinónimo de ausencia de culpa, lo cual evidentemente es incorrecto, ya que el hecho de acreditar la diligencia ordinaria no garantiza el cumplimiento de la obligación, pues es posible la presencia de un caso fortuito que impida el cumplimiento de la obligación; por lo tanto, el artículo 1314 estaría referido a las obligaciones de medios.

5. La obligación como institución holística, tanto de medios como resultados

En esta parte vamos a criticar la clasificación de las obligaciones en función al contenido de la prestación (es decir en obligaciones de medios y de resultado), pues consideramos que en las obligaciones siempre existe un resultado querido por las partes y siempre existe un medio que es la conducta que deben desplegar las partes para poder alcanzar dicho resultado que en esencia es el objeto de la obligación y el medio es la prestación o contenido de la obligación. Como lo indica autorizadamente Zannoni, “[...] La clásica distinción entre obligaciones de medios y de resultado, no es sino tributaria de la identificación –o confusión– entre contenido y objeto de la obligación (Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, 1993). Entendemos a la

prestación como el contenido de la obligación; esto es, la conducta o medio para alcanzar el resultado que satisface un interés.

El punto de partida para explicar nuestra posición es la confusión que se tiene en determinar el objeto de la obligación, pues en función de ello, se clasifica erróneamente las obligaciones respecto a su contenido. Así, la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y resultados se debe a que se considera a la prestación como el objeto de la obligación⁶, del contrato y del negocio jurídico. Autores como Morales Hervías ya han advertido este problema, el referido autor sostiene que “No cabe atribuir a la prestación que es en realidad un elemento de la obligación la calidad de objeto del contrato. Pensar así es yuxtaponer planos distintos” (Morales Hervías, 2006). Alterini alude a la distinción de obligaciones de medios y de resultados indicando que en toda obligación siempre existe un medio y un resultado de la siguiente forma: “[...] Estos medios en sí mismos de alguna manera constituyen resultados: cuando un médico encara cierto tratamiento y prescribe un remedio, esta prescripción es uno de los resultados de su obligación, aunque sólo actúe como un medio para el logro final, que es el tratamiento considerado integralmente. Pero lo cierto es que el objeto de la obligación es distinto en ambos casos: en las obligaciones de resultado el acreedor tiene la expectativa de obtener algo concreto, en tanto en las de medios sólo aspira a cierta actividad del deudor que no le ha prometido nada preciso, y su deber se agota en la actividad misma [...]” (Alterini, Ameal, & López Cabana, 1996).

Entonces, entre las razones principales que consideramos para sostener a los bienes como objeto de la obligación están: a) el respaldo de doctrina autorizada, b) por coherencia normativa en la estructura del Código Civil, c) por lógica, y, d) por semántica, pues según el Diccionario de la Lengua Española, el objeto es entendido como el fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación, y esa definición –en derecho- siempre está constituida por los bienes y no por la simple conducta, en otras de sus acepciones, simplemente es definido como la cosa.

Hemos definido a la prestación como aquella conducta que debe ser realizada por el deudor, en una relación obligatoria, para satisfacer el interés del acreedor, ya sea a través de la entrega de un bien o por la utilidad que le pueda generar determinado comportamiento. Al objeto lo hemos entendido como la cosa, el bien o la utilidad que interesan a un acreedor. Diversos autores refuerzan esta posición (Javier Armaza Galdós, Eduardo A. Zannoni). En tal sentido, si el objeto es el bien, la prestación es ajena a ella, si la prestación fuera el objeto de la obligación únicamente el deudor tendría que confiar en esta para satisfacer su interés, descartando de esta forma la posibilidad de la ejecución forzada (en los supuestos que sea posible) ante un incumplimiento del deudor, en ese sentido, la prestación o conducta del deudor en específico no es indispensable, como lo sostiene Javier Armaza, lo que sí es indispensable es el bien. Podemos decir entonces que, en determinados supuestos, al deudor no le interesa como se programe la conducta del deudor, a él solo le importa la satisfacción de su interés y está no se da en función de la conducta sino

⁶ El Código Civil peruano no ha regulado o definido expresamente el objeto de la obligación; sin embargo, podemos encontrar artículos en el mismo de los cuales se puede desprender ello; así por ejemplo tenemos los artículos 1168 y el 1221.

del bien, este es el interés del acreedor, ya sea a través de otra persona o afectando judicialmente el patrimonio del mismo deudor.

El resultado en las obligaciones siempre va a estar constituido por el objeto, solo que en determinadas obligaciones -como lo precisa el autor citado- el resultado va a depender exclusiva o casi exclusivamente de la conducta del deudor. Por otro lado, si es que afirmamos que el daño en la responsabilidad civil es al interés, entonces -ante la inejecución de una obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso siempre existirá un resultado dañoso en el perjudicado a su interés. Como lo explica Lourdes Blanco, “[...] toda prestación tiende, por esencia a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil [...]” (Blanco Pérez-Rubio, 2014). Entonces en una obligación médica ¿Cuál es el objeto de la obligación y de ser el caso cual es el resultado? Para responder esta pregunta se han elaborado bastantes alternativas, por un lado se sostiene que no se puede concebir un resultado en este tipo de obligaciones, pues es imposible pedir al médico que en todos los casos deba curar al paciente; sin embargo, debemos tener en cuenta que el interés es la tensión de la voluntad hacia la obtención del bien -que en este caso es extrapatrimonial- y el bien que desea un paciente es la salud, la curación, la mejora, la belleza, “bien” que es el resultado de la obligación. Así Massimo Bianca citado por Fernández Cruz indica que “[...] en la obligación quirúrgica, el resultado debido es la operación exactamente ejecutada [...]”, continúa indicando “[...] por lo que entonces, lo que el acreedor espera no es la cura de su enfermedad o defecto, sino que el médico le mejore sus posibilidades de salvamento, lo que constituye siempre un resultado, distinto a la cura de la enfermedad, pero resultado, al fin (Fernández Cruz, 1995).

Luego Zannoni sostiene que “Sería absurdo pensar que se acude al médico sin pretender curar, al solo efecto de que el profesional administre una serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional” (Zannoni, Elementos de la obligación, 1996). Lo que sucede, en buena cuenta, es que el médico no puede asegurar la cura total del paciente; sin embargo, y basándonos en el mismo autor, no exonera esta situación, de la correcta actividad del médico pues es “condición necesaria” para la cura, más no “condición suficiente”, toda vez que existen situaciones aleatorias que van a impedir la curación (Zannoni, Elementos de la obligación, 1996); dichas situaciones, a nuestro modo de ver, son el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la propia víctima y el hecho determinante del tercero. Vemos pues que el “resultado” esperado por el paciente de una intervención médica bien puede tratarse de una posibilidad de salvamiento o una mejora en su estado de salud.

Se critica bastante esta posición sosteniendo que se trataría de una presunción absoluta de culpa, a ello nosotros decimos que se arriba en un error de concepto, pues lo único que se logra con dicha alusión es forzar la culpa a todos los supuestos que puedan presentarse, nosotros no asumimos que el médico siempre tiene culpa, aceptar esa posición sería lo mismo que decir que cuando un conductor atropella a un transeúnte se presume su culpa por el solo hecho de conducir un bien riesgoso. Como diría Jossierand citado por Gastón Fernández, se trataría de una culpa presunta sin posibilidad de prueba.

Conclusiones

La distinción de obligaciones de medios y resultados es incorrecta pues en las obligaciones siempre existe un resultado constituido por el interés del sujeto hacia el objeto de la obligación, que siempre es un bien o una utilidad; de igual manera, en todas las obligaciones existe un medio, esto es, el contenido de la obligación o también denominada prestación; por lo tanto, la prestación no es el objeto de la obligación sino el instrumento para llegar a él. La doctrina nacional y extranjera se encuentra dividida en torno a la concepción del objeto de la obligación, ello ha repercutido en la distinción de las obligaciones de medios y de resultado; no obstante, no se ha encontrado en doctrina nacional, material que desarrolle prolijamente esta distinción y las causas genuinas y prístinas de la misma. Se ha llegado a la conclusión que esto se debe a tres factores a saber: a) la concepción errónea del objeto de la obligación, b) el ente sobre el cual recae el daño en la responsabilidad civil, y c) la naturaleza jurídica de la prestación.

Referencia bibliográfica

- Alterini, A., Ameal, O., & López Cabana, R. (1996). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Armaza Galdós, J. (2014). *Derecho de Obligaciones*. Arequipa: Korifé.
- Blanco Pérez-Rubio, L. (2014). Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción? *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, VI(2), 2. Recuperado el 19 de Octubre de 2018, de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2260>
- Cazeaux, P., & Trigo Represas, F. (2004). *Compendio de derecho de las obligaciones* (Segunda ed.). La Plata: Librería Editora Platense.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Vol. II). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Espinoza Espinoza, J. (2017). *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Cruz, G. (1995). *Responsabilidad Civil Médica*. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia. Recuperado el 15 de octubre de 2018, de https://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/23/
- Larenz, K. (1958). *Derecho de Obligaciones* (Vol. I). (V. e. Briz, Ed.) Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- Llambias, J., Raffo Benegas, P., & A. Sassot, R. (1997). *Manual de Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.
- Mesinas Montero, F. G., & Sánchez Manyari, K. (2010). *Jurisprudencia tributaria y de consumo de carácter constitucional*. Lima: Gaceta Constitucional.
- Moiset de Espanés, L. (2016). *Derecho de Obligaciones* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Hervias, R. (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley.

- Ortega Piana, M. (2016). Sobre los alcances del objeto contractual en el diseño del Código civil de 1984. *Ius Et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, 26.
- Osterling Paordi, F., & Castillo Freyre, M. (2000). El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. *Revista de la Facultad de Derecho*(5), 479. Recuperado el 23 de julio de 2017, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6568>
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (21 de octubre de 2018). *Osterling Abogados*. Obtenido de Osterling Abogados: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>
- Taboada Cordova, L. (2002). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Grijley.
- Vigil Churo, C. (2004). Cometarios al artículo 1168 del Código Civil. En *G. Jurídica, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (pág. 166). Lima: Gaceta Jurídica.
- Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Zannoni, E. (1996). *Elementos de la obligación*. Buenos Aires: Astrea.
- Zannoni, E. (2000). *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea.

**DERECHO COMERCIAL -
EMPRESARIAL - FINANCIERO**

Alcances generales de los límites globales e individuales, y de las prohibiciones reguladas en la Ley N.º 26702, como mecanismos para atenuar los riesgos para los ahorristas^(*)

General scope of the global and individual limits, and of the prohibitions regulated in Law 26702, as mechanisms to mitigate the risks for savers

Dante Cieza Montenegro¹

Sumario: Introducción. **1.** La protección del ahorro en el Perú, a nivel constitucional; **2.** Mecanismos para atenuar los riesgos de los ahorristas; **3.** Límites Operativos Globales e Individuales; **4.** Prohibiciones; **5.** Del Grupo Económico: Credicorp Ltd. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

^(*) Recibido: 07/07/2020 | Aceptado: 24/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

El presente artículo jurídico ha sido redactado en el marco de mi participación, en calidad de ponente, en la denominada “I Convención de Expertos en Derecho Corporativo – VI Congreso Internacional de Derecho”, la misma que se tituló como: “La protección legal de los depósitos de ahorro en el Perú, desde el enfoque de los límites y prohibiciones”; evento organizado por la Universidad Autónoma del Perú, y desarrollado en el mes de noviembre del año 2019.

¹ Abogado con más de 15 años de experiencia profesional, tanto en el sector público como privado. Actualmente, es Abogado Senior en el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). Con experiencia como Abogado Asociado del Área de Concesiones e Iniciativas Privadas del Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez – Táiman & Olaya; Abogado de la Oficina Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones (Seguro Social de Salud – ESSALUD); Consultor Legal y Financiero del Finance and Regulation Institute (Universidad ESAN); Analista Legal en Asuntos Estratégicos para la Presidencia del Consejo de Ministros (DINI – PCM); entre otros. En cuanto a los aspectos académicos, resaltan: Doctorado en Derecho (USMP); Maestría en Derecho Civil y Comercial (USMP); Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo (ESAN); Máster in Business Administration (MBA – ESAN); Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (CAL – UAP); Máster en Contratación Pública (Universidad Castilla La Mancha – España); Máster en Public Private Partnership (Structuralia – Universidad Internacional La Rioja); Programa Superior en Modelos de Colaboración Público Privada Sanitaria y Socio Sanitaria (IE Business School – España); etc. Experiencia como conferencista, y docente de pregrado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Martín de Porres, Universidad Autónoma del Perú, Instituto de San Ignacio de Loyola, Universidad Científica del Sur), y postgrado (Universidad Andina del Cusco, Universidad de Castilla La Mancha – España). dante.cieza.montenegro@gmail.com

Resumen: La protección del ahorro es un pilar fundamental dentro del régimen económico constitucional peruano, y a nivel legal, la Ley N° 26702, ha establecido un conjunto de reglas obligatorias aplicables a todas las entidades financieras supervisadas y reguladas por la Superintendencia de Banca y Seguros, autorizadas a recibir depósitos del público, con la finalidad de dar cumplimiento a ese mandato constitucional. El presente artículo tiene como objetivo presentar algunos mecanismos para reducir los riesgos para los ahorristas, vinculados a la implementación de límites operativos globales e individuales, prohibiciones, etc., debido a un caso de posible financiamiento a un partido político peruano; lo que en principio no estaría permitido por la normatividad bancaria nacional.

Palabras clave: Protección del ahorro, financiamiento de partidos políticos, límites operativos globales e individuales, prohibiciones bancarias.

Abstract: The protection of savings is a fundamental pillar within the Peruvian constitutional economic regime, and at a legal level, Law 26702, has established a set of mandatory rules applicable to all financial entities supervised and regulated by the Superintendency of Banking and Insurance, authorized to receive deposits from the public, in order to comply with that constitutional mandate. The objective of this article is to present some mechanisms to reduce the risks for savers, linked to the implementation of global and individual operating limits, prohibitions, etc., due to a case of possible financing to a Peruvian political party; which in principle would not be allowed by national banking regulations.

Keywords: Protection of savings, financing of political parties, global and individual operating limits, banking prohibitions.

Introducción

En días previos a la realización de la “I Convención de Expertos en Derecho Corporativo – VI Congreso Internacional de Derecho”, desarrollado en el mes de noviembre de 2019, y organizado por la Universidad Autónoma del Perú, diversos medios de comunicación masiva² difundieron la noticia referida a que el señor Dionisio Romero Paoletti, presidente del Directorio de Credicorp Ltd., anunció que el grupo económico que representa había aportado durante la campaña electoral del año 2011, la suma de USD 3’600,000 (tres millones seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), a favor de la agrupación política “Fuerza 2011” (actualmente, “Fuerza Popular”), liderada por la señora Keiko Sofía Fujimori Higuchi.

Al respecto, dicha noticia llamó particularmente la atención de las autoridades judiciales que vienen investigando a la referida lideresa de Fuerza Popular, por la supuesta comisión del delito de lavado de activos (y otros) provenientes de la empresa Odebrecht para su campaña presidencial del año 2011.

² Diario Perú 21: “Dionisio Romero le dio US\$3.65 millones a Fujimori para campaña del 2011”. En: <https://peru21.pe/politica/dionisio-romero-le-dio-us365-millns-a-fujimori-para-campana-del-2011-noticia/> Consultado el 19 de noviembre de 2019.

Asimismo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en lo sucesivo, "SBS"), en calidad de entidad supervisora y reguladora del sistema financiero, y en el ámbito de las funciones y competencias que le corresponden publicó el siguiente comunicado (SBS, 2019)³:

Ante las recientes declaraciones del Sr. Dionisio Romerio Paoletti, Presidente del Directorio de Credicorp Ltd., empresa holding propietaria de entidades supervisadas por la SBS, se informe que esta Superintendencia ha iniciado un proceso de evaluación de las circunstancias en las que se produjeron los aportes de dinero en efectivo para el financiamiento de partidos políticos en campañas electorales.

Dicha evaluación se circunscribe a verificar el cumplimiento de las normas emitidas por esta Superintendencia y, de ser el caso, adoptar las acciones correctivas que corresponda.

No cabe duda, que el tema en cuestión es relevante, atendiendo a que una de las principales empresas de Credicorp Ltd., es el Banco de Crédito del Perú, la entidad financiera más grande e importante de nuestro país; en tal sentido, corresponde que la SBS determine si el aporte anteriormente indicado proviene de esta entidad o de alguna otra empresa integrante del referido grupo económico (aseguradoras o administradoras de fondos de pensiones), sujetas a la regulación bancaria peruana.

Por ello, he considerado oportuno brindar algunos alcances jurídicos respecto de los límites y prohibiciones a los cuales están sometidos las entidades del sistema financiero peruano, en especial de aquellas que captan fondos del público para el desarrollo de sus actividades (otorgamiento de préstamos, operaciones neutras, etc.); teniendo en consideración que aquellas entidades se financian en su gran mayoría con dineros provenientes de los ahorristas.

Finalmente, y antes de abordar algunos aspectos conceptuales de este artículo jurídico, se indica que uno de sus objetivos lo constituye el determinar si efectivamente el aporte económico efectuado por un grupo económico como Credicorp Ltd., es una operación ilegal, en el marco de lo que se regula en las normas de carácter bancario; y conocer en términos generales los límites y operaciones a las cuales se encuentran sujetos las entidades del sistema financiero.

1. La protección del ahorro en el Perú, a nivel constitucional

El principal artículo de la Constitución Política del Perú, que justamente sirve de basamento para explicar el alcance del presente trabajo, es el 87, ubicado en el Capítulo V: De la Moneda y la Banca, el que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 87°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

(...).

³ Cuenta Twitter SBS Perú. En: <https://twitter.com/SBSPERU/status/1196911877319606273>.
Publicación efectuada el 19 de noviembre de 2019.

(Resaltado agregado).

Sobre el particular, puedo definir a la institución del “Ahorro” como aquella cantidad de unidades monetarias de libre disposición de una persona y de una familia, principalmente, luego de haber deducido de sus respectivos ingresos, los costos o gastos que les corresponde asumir (alimentación, vestimenta, educación, salud, etc.); de tal forma que dicho resultante o excedentes puedan ser reservados, custodiados, de manera directa y personal, o recurriendo a alguna entidad financiera debidamente autorizada por una entidad regulatoria, como lo constituye en el caso peruano, la SBS. Dicho ahorro puede ser destinado en el futuro para diversos objetivos, como es el de costear alguna cuota inicial para un financiamiento de un inmueble, adquisición de un vehículo, estudios, afrontar pagos de situaciones futuras adversas, etc. Asimismo, el propósito de generar un ahorro y depositarla en alguna entidad financiera, es la posibilidad de ganar intereses.

En cuanto a los Depósitos de Ahorros, cabe resaltar la definición que brinda Rodríguez Velarde (2001), “Es un contrato por el cual se brinda a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de depositar su dinero en condiciones que estimulen su tenencia de ahorrar, los que pueden ser retirados, previo un aviso anticipado o liberado del mismo en cualquier momento, con derecho a una remuneración por el tiempo de permanencia del depósito en poder del Banco” (p. 61).

Como complemento, cabe traer a colación lo indicado por (Figueroa Bustamante, 2000), en el sentido que: “El depósito bancario es un contrato consensual porque se perfecciona con el compromiso de la entrega del dinero al banco; unilateral porque a la obligación del banco de restituir el dinero depositado no se contraponen ninguna obligación a cargo del depositante; gratuito porque todo el beneficio es para una parte y el sacrificio para la otra; no es solemne porque la ley no exige para su validez una forma especial; es de adhesión porque el depositante acepta las condiciones principales del banco, de crédito porque el derecho de propiedad del depositante se transforma en un derecho de crédito para él y por último, de administración porque no implica riesgo o peligro de disminución de la integridad del patrimonio” (p.161).

Indudablemente, es relevante que el Estado a través del instrumento jurídico de mayor jerarquía fije los supuestos que sirven de base para el fomento y garantía de los ahorros de los depositantes en las entidades del sistema financiero nacional, pues el ahorro permite a su vez generar desarrollo económico en los países.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación algunas citas doctrinarias de importantes constitucionalistas de nuestro país, en torno al contenido que la Constitución Política del Perú le ha dado al artículo 87, referido como se ha indicado, a la protección y fomento del ahorro.

Chanamé Orbe (2015), indica lo siguiente:

Este artículo nos dice que los Bancos son instituciones importantes y básicas dentro del sistema económico del país, ya que estos captan los ahorros de la población e instituciones, las mismas que son canalizadas hacia actividades productivas es por eso que se les puede catalogar como los intermediarios financieros por excelencia. **El Estado asume la obligación de garantizar el ahorro. De allí, que cuando un Banco quiebra, el Estado asume las obligaciones de dicho Banco hacia los ahorristas.** Esto se explica por la figura del “encaje legal”, que viene a ser un porcentaje del total de ahorros que capta un banco de los ahorristas para destinarlo al BCR y que servirá posterior y eventualmente para cubrir, ergo, una quiebra, por ejemplo en el caso de

CLAE, no fueron ahorros, sino inversiones del público, las mismas que están sujetas a riesgos y el Estado no pudo garantizar a los inversionistas de CLAE la recuperación total de sus ahorros.

El Estado promueve el ahorro interno, como palanca financiera del desarrollo. La Constitución establece que el Estado promueve y garantiza el ahorro de los ciudadanos, permitiendo un equilibrio de intereses entre las entidades financieras y los usuarios, señalando topes mínimos y máximos en la tasa de interés, garantizando el Estado de esta manera la devolución del dinero ahorrado en caso de quiebra (pp. 685-686).
(...).

(Resaltado agregado).

Al respecto, Montoya Alberti (2005), comenta el artículo 87 de nuestra carta magna, de acuerdo a los términos que se presentan a continuación:

(...).

2. El fomento y la garantía del ahorro

El depósito en ahorros es un depósito irregular de dinero, que al igual que los depósitos a término o a plazo, tiene como finalidad conservar un ingreso para los titulares del depósito a fin de prever necesidades futuras o incrementar su patrimonio (Sergio Rodríguez Azuero. Contratos bancarios 2^{da} edición. Editorial Legis, 2002, p. 421) al comparar a los titulares de estas operaciones, a plazo o sin plazo, indica que a los primeros los motiva una remuneración adecuada a su capital, en cambio al ahorrista irregular de dinero, si bien lo motiva el recibir intereses, su mayor objetivo es la conservación del mismo, que se incrementa, se custodia y la garantía de que sea manejado por el Banco. Como respuesta a esta inquietud surge entonces la necesidad de encontrar instituciones que brinden a los pequeños ahorristas la posibilidad de depositar su dinero en condiciones que estimulen su tenencia a ahorrar y a cambio obtener ciertas prerrogativas de un mejor trato a su ahorro.

Una regla lógica a seguir es que a medida que existan pequeños ahorradores de dinero, estos se incrementarán merced a la tasa de crecimiento de la población, traduciéndose ello en la cantidad de personas ahorradoras y en los bajos, pero suficientes promedios de los ahorros de estos grupos de personas, habida cuenta que el depositario de cantidad dineraria con finalidad rentable y de riesgo trata de derivar su capital a otro mercado, que no es precisamente el de la masa promedio de la población. Se suele explicar la baja tasa de interés en los depósitos en ahorro en la atención a la masa ahorradora, que obliga a incurrir en costos operativos a las empresas bancarias, que de por sí merecen una revisión constante a fin de evitar que la masa ahorradora sea consumida por elevados costos operativos.

Generalmente la persona que ahorra no lo hace con la idea de la disponibilidad inmediata de su recurso, de ser así depositaría su dinero en una cuenta corriente para disponer de ella en forma inmediata. Quien ahorra lo hace porque busca precaverse de una necesidad futura, o para lograr algunas satisfacciones personales. Precisamente, la permanencia de los depósitos permite a los bancos destinar estos recursos a otras inversiones.

Es indudable que el fomento del ahorro como política se centrará en la mejor tasa de interés y en la seguridad del reembolso del dinero depositado en forma inmediata. Existen otros factores importantes como el servicio oportuno y la supresión de las comisiones por mantenimiento u otros gastos que merman el ahorro.

La mayor o menor tasa de interés depende del mejor uso de los recursos de cada institución bancaria o financiera, y además, de la tasa de encaje que fije el Banco Central de Reserva. Ante alternativas estrictas o fijas, solo queda revisar aquellas políticas y disposiciones que brindan al ahorrista, por lo menos, una seguridad de devolución de sus ahorros. Ello desde el punto de vista del ahorrista. Desde el ángulo de la entidad

bancaria, será necesario que se le brinde herramientas que permitan la recuperación de los créditos otorgados a efecto de no defraudar las expectativas de las personas que deposita su dinero en la empresa bancaria o financiera.

(...).

2. Mecanismos para atenuar los riesgos para los ahorristas

De otro lado, a un nivel infra constitucional, tenemos que en el año 1996, se promulgó la Ley N° 26702, “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros” (en adelante, la “Ley de Bancos”), la misma que regula a lo largo de todo su articulado lo concerniente a la actividad de intermediación financiera, entendida esta como: “(...) un sistema conformado por mecanismos e instituciones que permiten canalizar los recursos superavitarios hacia los agentes económicos deficitarios” (Lopez – Souza: 1997, p. 110); resaltando lo establecido por su artículo 132°, referido a las “Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista”, en el sentido de contemplar un conjunto de mecanismos de control bancario con la finalidad de proteger de una manera más eficiente y amplia el ahorro de los depositantes del sistema financiero nacional. Dichos mecanismos refuerzan indudablemente el rol del Estado en su calidad de garante de este tipo de actividades económicas y financieras. A continuación, se presenta el texto del citado artículo 132:

Artículo 132°.- FORMAS DE ATENUAR LOS RIESGOS PARA EL AHORRISTA

En aplicación del artículo 87° de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente, la atenuación de los riesgos para el ahorrista:

1. **Los límites y prohibiciones** (...). Dichos límites tienen por objeto asegurar la diversificación del riesgo y la limitación al crecimiento de las empresas del sistema financiero hasta un determinado número de veces el importe de su patrimonio efectivo.
2. **La constitución de la reserva** de que trata el Capítulo III del Título III de la Sección Primera.
3. **El mantenimiento del monto del capital social mínimo a valores reales constantes**, (...).
4. **La constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos**, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado.
5. **La promoción del arbitraje como un medio de solución de conflictos entre empresas y entre éstas y el público**, haciendo uso para tal efecto de las cláusulas generales de contratación.
6. **La recuperación en forma expeditiva de los activos de las empresas del sistema financiero**.
7. **El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas**.

8. ***La ejecución del Título de Crédito Hipotecario Negociable y del Warrant⁴ que garanticen obligaciones con empresas del sistema financiero por su tenedor, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, concursado o no. (...).***
9. ***Los valores, recursos y demás bienes que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero, cubren preferentemente a éstas. (...).***
10. ***Posibilidad de dar por vencidos los plazos de las obligaciones, vencidas y no vencidas, de un deudor ante un caso de incumplimiento. En este supuesto, la empresa podrá hacer uso del derecho de compensación referido en el numeral siguiente.***
11. ***El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.***
12. ***Los bienes afectos a prendas globales y flotantes vinculadas con contratos de seguro de crédito o con facturas conformadas, u otros contratos de crédito, sólo pueden ser ejecutados por el titular de dicho derecho, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, ya se encuentre este último, concursado o no⁵***
13. ***La supervisión consolidada de los conglomerados financieros o mixtos”.***

(Resaltado agregado).

Como se aprecia, el artículo 132 de la Ley de Bancos ha establecido una lista de mecanismos que están dirigidos a proteger los ahorros de los depositantes, tales como: i) Límites operativos y prohibiciones; ii) Constitución de reservas legales; iii) Acreditación de capitales sociales mínimos; iv) Constitución de provisiones genéricas y específicas; v) La promoción del arbitraje; vi) Recuperación en forma expeditiva de los activos de las empresas del sistema financiero; vii) El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas del sistema financiero; viii) La ejecución del Título de Crédito Hipotecario Negociable y del Warrant; ix) Los valores, recursos y demás bienes que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero, cubren preferentemente a éstas; x) Posibilidad de dar por vencidos los plazos de las obligaciones; xi) El derecho de compensación; xii) La preferencia de ejecución de los bienes afectos a prendas globales y flotantes; y, xiii) La supervisión consolidada. Adicionalmente a ello, cabe indicar que de la lectura de dicha ley, existen otros mecanismos igual de relevantes para lograr dicho cometido, como por ejemplo: a) los encajes legales, b) el secreto bancario, c) el Fondo de Seguro de Depósito, etc. Sin embargo, de cara al cumplimiento del objetivo del presente artículo, se hace especial referencia al caso de los Límites y las Prohibiciones señaladas en el numeral 1) del citado artículo 132.

3. Límites Operativos Globales e Individuales

⁴ Inciso modificado por la Ley N° 27287 del 17.06.2000.

⁵ Numeral derogado por la Sexta Disposición Final de la Ley N° 28677 publicada el 01-03-2006

De una primera revisión del inciso 1 del artículo 132 de la Ley de Bancos, se advierte lo siguiente:

- Se establece un conjunto de reglas con relación a unos límites y prohibiciones que deben cumplir las entidades financieras supervisadas por la SBS, tales como los bancos o las cajas municipales de ahorro y crédito.
- Dichos límites y prohibiciones, vinculados principalmente a la operatividad de la entidad financiera, están destinadas principalmente a: i) asegurar la diversificación del riesgo, y, ii) limitar el crecimiento de las empresas del sistema financiero.
- Se regula un concepto que sirve de parámetro base para el cálculo de los límites operativos y prohibiciones, el denominado “Patrimonio Efectivo⁶” (o “Patrimonio Regulatorio”, o “Capital Regulatorio”, como se denomina en otros países).
- El inciso 1 en cuestión es desarrollado ampliamente en el Título II de la Sección Segunda de la Ley de Bancos.

Efectivamente, la Sección Segunda de la Ley de Bancos regula lo concerniente al: i) Patrimonio Efectivo, ii) la Concentración de Cartera y Límites Operativos, iii) Prohibiciones, y, iv) Sanciones.

Empezaremos el análisis del presente inciso, explicando los principales aspectos que revisten el concepto bancario de “Patrimonio Efectivo”, fundamental para la gestión económica y financiera de las entidades financieras supervisadas por la SBS.

En primer lugar, el concepto de Patrimonio proviene fundamentalmente de las ciencias contables, siendo aquel un elemento clave de los denominados Estados de Situación Financiera, o Balances Generales de las empresas, y que de acuerdo al Plan Contable General Empresarial, las transacciones patrimoniales provienen de: a) aportes efectuados por accionistas o partícipes (capital), b) acciones de inversión, c) capital adicional, d) resultados no realizados, e) excedentes de reevaluación, f) reservas, y, g) resultados acumulados.

Y es que, tal como lo indica el título, es un documento contable de carácter general aplicable a la generalidad de empresas del sistema económico; sin embargo, cuando se trata de empresas sujetas a la supervisión y regulación de la Superintendencia de Banca y Seguros, nos referimos a empresas con un manejo contable diferenciado. Por ejemplo, en este caso, existe el denominado: “Plan de Cuentas del Sistema Financiero – Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero”.

En ese sentido, el concepto de Patrimonio Efectivo, es un concepto utilizado principalmente para fines regulatorios del sector bancario, nacional e internacional,

⁶ La aplicación de un estándar internacional de capital regulatorio para los bancos, se aplica por primera vez en Julio de 1988 mediante el Acuerdo de Capitales, también llamado “Basilea I” el cual está basado en un ratio de capital ponderado por riesgo (Basel Capital Adequacy Risk-related Ratio Agreement), en un escenario en el que la competencia entre bancos había llevado a una reducción en el nivel de capital de los bancos para realizar su operaciones propias del giro del negocio. De este modo, se esperaba que un estándar internacional de capital igualara las condiciones de competencia entre los bancos de distintos países (Lizárraga: 2014; p. 12).

además de estar destinado a cubrir el riesgo de crédito, riesgo de mercado, y riesgo operacional. De acuerdo a lo establecido por el artículo 184: “Patrimonio Efectivo”, de la Ley de Bancos, para su cálculo se consideran los siguientes elementos:

- Se suman al capital pagado, las reservas legales, la prima suplementaria de capital y las reservas facultativas.
- Se suman las utilidades de ejercicios anteriores y del ejercicio en curso que cuenten con acuerdo de capitalización.
- Se suman otros elementos que reúnan características de permanencia y absorción de pérdidas.
- Se restan las pérdidas de ejercicios anteriores y del ejercicio en curso, así como el déficit de provisiones que se haya determinado.
- Se resta el monto de la plusvalía mercantil o crédito mercantil (Goodwill) producto de la reorganización de la empresa, así como de la adquisición de inversiones.

Aunque en el mismo capítulo de Patrimonio Efectivo se regulen supuestos como el de Patrimonio Suplementario, y se determinen ciertas reglas para los límites en el cómputo de dicho patrimonio efectivo, etc., lo importante es tomar como concepto base los elementos presentados en el párrafo anterior.

En tal sentido, dependiendo de cuál sea el cálculo del Patrimonio Efectivo de una determinada empresa del sistema financiero nacional, es que se tendrán que someter a un conjunto de límites operativos, tal como lo refiere el artículo 198: “Cálculo de Límites Operativos”:

Capítulo II

Concentración de Cartera y Límites Operativos

Artículo 198: Cálculo de Límites Operativos

Los límites para las operaciones de las empresas se determinan en función de su patrimonio efectivo.

(Resaltado agregado).

Cabe señalar que, las empresas del sistema financiero, principalmente los bancos, operan con fondos que son captados del público, y he allí la justificación para que la regulación bancaria dicte medidas y en general regule ciertos supuestos, para brindar los controles necesarios y pertinentes en lo que se refiere a la realización de préstamos y créditos, operaciones neutras, etc., que se realicen usando dichos fondos. Ello, como es lógico a efectos de proteger el ahorro del público, dineros que han sido depositados en dichas entidades financieras en señal de confianza, y que va a ser correctamente administrado, y sobre todo, que las operaciones de los bancos están sujetas a una regulación prudencial de parte de la SBS.

Con independencia que los bancos, y algunos tipos de entidades financieras cuenten con cierto grado de libertad para la colocación de los fondos captados al público, a través de diversas operaciones activas (créditos, etc.), ya sea a personas naturales, personas jurídicas y en diversos sectores económicos; es preciso señalar, que existen recomendaciones internacionales en materia bancaria, como las

emitidas por el prestigioso Comité de Supervisión Bancaria de Basilea⁷, para prevenir problemas económicos de los bancos así como para dotar a las operaciones bancarias de las mayores seguridades.

Las entidades financieras, y en general cualquier tipo de empresa está sometida a diversos riesgos de mercado, de crédito, etc., que ante su consecución podrían tener algún impacto económico en las mismas, lo que podría significar en algunos casos, un deterioro de la salud económica de la empresa o incluso, en algunos casos ser determinante para su disolución y liquidación, pero en estos casos generales, perderían principalmente los accionistas de la empresa, y algunos acreedores (tributarios, quirografarios, garantizados, laborales, etc.); pero, en el caso de las entidades financieras, dado que la mayor parte de los recursos que son destinados para el otorgamiento de créditos, provienen del público, es menester brindar una regulación para prevenir, evitar y corregir errores que justamente deriven a los bancos a situaciones económicas adversas.

En ese sentido, es positivo que el sistema financiero nacional cuente con normas de este tipo, pues previene la ocurrencia de eventos negativos individuales, ya que ello podría a su vez, tener un impacto global en el sistema, situación indeseable si tenemos en consideración que aquel es un pilar fundamental del desarrollo económico de los países.

En lo que se refiere a los “Límites”, cabe señalar que efectivamente cuando los fondos (del público) con los que operan las entidades financieras, se concentran en pequeños grupos de personas o empresas, o cuando se financian actividades económicas altamente especulativas donde se presentan mayores riesgos de crédito, es decir de recuperabilidad, se aumenta la probabilidad que los deudores no paguen las deudas. La situación descrita, dependiendo de su magnitud, podría afectar al público que deposita sus recursos en una entidad financiera que se haya expuesto a dichos riesgos.

Es por ello, que en aplicación de lo establecido en el artículo 8⁸ de la Ley de Bancos, las entidades financieras deben respetar el criterio de diversificación del

⁷ “Es la organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria, cuya función es fortalecer la solidez de los sistemas financieros.

El Comité fue establecido en 1975 por los presidentes de los bancos centrales de los once países miembros del Grupo de los Diez (G-10) en aquel momento. Las reuniones plenarias, se celebran cuatro veces al año. El Comité de Basilea está constituido actualmente por representantes de las autoridades de supervisión bancaria de los bancos centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos, y dos países más que no son miembros del G-10, Luxemburgo y España.

El Comité de Supervisión desarrolla la problemática del conocimiento del cliente (KYC) con fines prudenciales que van más allá del Lavado de Activos”. En: <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Sistema-de-Lucha-Contra-el-LA-FT/Aspectos-Internacionales/Comite-de-Supervision-Bancaria-de-Basilea>

⁸ **Artículo 8.- Libertad de Asignación de Recursos y Criterio de Asignación de Riesgo**

Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros gozan de libertad para asignar los recursos de sus carteras, con las limitaciones consignadas en la presente ley, debiendo observar en todo momento el criterio de la diversificación del riesgo, razón por la cual la Superintendencia no autoriza la constitución de empresas diseñadas para apoyar a un solo sector de la actividad económica, salvo el Banco Agropecuario.

riesgo, lo que significa que no se deben concentrar las colocaciones en una sola actividad.

Para complementar lo anterior, es oportuno traer a colación lo indicado por Merino Núñez (1997):

En atención a que la nueva legislación permite a las empresas del sistema financiero la realización de dos tipos de operaciones, operaciones sujetas a riesgo crediticio y las sujetas a los riesgos de mercado -estas últimas no previstas en la legislación anterior-; **una vez determinado el monto del patrimonio efectivo, éste es asignado a cubrir tanto las operaciones sujetas a riesgo crediticio como las sujetas a riesgos de mercado.**

A título informativo baste señalar que las operaciones sujetas a riesgo crediticio son aquellas que tradicionalmente han sido reconocidas al sistema financiero, esto es, las colocaciones o créditos. Por su parte, las operaciones sujetas a riesgo de mercado pueden ser definidas como aquellas inversiones que realizan las empresas y que pueden ser afectadas por variaciones en el tipo de cambio, como las que se produzcan en las tasas de interés”.

(Resaltado agregado).

La Ley de Bancos regula lo relativo a los: i) Límites operativos globales, y, ii) Límites operativos individuales, los mismos que deben ser respetados por las empresas del sistema financiero, pues caso contrario, y de acuerdo a lo regulado por el artículo 219 de la Ley de Bancos: “Sanción por infracción de los límites”, la SBS podría aplicar una sanción pecuniaria progresiva, tal como se cita a continuación:

Artículo 219º.- Sanción por Infracción de los límites

Por la infracción de los límites operativos fijados en la presente ley, (...), las empresas quedan sujetas, por el primer mes o fracción de mes, a una multa sobre el exceso, equivalente a uno punto cinco (1.5) veces la tasa promedio para las operaciones activas, en la respectiva moneda y mercado, deducida la tasa mensual promedio para las operaciones pasivas al mismo plazo, moneda y mercado.

A partir del segundo mes y mientras subsista la infracción, esta multa se incrementará progresivamente en un cincuenta por ciento (50%) mes a mes”.

(Resaltado agregado).

De acuerdo a lo regulado en el Capítulo II: Concentración de Cartera y Límites Operativos, existen dos tipos de límites operacionales: i) Globales, y, ii) Específicos. En el siguiente cuadro podemos apreciar brevemente de qué se trata:

Tipo de Límite Operacional	Artículo (Ley N° 26702)	Detalle
Globales	199	<u>Límite global</u> El patrimonio efectivo de las empresas debe ser igual o mayor al 10% de los activos y contingentes ponderados por riesgo total. Dicho cómputo debe incluir toda exposición o activo en moneda nacional o extranjera, incluidas sus sucursales en el extranjero. Es responsabilidad del directorio asegurarse que las empresas tengan un patrimonio efectivo por encima del límite global.

Tipo de Límite Operacional	Artículo (Ley N° 26702)	Detalle
	200	<p><u>Límite global por operaciones</u> Las Empresas de Operaciones Múltiples (Empresa Bancaria, Empresa Financiera, Caja Municipal de Ahorro y Crédito, Caja Municipal de Crédito Popular, Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa – EDPYME, Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público, e, Caja Rural de Ahorro y Crédito), están sujetas a los siguientes límites globales, en función del patrimonio efectivo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tenencias de oro (15%). - Operaciones con productos financieros derivados (10%). - Tenencia de acciones y certificados de participación: fondos mutuos y de inversión (40%). - Inversión en bienes muebles e inmuebles (no arrendamiento financiero) y de los adjudicados (75%). - Otros que determine la SBS.
	201	<p><u>Créditos a directores y trabajadores de la empresa</u> El conjunto de los créditos que una empresa del sistema financiero conceda a sus directores y trabajadores, así como a los cónyuges y parientes de éstos, no debe exceder del siete por ciento (7%) de su patrimonio efectivo. Ningún director o trabajador puede recibir más del cinco por ciento (5%) del indicado límite global, tomando en consideración para tal fin al cónyuge y a los parientes.</p>
	202	<p><u>Financiamiento a personas vinculadas</u> El total de los créditos, arrendamientos financieros, inversiones y contingentes que una empresa del sistema financiero otorgue a personas naturales y jurídicas vinculadas de manera directa o indirecta a su propiedad en proporción mayor al 4% o con influencia significativa en su gestión, no puede superar un monto equivalente al 30%.</p>
Individuales	203	<p><u>Criterios para determinar los límites individuales</u> Se tiene en cuenta la concentración de los riesgos.</p>
	204	<p><u>Financiamientos otorgados a otra empresa establecida en el país</u> Considerando además los depósitos constituidos en ella, sumados a los avales, fianzas y otras garantías que se haya recibido de dicha empresa, no pueden exceder del 30%. No puede recibir en garantía warrants emitidos por un solo Almacén General de Depósito por encima del 60%.</p>
	205	<p><u>Financiamientos a empresas del exterior</u></p>

Tipo de Límite Operacional	Artículo (Ley N° 26702)	Detalle
		<p>A una institución bancaria o financiera del exterior y los depósitos constituidos en ella, sumados a los avales, fianzas y otras garantías que se haya recibido de tal institución, no pueden exceder de los siguientes límites:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 5% si no están reguladas. - 10% si están reguladas. - 30% si son bancos de primera categoría. - 50% (si el exceso de los casos anteriores está garantizado con una carta de crédito).
	206	<p><u>Financiamientos a favor de una misma persona - Límite del 10%</u></p> <p>No pueden conceder, en favor o por cuenta de una misma persona, natural o jurídica, directa o indirectamente, créditos, inversiones o contingentes que excedan el equivalente al 10%. En cuanto a licitaciones públicas, fianzas pueden alcanzar el 30%.</p>
	207	<p><u>Límite del 15%</u></p> <p>Excepcionalmente (se podrá superar el 10%), hasta el 15%, siempre que se cuente con alguna de las siguientes garantías:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Hipoteca. - Prenda con entrega jurídica o física. - Warrants. - Conocimientos de embargo y cartas de porte (financiamientos de importaciones). - Fiducia en garantía, de lo indicado en los dos supuestos anteriores.
	208	<p><u>Límite del 20%</u></p> <p>Excepcionalmente (se podrán superar los límites del 10% y 15%), hasta el 20%, siempre que se cuente con alguna de las siguientes garantías:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Primera prenda sobre: i) instrumentos representativos de deuda no subordinados, ii) valores mobiliarios que sirven de base para la determinación del Índice Selectivo de la Bolsa de Valores de Lima, y, iii) Acciones o bonos de gran liquidez, que coticen en alguna bolsa extranjera de reconocido prestigio. - Las operaciones de reporte con transferencia en favor de la empresa de cualesquiera de los activos precisados en el presente artículo. - Fiducia en garantía, de lo indicado en los dos supuestos anteriores.
	209	<p><u>Límite del 30%</u></p>

Tipo de Límite Operacional	Artículo (Ley N° 26702)	Detalle
		<p>Excepcionalmente (se podrán superar los límites del 10%, 15% y 20%), hasta el 30%, siempre que cuando menos por una cantidad equivalente al exceso sobre dichos límites, se realicen operaciones de arrendamiento financiero o se cuente con alguna de las siguientes garantías:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prenda con entrega física sobre depósitos en efectivo. - Primera prenda sobre instrumentos representativos de obligaciones del BCRP. - Las operaciones de reporte con transferencia en favor de la empresa de los instrumentos (del BCRP).
	211	<p><u>Financiamiento a personas residentes en el exterior</u> No puede exceder de una suma equivalente al 5% del patrimonio efectivo (no aplica a bancos y financieras). Puede elevarse a 10% si se presenta: i) hipoteca, y/o, ii) Acciones o bonos de una empresa que cotiza en una bolsa de reconocido prestigio. Puede llegar hasta el 30%, si el exceso cuente con la siguiente garantía: i) depósitos en efectivo en la propia empresa, y/o, ii) avales, fianzas u otras de cargo de un banco con arreglo al Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos - ALADI, u otorgado por un banco del exterior de primera categoría.</p>
	215	<p><u>Límite temporal - Tratamiento a bienes recibidos en pago de deudas</u> Cuando como consecuencia del pago de una deuda se reciba o adjudique en pago total o parcial, bienes muebles o inmuebles, debe enajenarlos en el plazo de un (1) año, el mismo que podrá ser prorrogado por la SBS por una sola vez y por un máximo de seis (6) meses. Vencido dicho plazo, sin que se haya efectuado la venta o el arrendamiento financiero del bien, la empresa deberá constituir una provisión hasta por el monto equivalente al costo en libros de los bienes no vendidos.</p>

Fuente: Artículos del 199 al 215 del Capítulo II: Concentración de Cartera y Límites Operativo de la Ley N° 26702.

Elaboración: propia.

De la lectura de los artículos del 199 al 215 del Capítulo II: Concentración de Cartera y Límites Operativo de la Ley N° 26702, se advierte que las empresas del sistema financiero están sujetos a los siguientes Límites Globales: i) Global (199), ii) Global por Operaciones (200), iii) Créditos a directores y trabajadores de la empresa (201), iv) Financiamiento a personas vinculadas (202); y en cuanto a los Límites Individuales: i) Financiamientos otorgados a otra empresa establecida en el país (204), ii) Financiamientos a empresas del exterior (205), iii) Financiamientos a favor de una misma persona – Límite del 10% (206), iv) Límite del 15% (207), v) Límite del 20% (208), vi) Límite del 30% (209), vii) Financiamiento a personas

residentes en el exterior (211), y, viii) Límite temporal – Tratamiento a bienes recibidos en pago de deudas (215).

Cabe recalcar, que los límites operativos globales e individuales referidos en el párrafo anterior, y detallados en el cuadro presentado, están ligados directamente con el Patrimonio Efectivo de la entidad financiero en cuestión.

4. Prohibiciones

Sobre el particular, el artículo 217: “Operaciones y Actividades Prohibidas” (Capítulo III) de la Ley N° 26702, presenta una relación cerrada de supuestos de actividades que se encuentran terminantemente prohibidas de realizar por parte de las entidades financieras; so pena de que la SBS le aplique una sanción, tal como lo señala el artículo 220: “Sanción por actos prohibidos”:

Artículo 220.- Sanción por Actos Prohibidos

La infracción a cualquiera de las prohibiciones señaladas en el artículo 217^o se sanciona con multa equivalente al 100% (cien por ciento) del monto total de la operación. Igual sanción será aplicable cuando se exceda el límite establecido en el artículo 201^o calculado sobre el exceso. Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de otras que pueda establecer la Superintendencia.

A continuación, se presenta la lista de prohibiciones a las cuales se someten las empresas del sistema financiero, siendo las siguientes:

Artículo 217^o.- Operaciones y Actividades Prohibidas

Sin perjuicio de las demás prohibiciones contenidas en la presente Ley, las empresas del sistema financiero no podrán:

1. **Otorgar créditos con garantía de sus propias acciones;**
2. **Conceder créditos con el objeto de que su producto se destine, directa o indirectamente, a la adquisición de acciones de la propia empresa;**
3. **Conceder créditos para financiar actividades políticas;**
4. **Dar fianzas, o de algún otro modo respaldar obligaciones de terceros, por monto o plazo indeterminado;**
5. **Garantizar las operaciones de mutuo dinerario que se celebre entre terceros, a no ser que uno de ellos sea otra empresa del sistema financiero, o un banco o una financiera del exterior;**
6. **Dar en garantía los bienes de su activo fijo, con exclusión de los que se afecten en respaldo de las operaciones de arrendamiento financiero, y de las cédulas hipotecarias que emitan las empresas de capitalización inmobiliaria;**
7. **Aceptar el aval, la fianza o la garantía de sus directores y trabajadores en respaldo de operaciones de crédito otorgadas a personas vinculadas a ellos;**
8. **Adquirir acciones de sociedades ajenas al sistema financiero que, directa o indirectamente, sean accionistas de la propia empresa, salvo que estén cotizadas en bolsa;**
9. **Negociar los certificados de depósito que se menciona en el numeral 9 del artículo 221^o con sus subsidiarias y asumir compromisos que originen la obligación de recomprar tales certificados;**
10. **Captar depósitos por cuenta de instituciones financieras no autorizadas a operar en el territorio nacional;**
11. **Usar información no divulgada al mercado, de personas naturales o jurídicas, sean o no clientes, con el objeto de propiciar negocios en beneficio propio o de terceros, siendo de aplicación lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores”.**

(Resaltado y subrayado agregados).

De la lectura del artículo 217 de la Ley de Bancos, se advierte que efectivamente se han regulado once (11) prohibiciones; resaltando principalmente las siguientes:

- i) Otorgamiento de créditos a favor de terceros, y que las garantías que se constituyan a favor de los deudores, estén representadas por las acciones de la misma entidad financiera, lo que evidentemente no resulta adecuado, pues el riesgo crediticio finalmente estaría siendo absorbido por la misma entidad; y además, que en el marco de la ejecución de dichas garantías, podría activarse un escenario indeseado del sistema, es decir, que la titularidad de las acciones cambie. Se indica ello, pues en el caso de las entidades del sistema financiero, los accionistas pasan por una evaluación especial por parte de la SBS, de manera previa a la autorización para operar.
- ii) Un supuesto vinculado al punto anterior está referido a la imposibilidad de las entidades financieras de conceder créditos con el objeto de que su producto se destine, directa o indirectamente, a la adquisición de acciones de la propia empresa.
- iii) Dar fianzas, o de algún otro modo respaldar obligaciones de terceros, por monto o plazo indeterminado; ello, debido a que ello significaría que la entidad financiera apruebe una operación ilimitada a favor de alguna empresa y a plazo indeterminado, lo cual no permite una clara definición de la exposición al riesgo crediticio al cual se está sujetando, situación indeseable y lejana de la finalidad de las normas en materia de regulación bancaria.
- iv) Garantizar las operaciones de mutuo dinerario que se celebre entre terceros; prohibición que no resulta aplicable cuando una de las partes de dicho contrato sea otra empresa del sistema financiero nacional o internacional.
- v) Dar en garantía los bienes de su activo fijo (inmuebles, equipamiento, etc.); así como aceptar el aval, fianza o garantía de sus directores y trabajadores en respaldo de operaciones de crédito otorgadas a personas vinculadas a ellos (empresas vinculadas, por razones de propiedad directa o indirecta).
- vi) Adquirir acciones de sociedades ajenas al sistema financiero que, directa o indirectamente, sean accionistas de la propia empresa, salvo que estén cotizadas en bolsa; como podría ser el caso que un banco determinado compre acciones de alguna de las empresas del mismo grupo económico y que sea ajena al sistema financiero.
- vii) Captar depósitos por cuenta de instituciones financieras no autorizadas a operar en el territorio nacional; así como usar información no divulgada al mercado.
- viii) Finalmente, cabe resaltar la prohibición de conceder créditos para financiar actividades políticas. Este supuesto está vinculado estrechamente con el aporte económico efectuado por parte de Credicorp Ltd., a favor de la agrupación política Fuerza Popular en el año 2011; y es

que al constituir una prohibición, la SBS debe desplegar sus acciones de investigación para determinar si dicha concesión tuvo como origen fondos de alguna de las empresas que conforman dicho grupo económico y que se encuentran reguladas y supervisadas por la SBS; pues en el escenario que haya sido así, corresponde la aplicación de una sanción pecuniaria.

5. Del Grupo Económico: Credicorp Ltd.

Al respecto, es importante señalar que el artículo 7 del “Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos”, aprobado con la Resolución de la Superintendencia del Mercado de valores N° 019-2015-SMV/01, define a Grupo Económico como: “(...) el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. Las personas naturales no forman parte del grupo económico”.

De acuerdo a lo establecido en la Memoria Anual 2018 de la empresa Credicorp Capital Perú S.A.A.⁹, conformante de Credicorp Ltd., “Es una empresa holding, principal accionista de Grupo Crédito S.A., Atlantic Security Holding Corporation, Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Credicorp Capital Ltd. y CCR Inc. Fundada en Bermuda en 1995, tiene como principal objetivo dirigir en forma coordinada el diseño y ejecución de los planes de negocios de sus subsidiarias con la finalidad general de implementar una banca y servicios financieros universales en el Perú y de diversificarse selectivamente en la región. Credicorp realiza sus negocios exclusivamente a través de sus subsidiarias”.

En el siguiente cuadro se presenta un mayor detalle de las empresas conformantes de Credicorp Ltd., que estarían bajo el ámbito de supervisión y regulación de la SBS, y que se sujetarían a las limitaciones y prohibiciones establecidas en la Ley N° 26702, son las siguientes:

Subsidiarias de Credicorp Ltd.	Detalle
Grupo Crédito S.A.	Subsidiaria 100% de Credicorp. Empresa que tiene como objeto social dedicarse a todo tipo de actividades comerciales, inversiones en valores, compra venta de acciones y títulos valores, y negocios en general. Actualmente posee el 96.75% de las acciones del BCP y subsidiarias, el 100% de PRIMA AFP , el 100% de Credicorp Perú S.A.C (ex - Cobranzas y Recuperos S.A.C), el 100% de Grupo Crédito Inversiones S.A., el 100% de Soluciones en Procesamiento Perú S.A. – Servicorp, el 100% de Edyficar S.A.S, el 99.99% de Pacífico Asiste S.A.C., el 99.97% de Inversiones 2020 S.A y el 98.15% de Inversiones Credicorp Bolivia SA, que a su vez tiene el 95.84% de Banco de Crédito de Bolivia S.A.

⁹ En: <https://www.bvl.com.pe/hhij/OE5132/20190227194801/MEMORIA32CCP322018.PDF>

Subsidiarias de Credicorp Ltd.	Detalle
Atlantic Security Holding Corporation	Es una empresa constituida en las Islas Caymán, 100% subsidiaria de Credicorp. Atlantic Security Holding Corporation, es a su vez, titular del 100% de las acciones del Atlantic Security Bank (ASB), Atlantic Security Int. Financial Services Inc., Atlantic Security Private Equity General Partner, Atlantic Private Equity Investment Advisor y del 96% de ESIMSA.
CCR Inc.	Vehículo constituido en Bermuda como consecuencia de las operaciones de titulización realizadas por el BCP en el mercado internacional, garantizadas por el cobro futuro de las órdenes de pago por transferencias de fondos del exterior en dólares estadounidenses, recibidos de bancos del exterior asociados al Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (Swift). Es 100% subsidiaria de Credicorp.
Credicorp Capital Ltd.	Empresa constituida en Bermuda en 2012, 100% subsidiaria de Credicorp. Credicorp Capital Ltd., es a su vez titular del 99.99% de Credicorp Capital Holding Chile S.A., del 100% de Credicorp Capital Holding Colombia S.A.S., del 100% de Credicorp Capital Securities, del 100% de Credicorp Capital UK Limited, del 100% de Credicorp Capital Holding Perú S.A.A., del 100% de Credicorp Capital Asset Management, 100% de Coby Business Inc. y el 100% de Artigas Global Corp.
Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.	El 1 de agosto de 2017 se llevó a cabo la fusión por absorción entre El Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros y El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros ("PPS"), formando la nueva entidad Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. de la cual Credicorp Ltd. posee el 65.20% y Grupo Crédito participa con el 33.59%.

Elaboración propia.

Se advierte que dentro de la estructura del grupo económico Credicorp Ltd. existen principalmente dos empresas que a su vez son propietarias de entidades supervisadas por la SBS: i) Grupo Crédito S.A.: BCP, Prima AFP y Edyficar; y, ii) Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.; en tal sentido, la SBS debe evaluar la información económica y financiera que los regulados pongan a su disposición a efectos de analizar si los aportes provinieron de algunas de las referidas empresas supervisadas; y además, se deberá analizar si la figura jurídica en cuestión está referida a una operación activa de financiamiento de una agrupación política (cuya cuenta contable se registra en el balance general), o si se trata de una donación (en cuyo caso la cuenta contable se registra en el estado de ganancias y pérdidas); o si tiene alguna otra naturaleza; ello a fin de establecer si alguna de las empresas supervisadas por la SBS y que forman parte de Credicorp Ltd., ha realizado alguna actividad que está prohibida por la Ley N° 26702; y eventualmente, aplicar las sanciones y/o medidas correctivas que resulten pertinentes.

Conclusiones

El Artículo 87 de la Constitución Política del Perú, estipula que el Estado fomenta y garantiza el ahorro; y que la ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía; regulación que se ha concretado a través de la Ley N° 26702, la misma que establece en su artículo 132, diversas formas de atenuar los riesgos para los ahorristas.

Las principales formas para atenuar los riesgos para los ahorristas del sistema financiero peruano están vinculadas principalmente al establecimiento de límites y prohibiciones, la constitución de reservas legales superiores a las de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), exigencia de capitales mínimos, constitución de provisiones, la supervisión consolidada, etc.

En cuanto a los Límites Operativos Globales e Individuales, cabe señalar que están destinadas principalmente a: i) asegurar la diversificación del riesgo, y, ii) limitar el crecimiento de las empresas del sistema financiero; siendo el “Patrimonio Efectivo”, regulado en el artículo 198 de la Ley N° 26702, el parámetro sobre el cual se calculan los respectivos límites.

Algunos de los límites globales e individuales regulados en los artículos 199 al 215 de la Ley N° 26702, que resaltan, son los referidos a créditos a directores y trabajadores de la empresa, financiamiento a personas vinculadas, del exterior, a favor de una misma persona, y, a empresas vinculadas, entre otros.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 217 de la Ley N° 26702, señala que las empresas del sistema financiero no pueden conceder créditos para financiar actividades políticas; por lo que, la SBS debe evaluar la información económica y financiera que los regulados pongan a su disposición a efectos de analizar si los aportes al partido político mencionado provinieron de algunas de las referidas empresas supervisadas; y además, se deberá analizar si la figura jurídica en cuestión está referida a una operación activa de financiamiento de una agrupación política o si se trata de una donación; o si tiene alguna otra naturaleza; ello a fin de establecer si alguna de las empresas supervisadas por la SBS y que forman parte de Credicorp Ltd., ha realizado alguna actividad que está prohibida por la Ley N° 26702; y eventualmente, aplicar las sanciones y/o medidas correctivas que resulten pertinentes.

Referencia bibliográfica

Chanamé Orbe, R. (2015). La Constitución Comentada (Vol. 1). Lima, Lima, Perú: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

Constitución Política del Perú del año 1993.

Diario Perú 21: “Dionisio Romero le dio US\$3.65 millones a Fujimori para campaña del 2011”. En: <https://peru21.pe/politica/dionisio-romero-le-dio-us365-millns-a-fujimori-para-campana-del-2011-noticia/> Consultado el 19 de noviembre de 2019.

Figueroa Bustamante, H. (2000). Derecho Bancario. Lima: Ediciones Jurídicas.

Ley N° 26702: Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

- López-Aliaga C., R. (1997). La Intermediación Financiera y Banca de Inversiones en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (12), 110-119.
- Lizárraga Valencia, R. H. (2014). "El efecto del requerimiento de capital regulatorio de los bancos en el crecimiento del crédito que contribuye al desarrollo económico del país". Lima, Perú: Tesis USMP.
- Merino Núñez, F. (1997). La protección del ahorro. *THEMIS - Revista de Derecho*. 35, 9-20.
- Montoya Alberti, H. (2005). La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. En *Gaceta Jurídica, La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo (Primera Edición ed., Vol. 1)*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Plan de Cuentas del Sistema Financiero – Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero
- Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos”, aprobado con la Resolución de la Superintendencia del Mercado de valores N° 019-2015-SMV/01.
- Rodríguez Velarde, J. (2001). *Contratos e Instrumentos Bancarios (Segunda Edición ed.)*. Lima: Rodhas.
- SBS Perú (Cuenta Twitter). En:
<https://twitter.com/SBSPERU/status/1196911877319606273>.
Publicación efectuada el 19 de noviembre de 2019.

DERECHO PENAL

La violencia intrafamiliar y los grupos de riesgo victimal (*)

Intrafamily violence and victimal risk groups

Javier Rodríguez Febles¹

Arlety Zamora Hernández²

Milagros Cardero Fernández³

Sumario: Brevísimas reflexiones introductorias. **1.** Evolución histórica de la violencia intrafamiliar. **2.** Manifestaciones de la violencia intrafamiliar. **3.** Incidencia de la violencia intrafamiliar en los grupos de riesgo victimal. **4.** Consideraciones jurídicas acerca del tratamiento de la violencia intrafamiliar en Cuba. – Consideraciones finales. – Referencias bibliográficas.

(*) Recibido: 25/08/2020 | Aceptado: 07/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

- ¹ Licenciado en 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.
- 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 Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente. Máster en Ciencias Penales y Forenses por la Universidad Central Marta Abreu de Las Villas. Profesora de Derecho Penal Parte General I y II del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Secretaria del Capítulo Provincial de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. República de Cuba. milagroscf@sma.unica.cu.

Resumen: La violencia en su amplia gama de manifestaciones es un acto cruel y que se puede encontrar en cualquier lugar, incluyendo la familia, por lo que podemos reflexionar acerca de la importancia y necesidad de identificar y vencer la tendencia de la violencia, teniendo en cuenta sus principales manifestaciones y su incidencia en la víctima, percibiéndola como un fenómeno controlable y transformable en la sociedad. Al constituir un fenómeno social y real de gran magnitud, debe ser analizada de forma multidisciplinaria. Como parte de las expresiones humanas la violencia se evidencia en el mundo actual adoptando diferentes formas que se distinguen, pero que producen siempre resultados perjudiciales a la persona agredida. Dentro de estas trataremos la ejercida dentro del seno familiar. Que constituye uno de los espacios socio-ecológicos donde se presentan los actos violentos originando secuelas que afectan a la propia familia y a la sociedad en general, por lo que resulta de suma importancia aprender a manejar los conflictos que puedan surgir prevaleciendo el dialogo y el entendimiento. Precisamente el objetivo central de nuestra investigación se centra en el estudio de la violencia que ocurre entre los miembros del grupo familiar, comúnmente conocida como violencia intrafamiliar. Realizando un análisis de sus principales manifestaciones, así como las secuelas que provocan a los grupos de riesgo victimal. Constatando las lamentables consecuencias que sufren los grupos victimizados, que pueden poseer carácter temporal o permanente en dependencia de su naturaleza. Además de procurar consideraciones jurídicas acerca de su tratamiento en la sociedad cubana.

Palabras claves: Violencia intrafamiliar, grupos de riesgo victimal.

Abstract: Violence in its wide range of manifestations is a cruel act and can be found anywhere, including the family, so we can reflect on the importance and need to identify and overcome the trend of violence, taking into account its main manifestations and their incidence on the victim, perceiving it as a controllable and transformable phenomenon in society. As it constitutes a social and real phenomenon of great magnitude, it must be analyzed in a multidisciplinary way. As part of human expressions, violence is evident in today's world, taking different forms that are distinguished, but always produce harmful results for the person attacked. Within these we will deal with that exercised within the family. That it constitutes one of the socio-ecological spaces where violent acts occur, causing consequences that affect one's own family and society in general, for which reason it is of utmost importance to learn to manage conflicts that may arise, prevailing dialogue and understanding. Precisely the central objective of our research is focused on the study of violence that occurs between members of the family group, commonly known as intra-family violence. Carrying out an analysis of its main manifestations, as well as the sequels that provoke the victim risk groups. Noting the unfortunate consequences suffered by victimized groups, which may be temporary or permanent depending on their nature. In addition to seeking legal considerations about its treatment in Cuban society.

Key words: Domestic violence, victim risk groups.

Brevísimas reflexiones introductorias.

La violencia ha estado presente a lo largo de los siglos, a pesar de las transformaciones económicas, políticas y sociales que han permitido transitar al hombre de generación en generación y llegar a vivir en una sociedad civilizada, aún sigue actuando entre nosotros mediante sus diversas manifestaciones, afectando principalmente a los grupos de riesgo tales como, las mujeres, los niños y los adultos mayores, que por sus características de vulnerabilidad resultan ser los más victimizados ante este fenómeno.⁴

El origen de la violencia según algunos estudios se presenta de forma natural, mediante la justificación que los seres humanos somos violentos por naturaleza, que siempre han existido las guerras, y las peleas por lo que resulta necesario distinguir la agresividad, que sucede de manera natural, por nuestra herencia genética; consideramos a la violencia como una construcción social y no como un fenómeno natural, asumiendo que es posible actuar para eliminarla de nuestras relaciones personales y sociales.⁵

1. Evolución histórica de la violencia intrafamiliar.

MORGAN, “expresa que la evolución de la sociedad está íntimamente entrelazada con la familia; progresan, modifican y se proyectan”⁶ a la par. De ahí la importancia de estudiar lo negativo que sucede en el espacio familiar.

Desde la antigüedad existían las primeras acciones violentas contra la mujer, el Código de Hammurabi,⁷ en el 2000 a.n.e recogía que la nodriza⁸ que dejaba a un lactante morir en sus brazos le debía ser amputados los senos, posteriormente en la Edad Media el esposo podía castigar y matar a su mujer si le era infiel.

⁴ El uso de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones conlleva siempre al hecho de victimizar a quien es objeto de esta, respecto a esto *Vid*, HERNÁNDEZ GÓMEZ, Yeliany, ZAMORA HERNÁNDEZ, Arlety y RODRÍGUEZ FEBLES, Javier, “La victimización. Consideraciones teórico-dogmáticas”, En *Revista Derecho y Cambio Social*, No. 61, julio-septiembre, Perú, 2020.

⁵ *Cfr*, ALONSO VAREA, José Manuel y CASTELLANOS DELGADO, José Luis, “Por un enfoque integral de la violencia familiar”, En *Revista Psychosocial Intervention*, Volumen 15, No. 3, Madrid, 2006, pp. 255 y 256.

⁶ FAJARDO CUARTAS, J. F., FERNÁNDEZ MORALES, K. y ESCOBAR TORRES, O., “Estilo de vida, Perfil psicológico y demográfico de mujeres maltratadas por su cónyuge”, En *Revista Psicología Científica.com*, Volumen 4, No. 12, Colombia, 2002, párrafo 4.

⁷ El Código fue escrito por Hammurabi, quien fuera el sexto rey de Babilonia y creador del imperio babilónico, creado en el 1760 a.n.e., goza de ser uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejores conservados de su tipo. Fue creado en Mesopotamia, en síntesis, se basa en la aplicación de la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente).

⁸ También entendido como ama de crianza, ama de cría, ama de leche, criandera; es la mujer que se encomienda para amamantar a un bebé que no es su hijo.

En el año 400 a.n.e en Bizancio las leyes establecían que el hombre era como un dios ante la mujer por lo que debía ser adorado por esta. En Grecia, si ambos cometían un delito solo se impondría la pena a la mujer, en otros países como la India si la mujer enviudaba era quemada viva junto al cadáver de su esposo. En Europa, si el hombre mataba a su esposa y confesaba arrepentimiento no era castigado y así sucesivamente en cada país del mundo la violencia tiene sus cimientos en horriblos actos que constituyen antecedentes de las acciones violentas que aún se cometen siendo precursoras de aquella cultura patriarcal que influyó de igual manera en la formación de la cultura actual.⁹

En el siglo XIII era permitido que el marido le pegara a su esposa si esta le desobedecía, además se decía que todo jefe de familia podía castigar a cualquier miembro de esta sin que nadie pudiera interponerse, en el siglo XVII se decía que el marido debía corregir a su esposa, lo que implicaba una dosis de violencia, ya el siglo XIX significó un cambio para las acciones cometidas hacia la mujer pues se abolieron los derechos que mantenía el esposo hasta entonces.¹⁰

A partir del siglo XVI se reforzó la autoridad de los padres y en el medioevo se admitía a los hijos como propiedad de sus padres por el hecho de haberlos concebido, aunque existían leyes que prohibían a los padres el derecho de matar a sus hijos, podemos mencionar como otra manifestación de violencia, el infanticidio que se realizaba como rito religioso en fidelidad de un rey o dios.¹¹

Durante la Revolución Francesa¹² aumentó la explotación y los malos tratos hacia los menores estableciéndole largas jornadas de trabajo. Fue en el año 1962 en la reunión anual de la Academia Americana de Pediatría donde KEMPE, utilizó por primera vez el término de "síndrome del niño maltratado".¹³

En el siglo XX la paternidad se concibió como uno de los temas fundamentales a tratar para garantizar la seguridad y estabilidad de los menores por lo que quedó regulado en casi todas las Cartas Magnas de los países del mundo, la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y defender sus legítimos intereses.

Como parte de la política romana surgió el Senado que era el Consejo de Ancianos el cual tuvo una gran influencia en el desarrollo del Imperio Romano, donde el anciano como jefe de la familia conservaba sus potestades sin importar cuál era su edad. En la Edad Media existían instituciones destinadas a cuidar ancianos, pero en todas las épocas la sociedad patriarcal no asumió una misma posición.

⁹ AA.VV., "Formas de violencia", Disponible en World Wide Web en: <http://www.violenciaintrafamiliar.org/venezuela/formas.php>, 2001, (Consultado el 6-5-2020), párrafo 3.

¹⁰ VALLE MOLINA, Pedro G., *La violencia Intrafamiliar, sus efectos en la sociedad cubana*. Trabajo presentado en el Concurso Anual de la Sociedad Cubana de Derecho Penal, La Habana, 2001, p. 15.

¹¹ *Idem*, p. 16.

¹² Gran conflicto político y social con varios períodos de violencia que azotó fuertemente Francia, aunque por la extensión de sus acciones también llegó a afectar otras naciones europeas que enfrentaban a partidarios y opositores del sistema, mejormente conocido como el Antiguo Régimen. Tuvo lugar desde el 5 de mayo de 1789 al 9 de noviembre de 1799.

¹³ LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, "Necesidades de la infancia: respuesta familiar", En *Revista Infancia y Sociedad*, No. 30, España, 1995, p. 8.

Por un lado, los ancianos eran símbolo de respetabilidad y por otro eran maltratados en tiempos difíciles por su poca capacidad de producción y su gran necesidad de cuidados, que con el tiempo se hicieron muy difíciles de satisfacer y solo se llegó a venerar lo nuevo y lo moderno. Siendo considerados los ancianos como la carga familiar, lo que trajo consigo que comenzaran a ser víctimas de varias formas de violencia que se manifiestan teniendo como escenario principal el hogar y la convivencia familiar.¹⁴

Sin lugar a duda, cada uno de estos hechos marcó un inicio en la concepción de manifestaciones violentas en el escenario familiar.

2. Manifestaciones de la violencia intrafamiliar.

En la presente investigación nos afiliamos a la definición de violencia intrafamiliar ofrecida por PÉREZ NÁJERA que la define como “el conjunto de actitudes o de comportamientos de abuso de un miembro de la familia contra otro, en la que se afecta su integridad física y psicológica, tiene como objetivo el control del familiar violentado y puede tener carácter sistemático o periódico”.¹⁵

Una vez definido este concepto resulta necesario hacer alusión a la violencia de género y a la violencia doméstica, dada la interrelación que poseen con el ámbito familiar, resultando necesario identificarlas para establecer diferencias.

La violencia de género involucra un cúmulo de experiencias biológicas, corporales, psicológicas y sociales que van más allá del hecho biológico y abarca la dimensión existencial de ser mujer.

Coincidimos en que violencia de género es el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, que perpetua la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino en los distintos escenarios en que se interrelacionan, la diferencia entre este tipo de violencia y otra forma de agresión y coerción estriba que en este caso el factor de riesgo o vulnerabilidad es el sólo hecho de ser mujer.¹⁶

Una definición válida de género es la red de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores, conductas, y actividades que a través de un proceso de construcción social diferencian las mujeres de los hombres. La violencia de género no sólo atiende al sexo femenino, pero los casos de violencia de género casi siempre son del hombre hacia la mujer.

¹⁴ SEVILLA VILLALTA, Anai, "Causas, efectos y fases de la Violencia Intrafamiliar", Disponible en World Wide Web en: <https://www.scribd.com/document/57545833/Causas-Efectos-y-Fases-de-La-Violencia-Intrafamiliar>, 2005, (Consultado el 13-5-2020), párrafo 25.

¹⁵ 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. 32.

¹⁶ VALLE MOLINA, Pedro G., *Enfoque interdisciplinario de la violencia intrafamiliar y su prevención comunitaria*. Trabajo presentado en el Concurso Anual de la Sociedad Cubana de Derecho Penal, La Habana, 2012, p. 11.

Por su parte la violencia doméstica se entiende como aquella que es ejercida por una persona que se caracteriza por una conducta violenta o que controla la conducta de otra, que suelen estar unidas por alguna relación familiar o de hecho y viven en el mismo hogar.¹⁷

Estos patrones familiares son exteriorizados posteriormente por el individuo en el medio social en que se desarrolla, afectando la tranquilidad de quienes le rodean, siendo obviados por estas personas en numerosas ocasiones por considerar que el conflicto solo puede solucionarse en el hogar vecino, desconociendo que una acción de orientación puede contribuir a evitar las manifestaciones continuas de violencia.

Varios autores precisan que la violencia ocasiona diversos niveles de daño a las víctimas de esos abusos y puede manifestarse “a través de golpes, insultos, manejo económico, amenazas, chantajes, control, abuso sexual, aislamiento de familiares y amistades, prohibiciones, abandono afectivo, humillaciones o al no respetar las opiniones”.¹⁸

Nuestro criterio parte de identificar tres tipos esenciales de manifestaciones de la violencia intrafamiliar: la física, psicológica o emocional y la sexual. La violencia física es una de las formas de expresión más común de la violencia intrafamiliar, se conceptualiza como “el daño que se le ocasiona al cuerpo, golpes, bofetadas, quemaduras, lesiones por armas blancas o de fuego o de otro tipo; todo lo que puede ocasionar dolor, incapacidad temporal, permanente o la muerte”.¹⁹

La violencia psicológica o emocional es otra de las manifestaciones de la violencia intrafamiliar y se refiere a las afectaciones que se provocan en el componente emocional de la psiquis, se muestra principalmente mediante calumnias, burlas, insultos, silencios prolongados, humillaciones, etc.

La tercera clasificación se destina a la violencia sexual que abarca diferentes situaciones tales como “ignorar o negar necesidad y sentimientos, caricias no deseadas, sexo bajo amenazas y coacción, exigencias de prácticas sexuales no apetecidas, críticas al cuerpo, violación, abusos lascivos y otros que se mueven en esa escala y dejan impacto psicológico muy profundo”.²⁰

Como parte de las principales manifestaciones de la violencia intrafamiliar se incluyen los atropellos económicos, educativos y sociales, refiriéndose a “las limitaciones para comunicarse con otros, tener acceso a la recreación, para vincularse a instituciones educativas y superarse, para interrelacionarse con familiares y amigos, para trabajar fuera del hogar y hasta para tener acceso a la economía familiar o no cubrir las necesidades básicas de la persona y ejercer el control de los recursos económicos”.²¹

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ AA.VV., "Conceptos básicos", Disponible en World Wide Web en: <http://trabajos20/laviolenciaintrafamiliar/laviolenciaintrafamiliar.shtm>, 2007, (Consultado el 18-5-2020), párrafo 2.

¹⁹ PÉREZ NÁJERA, Celín, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Ibidem.*

Además, se analiza la expresión del abandono y la negligencia como acciones en el ejercicio de la violencia intrafamiliar que se identifican por la falta de protección y cuidados físicos de los miembros de la familia, la falta de respuesta a las necesidades de contacto afectivo y estimulación cognitiva, descuido en la alimentación, vestuario, etc.

La violencia intrafamiliar, casi siempre es producto de la convergencia de factores de diversa naturaleza, que se entrecruzan, aunque, a menudo unos inciden con más intensidad que los otros, por ejemplo: instrucción y cultura ínfimas, escasez de medios económicos y asistenciales, desocupación, intolerancia, rigidez relacional entre los miembros de la familia, proceder de una familia violenta, el alcoholismo y la drogadicción, las frustraciones, tensiones y miedos, ansiedad causada por situaciones adversas, conductas antisociales, desórdenes de la personalidad, familias numerosas, comisión de delitos, infidelidades, falta de respeto, intransigencias, problemas de carácter, stress colectivo.²²

3. Incidencia de la violencia intrafamiliar en los grupos de riesgo victimal.

3.1. La mujer frente a la violencia intrafamiliar.

Desde los comienzos de la sociedad la mujer ha sido víctima de la más cruel violencia,²³ debido a los rasgos del sistema patriarcal que han quedado impregnados en la sociedad contemporánea siendo victimizada por el solo hecho de su género, sin que exista respeto por su espacio sexual, demás derechos y libertades principalmente en el desarrollo de su relación conyugal.

Debemos partir de la definición de mujer que recoge el Diccionario de la lengua española entendiéndose “como la persona del sexo femenino que ha llegado a la pubertad”.²⁴

“Este maltrato se hace más evidente en el ámbito de aquellas familias que se desarrollan sobre la base de estructuras rígidas formadas en el poder, el miedo y la obediencia a los patrones tradicionales y culturales, de ahí la necesidad de trabajar por la democratización de la relación familiar”.²⁵

Entonces podemos analizar que el concepto de maltrato a la mujer se va a enmarcar en “aquellas acciones u omisiones realizadas de manera habitual, que generan un daño relevante sobre la mujer en el marco de una relación afectiva-emocional, de naturaleza presente o pasada”,²⁶ se considera también a “toda

²² VALLE MOLINA, Pedro G., *Enfoque interdisciplinario...*, cit., p. 12.

²³ *Vid, supra* epígrafe II.1.

²⁴ ALVERO FRANCÉS, Francisco, *Diccionario Cervantes Manual de la Lengua Española*. Tercera edición. Editorial Pueblo y Educación, Cuba, 1978, p. 523.

²⁵ ARGOTA MORA, Ana B., “Una mirada hacia la violencia. Una experiencia”, Disponible en World Wide Web en: <http://www.viol-familiar.net/index.php>, 2005, (Consultado el 9-5-2020), párrafo 6.

²⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Víctimas especialmente vulnerables y mujer maltratada”. En *Memorias del III Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana sobre temas Penales Contemporáneos y VII Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales*, La Habana, Cuba, 2007, p. 2.

persona del sexo femenino que padece maltrato físico, emocional o abuso sexual, por acción u omisión, de parte de la pareja con quien mantiene un vínculo de intimidad".²⁷

Coincidimos con ambos conceptos pues definimos la victimización de la mujer como las acciones y el efecto de ser victimizadas, fundamentalmente mediante las manifestaciones de la violencia física, psicológica o emocional y sexual, provocadas por el victimario y teniendo secuelas en la víctima.

En los diferentes contextos analizados se pueden apreciar según lo expresado por RODRÍGUEZ MANZANERA,²⁸ como formas más comunes de victimización en la mujer la violación, los golpes, el rapto y los atentados al pudor e incesto y agregamos que se puede presentar la victimización física, psicológica o emocional y la sexual en cada una de ellas.

La violencia se pone en práctica en ocasiones cuando el agresor siente peligrar su poder o cuando considera que esta es la forma más eficaz para mantenerlo, porque la violencia refuerza la creencia de su poder y en la víctima refuerza la certeza de su situación, esta hace que sufran una serie de discriminaciones, daños físicos y emocionales, no solo por los familiares, sino también por la propia pareja.

La violencia física es la utilización de la fuerza como el medio eficaz para hacerla obedecer, obligándole a cometer actos en contra de su voluntad, trayendo como consecuencias afectaciones a su persona.

La violencia psicológica, en otro orden son las secuelas psíquicas que quedan en la víctima tras la agresión, las cuales pueden perdurar irremediabilmente en el tiempo,²⁹ mientras que la violencia sexual es la acción de carácter sexual en contra de la voluntad de la mujer. Existe un elemento fundamental en las relaciones conyugales y es el maltrato continuado el cual genera en la mujer el denominado "síndrome de la mujer maltratada".³⁰

Uno de los problemas que más enfrenta a diario la mujer es el papel por el mantenimiento de la familia a toda costa, en la mayoría de los casos esto explica su victimización ante actos crueles por parte de los miembros del hogar, permitiendo que se consideren los maltratos propios de costumbres, de posiciones de superioridad o de imaginarios problemas sociales y no se afronten de forma enérgica y real.

Por otra parte, tenemos las mujeres de más de 65 años que no solo son maltratadas por pertenecer al sexo femenino, son agredidas violentamente por los miembros de la familia por el hecho de ser adultas mayores lo que las coloca en el eslabón más vulnerable de la cadena feminista.

En todos los casos anteriores la mujer ante tales circunstancias se convierte en una persona de baja autoestima, frustrada, retraída, que padece de una ansiedad

²⁷ DOMEN, Liliana M., *Abordaje interdisciplinario de la mujer maltratada*, S.E., Argentina, p. 78.

²⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 193.

²⁹ AA.VV., "Algunas consideraciones preliminares acerca de la violencia con vistas a su estudio". Publicación de la Federación de Mujeres Cubanas. Julio de 1991, La Habana, 1991, p. 23.

³⁰ SEVILLA VILLALTA, Anai, *op. cit.*, párrafo 28.

excesiva y se siente incapaz de desenvolverse en el medio que la rodea ya que piensa que ha fracasado, sintiéndose responsable del funcionamiento de su actuar, por lo que en muchas ocasiones deciden no denunciar tales agresiones y continuar con su sufrimiento.³¹

La evaluación de la violencia contra la mujer en general y más específicamente la que ejerce contra ella su compañero de pareja resulta sumamente compleja por las múltiples aristas que la conforman, pero sin dudas “la concepción misma del maltrato no puede desvincularse de la situación de la mujer, de la forma en que ellas asumen su subjetividad y del aprendizaje que mediante la socialización hacen de las normas y valores sociales”.³²

La relación conyugal es entendida como “todos los maltratos que surgen de forma habitual en las relaciones de pareja ya sean formalizadas o no y que dan vida al ciclo de la violencia”³³ que se encuentra compuesto por tres fases que demuestran todas las diversas formas de expresarse la violencia intrafamiliar la cual en nuestro criterio puede darse desde tres puntos esenciales, la violencia física, la violencia psicológica o emocional y la violencia sexual.

Primera Fase: Acumulación de tensiones.

Esta fase puede extenderse en el tiempo y no depende de la conducta de la mujer quien trata de no enojar al hombre y de evitar cualquier problema intentando controlar la situación familiar. Mientras el hombre siente que tiene el derecho a pegar proporcionando golpes menores para ejercer un control posesivo y determinante en su pareja, la que es sometida a tales tensiones.

Segunda Fase: Episodio agudo de golpes.

Esta etapa posee una corta duración es donde el hombre descarga una fuerza indestructible causando con sus golpes lesiones graves a la esposa quien será agredida inevitablemente encontrándose en un estado de depresión y desespero.

Tercera Fase: Conducta arrepentida.

En esta fase no se puede determinar su duración pues es donde el hombre se manifiesta arrepentido y en caso de que en la segunda fase la esposa lo hubiere abandonado otras personas interceden por él, emitiendo este un comportamiento afectivo ante esta y procurando no volverle a pegar nunca más, siendo la mujer quien decide perdonar y volver a vivir una luna de miel que demuestra la dependencia de los cónyuges.

³¹ La mujer permanece en silencio por varias causas: siente miedo, posee dependencia económica, no tiene un lugar seguro donde vivir, desea conservar la unión familiar o simplemente considera que nadie puede ayudarla a enfrentar su problema.

³² PROVEYER CERVANTES, Clotilde, "Los estudios de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja en Cuba: una reflexión crítica", Disponible en World Wide Web en: <http://www.unb.br/ceam/nescuba/artigos/pano106.htm>, 2002, (Consultado el 12-5-2020), párrafo 3.

³³ SEVILLA VILLALTA, Anai, *op. cit.*, párrafos 14-18.

3.2. Los niños frente a la violencia intrafamiliar.

La violencia contra los niños ha sido considerada desde tiempos remotos como un derecho inalienable de los adultos, siendo la familia la principal precursora de que se cometieran estos hechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo uno preceptúa por el concepto de niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”,³⁴ definición que aceptamos teniendo en cuenta sus características de vulnerabilidad.

En la etapa de la niñez el menor va formando su personalidad por lo que debe estar rodeado normalmente de lazos afectivos y de comprensión por parte de los padres, tutores, madrastras, padrastros, familiares, vecinos, maestros o conocidos que le rodean en su crecimiento y desenvolvimiento social.

A pesar de lo anterior, esta situación no siempre obtiene los resultados favorables en los menores, las propias circunstancias en que viven, algunas precarias, impiden su desarrollo y desenvolvimiento, en muchos casos no son escuchados, ni reciben la atención requerida en esta etapa de su vida, recibiendo todo tipo de agresiones que tienden a variar en intensidad y frecuencia porque dependen del estado de ánimo del agresor, así como de la capacidad que tienen para enfrentar sus frustraciones y las demás tensiones de la vida ordinaria.

Maltratar a un niño “es innoble y abusivo. Innoble porque humilla sin derecho, porque se impone sobre alguien que no tiene capacidad para defenderse. Maltratar a un niño es también un delito, el niño maltratado crece en el resentimiento y el temor”,³⁵ podemos considerar que es abusivo porque es injusto este actuar ante un ser de tal diferentes aptitudes. El maltrato “es una forma mal entendida por algunos padres y educadores para educar; abusar de su poder”,³⁶ donde el menor se encuentra en desventaja, un acto de irresponsabilidad, esto es un problema social, que afecta e interfiere en la integridad y el desarrollo de su personalidad.

Los infantes son violentados de diferentes formas, por ejemplo: “el maltrato pasivo o abandono a que son sometidos cuando aquellos que son responsables de cuidarlos y educarlos deciden dejarlos desamparados y a su suerte lo que ocurre con mayor frecuencia en el caso de los niños con limitaciones físicas o disminución de sus capacidades”.³⁷

También existe el abuso físico, donde le son proporcionados a los menores golpes desmedidos como forma de hacerlos obedecer o como castigo de una travesura o un comportamiento que para los adultos resultan desajustados por su

³⁴ Resolución N.º. 44, *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, 2 septiembre 1990, Asamblea General de las Naciones Unidas, Ginebra, 1990, artículo 1.

³⁵ DURÁN SÁNCHEZ, Librada M., "Algunas consideraciones acerca de la violencia infantil. Su detección", En Zoel Hernández Mojaiber, Mauro Arbella Alonso y Osmel López Pérez, *HiperPEN 4.0 Software de Consulta Interactivo*, Camagüey, 2002, párrafo 3.

³⁶ *Idem*.

³⁷ AA.Vv., "Maltrato infantil y maltrato a ancianos", Disponible en World Wide Web en: <http://www.ecovisiones.cl/informacion/maltratoinfantil.htm>, 2014, (Consultado el 20-5-2020), párrafo 2.

falta de madurez o por su incapacidad de control con respecto a sus hijos, sucediendo en algunos casos que ante un golpe grave los causantes no actúan en caso de que resulte necesario acudir al médico.

El abuso psicológico puede dañar al niño tanto como el físico, pues las palabras de amenazas, regaños innecesarios, desprecios o incluso muestras de ignorancia que le son dirigidas a los menores pueden herir esos corazones infantiles que tardaran mucho tiempo en recuperarse. Podemos mencionar además la violencia sexual donde personas adultas obligan a los niños a realizar este tipo de actos utilizando la fuerza u otras vías que estimen conveniente, lo que causa consecuencias físicas y psicológicas a ese ser indefenso, que desde que nace se le imponen patrones de conducta que debe cumplir.³⁸

Lamentablemente existe una tendencia que los niños víctimas o testigos de la violencia no tardan en imitar a sus padres o demás familiares repitiendo la misma conducta en edades tempranas o cuando arriban a la mayoría de edad, mostrándose agresivos con quienes le rodean en los distintos escenarios en que se desarrollan.

Además, podemos señalar otras consecuencias inmediatas de la violencia intrafamiliar sobre los niños, como el deterioro de la autoestima que afecta la confianza de los niños en sí mismos al no poder desarrollar sus capacidades y potencialidades, dificultades en la expresión, la creatividad y la limitación de sus habilidades para resolver problemas.

Nuestra definición de la victimización de los niños se refiere a las acciones y las consecuencias de ser victimizados, fundamentalmente mediante las manifestaciones de la violencia física, psicológica o emocional y sexual, provocadas por el agresor.

Para formar las nuevas generaciones alejadas de las conductas violentas la familia y la escuela deben desempeñar el papel que les corresponde fomentando los sentimientos más nobles desde las tempranas edades, contribuyendo cada día a que la violencia intrafamiliar sea aceptada como aquel fenómeno que debe quedar desterrado en una sociedad como la nuestra.

3.3. El adulto mayor frente a la violencia intrafamiliar.

Los adultos mayores requieren una especial atención y una protección de sus derechos, pues históricamente se han encontrado en situaciones de desventaja que les impide su realización y la mejoría de la calidad de vida.

La conceptualización de adulto mayor que acogemos, lo concibe como la persona que arriba a los 65 años de edad y que presenta características de vulnerabilidad física, psicológica y social debido a las particularidades propias de la edad.³⁹

³⁸ VALLE MOLINA, Pedro G., *Enfoque interdisciplinario...*, cit., p. 23.

³⁹ PÉREZ NÁJERA, Celín, *op. cit.*, p. 48.

Existen varios autores que han abordado los tipos de maltratos dirigidos hacia los adultos mayores,⁴⁰ pero consideramos que estas son las manifestaciones que más se evidencian.

- ❖ Maltrato físico: puede ir desde las lesiones graves hasta el propio homicidio o a las formas más livianas pero intensas de fracturas, quemaduras, verdugones, hematomas, contusiones en áreas del cuerpo particularizadas por golpes repetidos, en el caso de los malos tratos, o al abandono en el sentido más estricto hasta la desnutrición, la suciedad o la falta de medicamentos.
- ❖ Maltrato psicológico: es definido como la degradación intensa y continua por el control de las acciones o su forma de ser, intimidar y manipular a otra persona con el propósito de hacerles perder su auto respeto e identidad individual.
- ❖ Maltrato financiero: consiste en adueñarse del dinero de los adultos mayores y de sus bienes, sin su autorización o aprovechándose de la falta de capacidad de ellos para hacerse cargo de estos bienes.
- ❖ Abandono: es dejarlo sin cuidados, cariño, ni atención, en muchas oportunidades son expulsados de su propio hogar y enviados a centros asistenciales o de cuidadores.
- ❖ Negligencia: puede ser intencional o no, es la consecuencia de un cuidado bien intencionado pero inadecuado por parte de un familiar o cuidador.

Este maltrato “es producto de una deformación en nuestra cultura, que siente que lo viejo es inservible e inútil. De una u otra manera los viejos son sentidos como estorbos, y como una carga que se debe llevar a costas, además de la familia que hay que sostener. Por ello son generalmente abandonados, segregados y enviados a otros lugares”.⁴¹

La naturaleza del maltrato permite que la gente no vea, no escuche y no hable sobre estas conductas que son totalmente contradictorias a nuestro sistema de valores de compasión, ayuda y apoyo moral.

El efecto más frecuente de estos tipos de maltrato es la gran depresión que sienten al considerarse un estorbo para quienes le rodean. Así al sentirse deprimidos e inútiles pueden enfermarse con mayor facilidad e ir perdiendo el deseo de vivir. Muchos viven el maltrato cuando ya se encuentran tan deteriorados por la edad, que a veces ni recuerdan haber sido maltratados. Encontrándonos ante una víctima callada, sumisa y temerosa, víctima que es incapaz en la mayoría de los casos de reaccionar y denunciar los malos tratos por temor a represalias o a la rotura

⁴⁰ AA.Vv., "Maltrato hacia los ancianos", Disponible en World Wide Web en: <http://www.ecovisiones.cl/informacion/maltratoancianos.htm>, 2014, (Consultado el 2-5-2020), párrafo 1.

⁴¹ *Idem*.

familiar en la cual convive, la realidad es que no acuden a enfrentar el problema y la decisión es callar ante la violencia.⁴²

Como otras secuelas se pueden mencionar las caídas a repetición, las úlceras por presión, la desnutrición y deshidratación, la baja autoestima, el aislamiento, mayor pérdida de autonomía y de independencia y todo tipo de lesiones físicas, entre otras. Pero lo que les resulta más doloroso es que las agresiones provengan de los miembros de su familia, en quienes han depositado su esperanza para tener una vejez agradable confiando en la formación que en otro momento recibieron de ellos mismos.

En nuestra investigación trabajamos en la concepción de la victimización intrafamiliar de los adultos mayores “como el conjunto de actitudes o de comportamientos de abuso de un miembro de la familia contra el geronte que implican la afectación de su integridad física y psicológica; posee como objetivo el control del sujeto victimizado y puede tener carácter sistemático o periódico”.⁴³ Como hemos podido apreciar las consecuencias físicas y psicológicas en esta etapa de la vejez son preocupantes por lo que significan para estas víctimas.

Esmero merece el cuidado desde las instituciones que tienen a su cargo la atención y protección de los adultos mayores, que son víctimas que en la mayoría de los casos no pueden valerse por sí mismas, siendo propensas a enfrentar actos despectivos y con ellos comienza el primer síntoma de este fenómeno.

4. Consideraciones jurídicas acerca del tratamiento de la violencia intrafamiliar en Cuba.

El ordenamiento jurídico cubano recoge diferentes cuerpos legales donde se protege a mujeres, niños y los adultos mayores ante posibles manifestaciones violentas.

La ley de leyes dispone en su artículo 83 que todos los hijos tienen iguales derecho, y prohíbe toda calificación proveniente de la naturaleza de la filiación,⁴⁴ asimismo, regula que: “las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad”.⁴⁵ En igual sentido constitucionaliza que: “los hijos, a su vez, están obligados a respetar, atender y proteger a sus madres, padres y otros parientes, conforme con lo establecido en la ley”.⁴⁶

⁴² PÉREZ NÁJERA, Celín, *Estudio Criminológico de la Violencia Intrafamiliar ejercida sobre los ancianos en Cuba*, Tesis presentada en opción al título de Especialista en Derecho Penal, Universidad “Marta Abreu” de las Villas, Cuba, 2008, p. 53.

⁴³ PÉREZ NÁJERA, Celín, *Violencia sobre el adulto...*, cit., p. 89.

⁴⁴ *Constitución de la República de Cuba*, 10 de abril de 2019, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 5, La Habana, 2019, artículo 83.

⁴⁵ *Idem*, artículo 84.

⁴⁶ *Ibidem*.

La violencia que ocurre dentro del entorno familiar, en cualquiera de sus manifestaciones es considerada constitucionalmente como destructiva, tanto de las personas que se encuentran implicadas, como de la familia y la sociedad, y recibe sanciones y penas que se regulan en ley.⁴⁷

En el artículo 86 del referido cuerpo legal se expone que “el Estado, la sociedad y las familias brindan especial protección a las niñas, niños y adolescentes y garantizan su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan”.⁴⁸ Lo que permite que los niños reciban las atenciones requeridas por parte de sus padres y lleguen a convertirse en hombres de bien.

Por otro lado, relevante sustento contra la violencia y las formas discriminatorias se puede encontrar las regulaciones establecida en el artículo 42 constitucional, donde se instituye que todas las personas son iguales ante la ley, obteniendo la misma protección y tratamiento, disfrutando de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminaciones de ningún tipo, entre las que recoge el sexo, la edad, origen étnico, discapacidad, entre otras. Establece además que la violación de este principio está proscrito y sancionado por ley.⁴⁹

La mujer cubana también es protegida en la Carta Magna desde su concepción de igualdad con respecto al hombre, pues en el artículo 43 de dicho cuerpo legal se preceptúa que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito. El Estado garantiza que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades”.⁵⁰ Garantizando el Estado que las féminas posean los mismos derechos y oportunidades que los hombres.

De igual forma, se establece que el Estado propicia el desarrollo integral de las mujeres, así como su participación en la sociedad, asegura sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género, en cualquiera de las manifestaciones que esta se pueda expresar, y crea mecanismos legales e institucionales para ello.⁵¹

En relación a la protección jurídica de los adultos mayores debemos señalar que los artículos 68 y 70 refieren que “el Estado, mediante el sistema de seguridad social, le garantiza la protección adecuada cuando se encuentre impedida de laborar por su edad, maternidad, paternidad, invalidez o enfermedad” y que “el Estado, mediante la asistencia social, protege a las personas sin recursos ni amparo, no aptas para trabajar, que carezcan de familiares en condiciones de prestarle ayuda; y a las familias que, debido a la insuficiencia de los ingresos que perciben, así lo requieran, de conformidad con la ley”.⁵²

⁴⁷ Cfr, *Ibidem*, artículo 85.

⁴⁸ *Ibidem*, artículo 86.

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 42.

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 43.

⁵¹ Cfr, *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, artículos 68 y 70.

Lo refrendado en la Carta Magna se encuentra defendido en el Código de Familia donde se tratan las relaciones familiares, siendo reconocidos objetivos tan importantes como la fuerza de la paternidad, cumplimiento de deberes y derechos entre cónyuges y entre padres e hijos, el orden familiar, entre otros que engrandecen el bienestar de los individuos y el fortalecimiento de valores que promueven el desarrollo pleno de la familia.

Para las relaciones familiares resulta de vital importancia lo preceptuado en el Código de Familia, dado que se encarga de regular las diferentes instituciones que la constituyen a partir de su fortalecimiento y de principios de igualdad donde predominan el cariño y el respeto mutuo.

A través de la diversidad de artículos que regulan el matrimonio se garantiza el normal desarrollo de la familia estableciéndose las normas que rigen este proceso, teniendo en cuenta los deberes, derechos y obligaciones que dimanen de las relaciones conyugales dentro de las cuales los hijos asumen una posición preponderante y puede afirmarse que obtiene ante esta normativa una protección evidente la mujer, que en la mayoría de las ocasiones lleva la carga mayor en el cuidado de estos.

Como resultado de la disolución de un vínculo matrimonial tanto las mujeres como los adultos mayores poseen protección al establecer el artículo 56⁵³ que el excónyuge que carezca de otros medios de subsistencia tendrá derecho a una pensión, de igual manera los niños se encuentran protegidos en el artículo 122⁵⁴ al ser regulada la obligación de dar alimentos, donde junto a los adultos mayores poseen el derecho de reclamar en caso de que no sean sufragadas sus necesidades. Seguidamente en el artículo 123⁵⁵ se precisa que los parientes consanguíneos están obligados recíprocamente a darse alimentos y en el artículo 129⁵⁶ se complementa lo establecido en el anterior haciendo alusión al acogimiento familiar que también protege de una forma u otra a la familia en general.

⁵³ Ley No. 1289, *Código de Familia de la República de Cuba*, 15 de febrero de 1975, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 6, La Habana, 1975, artículo 56.

⁵⁴ En el artículo 122 se precisa que "podrán reclamar alimentos: los hijos menores, a sus padres, en todo caso y las demás personas con derecho a recibirlos, cuando, careciendo de recursos económicos, estén impedidos de obtener los alimentos por sí mismos, por razón de edad o incapacidad".

⁵⁵ El artículo 123 del Código de Familia expresa "Están obligados recíprocamente, a darse alimentos:

- 1) los cónyuges;
- 2) los ascendientes y descendientes;
- 3) los adoptantes y adoptados;
- 4) los hermanos, cualquiera que sea su vínculo".

⁵⁶ El artículo 129 señala: "El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta última forma de prestar alimentos solo procederá si no se afectan disposiciones relativas a la guarda y cuidado del alimentista y no existen impedimentos de orden moral o material".

En el artículo 138 del Código de Familia se regula lo referido a la tutela donde estarán sujetos a esta los menores de edad que no estén bajo patria potestad y los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados.

El Código de la Niñez y la Juventud en su artículo 4 reconoce el papel de la familia en la formación moral, física y espiritual de sus miembros más jóvenes, así como la obligación que tiene de estimular en el hogar el ejercicio de sus deberes y derechos, en este mismo sentido, en el artículo 8 se preceptúa que “los jóvenes han de rechazar cualquier manifestación de conducta delictiva, antisocial o divisionista; combatir las concepciones y actitudes negativas de la vieja sociedad, respetar los derechos de los demás y cumplir los deberes sociales que les imponen la Constitución y demás leyes”.⁵⁷

Estas legislaciones protegen de una forma u otra que los niños, las mujeres y los adultos mayores convivan en una sociedad donde se respeten sus aspiraciones proporcionándoles una mejor forma de vida, que solo es posible con una apropiada regulación jurídica penal.

Nuestro Código Penal Vigente en su parte general en el artículo 53, inciso j) define como circunstancia agravante “ser cónyuge y el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.⁵⁸ Este inciso consideramos que protege a la mujer, por ser las féminas quienes principalmente sufren los actos violentos en las relaciones maritales o familiares.

Existen una serie de delitos que en su contexto protegen a los menores de diferentes agresiones violentas que pueden ocurrir contra ellos; el artículo 264 apartado 2 que forma parte de los Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal establece en el delito de Aborto Ilícito⁵⁹ la madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo para ocultar el hecho de haberlo concebido. Salvaguardando esta norma la vida de los menores desde su nacimiento.

En este mismo Título, en el Capítulo VIII, artículo 275.1 se resguardan los derechos de los niños al establecer como conducta delictiva el Abandono de Menores, Incapacitados y Desvalidos por quienes tienen la obligación de cuidarlos y mantenerlos,⁶⁰ resultando de vital importancia en la vida de los niños, para que puedan desarrollarse en un ambiente confortable.

Este título brinda una especial importancia a la figura del menor, lo que refleja el artículo citado y los restantes que lo integran (artículos 311, 312, 313 y 314)⁶¹ conteniendo las sanciones aplicables a aquellos que tienen bajo su patria potestad, guarda o cuidado al menor que se dedique a consumir drogas estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos similares, se encuentre ejerciendo la prostitución, el comercio carnal o cualquier otro acto de los previstos en los artículos

⁵⁷ Ley No. 16, *Código de la Niñez y la Juventud*, 30 de junio de 1978, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 19, La Habana, 1978, artículos 3 y 8.

⁵⁸ Ley No. 62, *Código Penal*, 30 de diciembre 1987, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial No. 3, La Habana, 1987, artículo 53.

⁵⁹ *Idem*, artículo 264.2.

⁶⁰ *Ibidem*, artículo 275.1

⁶¹ *Ibidem*, artículos 311-314.

anteriores, y teniendo conocimiento de ello lo consienta o no lo impida o no exponga el hecho ante las autoridades.

Se prevén sanciones además para aquellos que utilicen a menores para actos de mendicidad y la agravación de la sanción si quien lo utiliza es el que tiene la patria potestad, guarda y cuidado de ese menor, al que lo induzca a practicar juegos prohibidos o a ingerir drogas u otras sustancias psicotrópicas, siendo penalizado que el descuido de los padres o sustitutos hacia los hijos de lugar al ejercicio de la prostitución, el consumo de drogas u otros actos por parte del menor.

En la sección segunda de este capítulo se regulan Otros Actos Contrarios al Normal Desarrollo del Menor en el artículo 315⁶² que cuenta con tres apartados se sanciona al que no atienda o descuide la educación, manutención o asistencia de una persona menor, incluyendo al que haya sido privado de la patria potestad, así como a quien induzca al menor a abandonar su hogar, faltar a la escuela, etc.

Analizando el Código Penal actual se observa en su parte general el artículo 53 los incisos i) y j), en el que se agrava la sanción a imponer cuando el delito se comete aprovechando la indefensión de la víctima, o la dependencia o subordinación de estas al ofensor y cuando sean cónyuges y exista parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad, en este caso a pesar de no delimitar al adulto mayor se deriva de sus propias características de dependencia.⁶³

Al adentrarnos en la parte especial del Código Penal apreciamos en cuanto a la protección del adulto mayor frente a la violencia en el seno familiar, el delito de Abandono de Menores, Incapacitados o Desvalidos específicamente en el artículo 275,⁶⁴ y que hemos mencionado anteriormente al referir la protección que ofrece a los menores de edad, que implica el abandono de la persona incapacitada o desvalida a causa de la edad, siempre que el individuo que cometa el acto estuviere legalmente obligado a mantenerlo, alimentarlo o cuidarlo.⁶⁵

Consideraciones finales.

La familia desempeña un importante papel en el desarrollo de la personalidad del individuo, constituye la principal fuente de educación y transmite las costumbres propias de cada sociedad, que en la mayoría de los casos prefieren salvaguardar la tradicional unidad familiar sin tener en cuenta las consecuencias o conflictos que pueden producirse afectando la felicidad de cada miembro que la integra, permaneciendo en un hogar donde el deterioro de la vida familiar invoca las conductas violentas cuando estas relaciones resultan insostenibles.

La violencia intrafamiliar desde las diferentes formas que adopta produce lamentables efectos en las víctimas como lesiones físicas que pueden ser temporales o permanentes, trastornos psicológicos como sentimientos de desespero, inutilidad,

⁶² *Ibidem*, artículo 315.

⁶³ *Ibidem*, artículo 53.

⁶⁴ *Ibidem*, artículo 275.

⁶⁵ PÉREZ NÁJERA, Celín, *Estudio Criminológico...*, cit., p. 47.

depresión, etc., dificultades a la hora de enfrentar las actividades cotidianas en la escuela, el trabajo o cualquier otro lugar en que se desarrolla, existiendo un considerable deterioro en las relaciones interpersonales dentro del núcleo familiar y fuera de este. Además, aquellas víctimas que son asediadas sexualmente tienden a permanecer silenciosas, a sentirse humilladas y utilizadas por ese agresor que invade su intimidad.

En el ordenamiento jurídico cubano está presente la voluntad de proteger a la célula fundamental de la sociedad de la violencia intrafamiliar a través de normas que establecen patrones a seguir para lograr la existencia de familias funcionales regidas por el cariño y respeto de sus miembros.

Referencias bibliográficas.

TEXTOS

- AA.VV., "Algunas consideraciones preliminares acerca de la violencia con vistas a su estudio". Publicación de la Federación de Mujeres Cubanas. Julio de 1991, La Habana, 1991.
- AA.VV., "Conceptos básicos", Disponible en World Wide Web en: <http://trabajos20/laviolenciaintrafamiliar/laviolenciaintrafamiliar.shtm>, 2007, (Consultado el 18-5-2020).
- AA.VV., "Formas de violencia", Disponible en World Wide Web en: <http://www.violenciaintrafamiliar.org/venezuela/formas.php>, 2001, (Consultado el 6-5-2020).
- AA.VV., "Maltrato hacia los ancianos", Disponible en World Wide Web en: <http://www.ecovisiones.cl/informacion/maltratoancianos.htm>, 2014, (Consultado el 2-5-2020).
- AA.VV., "Maltrato infantil y maltrato a ancianos", Disponible en World Wide Web en: <http://www.ecovisiones.cl/informacion/maltratoinfantil.htm>, 2014, (Consultado el 20-5-2020).
- ALONSO VAREA, José Manuel y CASTELLANOS DELGADO, José Luis, "Por un enfoque integral de la violencia familiar", En *Revista Psychosocial Intervention*, Volumen 15, No. 3, Madrid, 2006.
- ALVERO FRANCÉS, Francisco, *Diccionario Cervantes Manual de la Lengua Española*. Tercera edición. Editorial Pueblo y Educación, Cuba, 1978.
- ARGOTA MORA, Ana B., "Una mirada hacia la violencia. Una experiencia", Disponible en World Wide Web en: <http://www.viol-familiar.net/index.php>, 2005, (Consultado el 9-5-2020).
- DOMEN, Liliana M., *Abordaje interdisciplinario de la mujer maltratada*, S.E., Argentina.
- DURÁN SÁNCHEZ, Librada M., "Algunas consideraciones acerca de la violencia infantil. Su detección", En Zoel Hernández Mojaiber, Mauro Arbella Alonso y Osmel López Pérez, *HiperPEN 4.0 Software de Consulta Interactivo*, Camagüey, 2002.

- FAJARDO CUARTAS, J. F., FERNÁNDEZ MORALES, K. y ESCOBAR TORRES, O., "Estilo de vida, Perfil psicológico y demográfico de mujeres maltratadas por su cónyuge", En *Revista Psicología Científica.com*, Volumen 4, No. 12, Colombia, 2002.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, Yeliany, ZAMORA HERNÁNDEZ, Arlety y RODRÍGUEZ FEBLES, Javier, "La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales", En *Revista Derecho y Cambio Social*, No. 61, julio-septiembre, Perú, 2020.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, "Necesidades de la infancia: respuesta familiar", En *Revista Infancia y Sociedad*, No. 30, España, 1995.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David, "Víctimas especialmente vulnerables y mujer maltratada". En Memorias del III Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana sobre temas Penales Contemporáneos y VII Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, Cuba, 2007.
- PÉREZ NÁJERA, Celín, *Estudio Criminológico de la Violencia Intrafamiliar ejercida sobre los ancianos en Cuba*, Tesis presentada en opción al título de Especialista en Derecho Penal, Universidad "Marta Abreu" de las Villas, Cuba, 2008.
- 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.
- PROVEYER CERVANTES, Clotilde, "Los estudios de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja en Cuba: una reflexión crítica", Disponible en World Wide Web en: <http://www.unb.br/ceam/nescuba/artigos/pano106.htm>, 2002, (Consultado el 12-5-2020).
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- SEVILLA VILLALTA, Anai, "Causas, efectos y fases de la Violencia Intrafamiliar", Disponible en World Wide Web en: <https://www.scribd.com/document/57545833/Causas-Efectos-y-Fases-de-La-Violencia-Intrafamiliar>, 2005, (Consultado el 13-5-2020).
- VALLE MOLINA, Pedro G., *Enfoque interdisciplinario de la violencia intrafamiliar y su prevención comunitaria*. Trabajo presentado en el Concurso Anual de la Sociedad Cubana de Derecho Penal, La Habana, 2012.
- VALLE MOLINA, Pedro G., *La violencia Intrafamiliar, sus efectos en la sociedad cubana*. Trabajo presentado en el Concurso Anual de la Sociedad Cubana de Derecho Penal, La Habana, 2001.

LEGISLACIÓN

- Constitución de la República de Cuba*, 10 de abril de 2019, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 5, La Habana, 2019.
- Ley No. 1289, *Código de Familia de la República de Cuba*, 15 de febrero de 1975, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 6, La Habana, 1975.

Ley No. 16, *Código de la Niñez y la Juventud*, 30 de junio de 1978, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 19, La Habana, 1978.

Ley No. 62, *Código Penal*, 30 de diciembre 1987, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial No. 3, La Habana, 1987.

Resolución N.º. 44, *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, 2 septiembre 1990, Asamblea General de las Naciones Unidas, Ginebra, 1990.

Crimes de violência contra idosos: análise do Estatuto do Idoso e aplicabilidade na proteção de direitos (*)

Crimes of violence against the elderly: analysis of the Elderly Statute and applicability in the protection of rights

Delitos de violencia contra las personas mayores: análisis del Estatuto de la tercera edad y aplicabilidad en la protección de los derechos

Kamilla Dantas Mendes¹

Jardel de Freitas Soares²

Francisco das Chagas Bezerra Neto³

José Cezário de Almeida⁴

Sheylla Maria Mendes⁵

Sumário: Introdução. **1.** Envelhecimento da população, violência e legislação. **2.** O ordenamento jurídico e a tutela dos idosos. **3.** Crimes de

(*) Recibido: 24/05/2020 | Aceptado: 03/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

- ¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.
kamillavip@hotmail.com
- ² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA); Doutor em Recursos Naturais (UFCG); professor da UFCG.
prof.jardelufcg@bol.com.br
- ³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.
chagasneto237@gmail.com
- ⁴ Doutor em Ciências Biológicas (UFPE); Mestre em Desenvolvimento e Meio ambiente (UFPB); professor da UFCG.
cezariojus@gmail.com
- ⁵ Doutora e Mestre em Sociologia (UFPB); professora da UFCG.
sheyllauramendes@gmail.com

violência contra o idoso e a aplicabilidade do estatuto. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente estudo vislumbra analisar a contribuição e aplicabilidade do Estatuto do Idoso no combate aos crimes de violência na velhice. Nessa perspectiva, este artigo, através da pesquisa exploratória, de natureza qualitativa, método dedutivo, coleta de dados bibliográfico-documental, procedeu-se de modo a realizar uma análise da evolução dos instrumentos jurídicos que tiveram suas contribuições até o panorama atual de tutela do idoso, de forma a evidenciar o crescimento do compromisso do Estado para com esta população, sobretudo a partir da plataforma democrática brasileira instaurada com a Constituição Federal de 1988. Não obstante, elucidou também sobre a eficácia penal do Estatuto do Idoso diante das agressões acometidas aos anciões e também, averiguar o impacto causado na consolidação do estatuto como instrumento de tutela dos idosos na sociedade brasileira. Por fim, diante da problemática exposta, buscou-se, embasado nos princípios constitucionais, elucidar a necessidade do Estado, pautado na defesa dos direitos humanos e no respeito ao bem-estar social, buscar a fomentação de políticas públicas como forma de proteção social.

Palavras chave: velhice, Estatuto do Idoso, proteção social, Estado.

Abstract: This study aims to analyze the contribution and applicability of the Elderly Statute in combating crimes of violence in old age. In this perspective, this article, through exploratory research, of qualitative nature, deductive method, collection of bibliographic-documental data, proceeded in order to carry out an analysis of the evolution of the legal instruments that had their contributions up to the current panorama of tutelage of the elderly, in order to show the growth of the State's commitment to this population, mainly from the Brazilian democratic platform established with the Federal Constitution of 1988. However, it also elucidated about the penal efficacy of the Statute of the Elderly in the face of aggressions against elders and also, to investigate the impact caused in the consolidation of the statute as an instrument to protect the elderly in Brazilian society. Finally, in view of the exposed problem, it was sought, based on constitutional principles, to clarify the need of the State, based on the defense of human rights and respect for social well-being, to seek the promotion of public policies as a form of social protection.

Keywords: old age, Elderly Statute, social protection, State.

Resumen: El objetivo de este estudio es analizar la contribución y la aplicabilidad del Estatuto de la Tercera Edad en la lucha contra los delitos de violencia en la vejez. En esta perspectiva, este artículo, a través de la investigación exploratoria, de naturaleza cualitativa, método dedutivo, recopilación de datos bibliográficos-documentales, procedió a llevar a cabo un análisis de la evolución de los instrumentos legales que tuvieron sus contribuciones hasta el panorama actual de la tutela del personas de edad avanzada, para mostrar el crecimiento del compromiso del Estado con esta población, principalmente a partir de la plataforma democrática brasileña establecida con la Constitución Federal de 1988. Sin embargo, también se dilucidó sobre la eficacia penal del Estatuto de las Personas de Edad Avanzada frente a las agresiones contra ancianos y también para investigar el impacto causado en la consolidación del estatuto como

instrumento de protección de los ancianos en la sociedad brasileña. Finalmente, en vista del problema expuesto, se buscó, con base en los principios constitucionales, aclarar la necesidad del Estado, con base en la defensa de los derechos humanos y el respeto al bienestar social, para buscar la promoción de políticas públicas como una forma de protección social.

Palabras clave: Vejez, Estatuto de la tercera edad, protección social, Estado.

Introdução

Atualmente o debate sobre o aumento da expectativa de vida, vem assumindo um papel de grande relevância mundial. Deve-se essa repercussão, ao presumirmos que ao superar as outras fases da vida, o nosso futuro quanto seres humanos, se converge ao envelhecimento.

Diante das facilidades tecnológicas e evoluções no quesito melhoramento de qualidade de vida, os dados acerca da população idosa vem crescendo demasiadamente no mundo, essa realidade também se faz presente no panorama demográfico brasileiro, a população idosa vem aumentando enquanto os índices de natalidade e mortalidade tem-se minimizado.

Diante dessa realidade, é necessário um olhar minucioso sobre as questões que envolvam a velhice, já que a problemática social engloba tanto problemas de natureza socioeconômica, previdenciária, familiar, se encaixando nesse cenário a violência e os maus-tratos que envolvem as relações sociais do idoso.

Várias são as conjecturas que permeiam a população idosa, não obstante a violência contra os idosos vem crescendo a cada dia e se transformando em um dos pontos de maior relevância de investigação e problematização, uma vez que são vítimas frágeis, cujos laços com seus agressores, se baseiam na relação de extrema dependência.

Nesse contexto se faz necessário que as sociedades se adaptem a um perfil demográfico diferente, com múltiplas necessidades, onde emerge a vulnerabilidade associada ao envelhecimento e a necessidade de criar dispositivos capazes de defender e proteger as populações mais velhas e mais frágeis. A questão da maior fragilidade física e mental remete ao problema da incapacidade funcional, que por vezes é associada à idade, a velhice, a terceira idade, aos anciões.

A violência vem se configurando como um grande problema em todas as nações, no âmbito da velhice esta é mais preocupante ainda, pois diante do quadro de vulnerabilidade dos idosos, ela é ocultada, minimizada em pensamentos de vergonha, medo de solidão, casos de dependência reais com seus agressores, se perpetuando na convivência diária, por serem vulneráveis e incapazes de se defenderem, as pessoas idosas geralmente sofrem tais violências no próprio seio

familiar, cujos cuidadores estão diretamente ligados as diversas formas de agressões.

Nessa esteira, o presente estudo tem como diretriz básica realizar uma análise jurídica e histórica acerca da contribuição e aplicabilidade do Estatuto do Idoso no combate aos crimes de violência na velhice. Para tanto, se buscará compreender quais dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, tutelam em específico a situação do idoso e sua inserção na sociedade, assim como, se analisará a eficácia penal do Estatuto do Idoso diante das agressões acometidas aos anciões e também, estudar o impacto causado na consolidação do estatuto como instrumento de tutela dos idosos na sociedade brasileira.

Em atendimento aos objetivos propostos, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo da análise de fundamentos basilares do Estatuto do Idoso, em direção às singularidades da violência acometida aos idosos. Além disso, se delineará enquanto exploratória, uma vez que tem por objetivo proporcionar uma maior familiaridade com o problema, sem a perspectiva de esgotamento do tema.

Outrossim, será feito uso da metodologia de procedimento histórico-evolutivo, posto que realizar-se-á uma análise minuciosa da evolução dos instrumentos jurídicos que tiveram suas contribuições até o panorama atual de tutela ao idoso, de forma a evidenciar o crescimento do compromisso do Estado para com este direito, sobretudo a partir da plataforma democrática brasileira instaurada com a Constituição Federal de 1988. Ademais, utilizar-se-á a pesquisa qualitativa para a elaboração do trabalho. Nessa perspectiva, “os métodos qualitativos são aqueles nos quais é importante a interpretação por parte do pesquisador com suas opiniões sobre o fenômeno em estudo.” (PEREIRA et al., 2018, p. 67). Assim, buscar-se-á analisar e interpretar os institutos do ordenamento jurídico brasileiro na tutela específica aos idosos, buscando compreender quais dispositivos são aplicados na proteção de direitos e garantias da população em questão, como forma de chegar à conclusão de que é possível garantir direitos aos idosos.

Ademais, quanto aos procedimentos empregados para coleta de dados, classifica-se como bibliográfica e documental, tendo em vista a realização de uma análise das disposições normativas pertinentes ao tema, como também dos posicionamentos já existentes que versam sobre a temática, publicados em doutrinas e artigos, a fim de proporcionar um apontamento relativo ao combate dos crimes de violência na velhice.

Ao final, pretende-se verificar os dispositivos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que amparam as pessoas idosas diante de crimes de violência, bem como analisar quais medidas de proteção são asseguradas as vítimas diante da realidade social que se inserem. Além disso, pleitea-se averiguar os desdobramentos da tutela específica do idoso considerando os tipos de violência e suas implicações na vida do mesmo, com o fito de unificar, fortalecer, e implementar a dignidade da pessoa humana.

1. Envelhecimento da população, violência e legislação

Ao longo dos tempos, trata-se aqui na perspectiva das sociedades antigas, a sabedoria acumulada pelos idosos no decorrer de suas vivências, assumia papel de grande importância na sociedade, sendo os idosos verdadeiras fontes de aprendizado, ajudando assim os mais novos em suas atividades, fornecendo conhecimentos adquiridos ao decorrer da vida (HORN, 2013).

Abordando a história de uma das grandes civilizações que dão embasamento a vários costumes e evoluções até os dias atuais, a Grécia detinha duas visões sobre a velhice, aqui já se percebe a influência de posses e a intervenção delas na percepção da velhice. Conforme destaca Horn (2013, p. 11):

Já na Grécia, o envelhecimento era visto de forma distinta para as pessoas que faziam parte da classe privilegiada, que detinham o poder político, econômico e cultural e aquelas que realizavam trabalhos braçais. Sendo assim, os primeiros eram prestigiados como sábios, diferentemente dos segundos, que representavam o declínio da juventude e vigor, realidade bem parecida com a nossa que valoriza o corpo e a rapidez, transformando assim a velhice como algo não desejável.

Pesquisar sobre a fase da vida cuja idade encontra-se avançada é entender que a percepção de velhice ainda bebe de muitas ideias retrógradadas, ideias construídas sobre a fragilidade do idoso, refere-se não somente ao corpo, bem como a mente, sendo a vulnerabilidade de ambos a porção mais nítida ao decorrer da rotina dos até então inúteis para o capitalismo.

Sim, inúteis ao capitalismo, sistema vigente que pondera a economia e o mundo atual, cujo lucro é o principal objetivo. Sendo assim, os idosos são pessoas vistas como supérfluas, pois a sociedade movida pelo capitalismo desenfreado nutre e reproduz a imagem de que a pessoa vale o quanto produz e o quanto ganha, assim, a velhice por muito tempo foi entendida como inutilidade, o idoso era visto como um ser inválido, sem aptidão para exercer e cumprir as variadas tarefas.

Atualmente, a ideia da serventia por força de trabalho ainda é a que prevalece. A sociedade observa o ser idoso e enxerga nele a inutilidade, já que não produzem mais e conseqüentemente não são dotados de força para serem inseridos no mercado de trabalho, dificilmente desempenham com eficácia a realização das tarefas. Nesse contexto, com a ideia de que a velhice pode ser entendida diferente no mudar das sociedades, Silva (2007, p. 244) vem destacar:

A realidade da pessoa idosa é diversificada em cada sociedade, a concepção de velhice muda de acordo com as diferentes culturas, dependendo do momento histórico, da condição de classe social, etnia, gênero e outras condicionantes, mas, seus limites são universais.

Ao abordar a temática que envolve a velhice é preciso entender como ela vem sendo percebida até os dias atuais. O quadro de envelhecimento da população é fato concreto e de conhecimento público, sendo assim, o Brasil, não diferentemente do mundo, tem seu processo de transição demográfica e conseqüentemente o aumento gradativo de sua população idosa. Dessa forma, torna-se imprescindível apreender mais sobre essa fase da vida e sua inserção na realidade brasileira.

Evidentemente o futuro da população é caminhar naturalmente para a velhice. Nesse progresso podem ser destacados os benefícios adquiridos através da consolidação da ciência e seus melhoramentos, bem como, das conquistas na área

da saúde proporcionando assim uma melhor qualidade de vida a população, por conseguinte, torna-se a longevidade a cada dia mais presente em nossa realidade. Nesse sentido, conforme destaca Medeiros (2015, p. 03):

Ao longo da história, o Brasil sempre foi reconhecido como uma nação com predominância de população jovem, mas as estatísticas apontaram que esta ideia vinha perdendo espaço, devido à crescente e intensa presença da terceira idade na sociedade. A pirâmide etária nacional está a cada dia se invertendo e este fator deve-se principalmente à queda da natalidade, melhoria na qualidade de vida e os avanços da medicina.

O panorama da faixa etária brasileira vem se modificando e passando por um processo conhecido como inversão na pirâmide populacional, ou seja, a taxa de natalidade e mortalidade reduziram, fazendo com que a população se concentrasse em uma faixa etária maior, dessa forma, fica claro o quanto a temática é importante de ser esmiuçada e repensada diante da dinâmica social em que vivemos. Nessa esteira, dispõe Silva (2007, p. 242) que:

O Brasil apresenta hoje um acelerado crescimento no número de idosos, um processo de inversão na sua pirâmide populacional, porque houve um decréscimo nas taxas de natalidade e mortalidade, ocasionado um aumento da população na faixa de sessenta anos ou mais. A esperança de vida ao nascer, no Brasil, dobrou no início do século XX, passando de 33 para 70 anos de idade.

Percebe-se que o transcorrer temporal e a evolução da sociedade, em conjunto com as melhorias na qualidade de vida e as novas descobertas na área da saúde, possibilitaram o aumento da faixa etária da população e despertaram um olhar mais cauteloso para essa classe de pessoas tão fragilizadas diante da realidade que o cerca.

Dessa maneira, novas preocupações começaram a surgir, fazendo com que um novo olhar fosse direcionado para a inserção dos idosos na sociedade, bem como uma melhor qualidade de vida para aqueles que deram sua contribuição à coletividade.

1.1 A evolução da tutela do idoso na legislação

Envelhecer é um processo natural, que não é singular a uma sociedade específica, mas, que engloba a realidade da humanidade. É algo inerente de todos os seres humanos que sobrevivem ao passar dos anos.

Quanto mais a demanda populacional caminha para a faixa etária mais elevada, os números de natalidade e mortalidade diminuem, conseqüentemente, tem a tendência natural do número de pessoas com elevada idade serem mais perceptíveis na dinâmica demográfica. Surge assim, a necessidade de fortalecer e planejar estratégias de atenção à população idoso, como forma de proteção de direitos e garantias da população em tela. Nessa linha de pensamento, vem corroborar com o tema Silva (2007, p. 252):

No mundo inteiro, a população de idosos cresce de forma jamais vista na história da humanidade. Estado e sociedade não se têm mostrado suficientemente preparados para enfrentarem os desafios de inversão da pirâmide das idades. Com isso, surgem conseqüências de ordem social, econômica, política, cultural, previdenciária e outras.

Diante do cenário etário brasileiro, a sociedade e o Poder Público agora passam a vislumbrar o direito de envelhecer com dignidade e respeito, para que aqueles que se doaram ao desenvolvimento da nação, seja de forma direta ou indireta, possam assim usufruir das contribuições prestadas à coletividade.

As mudanças passam a ser conjeturadas, e o sistema de proteção aos idosos agora assume objetivo principal a ser alcançado, como pode ser verificado na fala de Medeiros (2015, p. 03):

Diante de tais transformações, esta mudança reflete diretamente na estrutura política, voltada ao suporte dessa população, bem como na esfera jurídica, com a criação de legislações que procuram proteger e efetivar o princípio da dignidade humana e ainda ampliar o sistema de proteção dos idosos com a conscientização da população na busca do respeito aos direitos, sabedoria e vida dessa parcela quase sempre esquecida e vulnerável.

Para tanto, a necessidade de vislumbrar as especificidades dessa fase da vida torna-se uma preocupação real, conquistando assim um olhar direcionado do Poder Público. Os diplomas legais começam a trazer em seus textos constitucionais abordagens no que diz respeito ao idoso.

A primeira constituição a tratar sobre a velhice em seu texto, foi a Constituição de 1934, cuja abordagem apesar de não ser tão abrangente, inaugura e abre as margens de um olhar de destaque diante dessa população antes nem mencionada em diplomas legais.

Sendo a primeira a destacar aspectos da velhice, mesmo ficando apenas dentro da Ordem Econômica e Social, apresentando que a legislação do trabalho haveria de observar a instituição de previdência, diante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte, bem como a proibição de diferença salarial para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (BEZERRA, 2016).

Evidentemente uma abordagem bem superficial, não direcionada especificamente ao idoso e suas necessidades, por conseguinte a Carta Constitucional de 1937 também aborda a temática de maneira leviana, foram instituídos seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes de trabalho, assim como a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, tratava apenas da aposentadoria por idade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 seguiu o mesmo enfoque, destacando apenas uma visão dos direitos trabalhistas do idoso (BEZERRA, 2016).

A Constituição Federal, ordenamento jurídico pátrio em seu artigo 230, contempla o tema, dando início a um minucioso direcionamento sobre a atenção merecida à população idosa, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida (BRASIL, 1988).

Nesse momento, a Constituição Federal de 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã, inaugura o que antes não havia sido apreciado em diploma

legal nenhum, além de materializar o que já vinha sendo contemplado pelas anteriores em se tratando dos idosos ou a questão da velhice propriamente dita, confere não somente os direitos já supracitados nas outras, mas, resguarda outros, bem como protege de discriminações e injustiças. Bezerra (2016, p. 46) enfatiza bem essa evolução diplomática ao dizer que:

Com efeito, além de ser aplicável ao idoso todos os preceitos comuns aos cidadãos, como os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, o direito à assistência jurídica integral e gratuita para os hipossuficientes de recursos, por exemplo, cuidou o legislador constituinte especificamente da pessoa idosa, vedando a diferença salarial e do exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade, elegendo a proteção à velhice como um dos objetivos da assistência social, instituindo o transporte coletivo urbano gratuito para os maiores de 65(sessenta e cinco) anos, conferindo a garantia de 01(um) salário mínimo ao idoso que não que não tenha meios de subsistência, estabelecendo o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, entre outros.

Após a abordagem e inserção do tema do envelhecimento pela Constituição Federal de 1988, em matéria de legislação infraconstitucional apenas em 1994 foi instituída a Política Nacional do Idoso. A Lei nº 8.842/94 voltada especificamente para as pessoas na velhice, que inovou o sistema jurídico pátrio na medida que assegurou os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Nesse sentido, destaca Bezerra (2016, p. 46) que:

Em nível infraconstitucional, cumpre destacar a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que elegeu a proteção à velhice como um de seus objetivos, além da garantia do benefício da prestação continuada para aqueles que preenchessem as exigências legais, e a Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), que trouxe, basicamente, princípios e diretrizes a serem observados em relação aos idosos, não estabelecendo, porém, os mecanismos de punição em caso de descumprimento dos direitos.

A Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), infelizmente não trouxe mecanismos que contemplassem o descumprimento dos direitos dos idosos, não estabeleceu punição para o desrespeito a essas diretrizes e princípios pensados pra atender a velhice. A Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), é mais um plano assistencial em favor dos idosos, do que um instrumento garantidor de direitos, uma vez que a lei não contemplou a repreensão ao desrespeito das ações que propõe. Nessa perspectiva salienta Medeiros (2015, p. 03) que:

Antes da criação do Estatuto do Idoso, o que havia era a chamada Política Nacional regulada pela Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, que nada mais era do que um conjunto de iniciativas privadas e algumas medidas públicas consubstanciadas em programas, tais como PAI, Papi, Conviver e Saúde do Idoso, destinados aos idosos mais carentes. Era mais uma ação assistencial em “favor” deles do que uma política que lhes proporcionasse serviços e ações preventivas e reabilitadoras.

Diante do cenário de mudanças sobre a realidade vivenciada no panorama demográfico brasileiro, bem como as preocupações com o futuro da velhice, fez-se necessário um instrumento capaz de reafirmar os direitos adquiridos e que se fizesse cumprir as especificidades pensadas para essa fase da vida, como forma de inserção dessa população antes tão esquecida na sociedade.

Mesmo com a previsão constitucional, necessitou-se de regulamentação com a criação de um microssistema jurídico que contemplasse a efetividade dessa proteção, como ocorreu, por exemplo, com as crianças e adolescentes. Desse modo, o Estatuto do Idoso, vem surgir como instrumento viabilizador dessa concretização.

A Lei nº 10.741/03, também conhecida como Estatuto do idoso, decorreu do Projeto de Lei 3.561/97 da Câmara dos Deputados, e o Projeto de Lei nº 57/03 do Senado Federal logrando êxito com unanimidade em ambas as casas do Congresso Nacional, recebendo sanção presidencial em 1º de outubro de 2003 (BEZERRA, 2016).

O Estatuto do Idoso veio corroborar para a efetivação de alguns direitos supracitados nas legislações anteriores, bem como, assegurar outros específicos da faixa etária da população alvo. Nessa perspectiva, salienta Bezerra (2016, p. 42) que:

O Estatuto do Idoso visa consolidar alguns direitos já existentes e assegurar outros às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, estabelecendo que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física e mental e o seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condição de liberdade e dignidade, definindo, ainda, medidas de proteção, obrigações de entidades assistenciais, estipulando penalidades em caso de desrespeito aos seus direitos, entre outros assuntos.

A grande inovação ao se tratar da temática envelhecimento, está na abordagem adotada pelo Estatuto, ele não só apenas reafirma o lugar dos idosos na sociedade, como também garante que seus direitos sejam atendidos.

Princípios e diretrizes pensadas e formuladas especificamente para realidade que vivem os idosos, ganham destaque, uma vez que a nova legislação veio pra garantir que sejam respeitadas. Para tanto, trouxe em seu bojo tipificações de condutas negativas contra o idoso que podem ser punidas, assegurando a dignidade e a inserção dos anciãos na sociedade.

Desta forma, as conquistas dessa parte da população são reafirmadas e asseguradas pelo fim da impunidade contra o desrespeito e transgressões aos direitos dos idosos. É notável que os frutos colhidos com a consolidação do Estatuto dos Idosos vão muito além das repreensões, abrange também uma fase de reeducação, sobretudo o desafio de reeducar uma sociedade que insistia em discriminar a velhice, privando os idosos do convívio social.

1.2 A violência e sua inferência na vida do idoso

A violência é um termo de conhecimento notório, está implícita em toda a sociedade, difícil é encontrar alguém que não tenha contato com essa realidade. Diariamente as pessoas são atingidas com um panorama alarmante de crescimento de violência, não só no Brasil, como também no mundo.

Nessa perspectiva, pontua-se que é comum entrar em contato com os noticiários sejam nas tvs, sejam nos rádios, ou até mesmo ao ler um jornal é averiguado a realidade chocante do mundo, não demora muito para constatar que a cada momento a violência faz novas vítimas e se mantém crescente no dia-a-dia. Ela atinge boa parte da população, sendo assim uma triste realidade arreigada a vida

social em âmbito universal, não sendo específica de apenas uma comunidade. Compartilhando desse entendimento Silva (2007, p. 239) vem colaborar com a deixa quando diz que:

No âmbito da sociedade, a violência tem sido desafiadora para o poder público e a sociedade em geral. Está problemática envolve diversas condicionantes, estando relacionada com a estrutura e conjuntura social, atingindo indiscriminadamente diferentes classes sociais e faixas etárias, tanto no campo como nas grandes cidades e nos pequenos centros urbanos.

Não importa a cultura, a classe social, a etnia, tanto no Brasil como no mundo a violência contra os idosos se expressa nas formas como se organizam as relações ente os ricos e pobres, entre os gêneros, as raças e os grupos de idade nas várias esferas de poder político, institucional e familiar (MINAYO, 2005).

Quando realiza-se um recorte dessa realidade e observa na expectativa de serem as vítimas pessoas fragilizadas fisicamente e emocionalmente, percebemos que quando se trata de pessoas idosas a violência ganha uma dimensão obscura, muitas vezes nem descoberta, apresentando-se sob diversas perspectivas, como abuso físico, econômico, financeiro, sexual, psicológico, abandono, negligência, intimidação, ameaça e outros.

Diante do contexto atual em que vivemos, sobre forte influência de ideias capitalistas, cujas pessoas são valorizadas de acordo com o que possuem, com a força de trabalho que exercem, quando percebemos a velhice, tende a negatizar a imagem dos idosos, justamente por não possuírem a mesma dinâmica na sociedade, construindo uma imagem da velhice como uma fase sem relevância. Segundo Silva (2007, p. 243):

Quando se verifica o problema social da violência contra os idosos, observa-se uma dimensão muito forte que convive com o imaginário popular, construída por uma visão negativa da velhice e do envelhecimento. A sociedade mantém e reproduz a idéia de que a pessoa vale o quanto produz e o quanto ganha. O cultivo ao novo, ao belo, que envolve a contemporaneidade é também um fator que caminha na contramão da valorização do idoso. Dá-se relevância à força e agilidade dos jovens, desprestigiando, desconsiderando e desvalorizando aqueles que acumularam experiência e podem ser uma fonte viva de sabedoria.

É nesse imaginário construído em volta da velhice, que a violência vai ganhando lugar, vai sendo respaldada na inutilidade do idoso, a desvalorização dessa fase da vida, afeta a maneira como o idoso é percebido e conseqüentemente como ele é aceito nessa sociedade.

Conceituar violência ainda não é algo fácil, devido à grande vastidão de ações que o termo engloba e muitas são subjetivas, arreigadas apenas a palavra, mas, para fins de entendimento a definição mais utilizada é a da Organização Mundial de Saúde, cujo entendimento de violência é compreendido como o uso intencional de força física ou poder, ameaçados ou reais, contra si mesmo, contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade, que resultem ou tenham grande probabilidade de resultar em ferimento, morte, dano psicológico, mal desenvolvimento ou privação.

Segundo Silva (2007, p. 241), a expressão assume vários entendimentos, sendo:

A palavra violência tem expressado ao longo da história diferentes significados, e vem resistindo à passagem do tempo. Em sentido denotativo, violento era quem agia com força exagerada. Posteriormente, a palavra apresentou significados cada vez mais diversos, como a violência das paixões, violência verbal, violência física e outras.

Ao dispor sobre os direitos dos idosos, os instrumentos que legitimam a defesa e garantia de direitos da velhice, não abarcam um entendimento unificado do que é compreendido como violência, mas, vai ao longo do texto diplomático desenhando o cenário em que as ações possam ser compreendidas como desrespeito e assim possam ser punidas de acordo com a gravidade. Segundo Soares (2018, p. 4):

Por outro rasgo, a doutrina não é unanime quanto a estas modalidades de violências na velhice, mas algumas se destacam principalmente por sua gravidade, quais sejam:

I- Violência Física: é a violência pelo uso da força física com a finalidade de obrigar a pessoa idosa a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em proveito do agressor ou de terceiros. Este tipo de maus-tratos é o mais comum devido a vulnerabilidade física do idoso.

II- Violência psicológica: esta forma de agressão é caracterizada principalmente por ser extremamente silenciosa, covarde e velada, e por isso, que as vezes se torna difícil de constata-la. A violência psicológica, é uma dor íntima, e traz para a vítima um sentimento de medo e terror tão grande que gera uma dor muito profunda, tanto ou maior do que a dor física.

III- Autonegligência: também denominada de autoabandono, é mais um tipo de agressão oriunda de outra agressão, já que acontece quando o idoso sofre inúmeras agressões físicas e ou psicológicas, e passa conseqüentemente a negligenciar a si próprio em suas necessidades mais básicas. Este tipo de violência demonstra claramente a fragilidade da vítima idosa e principalmente o sentimento reprimido que o impede de notificar o crime as autoridades competentes.

IV- Abandono: se mostra na violência resultante de ausência de afeto e também material. É dizer, quando os familiares ou responsáveis negligenciam o fornecimento total de assistência aos velhos quando estes mais precisam, deixando-os desprotegidos e sem condições mínimas de sobrevivência.

V- Abuso sexual: este tipo de agressão é acompanhado ainda pela agressão física e psicológica, por isso se transforma na forma mais abjeta de violência contra o idoso.

VI- Abuso econômico: é a modalidade de maus-tratos que mais crescem na velhice. Os agressores se aproveitam da vulnerabilidade dos idosos e passam a usufruir de forma fraudulenta dos seus bens e proventos econômicos. Trata-se de uma violência muito comum no meio doméstico, em que consiste na exploração financeira e patrimonial da pessoa idosa.

Percebe-se que inúmeros são os fatores que ocasionam a violência contra o idoso, desde sociais, culturais à econômicos. Diante de tantas formas de violência, a sociedade, família e o Estado muitas vezes não sabem como proceder no respaldo da dignidade dos idosos.

Para tanto, é que surgem os instrumentos de proteção ao idoso, o mais recente o Estatuto do Idoso, trouxe no seu bojo formas de garantir a dignidade de vida dessa parte da população, de forma a criminalizar condutas de desrespeito, passando a determinar formas de punições na íntegra para delitos cometidos para com os idosos. Com essas sanções busca-se além de assegurar os direitos dos idosos, resolver a violência e o desrespeito praticado sobre a velhice.

2. O ordenamento jurídico e a tutela dos idosos

O Brasil vem aumentando consideravelmente seu número de pessoas idosas, fenômeno que atinge várias outras realidades no mundo, atribuída as melhorias nas condições de vida e ao decréscimo nas taxas de natalidade e mortalidade. Diante de tal quadro, tendemos a pensar que esse seria um ponto primordial para que esse tema pudesse ganhar repercussão e alcançar efetivamente um lugar de respeito e garantias em políticas públicas e no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, a preocupação em contemplar a vida na velhice com a garantia de direitos e o reconhecimento das necessidades especiais que essa fase da vida merece, não parte apenas daqueles que vivem a velhice no presente momento, mas, passou a ser reconhecida por todos como um futuro em comum, já que o envelhecimento é o caminho a ser alcançado por todas as pessoas que superem as outras fases da vida.

Diferentemente de outros grupos também reconhecidos como de necessidades especiais, os idosos não contam ainda com um instrumento jurídico internacional, capaz de vincular e defender seus direitos conquistados, pois ainda não existe um diploma que garanta tais conquistas em caráter universal. Assim esclarece Braga, Leite e Bahia (2017, p. 433)

A preocupação em assegurar os direitos das pessoas idosas, no âmbito internacional e internamente, deu-se recentemente. Cabe esclarecer que, diferentemente de outros grupos vulneráveis, como o das pessoas com deficiência, o grupo de idosos não possui ainda um instrumento jurídico internacional, de caráter vinculante, para a defesa dos seus direitos humanos.

Dentro desse contexto, não havendo um diploma universal que unifique os cuidados e garantias para a população idosa, se faz necessário salientar os instrumentos nacionais que contemplam a especificidade da velhice.

2.1 Direitos do homem e direitos dos idosos

Descrever os direitos dos idosos é também relatar os direitos do homem, não tem como separar, não tem como esquecer todas as lutas e debates travados para a garantia de direitos. No entanto, existe diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Tendemos a pensar que ambas as expressões tratam do mesmo significado e contexto, porém há uma diferença na utilização desses termos. Os direitos fundamentais são frutos dos direitos humanos. Dessa forma, os direitos humanos foram positivados a nível internacional e os direitos fundamentais por nível nacional nas legislações específicas. Como afirma Miotti (2014, p. 11):

Alguns autores consideram direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos, mas pode-se pontuar uma diferença entre eles. Pois quanto aos direitos fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, ou seja, a partir do reconhecimento desses direitos pelas legislações.

Os direitos humanos são consagrados de acordo com as necessidades percebidas e elencadas como direitos essenciais a vida do homem. Para alguns autores são o produto dos anseios da época que foram consolidados e se renovam a cada dia quando repensados e reafirmados nas legislações específicas de cada sociedade. Segundo Bobbio (2004, p. 13):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assumiu papel de grande relevância na história das Constituições, uma vez que se tornou norma em comum a ser alcançada por todos os povos e nações.

Nesse diapasão, destaca-se que os direitos que norteiam os caminhos para que a dignidade humana seja mantida sempre, que embora a sociedade possa passar por novas carências, novas fases e dificuldades, os direitos aqui conquistados com tanta luta, não devem ser suprimidos, mas, alargados, estendidos, renovados e melhorados sempre, jamais a diminuir as conquistas. É algo que não surge apenas em um único momento, tão pouco de uma só vez, pois como afirma Bobbio (2004, p. 09):

[...] por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Os Direitos Humanos, torna-se elemento basilar nas construções das Constituições, assim nascendo os direitos fundamentais, direitos estes necessários e agora positivados na realidade das constituições democráticas, na qual a proteção da vida e dignidade humana alicerçam um panorama que apesar de suas individualidades em cultura, estado e governo, conseguem manter a dignidade da pessoa humana como princípio em comum, regendo todos os direitos fundamentais. É justamente esse princípio que impulsiona a desenvoltura da positivação dos direitos fundamentais na constituição brasileira, como afirma Medeiros (2015, p. 09):

É somente a partir daí que a proteção da pessoa idosa, amparada nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana passa a ser considerada parte do conjunto de direitos que irão fomentar uma sociedade justa, solidária e igual, sendo esse o fundamento do Estado Democrático e Social de Direito e objetivos a serem buscados pelo Estado Brasileiro.

A tutela do idoso mencionada no plano constitucional, é uma influência do princípio da dignidade humana. Nessa perspectiva podemos perceber que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instrumento que a mais de 30 anos rege todo o ordenamento jurídico brasileiro absorve a perspectiva dos direitos humanos e positiva um leque de direitos fundamentais em seu texto diplomático.

A constituição traz em seu bojo os direitos fundamentais positivados em seus primeiros artigos, apresentando eles com uma divisão em grupos, direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), direitos sociais (artigos 6º e 193 e seguintes), direitos de nacionalidade (artigo 12), direitos políticos (artigos 14 a 17).

Nessa senda, destaca-se que os direitos que abrangem toda a população, são inerentes a pessoa humana, tantos jovens como adultos e crianças. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 traz consigo inovações, não é à toa que ficou reconhecida como Constituição Cidadã, ela aborda vários temas que nenhuma outra anterior citou, ao exemplo de expressamente salvaguardar a velhice como afirma Miotti (2014, p. 20):

Foi apenas com a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, em 1988, é que pode-se observar uma preocupação do legislador constituinte em salvaguardar a velhice e seus direitos, e, ao apontar a dignidade da pessoa humana como um dos pilares norteadores da República Federativa do Brasil, reconheceu também as dificuldades enfrentadas pelos idosos em várias ordens, inclusive em sua manutenção.

Anteriormente à Constituição de 1988, nenhum texto constitucional consagrou a tutela específica a população idosa, quando se aproximavam de algum cuidado pela velhice, tratavam apenas de perspectivas econômicas sociais. Como explicita Miotti (2014, p. 20):

Assim, as Constituições brasileiras anteriores à de 1988 não consagravam nenhum tipo de direito ou proteção direcionada especificamente a esta camada da população, não constando o direito à velhice digna como direito humano fundamental de todo cidadão brasileiro. As antigas Constituições trataram, quando muito, da velhice apenas na parte da Ordem Econômica e Social, e somente a partir de 1934.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988, se difere das demais por apresentar não somente as disposições comuns a todas as pessoas incluindo os idosos, mas, por justamente destacar essa tutela aos idosos de forma expressa em seu texto.

Reconhecendo tamanha vulnerabilidade das pessoas idosas e os cuidados e atenção especiais que essa classe necessita, assim como fez ao tratar especificamente das crianças e adolescentes, aos índios e ao meio ambiente, o legislador contempla essa abordagem em dois artigos, destacando as regras de cunho protetivo e as diretrizes da atuação do Estado, enquanto implementador das políticas públicas de proteção (MEDEIROS, 2015).

A velhice desta forma, foi expressamente protegida na Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII do Título VIII, que trata da ordem social. Os artigos 229 e 230 da Carta Magna assim dispõem:

Artigo 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Artigo 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seu lares.

§ 2º aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988).

Diante do texto constitucional, o destaque vai para a assistência não apenas financeira ou material, mas, são nesses artigos que a dignidade humana é frisada, ao ponto que assistir o idoso vai além de suprir suas necessidades materiais, devendo assim o estado, a sociedade e a família exercer um acompanhamento afetivo aos

idosos. As disposições repudiam o abandono do idoso, incentivando a inserção dele na sociedade e o respeito pelo lugar de prevalência em nossos dias como agente de colaboração da sociedade até aqui construída.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, foi essencial na positivação dos direitos dos idosos, emergindo assim um novo olhar sobre essa parte da população que se mostra tão vulnerável as dificuldades que a idade avançada estabelece.

2.2 A tutela do idoso, na perspectiva da Lei nº 10.741/2003

A sociedade contemporânea é marcada pela competitiva e impulsionada pelo sistema capitalista, que vê o valor das pessoas até o quanto elas são capazes de produzir, desta maneira a tendência é segregar aquelas que não oferecem a vitalidade necessária para acompanhar o ritmo frenético da busca de lucros cada vez mais alta.

Assim sendo, o idoso, com suas restrições naturais da idade e da sua fase biológica vivenciada, é na maioria das oportunidades visto como um ser irrelevante a sociedade, portador de um déficit econômico e social.

Diante dessa segregação social, que a busca por uma isonomia, na qual os idosos possam se sentir parte da sociedade e ver sua vida sendo respeitada com toda a dignidade que cabe não somente a eles, mas, a todo ser humano, é que a tutela jurídica específica deve objetivar garantir esse princípio.

A Constituição brasileira é elemento de importante valor na tutela dos idosos, ela inaugura a abordagem mais direcionada a população idosa, ao tempo que possibilita um olhar minucioso sobre a perspectiva de vulnerabilidade que a velhice detém diante do cotidiano social.

Os direitos nela positivados são de extrema importância para que a velhice seja vista pela sociedade brasileira como detentora de todos os direitos previstos e que principalmente não vai ser pela idade avançada que deixarão de ser contemplados com tais.

Entretanto, a simples previsão constitucional por vezes não consegue suprir a garantia e efetivação das normas expressas em seu texto. Mesmo com os direitos positivados no âmbito da Constituição Federal de 1988, o desrespeito ainda prevaleceu.

Surgiu a necessidade de um instrumento que pormenorizasse esses direitos e que além de garantir os fizesse efetivo na realidade brasileira. Surgindo assim, a luta e o interesse em especificar a tutela dos idosos, como havia sido feita com as crianças e adolescentes, em um instrumento legal específico. Decorrendo nessa mesma linha de pensamento Miotti (2014, p. 08) colabora:

No entanto, a mera previsão constitucional, na maioria das vezes, não é suficiente para garantir a efetividade de uma norma. Assim, seguindo o embalo da Constituição de 1988, e motivada pela luta constante deste segmento social, no ano de 2003 entrou em vigor a importante Lei 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso. Essa Lei contemplou uma série de novos direitos à população idosa brasileira e previu diversas ações no sentido de proporcionar uma melhor qualidade de vida durante o envelhecimento dos cidadãos.

Foi nesse cenário que o Estatuto do Idoso, como ficou conhecida a Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 foi criado, trazendo consigo um avanço na legislação pátria. Nesse sentido, este diploma legal além de consolidar direitos previstos na Constituição, ampliou o olhar e trouxe disposições capazes de garantir que o respeito e a dignidade das pessoas idosas sejam atendidas na íntegra.

O Estatuto do Idoso veio para reforçar os direitos assegurados pela própria Constituição e intensificar dispositivos para que a vida digna dessa população tão fragilizada seja respeitada ao máximo.

Preserva a mesma base de princípios e valores, cujo objetivo é assegurar aos idosos uma vida digna, na qual sua participação na sociedade seja acolhida com respeito e sua importância seja reconhecida e valorizada. Assim, Miotti (2014, p. 31) afirma:

O Estatuto se constitui em um microsistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado um divisor de águas na proteção ao idoso. Este diploma legal veio a reforçar a tutela prevista constitucionalmente, trazendo regras específicas buscando a efetiva proteção do idoso.

A abordagem do Estatuto do Idoso é moderna, seguindo a mesma linha do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um microsistema jurídico que promove a garantia para que os idosos gozem de seus direitos fundamentais próprios, de todos os seres humanos, sem abrir mão da tutela integral oferecida por esta legislação.

Objetivando assim, a preservação não apenas da vida, mas a preservação da saúde, seja ela física ou mental, bem como o bem estar intelectual, espiritual e social de uma parte da população tão esquecida e vulnerável.

O Estatuto do Idoso está estruturado em sete Títulos, a saber: Título I – Das Disposições Preliminares; Título II – Dos Direitos Fundamentais, este composto de dez Capítulos; Título III – Das Medidas de Proteção, subdividido em dois Capítulos; Título IV – Da política de atendimento ao idoso, com seis Capítulos; Título V – Do acesso à Justiça, disciplinado em três Capítulos; Título VI – Dos Crimes, com dois Capítulos; e Título VII – Das Disposições Finais e transitórias, enfeixando 118 artigos. Como explicita Soares (2018, p. 04):

A mencionada legislação decorreu do projeto de lei nº 57/03 do Senado e do projeto de lei nº 3.561/97 da Câmara Federal, sendo aprovada por unanimidade em ambas as casas legislativas. Recebeu a sanção do presidente em 1º de outubro de 2003, sendo publicada em 3 de outubro de 2003 com período de vacância legal² de 90 (noventa) dias. Trata-se de lei ordinária que está dividida em 7 (sete) títulos e 118 (cento e dezoito) artigos das mais diversas naturezas.

Para a legislação ser aplicada corretamente, é preciso compreender quem são os idosos. A Lei nº 10.741/03 entende e afirma que os idosos são todas as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Sendo assim, o primeiro artigo do Estatuto refere-se justamente a quem deve ser destinado tal proteção, artigo 1º “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. (BRASIL, 2003).

O diploma legal fez uso do critério cronológico, para ele as pessoas consideradas idosas, segundo o artigo 1º, são aquelas que possuem idade igual ou

superior a 60 anos. A dificuldade em definir a velhice de maneira que pudesse ser aplicada a lei a todos que necessitavam é imensa, mas, precisava-se definir um critério. Segundo Miotti (2014, p. 31):

Como dito, o diploma utilizou o critério cronológico, de caráter absoluto, e passou a definir idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, independentemente de ser capaz, incapaz, senil ou de ainda gozar de plena atividade física, mental e intelectual, considerando-os todos protegidos pelo documento legal.

Como outros embasamentos eram muito subjetivos, ao exemplo da idade física nem sempre corresponder a idade do corpo, sendo que para alguns idosos já existem limitações físicas, mentais, financeiras na faixa etária dos 60 (sessenta) anos para outros já começam ser percebidas anteriormente a essa fase, ou até mesmo posteriormente. Não tendo como fazer uma abordagem mais objetiva que a característica cronológica adotada na legislação pátria. Nessa deixa, Bezerra (2016, p. 42) vem destacar que:

Observa-se que o legislador elegeu o critério cronológico para estabelecer quem seria considerado Idoso para os efeitos da presente lei. Optou, portanto, pelo que parece ser o mais objetivo dos critérios, sendo de fácil comprovação. Porém, em alguns casos, distancia-se do mais justo, máxime em um país como o Brasil onde, em virtude da grande extensão territorial, da diversidade econômico-social existente, tem o seu povo uma gama de características regionais peculiares, como é o caso de parte dos habitantes do sertão nordestino que, muitas vezes, têm um envelhecimento precoce, apresentando maior debilidade física diante de suas condições de vida (pobreza) e de trabalho (grande exposição ao sol no desenvolvimento de suas atividades no campo), por exemplo.

Para o Estatuto a idade de 60 (sessenta) anos, já faz o indivíduo capaz de ter sua proteção tutelada pela Lei 10.741/03. Porém, alguns direitos só podem ser exigidos com a idade superior, quando com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais. Como esclarece Bezerra (2016, p.43) em sua análise:

Entretanto, alguns direitos só são adquiridos por aqueles que contam 65(sessenta e cinco) anos ou mais, como é o caso da gratuidade no transporte coletivo urbano e semi-urbano e do benefício da prestação continuada nos termos da Lei de Organização da Assistência Social-LOAS. Em alguns dispositivos do Estatuto, também, podemos observar que o legislador, somado ao critério cronológico, considerou o aspecto econômico da pessoa idosa, como se vê do artigo 34 – benefício mensal de 01(um) salário mínimo para o idoso maior de 65(sessenta e cinco anos) que não possua meios para prover sua subsistência – e do artigo 40 – reserva de vagas gratuitas ou com desconto no sistema de transporte coletivo interestadual para os idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos.

Diante de tais exceções não podemos deixar de dar o devido valor ao Estatuto, mesmo que tais exceções adotem uma idade superior a estabelecida pelo instrumento. O Estatuto deixa sua contribuição no reconhecimento dessa fase da vida, cuja a vulnerabilidade se faz tão presente, garantindo que os idosos possam gozar de seus direitos, além também de incentivar a inclusão destes no seio da comunidade, garantindo respeito e a dignidade de quem já tanto contribuiu para o desenvolvimento da nação.

Importante é saber que o Estatuto veio corroborar com o combate ao preconceito e discriminação que existe em torno das pessoas com a faixa etária mais elevada, em seu artigo 4º da Lei nº 10.741/03- o Estatuto do Idoso, destaca:

Artigo 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados. (BRASIL, 2003).

Este dispositivo legal, deixa claro a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas com faixa etária superior a 60(sessenta) anos, objetivando o afastamento de ações de negação e rejeição diante daqueles que já vivenciam a fase da velhice, o dispositivo em questão tem forte influência dos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seus artigos 5º e 230, no qual se refere ao amparo as pessoas idosas.

A Constituição Federal de 1988 vislumbra em sua essência o respeito à dignidade humana, esse é o princípio que deve prevalecer nas relações humanas. Para tanto, vem incentivar e garantir a todos os seres humanos a garantia da isonomia, não só o idoso, mas, qualquer dos humanos não podem ser submetidos a tratamento desigual, arbitrário ou discriminatório. Sendo repudiados pelo principal instrumento jurídico que é a Constituição, bem como se reafirma tal ideia na Lei nº 10.741/03, ao se tratar dos mais velhos, vítimas de grandes preconceitos e discriminações por não conseguirem se adaptar a sociedade com a mesma vitalidade de sua juventude.

Aspecto importante a ser citado e que embora simples e pequeno, produz um turbilhão de impressões, é a nomenclatura utilizada para se referir as pessoas na faixa etária de 60 (sessenta) anos. Ao abordar o termo idoso o Estatuto acerta na nomenclatura, já que o feito encerra ver tal fase da vida como algo velho e inútil, como algo ultrapassado e sem serventia. A nomenclatura idoso está longe de ser entendida como preconceito e não tem cunho pejorativo. Assim explicita Bezerra (2016, p. 43):

No tocante a nomenclatura utilizada pela Lei nº10.741/03 - Idoso -, parece-se nos ser ela a mais escorreita, isenta de preconceito, sem qualquer cunho pejorativo. Entretanto, são várias as denominações utilizadas pelos doutrinadores e pela sociedade em geral para designar a pessoa idosa, como: “pessoa da terceira idade”, “pessoa da melhor idade”, “velhos”, “pessoa da meia idade”, “maior idade”, “melhor idade”, “idade madura”, “idade avançada”, entre várias outras.

A Lei nº 10.741/03 trouxe consigo uma conscientização de como o idoso deve ser valorizado, abolindo a imagem preconceituosa que o termo velho trazia consigo. Influencia diretamente na maneira de tratar mais respeitosamente e porque não mais dignamente quando nos referimos as pessoas com faixa etária de 60(sessenta) anos como idosos.

Contribuindo com essa temática Bezerra (2016, p. 44), vem mostrar que essa forma de tratar os idosos respeitosamente aboliu o termo velho, de muitas áreas, não somente na esfera cível, mas, na seara criminal também:

A Lei nº 10.741/2003 pretendeu trazer o conceito de idoso cujos os reflexos fossem além do campo cível, alcançando, por conseguinte, também a seara criminal. De fato, fez o Estatuto alterações ou inserções não só no Código Penal, como também a Lei de Contravenção Penais e, ainda, em algumas leis extravagantes. Como exemplo desse escopo (embora não tão bem sucedido) de uniformização do conceito legal de idoso,

cita-se a alteração ocorrida no art. 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal, cuja antiga expressão “velho” fora alterada pelo conceito “pessoa maior de sessenta anos”.

Sabe-se que leis sozinhas, por si sós, não conseguem modificar as atitudes dos seres humanos, somente são capazes de mudar suas ações se os valores ali deixados de lado forem ressignificados e assim assumirem papel de relevância e valor na sociedade. Nesse contexto, destaca-se que o Estatuto faz toda diferença, mesmo com a Constituição abordando o tema da velhice e assegurando direitos para essa parte da população em crescimento e nitidamente vulnerável, as pessoas não estavam respeitando. O novo diploma legal, veio despertar um olhar minucioso da sociedade para esse flagelo, com ele a questão dos idosos ganhou mais repercussão, antes o que era imperceptível, já não é mais, o que não era punido, garantido e protegido na íntegra, hoje é, através do Estatuto.

3. Crimes de violência contra o idoso e a aplicabilidade do estatuto

A velhice é a fase da vida em que as fragilidades físicas e emocionais estão mais perceptíveis, são notadas facilmente, seja pela dificuldade de locomoção, seja pela adaptação a novas tecnologias, entre outros problemas de integração social.

Participar da sociedade e de todas as atividades que fazem parte da dinâmica diária do mundo capitalista, é sem dúvidas um grande desafio, para quem tanto fez e agora não consegue acompanhar o dinamismo cobrado para haver a completa interação indivíduo-sociedade.

A pessoa quando em sua juventude era percebido como mola propulsora da construção da sociedade, agora em sua velhice depara-se com suas próprias limitações debruçadas sobre a faixa etária avançada, bem como, encara a pressão social de não participar ativamente da engrenagem incessante que é a realidade capitalista.

Diante desse quadro de vulnerabilidade, bem como, a fragilidade da população idosa, essa parte da população acaba sendo propensa a violência, torna-se assim vítima em potencial de diversas formas de agressões, sejam intrafamiliar ou extrafamiliar, cujas variações caminham pela violência física, financeira e psicológica até abusos sexuais (SOARES, 2018).

Ao se tratar da problemática em questão, nota-se que os idosos além de serem vítimas da violência de forma generalizada, a qual ninguém está isenta, que aflije a todos, sem distinção de vítimas, ainda estão vulneráveis a serem acometidos pela violência familiar, por terem suas habilidades de locomoção dificultadas pela idade avançada, geralmente passam a maior parte de seu dia na rotina do lar, sendo característica dessa violência, em que a agressão acontece no seio da família, no seu próprio habitat. Nesse contexto Gondim (2011, s.p) explicita:

As agressões existentes contra a pessoa idosa contextualizam diversos aspectos que se qualificam em violência social e familiar, sendo essa última, uma das maiores agravantes sob o ponto de vista de alguns pesquisadores. A violência doméstica praticada no ambiente familiar por parentes, curadores ou por cuidadores do idoso, enquanto que a violência social é identificada pelas ações de discriminações e preconceitos por parte da sociedade ou de instituições privadas ou públicas.

A importância de compreender esta realidade que atinge tantos idosos reside no fato de que para combatermos a violência precisamos entender suas minúcias, desvendar características de agressões que muitas vezes são imperceptíveis, precisando de um pouco mais de atenção para notarmos abusos, indícios pelos quais os idosos sufocam a alma, para não serem deixados de lado, efetivamente abandonados, sendo amedrontados pela possibilidade da solidão.

Os maus tratos deferidos contra os idosos por parte da família, são os que mais chocam a sociedade, pois é na família que o reconhecimento do valor do ancião deve ser primeiramente acentuado. O seio familiar deve ser visto como lugar de segurança, de carinho, de amor, de tranquilidade, de reconhecimento por tantas batalhas vivenciadas do idoso para o crescimento e fortalecimento de seus descendentes.

Ao invés de encontrar proteção naqueles que foram a razão de suas lutas, o incentivo de tantas vitórias e a superação de suas derrotas, o idoso acaba recebendo agressões de inúmeras formas, desde preconceito, violência física, psicológica, financeira, entre outras. Lamentável é ter conhecimento que esses ataques a dignidade do idoso, em sua grande maioria origina-se das pessoas que representam a continuidade de sua existência, que assim como os idosos que estão sendo agredidos, todos nós estamos fadados a encontrar a velhice e seus percalços ao superarmos as demais fases da vida.

A violência doméstica também pode ser sorrateira, vir de onde não se espera, de onde jamais deveria nascer, ela vem de uma confiança depositada na relação diária de convivência. Assim sendo, Saraiva e Coutinho (2012, p. 206) destaca:

A violência nem sempre se apresenta como um acontecimento, um fato, claro e transparente por si mesmo, e nem sempre é visível. O ato violento pode ser compreendido como um ato natural cuja essência e consequência indesejada passam despercebidas. Perceber a violência exige esforço para descaracterizá-la enquanto um ato natural e inscrito na ordem das coisas.

A maior dificuldade de tratar da questão da violência acometida aos idosos, é compreender que ela na maioria dos casos, acontece silenciosamente, escondida pelo véu da obscuridade. O impasse se dá pelo fato do agressor ser na maioria das vezes uma pessoa muito próxima da convivência do ancião, por vezes seu cuidador, filho, neto, agressor cuja relação é tão íntima e forte que diante da violência sofrida não conseguem reagir ou denunciar, pois o emocional fala mais alto que as cicatrizes deixadas no corpo e na alma.

Evidentemente a violência que usa o silêncio como adubo, deve ser considerada a pior, pois é mais difícil de se perceber, cresce sem a vítima se dá conta que o não agir, o calar, o se enganar, faz pensar que a agressão é só por uma única vez e dessa forma vai se repetindo, vai ferindo não só o físico, mas, corroendo sua alma, desfazendo as lembranças boas que um dia teve ao lado do agressor e vai tornando o idoso prisioneiro de seus medos e principalmente do afeto que ora se transforma em agressão.

Diante de tanta vulnerabilidade que cerca o idoso, fica evidente, portanto, que a hipossuficiência do idoso advém de sua fragilidade física e emocional. E a partir desta perspectiva, o ancião se torna uma vítima potencializada e ideal para o delinquente (SOARES, 2018).

Levando em consideração todo o panorama que faz do idoso uma vítima em potencial para a desenvoltura de violência e transgressões de direitos, nada mais justo que ter sua dignidade resguardada em instrumento jurídico específico.

Assim sendo, o Estatuto nasce para reafirmar e alargar o quadro de direitos antes positivado pela Constituição Federal de 1988. O Estatuto é a resposta do Estado e da sociedade brasileira diante da necessidade de criar e aplicar medidas eficazes, capazes de mudar o cenário de desrespeito que assolava a toda população idosa, garantindo a proteção e a dignidade a um grupo social, hipossuficiente, em que a integração a sociedade é mínima e que mantém-se sem poder aquisitivo nenhum.

Conhecer a variedade de violência arremetida aos idosos, é necessária para poder combater e fazer valer os instrumentos que tutelam essa população tão frágil e esquecida. Segundo Minayo (2005, p. 15), as formas de violência mais praticadas em desfavor dos idosos são:

- Violência Física: é o uso da força física para compelir os idosos a fazerem o que não desejam, para feri-los, provocar dor, incapacidade ou morte.
- Violência Psicológica: corresponde a agressões verbais ou gestuais com o objetivo de aterrorizar, humilhar, restringir a liberdade ou isolar do convívio social.
- Violência Sexual: refere-se ao ato ou jogo sexual de caráter homo ou hetero-relacional, utilizando pessoas idosas. Esses abusos visam a obter excitação, relação sexual ou práticas eróticas por meio de aliciamento, violência física ou ameaças.
- Abandono: é uma de violência que se manifesta pela ausência ou deserção dos responsáveis governamentais, institucionais ou familiares de prestarem socorro a uma pessoa idosa que necessite de proteção e assistência.
- Negligência: refere-se à recusa ou à omissão de cuidados devidos e necessários aos idosos por parte dos responsáveis familiares ou institucionais. A negligência é uma das formas de violência mais presente no país. Ela se manifesta, frequentemente, associada a outros abusos que geram lesões e traumas físicos, emocionais e sociais, em particular, para as que se encontram em situação de múltipla dependência ou incapacidade.
- Violência Financeira ou econômica: consiste na exploração imprópria ou ilegal ou ao uso não consentido pela pessoa idosa de seus recursos financeiros e patrimoniais.
- Auto-negligência: diz respeito à conduta da pessoa idosa que ameaça sua própria saúde ou segurança, pela recusa de prover cuidados necessários a si mesma.

Nessa perspectiva, percebe-se que a exposição das formas de violências empregadas a população idosa, que inúmeros são os fatos geradores dessas agressões. Como se não bastasse a variedade de possibilidades de agressões em desfavor dos idosos, o fato deles não reconhecerem os abusos como violência, ao se mostrarem resistente em admitir que sofrem maus tratos, tornam ainda mais difícil a aplicação dos instrumentos jurídicos como forma de cessar tais acometimentos.

É certo que a proteção do idoso, cabe não somente a família, mas, a sociedade e também ao Estado, sendo assim, deve haver uma interação entre estes, para que as dificuldades sejam superadas e que a aplicabilidade dos instrumentos que tutelam a velhice, possam ser viabilizadores de respeito e dignidade para essa parcela da população tão esquecida.

3.1 O Estatuto do Idoso e sua eficácia contra os crimes de violência

Para se chegar ao instrumento jurídico específico de tutela dos idosos, que é a Lei nº 10.741/03 - conhecido como Estatuto dos Idosos, várias etapas foram vencidas. É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, teve papel de grande relevância nessa conquista, pois foi através dela que a temática ganhou voz e atenção diante da sociedade, da família e do Estado, uma vez que inovou ao trazer expressamente em seu diploma legal artigos que abarcaram o tema, positivando direitos essenciais a essa parte da população tão esquecida.

O Estatuto do Idoso traz verbalizado em seu artigo 3º, a tríade que deve operar em conjunto, para que os direitos dos idosos possam ser respeitados. Ele direciona como dever da família, do Estado e da sociedade assegurar ao idoso o essencial a sua sobrevivência e garantir que sua dignidade não seja afetada. Veja-se:

Artigo 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (Brasil, 2003).

Ao analisar esse artigo, importa perceber que a grande maioria dos direitos supracitados são direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, de maneira que independentemente da previsão vislumbrada no Estatuto, já estariam garantidos aos idosos.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, foi a pioneira em abordar expressamente em seu texto constitucional direitos direcionados a população idosa. Após seu surgimento, outros instrumentos que pormenorizaram a assistência a essa parcela da população, mas, apenas com o Estatuto do Idoso o tratamento ao desrespeito para com os direitos dos idosos foi lançado a penalização.

O Estatuto do Idoso, se diferencia de instrumentos jurídicos anteriores a ele, pois em seu conteúdo além de reafirmar direitos essenciais a dignidade dos idosos, alargar o rol de direitos, criando dispositivos específicos as necessidades dessa parcela da população, que tem carências singulares devido a faixa etária que vivenciam, utiliza do Direito Penal para proteger o bem jurídico tutelado. Nesse sentido, Cavalcanti (2016, p. 763), ensina que:

Diante dessa perspectiva, o Estatuto do Idoso, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor é um microssistema. E, ao lado de outros questionamentos, como a logicidade do sistema jurídico quanto à aplicação do microssistema diante de sistema mais amplo, o Estatuto do Idoso busca achegas em instrumentos penais visando a alcançar a respectiva finalidade em razão da qual este novo diploma normativo emergiu e tornou-se válido.

Diante do cenário de desrespeito aos direitos dos idosos e a preocupação em garantir que essa parcela da população pudesse ser integrada a sociedade novamente, a legislação específica teve que utilizar-se do Direito Penal, pois ele é a forma de assegurar e garantir, bem como, é o instrumento capaz de proteger o bem jurídico tutelado, ao aplicar punições aos que infringem os dispositivos penais.

Nessa esteira, destaca-se que com o advento do Estatuto os crimes e as formas de violência praticadas para com os idosos são reconhecidos, assim sendo, apesar da grande dificuldade em combater a violência, esse instrumento jurídico

contribuiu para que houvesse a disseminação das formas de agressões existentes e as punições quando praticadas, colaborando para a conscientização do problema, bem como, evidenciando a tutela que antes não se tinha quanto a tipificação dessa violência acometida para com os idosos.

Ainda nesse contexto de impactos do Estatuto na sociedade, seja em suas mais diversas contribuições, não se pode negar que uma das mais perceptíveis foi o conhecimento da população quanto a existência de um instrumento capaz de punir lesões aos direitos dos idosos.

Em um estudo realizado por Evelyn Rúbia de Albuquerque Saraiva e Maria da Penha de Lima Coutinho, ambas professoras da Universidade Federal da Paraíba, cujo trabalho intitulado :Meios de comunicação impressos, representações sociais e violência contra idosos, vêm apresentar uma análise realizada com 126 notícias dos jornais Folhas de São Paulo e O Norte (Paraíba), o período de recorte datando entre janeiro de 2001 e novembro de 2008, sendo justamente anterior e posterior ao Estatuto do Idoso. Destaca-se uma parte da conclusão do trabalho realizado:

Os resultados advindos das notícias dos jornais autorizam afirmar que a construção das representações sociais da violência, maus-tratos e negligência contra a pessoa idosa encontra-se sedimentada e ancorada nos ganhos obtidos por esta população com a vigência do Estatuto do Idoso. Tais ganhos foram objetivados nas ações sociais do poder político, nos ditames da ciência, nas dimensões dos atos violentos (desde a sua tipologia até a punição do agressor) e nas conquistas, na defesa e na assistência ao idoso.

Percebe-se que o advento do Estatuto trouxe colaborações positivas para a sociedade, principalmente aos idosos. O instrumento em questão acaba por coibir as ações de lesões aos direitos dos idosos, uma vez que intimida os agressores por suas punições, bem como, o fato de ser difundido a asseguaração de tais direitos e a criminalização de condutas adversas a esses, ajudou a população a identificar agressões, dessa maneira, conscientizando, alertando a todos quanto a tutela protetiva do idoso, reafirmando o valor dessa parcela da população no nosso meio social.

3.1.1 Dos crimes contra os idosos

O Estatuto do Idoso no Título VI, vem abordar os aspectos dos crimes direcionados de maneira específica aos idosos, compreende em seu bojo 15 tipificações penais, nas quais a vítima é o idoso, que encontra-se nos seus artigos 96 a 109.

Antes de adentrar na temática dos crimes específicos contra os idosos, é imprescindível lembrar que os crimes previstos no Estatuto dos Idosos, são de ação pública incondicionada (artigo 95), assim sendo, ensina Reis e Gonçalves (2016, p. 114):

Esta denominação decorre do fato de o exercício do direito de ação pelo Ministério Público não depender de qualquer condição especial. Basta que o crime investigado seja de ação pública e que existam indícios suficientes de autoria e materialidade para que o promotor esteja autorizado a oferecer a denúncia. É evidente que também devem estar presentes as chamadas condições gerais da ação: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Esta denominação decorre do fato de o exercício do direito de ação pelo Ministério Público não depender de qualquer condição

especial. Basta que o crime investigado seja de ação pública e que existam indícios suficientes de autoria e materialidade para que o promotor esteja autorizado a oferecer a denúncia. É evidente que também devem estar presentes as chamadas condições gerais da ação: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Os crimes em questão são de ação pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público deve oferecer a denúncia independentemente de qualquer manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. A razão da previsão é justamente a vulnerabilidade do idoso diante de noticiar a agressão, já que na maioria dos casos, o agressor é quem tem laços de convivência muito fortes com a vítima.

Ainda em seu artigo 95, o Estatuto vem tratar da impossibilidade de aplicação da imunidade penal de crime contra o patrimônio, ou seja, os delitos previstos no Estatuto do Idoso são contemplados com as conhecidas escusas absolutórias - positivadas no artigo 181 e 182 do Código Penal, não havendo assim a possibilidade de imunidade para cônjuge, ascendente ou descendente. (SOARES, 2018)

Cumpra destacar o artigo 94 do Estatuto do Idoso, no qual a aplicação das disposições da Lei 9.099/95 são cabíveis para crimes cuja penalidade de privação de liberdade não ultrapasse quatro anos. Zambone, Ribeiro e Texeira (2013, p. 76) vem acrescentar sobre as contribuições ensejadas desse dispositivo:

Assim, podemos concluir que houve a ampliação da pena máxima de dois para quatro anos para a utilização do procedimento relacionado aos Juizados Especiais Criminais. Esta situação traz duas questões importantes: confere maior celeridade à apuração e processamento destes crimes e possibilidade ampliada de composição social e, também, pode beneficiar o réu com uma oportunidade concreta de liberdade, nas hipóteses de transação e suspensão condicional da pena. Assim, além de os réus serem beneficiados com penas alternativas ou multa, na hipótese de praticarem novos crimes não poderão ser considerados reincidentes, havendo, apenas, o impedimento para a concessão do mesmo benefício pelos próximos cinco anos.

Em resumo, é possível entender que os crimes cominados no Estatuto, cuja penalização não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o disposto na Lei 9.099/95 (Juizado Especial Criminal), e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal (SOARES, 2018).

Várias são as condutas tipificadas como crimes na Lei nº10.741, ao todo temos 15 delitos, que variam entre violência sexual, psicológica, física, financeira entre outras. Fica-se evidente que o conhecimento sobre tais crimes, é a melhor maneira da sociedade, Estado e família serem entes fiscalizadores e garantidores da efetivação da dignidade que cabe a cada ser humano, não se fazendo distinção da faixa etária vivenciada por cada ser.

Para tanto, as formas de condutas criminalizadas e vislumbradas pelo Estatuto do Idoso, são as seguintes:

Discriminação contra a pessoa idosa (artigo 96), no qual qualquer pessoa pode cometer tal delito, caracterizando-se como crime comum. Esse dispositivo engloba qualquer tipo de discriminação, desdenha, humilhação, menosprezo praticado a pessoa por motivo de idade avançada, não havendo a aceitação dessas condutas em hipótese alguma. A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se a vítima se encontrar sob os cuidados ou responsabilidade do agente. A pena será de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de reclusão e multa (artigo 96, §§1º e 2º).

Omissão de socorro, cujo a conduta de deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos o socorro de autoridade pública (artigo 97, §único). Sendo a pena, a detenção de 6 (seis) meses a 1(um) ano e multa.

Esse dispositivo é análogo ao positivado no artigo 135 do Código Penal, sendo reelaborado a favor dos idosos, acrescentando mais três núcleos, quais sejam: recusar, retardar ou dificultar. Trata-se de um crime preterdoloso, ou seja, o delinquente haverá de responder pelo resultado mais gravoso, a lesão corporal ou a morte, que venha acontecer com o idoso, mesmo que o resultado pretendido fosse menos gravoso (SOARES, 2018).

Também se é punida a conduta de abandono de idoso, em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado. (artigo 98) Pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos cumulada com multa. A conduta criminalizada por este dispositivo, reúne elementos dos crimes descritos nos artigos 133 e 244 do Código Penal brasileiro, referindo-se ao abandono de incapaz e abandono material, voltado especificamente para a tutela do idoso (CAVALCANTI, 2016).

Maus-tratos, esse dispositivo é nitidamente a criminalização da conduta que mais assola os idosos, é punível a conduta de expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado (artigo 99). Importante advertir a previsão expressa da preservação da saúde psíquica do idoso, anteriormente não vislumbrada expressamente pelo artigo 136 do Código Penal.

Esse dispositivo faz alusão ao tipo de violência mais praticado em desfavor dos idosos, porém em algumas circunstâncias torna-se a mais difícil de se detectar e combater, já que o maltrato é o próprio abuso, sinônimo de violência contra o idoso. O mais interessante é que as pessoas e a sociedade em si, quando mencionam o abuso, tendem a pensar que é apenas acometidos em instituições de acolhimento, bem como de tratamento específico para a velhice ou uma violência gratuita nos crimes de rua. Mas, o pior de todos, é o abuso emocional, psíquico, que é silenciado pela vítima, por receio da segregação, da solidão. Nesta contextualização Silva (2007, p. 243) vem salientar:

O abuso e maus-tratos constituem crimes que têm sido ocultados e mantidos em segredo pelo chamado 'pacto do silêncio'. Os idosos preferem sofrer em silêncio a romper a aparente harmonia familiar. Alguns silenciam pelo temor da represália dos agressores. Na verdade, as vítimas idosas temem a solidão e o desprezo no fim de suas vidas, embora sejam cruelmente maltratadas.

Discriminação em razão do trabalho, constitui-se crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa; obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade; negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho; recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa; deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil;

recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil quando requisitados pelo Ministério Público (artigo 100, I, II, III, IV e V), esse dispositivo refere-se à negativa de trabalho, em cargo público ou no setor privado, como empecilho de vivenciar a faixa etária avançada, em razão de ser considerado idoso. Se faz necessário lembrar, que deve ser provado a discriminação pela idade. Tratam-se de figuras típicas de menor potencial ofensivo expressas em lei, passíveis de transação penal, suspensão condicional do processo, e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em caso de condenação criminosa nos termos da lei 9.099/95 (SOARES, 2018).

Também é reconhecido como delito, a conduta de apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade, sendo penalizada com reclusão de 1(um) a 4(quatro) anos e multa (artigo 102). Trata-se de apropriação indébita, Esta figura, identificada no artigo 102 do Estatuto é semelhante ao tipo do artigo 168 do Código Penal. Entretanto, para a configuração desta conduta não há necessidade de se ter a posse da coisa apropriada para configurar o crime, basta sua aplicação diversa da finalidade (Zambone; Ribeiro e Texeira, 2013).

Ainda no rol de delitos, temos a negativa de acolhimento, criminaliza-se a conduta de negar o acolhimento ou a permanência do idoso, como obrigado, por recusa deste em outorgar procuração à entidade de atendimento (artigo 103), sendo aplicada a sanção de detenção de 6(seis) meses a 1(um) ano. Esta conduta, se compreende na negativa de acolhimento do idoso por entidade asilar, ou sua permanência, pela simples recusa do idoso em ceder procuração.

A retenção de documentos também é criminalizada, sendo a conduta de reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida, punida com detenção de 6(seis) meses a 2(dois) anos e multa (artigo 104).

Como crime contra o idoso também pode-se compreender Propaganda depreciativa, cujo o ato de exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso, pode ser punida detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa (artigo 105).

Induzimento ou outorga de procuração (artigo 106), Coação de atos civis (artigo 107), Lavratura de ato notarial sem representação (artigo 108), 15 Impedir ou embaraçar a fiscalização (artigo 109), encerram o leque de condutas puníveis pelo Estatuto do Idoso.

Além de tipificar condutas de grande importância no contexto social, o Estatuto também trouxe em seu texto, algumas alterações significativas ao Código Penal brasileiro, como expõe Soares (2018, p. 13):

A pena do agente criminoso terá uma agravante genérica (artigo 61, II, CPB) se a vítima for maior de 60 (sessenta) anos. E o crime de homicídio doloso (artigo 121, §4º, CPB) passou a ter um aumento de pena de até 1/3 (um terço) quando o delito for cometido também contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos. O crime de abandono de incapaz (artigo 133, §3º, III, CPB) passou a prever aumento de pena quando o sujeito passivo for idoso. Nos crimes contra a honra, se a injúria (artigo 140, §3º, CPB) for em razão da condição da velhice da vítima a pena será de reclusão de um a três anos e multa; com

relação aos crimes de difamação e calúnia (artigo 141, IV, CPB) existe o aumento de pena de um terço de estes crimes forem em face do idoso. No crime de sequestro e cárcere privado (artigo 148, §1º, I, CPB), a pena será de reclusão de dois a cinco anos quando a vítima for pessoa classificada como idosa. Se do sequestro do ancião existir também a extorsão (artigo 159, §1º, CPB) será qualificado com uma pena de reclusão, de doze a vinte anos.

Diante do exposto, é possível notar que o instrumento jurídico que especifica a tutela as pessoas idosas, através da proteção penal, traz avanços importantes para a efetivação da dignidade dessa parcela da população tão frágil e carente de empatia, ao ponto que possibilita a visibilidade e proteção diferenciada. O Estatuto do Idoso, através da criminalização dessas condutas, aprecia um pouco das situações socialmente relevantes, possibilitando uma interação entre sociedade, família e Estado, na proteção apropriada ao idoso.

Conclusão

Percebe-se, mediante considerações abordadas durante o texto, que a violência se configura como um grande problema em todas as nações, no âmbito da velhice esta é mais preocupante ainda, pois diante do quadro de vulnerabilidade dos idosos, ela é ocultada, minimizada em pensamentos de vergonha, medo de solidão, casos de dependência reais com seus agressores, se perpetuando na convivência diária.

Sem embargo, verificou-se que o quadro demográfico brasileiro, de maneira que é perceptível o aumento considerável da população na faixa etária acima de 60 (sessenta) anos, surgindo uma necessidade de amparar tal situação, já que a consciência lógica do ser humano é compreender que o nosso futuro como homens, converge à velhice. Nesse contexto, se faz necessário que as sociedades se adaptem a um perfil demográfico diferente, com múltiplas necessidades, onde emerge a vulnerabilidade associada ao envelhecimento e a necessidade de criar dispositivos capazes de defender e proteger a população idosa.

Outrossim, observou-se como ocorreu o crescimento populacional dos idosos, bem como, a consciência de que diante de tal cenário, os mesmos também são dotados de necessidades especiais, essas frutos de suas vulnerabilidades e que vão além de limitações físicas, também notou-se, que a necessidade de respaldar direitos e garantir a dignidade a essa parte da população incita o amadurecimento das legislações, até se chegar ao instrumento jurídico específico para tal tutela.

Nesse diapasão, compreendeu-se que a Lei nº 10.741/03 veio para fortalecer e reafirmar direitos já pensados na Constituição Federal de 1988. Através desse novo dispositivo tanto os direitos, como as medidas protetivas foram positivadas, visando uma vida digna para aqueles que atingem essa fase de existência.

Sem dúvida a Constituição Federal de 1988 deu o ponta pé inicial, com o fito de garantir direitos a essa parte da população, colaborando para que o tema do envelhecimento fosse repensado e visto sobre novos olhares, mas, o Estatuto do Idoso, vem com uma abordagem específica, traz inovações.

Ao tratar de direitos o Estatuto do Idoso alarga as possibilidades, evidenciando sempre as necessidades dos idosos, não apenas em limitações físicas, bem como, sua integração a sociedade por completo, incriminando atos de

discriminação, desdenha, preconceito, toda ação que segregue o ser humano por ter a idade avançada, permitindo que sejam acolhidos em eventos culturais, almejando realmente a reinserção desses na dinâmica social brasileira.

Sobre a égide do Estatuto, os idosos passam a ter seus direitos e garantias valorizados e protegidos. Diferentemente das legislações anteriores, o Estatuto conta com dispositivos penais, desta forma, os delinquentes que praticarem crimes em desfavor dos idosos, responderão por seus atos na esfera criminal. Assim sendo, atos de violência contra os idosos são coibidos pelo instrumento em questão.

Neste sentido, é possível concluir que o Estatuto dos Idosos, é um instrumento jurídico que tutela a população idosa mais eficaz da atualidade, que seus dispositivos abarcam as necessidades da população. Também pode se afirmar que a violência que mais assola os idosos, é a que parte do próprio seio familiar, assim sendo, não é o dispositivo jurídico que é ineficaz, mas, a fiscalização para a aplicação dele que é falha. Percebeu-se que a dificuldade em combater a violência contra o idoso, encontra-se no dever de fiscalizar da família, do Estado e da sociedade como entes solidários na proteção do idoso, cabendo a cada um, garantir direitos e a dignidade merecida.

Diante dessa necessidade de assegurar, de forma eficaz, o bem-estar ao idoso, acreditamos que investigações como esta devem ser prosseguidas. Sendo assim, como sugestão para continuidade de discussões nesse sentido, analisar, à luz dos Direitos Humanos, de que modo as inovações normativas tratam acerca do ancião, contribuirá para o fortalecimento e planejamento de estratégias de atenção a este público, assim como desenhar e formular novos e mais efetivos caminhos em direção à efetivação dos direitos inerentes aos idosos.

Referências

- BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. Disposições preliminares. In: Naide Maria Pinheiro; Gabrielle Carvalho Ribeiro (org.) **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas-SP: Servanda Editora, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.
- BRAGA, Rogério Piccino; LEITE, Flávia Piva Almeida; BAHIA, Claudio José Amaral. Garantias Fundamentais da Pessoa Idosa: uma revolução por direitos rumo à inclusão. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2017, vol. 9, n. 17, Jul.-Dez. p. 431-450.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei 10.741 de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. Dos crimes em espécie. In: Naide Maria Pinheiro; Gabrielle Carvalho Ribeiro (org.). **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas-SP: Servanda Editora, 2016.
- DE OLIVEIRA SILVA, Elaine Alves et al. A violência os maus-tratos contra a pessoa idosa. **Revista Fragmentos de Cultura-Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas**, v. 17, n. 2, p. 239-255, 2007.
- GONDIM, Lillian Virgínia Carneiro. Violência intrafamiliar contra o idoso: uma preocupação social e jurídica. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, v. 3, n. 2, 2011.
- HORN, Vanessa Quevedo. **A imagem da velhice na contemporaneidade**. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Rosa, 2013. Disponível em:
<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2381>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- MEDEIROS, Luís Vinícius de Oliveira. **Tutela Jurídica do Idoso: a assistência e a convivência familiar**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Tiradentes (UNIT), Aracaju, 2015.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: o avesso de respeito à experiência e à sabedoria. In: **Violência contra idosos: o avesso de respeito à experiência e à sabedoria**. 2005.
- MIOTTI, Raphaella Vasques. **A tutela dos direitos fundamentais da população idosa: uma análise a partir da proteção prevista pelo Estatuto do Idoso**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Santa Maria, 2014.
- PEREIRA, Adriana Soares et al. **Metodologia da pesquisa científica**. 2018.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (coord.). **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARAIVA, Evelyn Rúbia de Albuquerque; COUTINHO, Maria da Penha de Lima. Meios de comunicação impressos, representações sociais e violência contra idosos. **Psicologia em estudo**, v. 17, n. 2, p. 205-214, 2012.
- SOARES, Jardel de Freitas. **Dos Crimes contra os Idosos**. Disponível em:
https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/dos_crimes_contra_os_idosos_1_0.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.
- ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; RIBEIRO, Ayrton Francisco; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado Democrático de Direito e os direitos da pessoa idosa—a proteção em relação aos crimes contra o idoso. **Revista do Curso de Direito**, v. 10, n. 10, p. 66-77, 2013.

DERECHO ADMINISTRATIVO

Política, ideologia e vinculação dos agentes estatais ao direito: contributo para a contenção dos excessos ideológicos na concepção e execução de políticas públicas (*)

Politics, ideology and linkage of state agents to law: contribution to contain ideological excesses in the design and implementation of public policies

Política, ideología y vinculación de los agentes estatales a la ley: Contribución para contener excesos ideológicos en el diseño e implementación de políticas públicas

Claudio Madureira¹

Luiz Claudio Nogueira de Souza²

Sumário: Introdução. 1. Antecedentes teóricos. 2. A vinculação dos agentes estatais ao direito como antídoto à interferência dos excessos ideológicos na concepção e execução de políticas públicas. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo deste trabalho é procurar demonstrar que a vinculação dos agentes estatais ao Direito tem a potencialidade de prevenir (ou, quando menos, de minimizar) a influência dos excessos ideológicos na concepção/execução de políticas públicas de interesse da sociedade. Empregamos, na sua elaboração, fontes normativas e doutrinárias que fornecem importantes subsídios para a compreensão de

(*) Recibido: 10/06/2020 | Aceptado: 01/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

- ¹ Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. professorclaudiomadureira@gmail.com
- ² Mestre em Filosofia pela UFES, Pós-Graduado em Petróleo e Gás pela COPPE/UFRJ e em Direito Tributário pela UNIDERP, Graduado em Economia pela FACEVV, Membro do Conselho de Administração da Companhia de Gás do Espírito Santo (ES GÁS) e Auditor Fiscal da Receita Estadual do Espírito Santo. souzanogueira@gmail.com.br

como deve se processar o relacionamento entre o direito e a ideologia na esfera administrativa. A proposta é relevante porque fomenta a identificação de ferramentas capazes de orientar não apenas as tomadas de posição do poder público quando concebe e executa políticas públicas, mas também o controle que sobre elas se estabelece, seja no âmbito interno da Administração (controle interno), seja pelos órgãos externos de fiscalização e controle (Ministério Público, Tribunais de Contas, etc.).

Palavras-chave: Direito, ideologia, políticas públicas, controle administrativo.

Abstract: The objective of this paper is to try to demonstrate that the linking of state agents to the Law has the potential to prevent (or, at least, to minimize) the influence of ideological excesses in the conception/execution of public policies of interest to society. In its elaboration, we use normative and doctrinal sources that provide important subsidies for understanding how the relationship between law and ideology in the administrative sphere should be processed. The proposal is relevant because it promotes the identification of tools capable of guiding not only public authority decisions when designing and executing public policies, but also the control that is established over them, whether within the Administration (internal control), either by external inspection and control bodies (prosecutors, courts of accounts, etc.).

Keywords: Law, ideology, public policy, administrative control.

Resumen: El objetivo de este documento es tratar de demostrar que el vínculo de los agentes estatales con la Ley tiene el potencial de prevenir (o, al menos, minimizar) la influencia de los excesos ideológicos en la concepción/ejecución de políticas públicas de interés para la sociedad. En su elaboración, utilizamos fuentes normativas y doctrinales que proporcionan importantes subsidios para comprender cómo se debe procesar la relación entre el derecho y la ideología en la esfera administrativa. La propuesta es relevante porque promueve la identificación de herramientas capaces de guiar no solo las decisiones de la autoridad pública al diseñar y ejecutar políticas públicas, sino también el control que se establece sobre ellas ya sea dentro del alcance interno de la Administración (control interno), ya sea por los organismos externos de inspección y control (Ministerio Público, Tribunales de Cuentas, etc.).

Palabras clave: Ley, ideología, políticas públicas, control administrativo.

“Agora não pergunto mais pra onde vai a estrada.
Agora não espero mais aquela madrugada.
Vai ser, vai ser, vai ter de ser, vai ser faca amolada.
O brilho cego de paixão e fé, faca amolada”.

Milton Nascimento e Ronaldo Bastos³

³ Trecho da letra da música “Fé cega, faca amolada”, lançada no ano de 1975.

Introdução

É nota corrente no discurso político a atribuição de caráter negativo à ideologia⁴. No entanto, em geral essa aspiração acaba sendo voltada, na prática, à ideologia do outro⁵, como se aqueles que se ressentem da interferência do discurso ideológico nas questões de Estado estivessem livres de se posicionar, eles próprios, também por inspiração ideológica. Trata-se, em rigor, de conceito amplíssimo e poroso, cuja indeterminação ou imprecisão alimenta fertilmente o imaginário coletivo, fomentando o seu uso ostensivo e sem maiores preocupações de ordem teórica, bem como, noutras vezes, utilização marcada por certo grau de ceticismo, ou até mesmo o seu desuso⁶.

A discussão é palpitante e surge, volta e meia, onde menos se espera. Todavia, estamos convencidos⁷ de que o problema não reside, propriamente, na ideologia, da qual não conseguimos nos libertar como pessoas, mas nos excessos ideológicos. Disso resulta a nossa opção por circunscrever a nossa investigação, neste trabalho, ao campo da influência dos excessos ideológicos (primeiro corte metodológico) nas tomadas de posição adotadas no ambiente político-administrativo (segundo corte metodológico), com o propósito de demonstrar, visando à formação de consensos possíveis e necessários, que o Direito impõe limites à interferência do discurso ideológico na concepção e execução de políticas públicas de interesse da sociedade.

1. Antecedentes teóricos.

Ninguém escapa à ideologia. É que ela “permeia toda relação humana”, apresentando-se, portanto, nas palavras de Ferruccio Rossi-Landi, como “uma força

⁴ Essa carga pejorativa atribuída historicamente ao termo contempla a sua definição como (i) conjunto de ideias abstratas (cuja relação com o mundo é no sentido das ideias para os fatos), forjadas discursivamente pela classe dominante para dominar as classes inferiores, (ii) engessamento discursivo do processo histórico-social, com o propósito de manutenção do *status quo* do grupo/classe dominante e (iii) discurso falso que (voluntário ou involuntariamente) oculta a realidade (cf. CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2008).

⁵ Não por outra razão, também se costuma acomodar sob o escopo intensivo do conceito de ideologia definições mais neutras, e até mesmo positivas, tendentes a designá-la (a ideologia) tais como (i) conjunto de ideias e valores capaz de forjarem discursivamente visões de mundo, (ii) processo de significação da vida social por meio dos valores e (iii) conjunto de ideias que compõe discursivamente o substrato do pensamento e da identidade (cf. EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: UNESP/Boitempo, 1997 e ROSSI-LANDI, Ferruccio. Uma abordagem da ideologia. *Discurso – Revista do Departamento de Filosofia da FFLCH da USP*, São Paulo, v. 16, p. 131-144, 1987. Disponível em <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.1987.37922>>. Acesso em 05 Abr. 2020).

⁶ ROSSI-LANDI, Ferruccio. Uma abordagem da ideologia, cit.

⁷ Porque conferimos conotação neutra, ou até mesmo positiva, ao termo, por entendemos que ele se associa a conjunto de ideias e valores capazes de forjarem discursivamente visões de mundo de um grupo social ou de um indivíduo, de modo que a ideologia e o planejamento social possam seguir intimamente conectados (a propósito, cf., por todos: ROSSI-LANDI, Ferruccio. Uma abordagem da ideologia, cit.

social real”⁸. O que ocorre é que, na prática, todos nos manifestamos, em maior ou menor medida, com base em elementos cognitivos incutidos em nossas consciências, que resultam de nossas respectivas histórias de vida. Assim, onde houver interação humana, haverá, em certa medida, crenças e valores fundantes de concepções ideológicas, o que afasta a configuração de espaço imune para posições que defendem o seu fim ou o seu declínio, visto que nessa atitude também está implícita uma ideologia pressuposta. Enfim, a ideologia é inerente a tudo aquilo que se deposita no reino da cultura humana, contrapondo-se, assim, ao reino da natureza. Nessa perspectiva, se a ideologia fosse um problema, ela seria, em rigor, um problema sem solução.

Por isso optamos por circunscrever a nossa análise ao campo da influência dos excessos ideológicos (primeiro corte metodológico) nas tomadas de posição adotadas no ambiente político-administrativo (segundo corte metodológico), âmbito em que é possível definir ideologia como conjunto de crenças e valores empregados para orientarem o comportamento do povo numa direção, com o afastamento de outra, objetivando a obtenção de consensos e a fundamentação do exercício do poder⁹. Teríamos excesso ideológico quando o conjunto de crenças e valores empregados na ação político-administrativa provocar (ou, quando menos, tiver a potencialidade de provocar) desorientação no comportamento do povo, fomentando o dissenso social.

Exemplo contundente de como excessos ideológicos podem interferir na atividade do Estado (hipótese a ser testada) pode ser construído a partir da discussão, atualmente travada, no Brasil, entre o Presidente Jair Bolsonaro e os Governantes dos Estados (Governadores) e Municípios (Prefeitos) que integram a Federação Brasileira sobre a necessidade ou desnecessidade do distanciamento social empregado em todo o mundo para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 (fato depreendido da observação da realidade). Nele, contrapõem-se as exortações e diretivas do Presidente Brasileiro (vocalizadas com base em crenças e valores mercadológicos) para que as pessoas priorizem suas atividades laborais em detrimento do isolamento social (primeira posição defendida) à veiculação, por Governadores e Prefeitos (ancorados em crenças e valores vinculados à preservação da vida), de orientação em sentido diametralmente oposto (primeira posição defendida). Ocorre que, por melhores que sejam as intenções dos contendores¹⁰, essa divergência, se pudesse ser sustentada tão somente com base no discurso ideológico, não orientaria, em concreto, como de fato não vem orientando, a formação de consensos que nos permitam sair incólumes da grave crise por que passamos; conduzindo, na verdade, ao dissenso e à desorientação do povo brasileiro.

⁸ ROSSI-LANDI, Ferruccio. Uma abordagem da ideologia. *Discurso*, cit.

⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2012. p. 616.

¹⁰ Os cortes metodológicos que adotamos para a construção deste trabalho nos impedem de entrar considerações sobre quais excessos ideológicos foram cometidos no exemplo proposto. Posto isso, deixamos a sua avaliação à imaginação e ao discernimento do leitor, sem prejuízo de retomarmos o tema em outro estudo.

Por esse motivo, a questão que se coloca não é saber qual ideologia seguir. Afinal, como diz a canção que serve de preâmbulo e inspiração para este trabalho, quando a fé é cega (ou seja, quando as questões são enfrentadas sem maiores cuidados teóricos), corremos o enorme risco de as coisas serem resolvidas na base da faca amolada (isto é, pela via confronto, não de ideias, mas de pessoas). O que com isso queremos dizer é que qualquer esforço que se faça no sentido de saber qual ideologia devemos seguir não trará solução para o dilema que está posto, visto que ela se relaciona (pelas razões dantes expostas) a elementos culturais que remetem à consciência individual, formada a partir das histórias de vida de cada pessoa.

É preciso, então, formular outra pergunta, quanto ao que nos inspiramos em Hans Kelsen, que, debruçando-se sobre outro problema aparentemente insolúvel, consistente em saber o que é a justiça¹¹, exortou os teóricos a procurar reformular a questão enfrentada¹². Posto isso, e considerando os cortes metodológicos que adotamos para a construção deste trabalho, o que importa é investigar, no plano da Ciência, se existem limites (inclusive jurídicos) à interferência do discurso ideológico nas tomadas de posição adotadas pela Administração na concepção e execução de políticas públicas de interesse da sociedade.

Porém, a compreensão desses limites, cuja descrição será feita no capítulo subsequente, demanda, ainda, a apresentação de alguns antecedentes teóricos, consistentes na influência dos fatos e (sobretudo) dos valores na aplicação do Direito, na dissociação dos âmbitos de decisão do legislador e dos intérpretes (entre eles o Administrador) e na identificação da ideologia como elemento integrante e indissociável das tomadas de posição manifestadas pelo Administrador.

1.1. Aplicação do Direito a partir da interação entre norma, fato e valor.

A interação entre norma, fato e valor no campo da aplicação do Direito é destacada, com muita lucidez, por Luís Recasens Siches¹³. Esse professor mexicano leciona que as tomadas de posição dos intérpretes são orientadas (pelo menos sob a ótica do positivismo jurídico, a que se ele se filia¹⁴) por normas de conduta previamente aprovadas pelo Parlamento; mas adverte que muito embora as pessoas

¹¹ Em suas próprias palavras, “nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo. Martins Fontes, 2001. p. 1).

¹² Afinal, se a questão levantada, “continua até hoje sem resposta, [...] talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva”, ou se a sua resposta (nesse ponto tomamos a liberdade de propor acréscimo à fala do professor austríaco) longe contribuir para a resolução do problema, orienta o seu agravamento, somente resta ao teórico “tentar perguntar melhor” (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, cit., p. 1).

¹³ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2009.

¹⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97.

repitam comportamentos anteriores, seguindo regime pré-estabelecido, quando cumprem regras de conduta, não costumam fazê-lo com uma fidelidade total, de cem por cento, de modo a produzir reproduções fotográficas ou gravações em fita magnética¹⁵; pois sempre modificam, em maior ou em menor grau, esse produto objetivado (norma), precisamente porque, na sua aplicação, cuidam de revivê-la, suprimindo alguns de seus componentes ou incluindo modificações ou novidades¹⁶. Em seu magistério, o homem é qualificado como herdeiro do pensamento predominante em seu tempo e, também, como referência para o pensamento das gerações futuras¹⁷.

1.1.1. Os textos normativos como ponto de partida para a aplicação do Direito.

Recasens Siches parte da premissa de que o Direito apresenta três dimensões: *fato*, *norma* e *valor*. Para ele, o Direito é um *fato*, uma obra humana, estimulada pela consciência de necessidades da vida social, obra essa produzida sob a forma de *normas*, e que tem por função satisfazer essas necessidades no sentido da realização de *valores* específicos, apresentando-se, assim, como uma realidade tridimensional¹⁸.

Porém, em sua doutrina, a aplicação do Direito tem como ponto de partida o direito positivo que os homens elaboram e os institutos jurídicos que eles fabricam¹⁹. E, por isso, deve ter em consideração as normas jurídicas²⁰.

Mas a norma, para Siches, deve ser compreendida como objetivação da vida humana e analisada sob o ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana. Por isso “não pode ser julgada em si mesma como um fim, mas como um meio para a consecução dos valores concretos almejados pelo legislador, que são justiça, bem-estar social, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade perante o Direito,

¹⁵ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

¹⁶ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

¹⁷ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y cambio social*, v. 40, p. 1-30, 2015.

¹⁸ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40. Nessa passagem, Siches refere à doutrina de Miguel Reale (REALE, Miguel. *Teoría Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968), mas deixa claro que tomou a liberdade de introduzir alguns ajustes na sua Teoria Tridimensional do Direito (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40-Nota de rodapé).

¹⁹ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 78.

²⁰ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41. Disso resulta a sua adesão à doutrina do positivismo. A propósito, Maria Helena Diniz ensina que Siches é fiel ao normativismo, pois a Ciência Jurídica, sob a ótica de sua doutrina, estuda normas, embora sob lógica distinta daquela empregada pelo positivismo jurídico (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 97). Aliás, para Siches, as normas jurídicas são dotadas de características específicas e essenciais que as distinguem de outras normas (religiosas, morais, de trato social, etc.); contexto em que se destaca a circunstância de os preceitos de direito serem dotados de inexorável impositividade, ou de coercibilidade, o que significa que seu cumprimento pode ser imposto pela força, quando isso for necessário (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41).

oportunidades iguais de adequação de circunstâncias de eficácia e de bem estar social”²¹. O que com isso queremos dizer é que, se a aplicação de uma norma a determinado fato concreto ensejar efeitos contrários àqueles por ela visados, ela deve ser declarada inaplicável àquele fato²².

Disso resulta que, para Siches, a aplicação do Direito não tem em consideração apenas o direito positivo. Afinal, como observa Diniz, em referência ao seu pensamento, “aquele que cumpre a norma, ou que executa a sentença, revive praticamente o pensamento nela contido, realizando-o efetivamente”, precisamente porque, “a aplicação do Direito termina a norma jurídica, por meio do acréscimo que a individualiza e a faz agir”, razão pela qual, “muitas vezes, só se sabe o que é o Direito, quando a sentença mostra o que ele representa por meio dos efeitos concretos”²³. É que, para Siches, a atividade do órgão jurisdicional compreende uma série de funções que não são previamente cumpridas pela norma geral, e que o juiz tem que levar a cabo por sua conta própria, muito embora ao fazê-lo deva seguir as diretrizes que a lei assinala²⁴. O que Siches acentua, nessa passagem, é que a norma individualizada na sentença judicial²⁵ contém ingredientes novos, que não estão na norma geral, e que por isso a função judicial tem necessariamente dimensão criadora, que aporta outros elementos ao processo construtivo do Direito²⁶. Esses ingredientes são os *atos* e os *valores*.

1.1.2. A influência dos fatos na aplicação do Direito.

Recasens Siches observa que há no mundo uma série de objetos que não são coisas e nem fatos produzidos pela natureza, porque são produzidos por homens, ou seja, são resultado da atividade dos homens, e por isso pertencem ao mundo da cultura. Esses objetos, conforme Siches, têm substratos reais, que podem ser corpóreos ou psíquicos. No entanto, a sua essência não corresponde a essas realidades (de substratos corpóreos ou psíquicos), mas reside na circunstância de poderem ter um sentido, uma significação, uma intencionalidade ou um propósito. Esses objetos são vida humana objetivada, porque são revividos, ou repensados, ou reutilizados, ou reatualizados pelos homens, e por isso constituem vida humana revivida, vida humana reatualizada²⁷.

Para explicar-se, Siches refere à obra de Cervantes, destacando, a propósito, que o livro “Don Quixote”, no momento em que foi escrito, apresentava-se como uma peripécia da vida individual do autor, um pedaço dele, um segmento de sua própria existência. Mas observa que, uma vez escrita, sobretudo depois da morte de Cervantes, essa obra literária permanece como algo que é nosso, como um conjunto

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 95.

²² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 95.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 95.

²⁴ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 196.

²⁵ Assim como nas resoluções administrativas, nos contratos, etc.

²⁶ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197.

²⁷ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 25.

de pensamentos cristalizados que podem ser repensados por quem o quiser. Essa obra, então, apresenta-se como um complexo de pensamentos objetivados, fossilizados ou coisificados. Como algo que tem uma estrutura de pensamento, mas que já não é pensamento vivo, a começar porque quem o pensou originariamente já morreu. O que em sua criação foi um processo subjetivo vivo de alguém (no caso, de Cervantes) agora aparece como pensamento convertido em coisa, como um produto objetivado à disposição de todos, de modo que quem o quiser o poderá repensar, como um bem de utilização comum²⁸.

O exemplo proposto nos dá conta de que uma obra humana que com o tempo se converteu objeto da vida humana cristalizada (coisa) pode vir a ser, em alguma medida, reatualizada ou revivida. Essa obra pode voltar a viver pela atuação de outras pessoas contemporâneas ou posteriores ao seu autor, como ocorre, por exemplo, quando essas outras pessoas leem o livro e pensam novamente os pensamentos que ele contém²⁹. É o que ocorre, ainda a título de exemplo, quando desenvolvemos este capítulo, em que procuramos conferir vida ao pensamento objetivado por Recasens Siches em sua obra.

O mesmo se aplica às regras de conduta, vez que as pessoas, quando as cumprem, repetem comportamentos anteriores, seguindo um regime pré-estabelecido, mas, ao fazê-lo, não podem manter fidelidade total à regra de conduta aplicada, de modo a produzir reproduções fotográficas ou gravações em fita magnética do produto objetivado. Na verdade, as pessoas tendem, nesse processo, a modificar, em maior ou em menor grau, o produto objetivado que estão vivendo novamente, seja suprimindo alguns de seus componentes, seja incluindo modificações ou novidades³⁰.

Para Siches, é precisamente nesse reino da vida humana objetivada que encontramos o Direito. Quanto ao particular, o autor acentua que o Direito, enquanto conjunto de normas pré-constituídas (leis, regulamentos, contratos, sentenças judiciais, etc.), situa-se no universo das objetivações da vida humana, no reino da cultura. E observa que o cumprimento ou a individualização do Direito pelos funcionários judiciais e administrativos encerra, sempre, uma reatualização dessas normas em novas condutas reais; condutas que, muitas vezes, incluem novidades, modificações, supressões, incrementos, correções, etc. Nesse processo de reviver e reatualizar as normas jurídicas, que implicam novos matizes, novas modalidades, novas consequências, algo que estava predeterminado de modo completo e fixo na norma anterior recebeu nova objetivação³¹.

No entanto, deve estar claro que essas objetivações da vida humana (normas), enquanto cristalizações, são incapazes de se transformar por si próprias³². E isso

²⁸ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 25-26.

²⁹ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

³⁰ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

³¹ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

³² SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

precisamente porque, definitivamente, essas objetivações não são vida autêntica, mas fotografias de vida que se foi³³.

Por isso é que, para Siches, é equivocado qualificar esses produtos como realidades substantivas vivas³⁴, como se a norma cristalizada nos textos legais exaurisse o processo construtivo do Direito, como pretendiam os artífices do empirismo exegético. O que acontece é que essas objetivações da vida humana, que se apresentam como os pensamentos expressados em um livro, como normas determinadas em uma lei, como imagens materializadas em uma escultura ou como esquemas técnicos postos em uma máquina, estão à disposição de outros seres humanos, que ao ler o livro, ao cumprir a lei, ao contemplar uma escultura, ao utilizar a máquina, até certo ponto pensam e reatualizam os pensamentos depositados nesses objetos, vivendo-os outra vez, ou revivendo a vida humana neles objetivada³⁵. Para Siches, essa é a zona do mundo onde vive o Direito, que inclui o campo da vida humana objetivada (normas), mas também da sua revisitação, ou revivência, com as modificações promovidas nesse contexto³⁶.

Nisso reside a importância dos fatos para a aplicação do Direito. A propósito, Diniz leciona, em nova referência à doutrina de Recasens Siches, que “se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos”, porque se qualifica como “um enunciado para a solução de um problema”³⁷. Assim, é inevitável o emprego pelo intérprete/aplicador de uma metódica tópico-problemática³⁸, que parte da

³³ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

³⁴ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

³⁵ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27-28.

³⁶ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 94.

³⁸ A propósito, cumpre referir à lição de Theodor Viehweg, que designa a tópica como uma técnica do pensamento orientada para o problema (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008. p. 33), cujo campo de aplicação é exatamente a interpretação, através da qual se torna possível ao intérprete, sem violar as antigas formas, descobrir novas possibilidades de compreensão (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, cit., p. 43-44). Referências semelhantes podem ser extraídas do seguinte trecho da obra de Canotilho: “O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) *carácter práctico* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo. [...] A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao caso concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *topoi* ou ponto de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais convincente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em

premissa de que o sentido normativo não reside apenas no texto da norma abstrata, mas também no próprio intérprete, porque o intérprete, quando se reporta ao Direito para aplicá-lo, não o pensa abstratamente, mas relacionando-o ao problema enfrentado³⁹.

1.1.3. A influência dos valores na aplicação do Direito.

Outra nota importante do pensamento de Recasens Siches situa-se na qualificação do homem como herdeiro do pensamento predominante em seu tempo, e também como referência para o pensamento das gerações futuras. Para Siches, o homem é sempre herdeiro, pois o homem de hoje, necessariamente, e de modo forçoso, é diferente do homem de ontem, porque quando o homem de hoje começa a viver encontra um conjunto de dogmas, de convicções, de crenças, de conhecimentos, de modos de vida, de técnicas, de instrumentos, de artefatos e utensílios, que não existiam quando começou a existência dos homens da geração de seus pais⁴⁰.

Assim, esse homem de hoje, que começou a viver num mundo diferente daquele em que se iniciou a vivência de seus pais, modificará por sua conta própria o legado recebido de seus antecessores. Por sua vez, as contribuições que a sua geração presta à interpretação do mundo que receberam quando do início de sua existência farão com o que os homens da nova geração (ou seja, os seus filhos e netos) encontrem outro ponto de partida quando começarem a sua vida⁴¹.

O que Siches está a dizer é que todos nós baseamos nossa existência na interpretação construída pela geração anterior, enquanto nossos sucessores tomarão como ponto de partida a interpretação que lhes deixaremos, que será diferente, em maior ou menor grau, daquela que recebemos inicialmente⁴². A isso o autor denomina historicidade, que revela que o homem é essencialmente histórico, assim como o são os produtos culturais, isto é, todas as obras humanas⁴³.

Mas a historicidade, para Siches, é devida à combinação do social com o individual. O homem, porque é social, apoia-se no que recebe como legado cultural dos outros, e por ser individual retifica ou inova no que recebeu, e por isso inventa⁴⁴. Ou seja, o homem é capaz de aproveitar o passado, de beneficiar-se das conquistas deixadas por seus predecessores, mas, por outro lado, tem a capacidade de se fazer livre do que foi ontem, de ser diferente, de corrigir ou aumentar a herança cultural

discussão" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.211).

³⁹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁰ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

⁴¹ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

⁴² SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

⁴³ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38.

⁴⁴ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

recebida⁴⁵. É que, para Siches, também o Direito é histórico⁴⁶, porque se apresenta como um conjunto de normas elaboradas pelos homens sob o estímulo de determinadas necessidades sentidas em sua vida social, e com o propósito de satisfazer essas necessidades de sua existência coletiva de acordo com valores específicos (justiça, dignidade da pessoa humana, autonomia e liberdade individuais, bem estar social, segurança, etc.)⁴⁷.

A historicidade é que possibilita, então, que as normas jurídicas positivadas, essas objetivações da vida humana, sejam revividas no contexto de sua aplicação aos casos concretos, dada a natural modificação dos valores de geração para geração⁴⁸. E o instrumento de que o intérprete se vale para reviver as normas jurídicas objetivadas num texto legal, por exemplo, ou num contrato, são os valores.

Siches afirma que o Direito trabalha com ideais de valor, que são encontrados na realidade social concreta, que, de seu turno, é apreendida pela experiência. Essas informações oferecidas pela experiência histórica são trabalhadas pelo intérprete sob método por ele qualificado como “estimativa jurídica”, que projeta seus juízos de valor não apenas para selecionar as normas aplicáveis à hipótese fática analisada⁴⁹, mas também para reconstruí-las, no campo da aplicação do Direito, a serviço dos fins que reconhece como valiosos⁵⁰.

Em atenção à essa observação de Recasens Siches quanto à influência dos valores na reconstrução do sentido dos textos normativos, Maria Helena Diniz observa que os intérpretes, quando procedem desse modo, não estão arredando da norma, porque “devem ser fieis não às suas palavras, mas aos seus fins e ao seu

⁴⁵ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38.

⁴⁶ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38.

⁴⁷ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40.

⁴⁸ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41.

⁴⁹ Não é tarefa simples identificar a norma aplicável ao problema, já que, muitas vezes, existe mais de uma norma de mesma hierarquia a regular os mesmos fatos (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197). Na prática, a escolha entre as diversas normas depende dos valores que orientam o aplicador, vez que pode acontecer de o sentido da norma não estar claro no texto legal, ou de o caso concreto não se amoldar perfeitamente às situações previstas pelo legislador (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197-198). Então, uma das funções dos valores na aplicação do Direito é orientar a escolha, pelos aplicadores, das normas aplicadas aos casos concretos. A propósito, cf., ainda, a seguinte passagem da obra de Maria Helena Diniz: “Ante uma norma aparentemente aplicável a um caso, o intérprete e aplicador deve antever os resultados da sua aplicação, interpretando o alcance das estimativas explícita ou implicitamente contidas nesta norma, complementando-as com os critérios ministrados pelas convicções coletivas predominantes. Porém, tais convicções não constituem a única fonte de valores complementares, porque, às vezes, o juiz tem que buscar valores desenvolvidos conforme os critérios de estimativa jurídica que ele mesmo considera válidos. Se os efeitos concordarem com os propósitos da norma, ela será aplicável ao caso, mas se contrários ou opostos aos fins pretendidos por ela, deverá ser declarada inaplicável, aplicando-se, então, ao caso outra norma que seja mais conveniente” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 96).

⁵⁰ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 78.

espírito”, devendo, pois, fidelidade não ao texto, mas “aos objetivos e ao sentido da norma”⁵¹.

Para Siches, o direito positivo que os homens elaboram, assim como os institutos jurídicos que eles fabricam, constituem meio para a realização de propósitos fundados sobre valores, o que faz com que, na prática, os homens, orientados por um valor jurídico, busquem atingir uma determinada realidade para satisfazer certas necessidades, e que elejam, a partir desse valor jurídico, determinados meios, como institutos ou normas, que consideram capazes de atingir esse fim⁵². No entanto, podem ocorrer fatores imprevistos no contexto da aplicação dessas normas/institutos, que fazem com que esses instrumentos fracassem, ou que funcionem imperfeitamente, o que aconselha o emprego de outros meios para realizar com maior eficácia a mesma finalidade, como, por exemplo, a modificação dos institutos⁵³.

1.2. A dissociação entre os âmbitos de decisão do legislador e dos intérpretes (entre eles o Administrador).

Recasens Siches adverte que os intérpretes, diferentemente do legislador (que dispõe de um âmbito de liberdade relativamente amplo para eleger as finalidades e os propósitos) devem se ater aos critérios estimativos adotados pelo direito positivo⁵⁴. Mas procura por a claro que eles (intérpretes) não estão adstritos apenas ao texto da lei, também devendo observar, pelas razões dantes expostas, os valores sob os quais se funda a norma editada⁵⁵, inclusive para efeito de empregá-los (os valores) na sua decisão sobre os casos concretos⁵⁶.

É bastante operativa à compreensão (e dissociação) dos âmbitos de decisão do legislador e dos intérpretes a distinção teórica, proposta por Ronald Dworkin, entre *argumentos de política* e *argumentos de princípio*⁵⁷. Conforme Dworkin⁵⁸, os

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 96.

⁵² SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 78.

⁵³ Ao ensejo, Maria Helena Diniz observa que “devido ao fato de o homem ser dotado de livre-arbítrio, limitado pelo seu mundo circunstancial, há uma relativa incerteza na solução de seus problemas”, e que “tal incerteza decorre também de grande número de causas heterogêneas, como os critérios estimativos ou axiológicos de cada situação social e histórica, que intervêm no comportamento humano” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 93).

⁵⁴ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 259.

⁵⁵ No pormenor, Siches assenta que o juiz, embora deva obediência ao direito positivo, exerce função criadora, que se alimenta de um rico complexo de valorações particulares sobre pontos singulares (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 260).

⁵⁶ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 259. Enfim, as normas jurídicas, por um lado, devem ser guiadas por valores objetivos, mas, por outro lado, devem responder às necessidades reais que estimularam a sua criação (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 289).

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 129.

argumentos de política justificam uma decisão mostrando que ela “fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (que se assenta, exemplificativamente, na decisão por construir a ponte em uma específica localidade, mediante simples escolha realizada pelo Prefeito, na condição de cidadão eleito por seus pares para tomar decisões políticas em seu lugar), enquanto que os *argumentos de princípio* justificam-na “mostrando que a decisão respeita ou garante um Direito de um indivíduo ou de um grupo” (que se assenta, no exemplo proposto, em hipotético impedimento jurídico para a construção da ponte naquela localidade, pautado na imposição a que a Administração Pública seja eficiente, precisamente porque se detectou, em laudo técnico encomendado pelo Município, que a realização da obra em outra localidade seria mais barato e causaria menos impactos urbanísticos).

Dworkin leciona que é da competência do Poder Legislativo “aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos” e que, por outro lado, as decisões jurídicas, “que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política”⁵⁹. Sob essa ótica, os intérpretes somente poderiam empregar *argumentos de princípio*⁶⁰, porque, se recorrerem, no campo da aplicação do Direito, a *argumentos de política* (formulando escolhas, ou criticando a conveniência ou a oportunidade das escolhas empreendidas pelos governantes), invadiriam o campo de decisão conferido em

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 130-131.

⁶⁰ A circunstância de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário, não significa que o princípio democrático admita o absolutismo (ou o domínio) da maioria, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 329). É que, como adverte o professor português, “a maioria não pode dispor de toda <<legalidade>>, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”, o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e, em geral, a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 329). Exatamente por esse motivo é não se pode ter por absoluta a separação entre os Poderes, contexto em que o Parlamento assume o papel do Legislativo, mas com limitações, o que torna relativo o racionalismo situado na base da ideia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse regime daquele racionalismo absoluto do Iluminismo (próprio da teoria liberal) (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.414-1.415). Essa é, pois, a conformação e a missão do *regime de freios e contrapesos* que, nas palavras de Paulo Bonavides, “constitui a primeira correção essencial que se impôs” ao princípio democrático, “como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74).

regime de exclusividade aos legítimos representantes do povo⁶¹, atentando, assim, contra o Direito e a contra democracia⁶².

1.3. A ideologia como elemento integrante e indissociável das tomadas de posição manifestadas pelo Administrador.

O Poder Executivo, por sua vez, quando fórmula e executa políticas públicas de interesse da sociedade pode se valer, conforme o caso, de *argumentos de política e de princípios*. Ele emprega *argumentos de princípios* sempre que pratica atos vinculados, que têm lugar quando a sua conduta é integralmente disciplinada pela lei⁶³. Porém, também utiliza *argumentos de política*, embora tão somente quando pratica atos discricionários, que se diferenciam dos primeiros porque, neles, o legislador deixa alguma margem de liberdade para as tomadas de posição na esfera administrativa⁶⁴.

Quando executa atos vinculados, o Administrador age como intérprete, e não como titular de uma escolha política, contexto em que sua atividade é limitada pelo Direito. Mas mesmo nesse âmbito ele age sob a influência dos valores, quer quando

⁶¹ Essa preocupação teórica de Dworkin em distinguir *princípios* e *políticas* (a propósito, cf. PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005. p. 73) parece encontrar respaldo na jurisprudência do STF, que há muito consolidou posicionamento quanto a ser vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador em suas opções políticas, que se manifesta através da vedação a os julgadores atuem como *legisladores positivos* (no ponto, cf., a título de exemplo: STF, RE 149.659, DJ 31-03-1995, Relator Ministro PAULO BROSSARD; STF, AI-AgR 142.348, DJ 24-03-1995, Relator Ministro CELSO DE MELLO; e STF, RE-AgR 493.234, DJ 19-12-2007, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI). Nessa perspectiva, não caberia ao Poder Judiciário, quando da análise da constitucionalidade de opção político-legislativa firmada pelo Parlamento, externar considerações atinentes à pertinência, ou impertinência, das escolhas realizadas pelo legislador. Essas escolhas, dada a distinção teórica entre *políticas* e *princípios*, proposta por Dworkin e que parece haver sido assimilada pela jurisprudência do STF, apenas suscitam manifestação do Judiciário quando contrapostas a regras e/ou princípios positivados no texto constitucional. O mesmo raciocínio se aplica as escolhas político-administrativas, cujo conteúdo encontra respaldo na natureza técnica (discricionariedade técnica) e política (legitimação democrática dos representantes do povo para fazer escolhas em seu nome) das decisões adotadas, que, nessa perspectiva, extrapolariam o âmbito decisório do Judiciário e dos demais intérpretes. Destarte, constituiria limite teórico para a intervenção do Poder Judiciário nas opções político-legislativas realizadas pelo Parlamento, e também nas opções político-administrativas formuladas pelo Executivo, a depreensão de que, na prática, a escolha analisada contrapõe-se ao Direito (*argumentos de princípio*). Enfim, não seria admitido ao Poder Judiciário, mediante provocação dos demais intérpretes, a refutação dessas escolhas com base em *argumentos de política* (o que ocorre, por exemplo, quando o julgador afirma que determinada lei, ou decisão administrativa, não é boa porque o legislador, ou o administrador, poderia ter adotado outro meio para atingir ao fim almejado).

⁶² A incidência dessa proposta teórica de Dworkin no Direito Brasileiro é controversa entre os autores deste trabalho. O primeiro autor considera que, como regra, aos controladores, a também ao Poder Judiciário, não é dado empregar *argumentos de política* para substituir escolhas político-administrativas formuladas pelo Poder Executivo. O segundo autor, por sua vez, discorda dessa interpretação jurídica.

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 111.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 111.

seleciona os textos normativos aplicáveis à hipótese fática verificada, quer quando os reconstrói no contexto da sua aplicação.

Posto isso, e considerando que os valores remetem às respectivas histórias de vida os intérpretes, portanto à ideologia, ela (ideologia) culmina por se apresentar como elemento integrante e indissociável das tomadas de posição do Administrador; que, quando veicula *argumentos de política*, trabalha com ampla liberdade decisória; e que, mesmo quando age como intérprete (veiculando *argumentos de princípio*), encontra-se sujeito à influência dos valores na interpretação e aplicação do Direito.

2. A vinculação dos agentes estatais ao direito como antídoto à interferência dos excessos ideológicos na concepção e execução de políticas públicas.

O que com isso queremos dizer é que o problema, em rigor, não está na ideologia, mas nos excessos ideológicos, que se verificam, em concreto, quando agentes estatais (sejam eles governantes, gestores ou servidores públicos) assumem escolhas (expressadas em pronunciamentos e atos concreto) que contrariam escolhas feitas pela sociedade (expressadas em textos legislativos). Semelhante conduta é inadmissível num Estado Democrático de Direito, que se singulariza pela vinculação da Administração e seus agentes ao Direito.

2.1. Notas sobre a vinculação dos agentes estatais ao Direito.

Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um território”⁶⁵. Ora, se o Estado, enquanto institucionalização política de uma sociedade, resulta de uma ordem jurídica, por óbvio não lhe assiste, sob qualquer perspectiva, desafiá-la. Destarte, a sua atuação frente à sociedade pressupõe atenção aos limites que lhe atribui essa mesma ordem jurídica. Afinal, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a lei [...] estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de [...] direitos em benefício da coletividade”⁶⁶.

2.1.1. O princípio administrativo da legalidade.

Disso decorre a noção de legalidade⁶⁷, que, na feliz observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, traduz o propósito político “de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue

⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 118. Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 33-36, passim.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

⁶⁷ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 36-40, passim.

favoritismos, perseguições e desmandos”⁶⁸. Até porque, como lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “a legalidade a que a Administração está sujeita é antes de tudo uma técnica para garantir a liberdade”, de tal sorte que “a violação à legalidade que leve o cidadão a suportar o que a lei não permite é uma agressão à sua liberdade e sua oposição a isto é uma defesa dela”⁶⁹.

Nessa senda, Bandeira de Mello acentua que “através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal”, isto é, da “lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”, pretendeu-se “garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral”⁷⁰. Por esse motivo é que os agentes estatais têm a sua atuação vinculada aos estritos limites do que lhes determinam a lei e a Constituição. Cumpre-lhes, pois, em suas atividades cotidianas, aplicar corretamente o Direito, servindo, assim, aos interesses juridicizados pelos legítimos representantes do povo.

Em rigor, não resta alternativa ao Estado Brasileiro. Com efeito, o agente estatal, na lição de Hely Lopes Meirelles, “não pode [...] deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos”, precisamente porque “os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada”⁷¹. Daí falar-se em legalidade estrita, a vincular a Administração Pública e seus agentes, que, conforme observa Bandeira de Mello, é “fruto da submissão do Estado à lei”⁷²; e que se encontra positivada, entre nós, como princípio de sede constitucional, na medida em que restou assentada pelo poder constituinte originário no *caput* do artigo 37 da Constituição⁷³.

Di Pietro destaca a absoluta importância da legalidade para o regime jurídico-administrativo, quando afirma que “este princípio juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”⁷⁴. Nesse mesmo

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100.

⁶⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. 11ª ed. Madri, Thomson Civitas, 2008. p. 48; *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 186.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 100.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 77.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 100.

⁷³ CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (destaques pessoais). Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 96.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 67.

sentido se posiciona Romeu Felipe Bacellar Filho, quando expõe que esse princípio decorre “do Estado de Direito, respeitadas as nuances da construção do significado desse conceito em cada país”⁷⁵. Trata-se, pois, como ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, de “instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração”⁷⁶.

Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁷⁷. Ou, como expressa Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei”⁷⁸. Ou, ainda, como sintetiza Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”⁷⁹.

2.1.2. A noção de interesse público.

Disso resulta que a Administração e seus os agentes encontram-se irremediavelmente amalgamados ao irrestrito cumprimento do Direito⁸⁰. Eles devem cultivar, em suas atividades cotidianas, uma correta aplicação do Direito; mesmo quando, em concreto, dela puder resultar contrariedade a interesses transitariamente defendidos pelo poder público, comumente designados (segundo a classificação de Renato Alessi) como interesses secundários⁸¹. É que esses interesses não se apresentam como legítima expressão do interesse público, mas se qualificam, simplesmente, como interesses particulares do Estado.

Ao ensejo, recobramos a observação de Bandeira de Mello no sentido de que o Estado, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado de interesses públicos”, também pode sustentar, “tanto quanto às demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto

⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 96.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 84.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 78.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade - discricionariedade: seus limites e controle. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57. Sobre o assunto, consulte-se, ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 76 e 101.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 68.

⁸⁰ Quando me reporto ao conteúdo do princípio da legalidade administrativa estou a referir à vinculação da Administração e de seus agentes não apenas à lei em sentido formal, mas ao Direito quando considerado em sua integralidade. Isso significa dizer que a Administração e seus agentes também se encontram vinculados aos enunciados prescritivos que compõem o texto constitucional, e que devem, por isso, quando de sua referência às leis, interpretá-las e aplicá-las em consonância com a Constituição (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 36-40, passim).

⁸¹ Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

pessoa”⁸². Esses interesses não são, conforme Bandeira de Mello, interesses públicos, mas se qualificam, em verdade, como interesses individuais (ou particulares) do Estado, que só podem ser perseguidos pelo poder público quando instrumentais à realização do interesse público⁸³. Para esse professor paulista, *o interesse público consiste no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida*⁸⁴, pressupondo, assim, uma correta aplicação do Direito; e funciona, destarte, como limitador da intervenção estatal na esfera das disponibilidades jurídicas do cidadão, de modo a que essa intervenção se opere apenas nas hipóteses taxativamente admitidas pelo ordenamento jurídico-positivo⁸⁵.

Com essas observações, Bandeira de Mello procura por a claro que “uma coisa é a estrutura do interesse público” e outra, completamente diferente, é “a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade”⁸⁶. Nessa concepção, não necessariamente constitui “interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo [...], mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo”⁸⁷. O interesse público terá, então, conforme Bandeira de Mello, a conotação que o Direito lhe atribuir. Afinal, “tratando-se de um conceito jurídico [...], é óbvio que a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio direito positivo”⁸⁸.

Assim, “não é por outro motivo, senão para alcançar o interesse público, que a Administração Pública, antes de tudo, está presa ao princípio da legalidade”, como expressa, em doutrina, Romeu Felipe Bacellar Filho⁸⁹. O que se dá é que a legalidade se apresenta, como anota Bandeira de Mello, como decorrência natural do interesse público, bem como da sua indisponibilidade pela Administração⁹⁰. Disso resulta que, na perspectiva da atuação da Administração Pública e de seus agentes, a realização do interesse público deve guardar irrestrita compatibilidade com o Direito, adequando-se, assim, aos ditames da legalidade administrativa. Destarte, também sob a ótica da realização do interesse público os agentes estatais encontram-se vinculados ao Direito.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 188.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 188.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 72.

⁸⁵ Ao ensejo, cf., também: MADUREIRA, Claudio. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo*, v. 126, p. 9-22, 2011.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 190.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 68.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 67.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 95.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 75.

2.2. A necessária compatibilização da ideologia da Administração ao Direito.

Essa compreensão, ínsita ao regime jurídico-administrativo, interfere (ou pelo menos deveria interferir) no controle dos excessos ideológicos na correção e execução de políticas públicas. Afinal, pelas razões expostas no capítulo precedente, a aplicação do Direito envolve, sempre, quer no que concerne à seleção dos textos normativos incidentes, quer no contexto da sua reconstrução normativa, a referência dos intérpretes aos valores, portanto, à ideologia.

O que se verifica, na prática, é que o próprio ordenamento jurídico-positivo estabelece, nas leis e na Constituição, pré-ponderações para a solução de conflitos individuais e coletivos. Posto isso, somente na ausência dessas pré-ponderações normativas é que haveria espaço (margem de decisão) para a opção dos intérpretes, frente aos casos concretos, entre os interesses tencionados.

A propósito, recobramos a lição de Alexandre Santos de Aragão, quando se reporta à existência de regras jurídicas que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos, optando, conforme a hipótese fática descrita em seus enunciados prescritivos, pela preponderância de determinado interesse, seja ele um interesse público ou privado⁹¹. Essa pré-ponderação pode ser feita pela própria Constituição, como se verifica, no exemplo citado por Gustavo Binjenbojm, quando se observa que, diante de “potencial conflito entre o direito de propriedade e o interesse da coletividade em ver realizadas determinadas obras públicas ou obter determinados serviços públicos, cuja concretização depende da expropriação de bens particulares”, o constituinte se antecipou ao legislador e ao administrador, na medida em que, “ao tempo em que assegurava o direito de propriedade, dispôs que a desapropriação era possível, desde que à contrapartida do pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro”⁹². Mas também pode ser instrumentalizada na legislação infraconstitucional, hipótese em que, conforme Aragão, apresenta-se como pré-ponderação presumidamente constitucional, e por isso deve ser acatada pelos intérpretes (aplicadores)⁹³. Disso decorre a sua observação no sentido de que apenas “quando o intérprete se deparar com situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos”, contexto “em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre outros”, é que lhe cumprirá “realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados”⁹⁴.

⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 04.

⁹² BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 163.

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo, cit., p. 05.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo, cit., p. 05. Nesse mesmo sentido se

Contudo, adverte Binenbojm⁹⁵, mesmo na hipótese de inexistência de pré-ponderações normativas sobre o objeto do dissídio, os intérpretes (aplicadores) não estão livres para optar entre um e outro interesse tencionado, porque devem percorrer, nessa sua tarefa interpretativa, os pressupostos empregados pela doutrina jurídica para a escorreita aplicação dos princípios/postulados⁹⁶ da razoabilidade e da proporcionalidade como forma de solucionar, mediante ponderação, a tensão entre interesses igualmente relevantes para o ordenamento jurídico positivo. Nesse contexto, cumpre-lhes indagar, em vista das particularidades do caso concreto, (i) sobre a *adequação* da restrição a um ou outro interesse em cotejo, que consiste em verificar se o meio eleito (a restrição a um dos interesses) promove adequadamente o fim projetado (a realização do outro interesse), (ii) sobre a *necessidade* dessa restrição, que consiste em verificar se entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim projetado (a realização de um dos interesses) não há outro meio menos restritivo do interesse afetado, e (iii) sobre a *proporcionalidade em sentido estrito* da restrição cogitada, que consiste em verificar se as vantagens trazidas pela promoção do fim projetado (a realização de um dos interesses) correspondem (e se superam) às desvantagens provocadas pela adoção do meio empregado (restrição ao outro interesse)⁹⁷.

O que se observa, então, é que há limites para que os intérpretes introduzam os valores (e, portanto, a ideologia) no campo da aplicação do Direito, que se situam precisamente na constatação de que, nos dias de hoje, o relacionamento entre os interesses tencionados em cada caso concreto resolve-se mediante juízo de ponderação. Não questionamos a importância da ponderação para a concretização do Direito contemporâneo; sobretudo quando estamos diante da incidência de enunciados prescritivos de conteúdo fluido, que empregam conceitos jurídicos indeterminados, que se tornaram muito comuns no processo de construção dos textos normativos a partir da segunda metade do Século XX⁹⁸; em especial de

posicionam Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 79), Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, cit., p. 163-164) e Paulo Ricardo Schier (SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 235-236).

⁹⁵ Em suas próprias palavras, cumpre aos intérpretes percorrer em concreto todas “as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, cit., p. 164).

⁹⁶ Denominação proposta por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87-88).

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 112-113.

⁹⁸ O que se dá é que o Mundo Contemporâneo, a reboque dos conflitos e insurreições que marcaram o Século XX, presenciou uma verdadeira revolução no campo jurídico-filosófico, que redundou, adiante, no ocaso do paradigma normativo liberal-burguês. Com isso, a forma com que o direito positivo passou a ser construído ao final do século passado, mediante o emprego de normas de tecitura aberta, compostas por cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados, traz para o

princípios jurídicos, notadamente aqueles de estatura constitucional⁹⁹, que têm incidência substancialmente distinta da forma de aplicação característica das regras jurídicas¹⁰⁰. Mas a circunstância de a ponderação ser elemento indispensável à aplicação do Direito de nosso tempo não refuta, ou supera, a limitação imposta pelos textos normativos à incidência dos valores (ou da ideologia). Disso resulta a nossa afirmação, neste trabalho, no sentido de que a vinculação dos agentes estatais ao Direito se apresenta, em concreto, como antídoto à interferência dos excessos ideológicos na concepção e execução de políticas públicas.

Conclusão

Esperamos haver induzido a compreensão de que a vinculação da Administração Pública e de seus agentes ao Direito, se não impede, por completo, a influência da ideologia na concepção e execução de políticas públicas de interesse da sociedade (porque a ideologia, por ser elemento cultural, é indissociável do agir humano), pelo menos limita a interferência dos excessos ideológicos, assim consideradas as tomadas de posição fundadas em discurso ideológico e que,

campo da aplicação do Direito uma forte dose de indeterminação (MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 173)

⁹⁹ Tal não bastasse, o direito se constitucionalizou, contexto em que, em vista da positivação nos textos constitucionais de princípios de direito natural (v.g. dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, etc.), ganha corpo a ideia de principialização da Constituição, que passou, então, a assumir o *status* de elemento unificador da ordem normativa, como expressa Hermes Zaneti Júnior (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 54).

¹⁰⁰ Sobre a distinção entre regras e princípios, Humberto Ávila leciona que, conforme Dworkin, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida, ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 28). Também merece destaque, nesse contexto, o magistério de Robert Alexy, citado pela doutrina crítica, que qualifica os princípios como “mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*)” (cf. ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37), o que lhes confere, na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, a capacidade de “cimentar” o ordenamento jurídico-positivo (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.163). E tal se dá porque, conforme Alexy, os princípios, diversamente das regras (que são normas que ordenam, proíbem, permitem ou autorizam algo definitivamente), não contêm um “dever definitivo”, mas um “*dever-prima-facie*”, de modo que a eventual colisão entre eles é resolvida mediante o emprego da ponderação (ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 37). Nesse mesmo sentido manifestou-se Samuel Meira Brasil Júnior neste trecho de sua obra: “[...] o núcleo da diferença entre regras e princípios encontra-se em outra característica. Segundo Alexy, esta característica decorre do modo com que cada espécie normativa estabelece a “medida possível de cumprimento”. Os princípios podem ser cumpridos em diversos graus e o meio ordenado para seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e das jurídicas (ponderação com as regras e com os princípios que orientam em sentido contrário). As regras somente possuem uma medida possível de cumprimento, com a determinação no campo do fático ou juridicamente possível. Assim, os princípios são mandamentos de otimização (“*Optimierungsgebote*”) enquanto as regras podem ser cumpridas ou descumpridas” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 89).

ademais, vão de encontro a opções político-normativas encartadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Não almejamos, contudo, apresentar única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Nossa intenção, quando construímos este estudo, é que também outras pessoas enfrentassem o tema em novos trabalhos científicos. Mais do que solucionar o problema, interessa-nos levantar a discussão. Assim, se esses nossos apontamentos puderem suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à consolidação do tema no plano da Ciência, de modo a orientar, em maior ou menor medida, a resolução dos problemas que discutidos nos processos administrativos e judiciais atualmente deflagrados e nos que estão por vir, acreditamos que nossa missão estará cumprida.

Referências bibliográficas.

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2012.
- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: UNESP/Boitempo, 1997.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo, vol. II*. 11ª ed. Madri, Thomson Civitas, 2008.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo. Martins Fontes, 2001.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MADUREIRA, Claudio. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo*, v. 126, p. 9-22, 2011.
- MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y cambio social*, v. 40, p. 1-30, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade - discricionariedade: seus limites e controle. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- ROSSI-LANDI, Ferruccio. Uma abordagem da ideologia. *Discurso – Revista do Departamento de Filosofia da FFLCH da USP*, São Paulo, v. 16, p. 131-144, 1987. Disponível em <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.1987.37922>>. Acesso em 05 Abr. 2020.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Sars-CoV-2 e os pequenos empreendimentos nas compras públicas: o papel renovado das licitações na recuperação econômica pós-pandemia (*)

Sars-CoV-2 and small enterprises in public procurement: the renewed role of tenders in post-pandemic economic recovery

Sars-CoV-2 y pequeñas empresas en la contratación pública: el papel renovado de las licitaciones en la recuperación económica pospandémica

Wellington Cacemiro¹

Gilcilene Faria de Souza²

Jéssica Félix Matiello³

Osman Santana Costa⁴

Sumário: Considerações iniciais. Procedimentos metodológicos. **1.** Os pequenos negócios empresariais e o coronavírus. **2.** Legislação pré-pandêmica e sua base constitucional. **3.** Modalidades licitatórias e mudanças legislativas. **4.** Políticas regionais de desenvolvimento no pós-pandemia. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Partindo do contexto de transformações imposto pela Covid-19, o presente tenciona destacar, por meio de abordagem metodológica

(*) Recibido: 17/07/2020 | Aceptado: 04/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

¹ Graduando do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim. wellington.cacemiro@gmail.com

² Graduanda do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim. gilcilene_souza@hotmail.com

³ Graduanda do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim. jessicafelixm@hotmail.com

⁴ Professor (a) orientador (a): Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica e Universidade Vila Velha. Especialista em Direito Constitucional. Professor Universitário. Multivix Cachoeiro de Itapemirim-ES. osman_santana@yahoo.com.br

qualitativa, a necessária defesa da contribuição das licitações como instrumento da política pública de desenvolvimento regional no cenário pós-pandemia. Consideram-se para tanto a interpretação do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e aos pequenos negócios no arcabouço jurídico pátrio pré-pandêmico, bem como medidas emergenciais exaradas no auge da crise sanitária. Mais do que mera digressão dos autores, trata-se está de pesquisa concebida para aprofundar as contribuições acadêmicas sobre tema que ganhou notoriedade, relevância e urgência em face da sintomática crise econômica provocada como efeito secundário do coronavírus.

Palavras-chave: Direito Administrativo, licitações, pandemia, recuperação econômica.

Abstract: Starting from the context of transformations imposed by Covid-19, the present intends to highlight, by means of a qualitative methodological approach, the necessary defense of the bidding contribution as an instrument of public policy of regional development in the post-pandemic scenario. For this purpose, the interpretation of the different treatment given to micro and small businesses in the pre-pandemic national legal framework is considered, as well as emergency measures taken at the height of the health crisis. More than just a tour of the authors, this is a research designed to deepen academic contributions on a topic that has gained notoriety, relevance and urgency in the face of the symptomatic economic crisis caused as a side effect of the coronavirus.

Key words: Administrative law, bids, pandemic, economic recovery.

Resumen: Partiendo del contexto de las transformaciones impuestas por la Covid-19, el presente documento pretende poner de relieve, a través de un enfoque metodológico cualitativo, la necesaria defensa de la contribución de la licitación como instrumento de política pública para el desarrollo regional en el escenario pospandémico. Con ese fin, se considera la interpretación del trato diferenciado que se da a las microempresas y las pequeñas empresas en el marco jurídico del país pre-pandémico, así como las medidas de emergencia adoptadas en el momento más álgido de la crisis sanitaria. Más que una mera digresión de los autores, se trata de una investigación destinada a profundizar en las aportaciones académicas sobre un tema que ha cobrado notoriedad, relevancia y urgencia ante la sintomática crisis económica provocada como efecto secundario del coronavirus.

Palabras clave: Derecho administrativo, ofertas, pandemia, recuperación económica.

Considerações iniciais

Manifestação conexas dos efeitos devastadores do Sars-CoV-2, o inevitável desequilíbrio conjuntural da economia provocado pela crise de saúde tem se revelado um desafio para Governos e pensadores das mais variadas áreas do

conhecimento humano. Sabe-se, pela experiência nacional (FIOCRUZ, 2019), que a fase de transição entre um período de regularidade econômica e outro de recessão pode ser tão grave e perigosa quanto a própria doença que tem ceifado milhares de vidas ao redor do mundo.

Sob tal perspectiva revela-se impreterível delinear alternativas que possam fazer frente aos novos desafios impostos à Administração Pública, em particular à brasileira. Nenhuma, contudo, tem potencial tão promissor como o adequado manejo das licitações como instrumento das políticas de desenvolvimento regional.

Remédio previsto na própria Carta Magna brasileira (CACEMIRO; CARMO; CACEMIRO FILHO, 2019, p. 282), o tratamento diferenciado dispensado aos pequenos negócios, para estimulá-los localmente, encontra-se regulamentado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Trata-se, como rememoram os autores, de concepção que objetiva incentivá-los pela simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, consoante ao mandamento emanado dos artigos 146, III, “d” e 179 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Nesta linha prático-teórica tem-se em alguns municípios brasileiros, no período pré-pandêmico, o registro de experiências positivas de estímulo ao incremento de vendas das Microempresas (ME’s) e Empresas de Pequeno Porte (EPP’s) por meio das compras públicas (FOLHA LONDRINA, 2018). Natural, portanto, considerá-las ferramenta válida nos esforços para tentar debelar os nefastos efeitos do agravamento da crise na economia.

Destarte, cabe registrar que mesmo antes do advento da pandemia seria obrigatória, na produção de semelhante pesquisa, a observação dos diplomas supracitados, bem como de outros, como a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) ou os Decretos nºs 6.204/2007 e 8.538/2015 (ambos sobre o procedimento distinto e simplificado para as ME’s e EPP’s). Sobre estes últimos, é válido destacar que o segundo, ainda em vigência, substituiu o primeiro e sofreu recentemente atualizações por força da redação dada pelo Decreto nº 10.273, de 2020.

Aliás, reside justamente neste ponto pertinente observação. Com todas as necessárias alterações legislativas suscitadas pelos casos de Covid-19 remanesce o dever de apreciar não somente o arcabouço jurídico pré-pandêmico, mas também as medidas emergenciais exaradas no auge da crise sanitária. Respeitada a data de publicação do presente e a excepcionalidade destas, buscou-se levar em conta as mais importantes para a composição do trabalho.

Procedimento metodológico

Para registrar com o devido rigor a fundamentação normativa e jurisprudencial, assim como as experiências relacionadas ao objeto da pesquisa, a metodologia empregada nesta produção científica obedeceu a algumas etapas consideradas essenciais pela melhor técnica.

Dada a natureza e amplitude do tema em estudo, por exemplo, fez-se cogente revisão e análise bibliográfica acerca do assunto, considerando não somente as teorias consolidadas, mas, igualmente, outras, recentes, publicadas em meio à pandemia.

A investigação se valeu ainda da análise criteriosa de dados divulgados por fontes oficiais em sentenças que norteiam a mais hodierna jurisprudência sobre o tema e, não menos importante, em informações públicas cuja credibilidade foi submetida ao escrutínio da pesquisa.

Ao final, pretende-se contribuir para destacar o possível papel renovado das licitações na recuperação econômica pós-pandemia.

1. Os pequenos negócios empresariais e o coronavírus

Em meio aos boletins atualizados sobre a doença que surpreendeu o mundo e espalhou um rastro de mortandade por quase todos os continentes, uma projeção ganhou força com o passar das semanas: a de que determinados hábitos e práticas provavelmente não serão mais os mesmos. Ainda que se trate apenas de inferência (MELO, 2020), não é difícil imaginar que certos costumes mudem (TECCHIO, 2020), a exemplo do consumo de refeições em restaurantes por quilo (self-service).

No campo normativo, a necessidade de adequar a Administração Pública aos desafios surgidos com a crise sanitária determinou a publicação de leis, decretos, medidas provisórias e outros atos com vigência estabelecida por período ajustado ou até o fim do estado de calamidade pública motivado pela pandemia de Covid-19 — este mesmo, a propósito, fixado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Fato é que, para além do calamitoso número de mortes e doentes, tem-se configurado como efeito colateral do Sars-CoV-2 uma emergente crise financeira. Esta, prenunciam estudiosos (BLENKINSOP, 2020), atingirá direta ou indiretamente significativo percentual dos segmentos econômicos (FARIZA, 2020), mas, no Brasil em especial, àqueles relacionados às atividades dos pequenos negócios empresariais (INGIZZA; GODOY; MAMONA, 2020).

Para compreender a gravidade da informação, é preciso destacar que os pequenos empreendimentos, formados pelas micro e pequenas empresas (MPE's) e pelos microempreendedores individuais (MEI's), respondem por parte considerável da economia nacional. Segundo dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) 30% do produto interno bruto (PIB) brasileiro decorre das atividades dos pequenos negócios empresariais. Estes também geram 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões) e correspondem a 96,6% do total de negócios existentes. Em números mais precisos, são 17,2 milhões pequenos negócios (SEBRAE, 2020).

Pesquisa realizada pela entidade em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) no período de 30 de abril a 05 de maio de 2020, considerando uma amostragem de 10.384 entrevistados de todos os 26 estados brasileiros e do Distrito

Federal, composta por 56,7% de MEI's, 38,1% ME's, 5,2% EPP's, revelou que em todo o país houve queda de faturamento do setor em torno de 88,7%.

O levantamento, intitulado "O impacto da pandemia de coronavírus nos Pequenos Negócios" também demonstrou em sua 3ª edição que 59,4% dos respondentes precisariam pedir empréstimos para manter seu negócio/empresa em funcionamento sem gerar demissões e que 44,3% revelaram não conseguir trabalhar em consequência da restrição de circulação de pessoas porque seu negócio funciona só presencialmente. Como resultado teme-se que de 20% a 25% das micro e pequenas empresas fechem por causa da pandemia.

Para minorar tal cenário sombrio o Congresso Nacional aprovou e o presidente da República sancionou com vetos a Lei nº 13.999, de 18 de maio de 2020, e, mais recentemente, o governo brasileiro publicou a Medida Provisória nº 992, de 16 de julho de 2020. No caso da primeira, o diploma instituiu o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), para o desenvolvimento e o fortalecimento dos pequenos negócios.

O caput do artigo 2º do texto normativo estabelece que o Pronampe é destinado às pessoas a que se referem os incisos I e II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, considerada a receita bruta auferida no exercício de 2019.

Seu parágrafo primeiro informa que a linha de crédito concedida no âmbito do programa corresponderá a até 30% da receita bruta anual calculada com base no exercício de 2019, salvo no caso das empresas que tenham menos de um ano de funcionamento, hipótese em que o limite do empréstimo corresponderá a até 50% do seu capital social ou a até 30% da média de seu faturamento mensal apurado desde o início de suas atividades, o que for mais vantajoso.

O parágrafo 10, outro digno de breve nota, determina ainda que os recursos recebidos no âmbito do Pronampe servirão ao financiamento da atividade empresarial nas suas diversas dimensões e poderão ser utilizados para investimentos e para capital de giro isolado e associado, vedada a sua destinação para distribuição de lucros e dividendos entre os sócios.

Destaca-se ainda o veto presidencial ao dispositivo que estabelecia carência de oito meses para o pagamento do empréstimo e a determinação de que os dados repassados pela Secretaria Especial da Receita Federal restrinjam-se a finalidade específica de concessão da linha de crédito de que trata a lei, vedada a utilização dos mesmos pela instituição financeira operadora para quaisquer outros fins.

Por conseguinte, em sede de comentário derradeiro ao tópico, assinala-se que a MP nº 992 dispõe, conforme ementa, sobre o financiamento a ME's, EPP's e empresas de médio porte sobre o crédito presumido apurado com base em créditos decorrentes de diferenças temporárias, sobre o compartilhamento de alienação fiduciária e sobre a dispensa do cumprimento de exigências de demonstração de regularidade fiscal nas operações praticadas pelo Banco Central do Brasil em decorrência do disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. O texto estabeleceu, dentre outras medidas, a criação do Capital de Giro para Preservação de Empresas (CPGE)

2. Legislação pré-pandêmica e sua base constitucional

Como oportunamente comentado, o comando de tratamento distinto dispensado as ME's e EPP's encontra seu alicerce normativo na previsão constitucional. Informa a literalidade do caput e inciso IX do artigo 170, da Carta Política brasileira, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, dentre outros princípios, o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

De igual modo, determina a Carta Constitucional em seu art. 179 que os entes federativos dispensem às ME's e EPP's tratamento jurídico díspar, com o objetivo de incentivá-las pela “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Trata-se está de prescrição basilar, cuja regulamentação encontra-se pacificada na já citada Lei Complementar nº 123/2006, com as devidas alterações resultantes das Leis Complementares nos 127, de 14 de agosto de 2007; 128, de 19 de dezembro de 2008; 133, de 28 de dezembro de 2009; 147, de 7 de agosto de 2014; 168, de 12 de junho de 2019; e 169, de 2 de dezembro de 2019.

Neste sentido, prelecionam os professores Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres (2020, p. 355) ser possível classificar as disposições do citado diploma, em relação ao tratamento diferenciado no ambiente das licitações públicas, em três espécies, a saber, “benefícios nas licitações”, com previsão normativa nos arts. 42 a 45; “benefício creditício”, com fulcro no art. 46; e, igualmente relevante, “licitações diferenciadas” cuja base normativa está estabelecida nos arts. 47 e 48 da LC nº 123.

Asseveram os autores ainda que, em relação às licitações diferenciadas, o diploma admite “seja estabelecida prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido” (BALTAR NETO; TORRES, 2020, p. 359).

Considerada tal perspectiva cabe mencionar, conforme ensina o jurista Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que o tratamento diferenciado dado às ME's e EPP's não implica ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Sobre eventual controvérsia ensina o mestre que:

[...] isonomia pressupõe, por vezes, tratamento desigual entre as pessoas que não se encontram na mesma situação fático-jurídica (tratamento desigual aos desiguais), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, tal como ocorre com o tratamento diferenciado em relação às cooperativas (art. 5.º, XVIII; art.146, III, “c”; e art. 174, § 2.º, da CRFB; Lei 5.764/1971) e às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, “d”, e art. 179 da CRFB; LC 123/2006) (OLIVEIRA, 2020, p. 594)

Destaca-se oportunamente também, consoante defende o professor José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 301), que o referido art. 179 da Constituição “tem caráter de exceção no que diz respeito ao tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado” às ME's e EPP's. Como infere o mesmo, por este motivo tal dispositivo

“há de prevalecer no confronto com o art. 37, XXI, que, em termos de regra geral, assegura igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Como bem lembra o advogado Celso Spitzcovsky (2019, p. 1.012) “a atribuição de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, tem o intuito de garantir-lhes condições mínimas de competição com as demais”.

O próprio autor rememora, apesar disso, que tal procedimento privilegiado “não poderá ser feito de forma arbitrária, mas, tão somente, direcionado ao cumprimento das diretrizes eleitas pela Constituição”. Tanto que há entendimento bem estabelecido nos tribunais brasileiros nas hipóteses sobre exceção ao tratamento diferenciado outorgado às ME’s e EPP’s. Senão, vejamos:

EMENTA. Remessa necessária. LC 123/06. **TRATAMENTO DIFERENCIADO. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEPREJUÍZO AO ERÁRIO Municipal. Exceção legalmente prevista. Ampla concorrência necessária.** Remessa conhecida. Sentença mantida. I - A Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 regulamentam o tratamento diferenciado e simplificado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte, como medida ao desenvolvimento econômico do país, à eficiência de políticas públicas, à inovação tecnológica e ao interesse da sociedade como um todo, como resta claro, respectivamente, de seus artigos 47 e art. 1º. II - Elegu a Lei como forma de tal fomento, a licitação com destinação exclusiva às microempresas e às empresas de pequeno porte de itens de contratação com valor até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). III - Contudo, de forma expressa a Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 preveem hipótese de exceção ao dito tratamento diferenciado às MEs e EPPs, mormente nos casos em que inexistir vantagem ou causar prejuízo à Administração Pública. Nos termos do seu art. 49, III, o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. No mesmo sentido o Decreto nº 8.538/15, diz que o tratamento diferenciado não será aplicado quando esta diferenciação não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado. IV - A Empresa Impetrante traçou paralelos entre várias licitações concluídas neste Estado, comparando os preços dos medicamentos quando há ampla concorrência e quando há restrição de participação a microempresas e empresas de pequeno porte, a revelar, nos casos de ampla concorrência, significativa economia ao erário, que na concretude do caso poderia alcançar valores da ordem de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), montante manifestamente considerável, mormente a Municípios como Alto Rio Novo, cuja população supera em pouco os 8 mil habitantes, o que foi muito bem destacado pelo Juízo a quo. V - Remessa necessária conhecida. Sentença mantida. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível, por unanimidade, conhecer a remessa ex officio e manter integralmente sentença, nos termos do voto do relator. Vitória-ES, 09 de julho de 2019. PRESIDENTE RELATOR

(TJ-ES - Remessa Necessária. Processo nº 0000572-02.2017.8.08.0053. Relator: Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Data de Julgamento: 09/07/2019, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 18/07/2019)

Como dito, corroborando o quanto exposto, parte considerável da jurisprudência tem comungado do entendimento ora mencionado. Aliás, cabe sobre tal importante lição extraída da obra do professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Para este (2019, p. 218-219), “a contratação da ME ou EPP por preço superior ao apresentado pela primeira colocada no certame não seria, por óbvio, vantajosa para

o Município”. Ademais, como preleciona o próprio autor, “a LC 123/2006, ao estabelecer as hipóteses de tratamento diferenciado para ME e EPP, não estabelece, em momento algum, a possibilidade de contratação dessas entidades por preço superior ao apresentado pelo primeiro colocado”.

Por último, importante observar também que, conforme aduz pesquisa recente, as ME’s e EPP’s têm asseguradas em certames para aquisição de bens de natureza divisível quota de 25% (CACEMIRO; CARMO; CACEMIRO FILHO, 2019, p. 290). A fundamentação do benefício, como explicam os pesquisadores, atende previsão dos artigos 15, inciso IV, e 23, §§ 1º, 2º, 5º e 7º, da Lei nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), com regulamentação dada pelo art. 48, III, da LC nº 123.

3. Modalidades licitatórias e mudanças legislativas

Ressalvadas as exceções do “Pregão” (Lei nº 10.520/2002), da “Consulta” (art. 54 da Lei nº 9.472/1997) e do “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” (Lei nº 12.462/2011), o art. 22, da supracitada Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, estabelece, com fulcro na previsão normativa emanada do art. 22, XXVII, da CRFB, as demais modalidades licitatórias admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, “Concorrência”, “Tomada de Preços”, “Convite”, “Concurso” e “Leilão”.

Tratam-se estas, como explica o professor Victor Aguiar Jardim de Amorim (2017, p. 63) de “formas de realização do procedimento licitatório que visam ajustar-se às peculiaridades de cada tipo de negócio administrativo”.

Neste sentido, preleciona o mestre ser, por exemplo, a “concorrência” modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem ter os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto.

De igual modo, não precisa lição do autor, a “tomada de preços” é a modalidade entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

O “convite”, por sua vez, é a forma de realização do procedimento licitatório entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

Já o “concurso”, como bem ensina, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na Imprensa Oficial com antecedência mínima de 45 dias; enquanto o “leilão” é a modalidade entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19

da Lei nº 8.666, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Ainda no tocante à diferenciação entre as modalidades licitatórias, faz pontual observação ao destacar tratar-se o “pregão” de tipo destinado à aquisição de bens e serviços comuns (AMORIM, 2017, p. 64).

Supletivamente cabe ressaltar que a “consulta”, nasceu como rito licitatório empregado somente nas aquisições e compras da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), mas, como preleciona o professor Alexandre Mazza (2019, p. 864), o “art. 37 da Lei n. 9.986/2000 estendeu a modalidade [...] para aquisição de bens e serviços por todas as agências reguladoras”.

Nota-se, por fim, que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi a modalidade licitatória instituída pela Lei nº 12.462 com o objetivo de atender originariamente às necessidades de contratações para obras destinadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo FIFA de 2014, além de obras de infraestrutura aeroportuária em capitais distantes até 350 quilômetros dos mencionados eventos esportivos. O diploma normativo, contudo, sofreu sucessivas mutações, como destaca Oliveira:

O RDC somente poderá ser aplicado às licitações e contratos necessários à realização (art. 1.º, caput, e § 3.º, da Lei 12.462/2011): a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); b) da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; c) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos itens a e b; d) das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (incluído pela Lei 12.688/2012); e) das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (incluído pela Lei 12.745/2012); f) das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1.º, VI, da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 13.190/2015); g) das ações no âmbito da segurança pública (art. 1.º, VII, da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 13.190/2015); h) das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (art. 1.º, VIII, da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 13.190/2015); i) dos contratos de locação de bens móveis e imóveis (contratos built to suit ou “sob medida ou encomenda”), nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração (arts. 1.º, IX, e 47-A, da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 13.190/2015); j) das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (art. 1.º, X, alterado pela Lei 13.243/2016); e k) das obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (art. 1.º, § 3.º, da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 13.190/2015) (OLIVEIRA, 2020, p. 683-684)

Cabe, no entanto pequeno adendo ao texto do autor para explicar que a modalidade sofreu recentemente nova modificação, em meio à pandemia provocada pelo Sars-CoV-2, por força da Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, que, dentre outras alterações, autorizou pagamentos antecipados nas licitações e nos

contratos da Administração Pública, bem como adequou os limites de dispensa de licitação e ampliou o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas durante o estado de calamidade reconhecido pelo supramencionado Decreto Legislativo nº 6.

Válido observar que, segundo preceitua o art. 1º, III, da referida MP, a aplicação do RDC passa a ser permitida “para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações”. Trata-se, portanto, de flagrante e vantajosa ampliação da utilização da modalidade, permitindo, por exemplo, a realização das licitações em ambiente eletrônico, prática recomendável em tempos de crise sanitária.

Destarte, como citado em momento anterior, várias outras normas afloraram em meio à pandemia. Destacam-se, dentre estas, por exemplo, a Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020, que flexibilizou regras de licitações durante a crise sanitária; a novel Portaria nº 16.655, de 14 de julho de 2020, que disciplina hipótese de recontratação nos casos de rescisão sem justa causa, durante o estado de calamidade pública; a igualmente recente Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, a Lei da Pandemia, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET); a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, a denominada “Lei do Contribuinte Legal”, que permitiu ao governo fazer negociações chamadas de transações resolutivas de litígios quanto a dívidas com a União, seja em fase administrativa, judicial ou em fase de créditos inscritos em dívida ativa; o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 9, de 2020, que, respeitada a data de finalização da presente pesquisa, previa beneficiar micro e pequenas empresas, facilitando a renegociação de dívidas dessas com a União nos termos da Lei do Contribuinte Legal; a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia; o Decreto nº 10.344, de 8 de maio de 2020, que alterou o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, responsável por regulamentar a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais (com evidente reflexo nas atividades de ME’s e EPP’s); a Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que alterou a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis; a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), alterando a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, alterada posteriormente pela Medida Provisória nº 928/2020, que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6; a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e, igualmente, dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública; a Medida Provisória nº 958, de 24 de abril de 2020, que estabeleceu normas para a facilitação do acesso ao crédito e mitigação dos impactos econômicos decorrentes da pandemia de Covid-19; a Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, que estabeleceu a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida

Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorrogou a *vacatio legis* da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabeleceu a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); a controversa Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a crise sanitária, sofrendo posterior controle do Supremo Tribunal Federal (STF), que limitou a MP e decidiu que os agentes públicos podem ser punidos por atos que contrariem a ciência; a Resolução CGSN nº 154, de 03 de abril de 2020, que prorrogou o prazo para pagamento dos tributos federais no âmbito do Simples Nacional; a Resolução nº 4.798, de 6 de abril de 2020, que instituiu linha de crédito especial com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte (FNO), do Nordeste (FNE) e do Centro-Oeste (FCO), de que trata o art. 8º-A da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, e estabelece encargos financeiros, prazos, limites, finalidades e demais condições desse financiamento, destinado a atender aos setores produtivos, industrial, comercial e de serviços dos Municípios com situação de emergência ou estado de calamidade pública reconhecidos pelo Poder Executivo; a Lei nº 13.998, de 14 de maio de 2020, que promoveu mudanças no auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, dentre estas, a que preceitua que quem receber ao longo de 2020 mais que o limite de isenção do Imposto de Renda (IR) terá que devolver integralmente em 2021 o auxílio que recebeu — inclusive o dos dependentes; e, não menos significativa, a Resolução nº 155, de 15 de maio de 2020, que dispôs sobre a prorrogação excepcional de prazos de pagamento de parcelas e de formalização de opção no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia.

Em que pese, por conseguinte, o necessário e posterior acompanhamento de eventuais novas medidas tomadas no âmbito da legislação federal, bem como a perquirição dos seus resultados, as aludidas mudanças registradas até o início da segunda quinzena de julho de 2020 justificam-se por representarem potencial avanço na busca por soluções que possam minuir os reflexos da crise sanitária sobre os pequenos negócios empresariais.

4. Políticas regionais de desenvolvimento no pós-pandemia

A hipótese do tratamento diferenciado dispensado as ME's e EPP's constituir potencial mecanismo de incremento das políticas públicas para o desenvolvimento regional não é tema novo, porém escasso de indicadores substanciais, como bem registrou estudo recente (CACEMIRO; CARMO; CACEMIRO FILHO, 2019, p. 294). Para os pesquisadores faltam em solo pátrio “dados tabulados para balizar uma construção sólida”. Existem, contudo, indicativos e registros pontuais promissores.

Tomem-se como exemplo informações oficiais publicadas no início de 2020 pelo Governo do Estado do Paraná. Levantamento divulgado pelo Departamento de Logística para Contratações Públicas (Decon) daquele estado revelou que as compras do poder executivo diretamente de ME's e EPP's somaram R\$ 310 milhões no ano passado. O montante representou 28% das aquisições feitas em 2019. Do que foi adquirido de micro e pequenas empresas, 69% foram de fornecedores paranaenses, em um total de R\$ 215 milhões (AEN, 2020).

A mesma sondagem revelou ainda que no território paranaense, onde ME's e EPP's têm exclusividade de participação nas licitações de até R\$ 80 mil com base na previsão normativa do Decreto Estadual nº 2.474/15, que regulamenta a Lei Complementar nº 163/13, estas fornecem às secretarias e outros órgãos estaduais, sobretudo, materiais de expediente, gêneros alimentícios, produtos de higiene e limpeza e hortifrutigranjeiros, além de serviços de conserto e manutenção.

Outro dado que merece nota é que “o Decon aplica os critérios previstos na legislação para ampliar a participação das empresas de pequeno porte nas licitações estaduais”. Consoante informa a agência de notícias do estado “os pregões eletrônicos com lotes exclusivos, além de aumentar a concorrência e transparência nos processos de compra, também facilitam a participação”, já que as ME's e EPP's não precisam se deslocar para a capital para participar dos certames.

Neste sentido, sobre a abrangência da iniciativa, pode-se ilustrar o aludido com base no exemplo jurisprudencial abaixo retratado:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. 1. CERTIDÃO DE NEGATIVA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS COM PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. **TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.** COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA QUE SOMENTE SERÁ EXIGIDA PARA EFEITO DE ASSINATURA DO CONTRATO. 2. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO LICITANTE. BALANÇO PATRIMONIAL QUE INDICA O DEMONSTRATIVO DE PREJUÍZOS ACUMULADOS (DLPA). 3. DESNECESSÁRIA A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO DO REGISTRO DO CONTADOR NO CONSELHO DE CONTABILIDADE ATIVO. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NO EDITAL DE LICITAÇÃO. OMISSÃO NO EDITAL QUE NÃO PODE PREJUDICAR A EMPRESA LICITANTE. 4. IRREGULARIDADE NA PROPOSTA DE PREÇO. NÃO VERIFICADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE EXEQUIBILIDADE. 5. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. 6. SENTENÇA MANTIDA. 1. A partir da leitura dos dispositivos da Lei Complementar nº 123/2006, bem como o artigo 170, inciso IX da Constituição Federal é possível extrair a pretensão do constituinte em dispensar tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, de modo a incentivá-las à participação da ordem econômica, ampliando a atuação dos pequenos negócios nas compras governamentais. [...] 4. Para Marçal Justen Filho, a questão na inexecuibilidade “comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexecuibilidade somente pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019). Dessa forma, parece ser de interesse e responsabilidade da empresa licitante a questão relativa à lucratividade empresarial, de modo que se apresentou proposta cujos valores são inferiores a 70% (setenta por cento) do valor orçado pela administração, certamente analisou, previamente, a possibilidade de percepção de lucro ou decidiu correr o risco de eventual prejuízo.

(TJ-PR - APL: 00017688420198160159 PR 0001768-84.2019.8.16.0159 (Acórdão), Relator: Juiz Luciano Campos de Albuquerque. Data de Julgamento: 06/04/2020, 5ª Câmara Cível. Data de Publicação: 07/04/2020)

Em que pesem eventuais vozes dissonantes, observa-se, pela ementa reproduzida, notório traço de “normalidade” ao tratamento distinto dispensado às ME's e EPP's, mesmo que tal regularidade signifique a judicialização de demandas em favor do ente federativo contratante.

Há que se observar ainda, em complemento exemplificativo ao explicitado na introdução do capítulo, outros dois importantes registros, ambos envolvendo Tribunais de Contas Estaduais (TCE's). No primeiro, datado do último dia 02 de abril, a presidência do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) encaminhou a todos os municípios catarinenses a orientação para que, nesse período de situação de emergência decorrente da pandemia do coronavírus, atentem para a LC nº 123/2006, que estabelece tratamento diferenciado nas aquisições públicas, para as microempresas e empresas de pequeno porte. O objetivo, segundo informa a assessoria de comunicação social do TCE/SC, é estimular as prefeituras quando da efetivação de suas compras públicas, para que optem por estabelecimentos comerciais do próprio município ou região (ACOM, 2020).

De modo semelhante, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), no mesmo mês, emitiu notas técnicas aos 167 municípios potiguares para priorizar nas compras públicas as ME's e EPP's, que, segundo dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, respondem por 36,6% do PIB do estado (ASN RN, 2020). Destaca-se que ambas as iniciativas seguiram recomendação da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (Atricon), em apoio ao movimento capitaneado pelo Sebrae.

Partindo dos dois últimos registros torna-se válido rememorar julgado que endossa a postura zelosa adotada pelos TCE's no que concerne ao cumprimento da legislação que normatiza e assegura o direito de participação dos pequenos negócios empresariais no certame licitatório:

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – AUSÊNCIA DE COTA EXCLUSIVA DE 25% PARA A PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO – INFRAÇÃO – MULTA – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – REGULARIDADE. Deve a Administração esclarecer os motivos pelos quais decidiu que determinada licitação não terá a cota destinada para pequenas e microempresas, pelo que a ausência de justificativa a respeito do edital licitatório que não destinou cota de exclusividade de 25% para a participação de microempresa e empresa de pequeno porte impõe ressalva no julgamento regular do procedimento licitatório e recomendação ao atual gestor para que tal falha não se repita, sendo que a prática de ato administrativo sem observância dos requisitos formais e legais sujeita o responsável à multa. A ata de registro de preços, devidamente assinada pelos representantes da Administração e pelas licitantes mais bem classificadas, constando a relação dos fornecedores pela ordem de classificação das propostas, as quantidades oferecidas e as condições estabelecidas no ato convocatório e seus anexos, é declarada regular. **ACÓRDÃO:** Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 30ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 03 de dezembro de 2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade com ressalva do Pregão Presencial nº 6/2017, celebrado pelo Fundo Municipal de Saúde de Campo Grande tendo como fornecedores beneficiários do registro as empresas [...] e a regularidade da formalização da Ata de Registro de Preços nº 37/2017, com aplicação de multa no valor de 50 (cinquenta) UFERMS a Sra. Maria das Graças Macedo - Secretária Municipal de Gestão responsável pela autorização da abertura do procedimento licitatório e da formalização da ata de registro de preços, cuja gestão se deu no período de 10/02/2017 a 10/04/2018, com lastro nas disposições insculpidas no art. 44, inciso I e art. 42, inciso IX, constantes à Lei Complementar nº 160/2012 em razão da prática de ato administrativo sem observância dos requisitos formais e legais expostos no voto; e **enviar recomendação ao atual gestor público que tome as providências cabíveis junto à equipe**

responsável pelos processos licitatórios para que seja adotada a prática de atribuir ao edital à cota exclusiva de 25% para a participação de microempresa e empresa de pequeno porte. Campo Grande, 03 de dezembro de 2019. Conselheiro Jerson Domingos. Relator.

(TCE-MS - ATA DE REGISTRO DE PREÇO / ADMINISTRATIVO: 101892018 MS 1930194, Relator: Jerson Domingos. Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2352, de 04/02/2020)

Por último, feita a apreciação do julgado exemplificativo, outra nota importante refere-se às informações apuradas pelos pesquisadores Reinaldo Braga e Fernando Xavier (BRAGA; XAVIER, 2011, p. 58, apud BARADEL, 2011) reproduzidos na dissertação de mestrado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, pelo mestre Evandro Meira Baradel e, posteriormente, compiladas em outro estudo (CACEMIRO; CARMO; CACEMIRO FILHO, 2019, p. 293). Como aponta este, a dupla conseguiu “demonstrar que no estado do Ceará ocorreu um grande aumento na participação de Micro e Pequenas Empresas (MPes) como vencedoras de certames, no período de 2006 a 2008, considerando-se licitações eletrônicas realizadas por três instituições federais sediadas no referido estado” (BARADEL, 2011, p.46).

Há, como comprovaram os pesquisadores, outros exemplos possíveis. Todos, no entanto, reafirmam a premissa de que as aquisições públicas por meio do procedimento licitatório, quando manejadas corretamente, têm inegável valor como mecanismo de estímulo das políticas regionais de desenvolvimento, em especial para o apoio e fortalecimento dos pequenos empreendimentos.

Considerações finais

Certos temas jurídicos comportam e carecem de periódica apreciação, sob pena de perder-se de vista a manifestação legislativa que lhes deu ensejo, bem como as hipóteses de evolução da sua aplicabilidade. No vasto campo das normas que regem a Administração Pública brasileira, considerado o reduzido número de experiências registradas, vislumbra-se tal premência na atenção aos institutos que preceituam a participação das ME's e EPP's no certame licitatório.

Faltam ao cenário pátrio indicadores amplos que permitam avaliar com segurança como está sendo cumprido pelos entes federativos o comando constitucional de fomento à atividade dos pequenos empreendimentos por meio das compras públicas. Esta escassez de dados, e conseqüente dificuldade de encontrá-los, torna-se mais crítica em um momento tão grave quanto o da presente crise sanitária, cuja repercussão na economia encontra-se notoriamente evidenciada.

Sabe-se com fulcro em relevante estudo realizado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Universidade de Londres e FGV, publicado no final do ano passado na revista “The Lancet Global Health”, que o crescimento do desemprego associado à redução de investimentos públicos em saúde e em programas sociais fez aumentar a taxa de mortalidade entre adultos no Brasil, no período de 2012 a 2017.

Tal informação torna-se ainda mais preocupante examinada sob a ótica de recente pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ao informar este que, das 1,3 milhão de empresas que estavam fechadas (temporária

ou definitivamente) na primeira quinzena de junho de 2020, 522,7 mil (39,4%) encerraram suas atividades por causa da pandemia, sendo que 518,4 mil (99,2%) eram de pequeno porte (até 49 empregados) (IBGE, 2020).

Considerada tal perspectiva, e o potencial quadro de agravamento da recessão, parece alternativa salutar estimular a economia regional por meio do incentivo à participação dos pequenos empreendimentos nas licitações. Para tanto, exige-se apenas que todo gestor público faça cumprir com eficiência o que determina o mandamento da Carta Magna.

Referências

- AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS. **TCE e Sebrae reforçam inclusão dos pequenos negócios nas aquisições**. In: ASN RN, 09 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.rn.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/RN/tce-e-sebrae-reforcam-inclusao-dos-pequenos-negocios-nas-aquisicoes,8cd13312e8d51710VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência** / Victor Aguiar Jardim de Amorim. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, p. 240.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Jus PODIVM, 2020.
- BARADEL, Evandro Meira. **Licitação como instrumento de política pública de desenvolvimento regional**. 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9241/Diserta%0c3%a7%0c3%a3oFGV-EvandroMeiraBaradel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- BLENKINSOP, Philip. **OMC projeta queda comercial "feia", provavelmente pior do que na crise financeira**. Reuters, Bruxelas, 08 de abril de 2020. Notícias de Negócios. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN21Q1X4-OBRSBS>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- BRAGA, R. M. L.; XAVIER, F. M. **Impactos da lei geral das micro e pequenas empresas no desenvolvimento das compras públicas do Ceará**. Revista da Micro e Pequena Empresa, Campo Limpo Paulista, SP, v. 5, n. 1, jan./abr. p. 51-67, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 mai. 2020.
- BRASIL. **Decreto legislativo nº 6 de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República

encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 29 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.204**, de 5 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm>. Acesso em 22 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.538**, de 6 de outubro de 2015. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8538.htm#art16>. Acesso em 22 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.273**, de 13 de março de 2020. Altera o Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, para adequá-lo ao disposto no art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e estender o tratamento diferenciado para consórcios formados por microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10273.htm#art1>. Acesso em 22 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.344**, de 8 de maio de 2020. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.htm>. Acesso em 30 mai. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 106**, de 7 de maio de 2020. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm>. Acesso em 17 jul. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 29 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 127**, de 14 de agosto de 2007. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp127.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 128**, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 133**, de 28 de dezembro de 2009. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para modificar o enquadramento das atividades de produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp133.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 147**, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 168**, de 12 de junho de 2019. Autoriza, no prazo que especifica, o retorno ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) dos optantes excluídos desse regime tributário em 1º de janeiro de 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp168.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 169**, de 2 de dezembro de 2019. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para autorizar a constituição de sociedade de garantia solidária e de sociedade de contragarantia. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp169.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 173**, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp173.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.

- BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.986**, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em 31 mai. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.982**, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.988**, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.988-de-14-de-abril-de-2020-252343978>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.994**, de 24 de abril de 2020. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13994.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.998**, de 14 de maio de 2020. Promove mudanças no auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13998.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.999**, de 18 de maio de 2020. Institui o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), para o desenvolvimento e o fortalecimento dos pequenos negócios; e altera as Leis nos 13.636, de 20 de março de 2018, 10.735, de 11 de setembro de 2003, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.999-de-18-de-maio-de-2020-257394467>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010**, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 926**, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 927**, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 936**, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e

da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 958**, de 24 de abril de 2020. Estabelece normas para a facilitação do acesso ao crédito e mitigação dos impactos econômicos decorrentes da pandemia de coronavírus (covid-19). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv958.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 959**, de 29 de abril de 2020. Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a vacatio legis da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 961**, de 6 de maio de 2020. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 966**, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 992**, de 16 de julho de 2020. Dispõe sobre o financiamento a microempresa e empresa de pequeno e médio porte, sobre o crédito presumido apurado com base em créditos decorrentes de diferenças temporárias, sobre o compartilhamento de alienação fiduciária e sobre a dispensa do cumprimento de exigências de demonstração de regularidade fiscal nas operações praticadas pelo Banco Central do Brasil em decorrência do disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, e altera a Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017, a Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-992-de-16-de-julho-de-2020-267108049>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 16.655**, de 14 de julho de 2020. Disciplina hipótese de recontração nos casos de rescisão sem justa causa, durante o estado de calamidade pública de que trata o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. (Processo nº 19965.108664/2020-06). Disponível em:

<<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-16.655-de-14-de-julho-de-2020-266640831>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 9**, de 2020. Possibilita aos que estão enquadrados no regime do Simples Nacional a adesão à transação tributária a ser tratada por Lei Federal. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1858273&filename=PLP+9/2020>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 155**, de 15 de maio de 2020. Dispõe sobre a prorrogação excepcional de prazos de pagamento de parcelas e de formalização de opção no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia da Covid-19.

Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-155-de-15-de-maio-de-2020-257199852>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 4.798**, de 6 de abril de 2020. Institui linha de crédito especial com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte (FNO), do Nordeste (FNE) e do Centro-Oeste (FCO), de que trata o art. 8º-A da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, e estabelece encargos financeiros, prazos, limites, finalidades e demais condições desse financiamento, destinado a atender aos setores produtivos, industrial, comercial e de serviços dos Municípios com situação de emergência ou estado de calamidade pública reconhecidos pelo Poder Executivo. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4.798-de-6-de-abril-de-2020-251488051>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Resolução CGSN nº 154**, de 03 de abril de 2020. Dispõe sobre a prorrogação de prazos de pagamento de tributos no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia da Covid-19. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108368#2114637>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

CACEMIRO, Wellington; CARMO, Carla Elvira do; CACEMIRO FILHO, Wellington.

Pequenos empreendimentos nas compras públicas: licitações como mecanismo das políticas regionais de desenvolvimento. Revista dos Tribunais, v. 108, n. 1.005, p. 281-296, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**.

Remessa necessária. Processo nº: 0000572-02.2017.8.08.0053. Relator: Desembargador Jorge Henrique Valle dos Santos. Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Data de Julgamento: 09 de Julho de 2019. Data da Publicação no Diário Oficial: 18 de Julho de 2019. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13740675322.pdf?CFID=143225609&CFTOKEN=33593176>. Acesso em: 30 mai. 2020.

FARIZA, Ignacio. **Crise nos emergentes, o ângulo cego da pandemia do coronavírus**. El País, Madri, 04 de maio de 2020. Pandemia de coronavírus. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2020-05-04/crise-nos->

emergentes-o-angulo-cego-da-crise-do-coronavirus.html>. Acesso em: 29 mai. 2020.

FIOCRUZ. **Desemprego e redução de investimentos aumentaram a taxa de mortalidade**. Disponível em <<https://portal.fiocruz.br/noticia/desemprego-e-reducao-de-investimentos-aumentaram-taxa-de-mortalidade>>. Acesso em 31 mai. 2020.

FOLHA LONDRINA. **Participação de empresas locais cresce 260% em licitações do Município**. Disponível em <<https://www.folhadelondrina.com.br/economia/participacao-de-empresas-locais-cresce-260-em-licitacoes-do-municipio-1006278.html>>. Acesso em 31 mai. 2020.

GOVERNO DO PARANÁ. Agência Estadual de Notícias (AEN). **Estado compra R\$ 310 milhões de micros e pequenas empresas**. Disponível em <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=105252&tit=Estado-compra-R-310-milhoes-de-micros-e-pequenas-empresas-em-2019>>. Acesso em 31 mai. 2020.

HONE, Thomas et al. **Effect of economic recession and impact of health and social protection expenditures on adult mortality**: a longitudinal analysis of 5565 Brazilian municipalities. *The Lancet Global Health*, v. 7, n. 11, p. e1575-e1583, 2019.

IBGE. **Pesquisa Pulso Empresa**: Impacto da COVID-19 nas empresas. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/548281f191c80ecbbb69846b0d745eb5.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

INGIZZA, Carolina; GODOY, Denyse; MAMONA, Karla. **O nó das PMEs**: um milhão de pequenas empresas pode fechar na pandemia. *Revista Exame*, 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/o-no-das-pmes/?utm_source=Master+Audience+Exame&utm_campaign=00ef7ae0ca-Desperta_25_05_GERAL&utm_medium=email&utm_term=0_3570c36be3-00ef7ae0ca-351473304>. Acesso em: 29 mai. 2020.

LAGO, Kennyston et al. **O Impacto da pandemia de coronavírus nos Pequenos Negócios** – 3ª edição. Pesquisa Sebrae. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Impacto-do-coronav%C3%ADrus-nas-MPE-3%C2%AAedicao_UF.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2020.

MATO GROSSO DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul**. Ata de Registro de Preço/Administrativo. Processo nº TC/10189/2018. Protocolo nº 1930194. Relator: Cons. Jerson Domingos. Órgão julgador: Segunda Câmara. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2019. Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2.352, de 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/storage/docdigital/2019/12/1930194/123/25/cc391214-1735-4da1-a152-5d76a3bb9f7c.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- MELO, Clayton. **Como o coronavírus vai mudar nossas vidas: dez tendências para o mundo pós-pandemia.** El país, 13 de abril de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-04-13/como-o-coronavirus-vai-mudar-nossas-vidas-dez-tendencias-para-o-mundo-pos-pandemia.html>>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática.** 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.
- PARANÁ (ESTADO). **Decreto nº 2.474** de 25 de setembro de 2015. Regulamenta o tratamento diferenciado e favorecido e o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedor individual nas contratações públicas de bens, serviços e obras de que trata a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e a Lei Complementar nº 163, de 29 de outubro de 2013, no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em <<https://www.documentos.dioe.pr.gov.br/dioe/consultaPublicaPDF.do?acao=pgLocalizar&enviado=true&numero=&dataInicialEntrada=28%2F09%2F2015&dataFinalEntrada=28%2F09%2F2015&search=Decreto+N%BA+2474&diarioCodigo=3&submit=Localizar&localizador=>>>. Acesso em 31 mai. 2020.
- PARANÁ (ESTADO). **Lei Complementar nº 163** de 29 de outubro de 2013. Institui no Estado do Paraná o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte previsto no art. 143 da Constituição do Estado, de conformidade com as normas gerais previstas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte instituído pela Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e suas atualizações, bem como consolida disposições relativas à matéria. Disponível em <<https://www.documentos.dioe.pr.gov.br/dioe/consultaPublicaPDF.do?acao=pgLocalizar&enviado=true&numero=&dataInicialEntrada=29%2F10%2F2013&dataFinalEntrada=29%2F10%2F2013&search=Lei+Complementar+n%BA+163&diarioCodigo=3&submit=Localizar&localizador=>>>. Acesso em 31 mai. 2020.
- PARANÁ (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.** Apelação cível nº 0001768-84.2019.8.16.0159. Relator: Juiz Luciano Campos de Albuquerque. Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 06 de abril de 2020. Data da Publicação: 07 de abril de 2020. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000010761961/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001768-84.2019.8.16.0159#>>>. Acesso em: 30 mai. 2020.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. Agência TCE/SC. Assessoria de Comunicação Social (ACOM). **TCE/SC orienta municípios quanto a compras junto à micro e pequenas empresas.** Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/tcesc-orienta-munic%C3%ADpios-quanto-compras-junto-%C3%A0-micro-e-pequenas-empresas>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

SEBRAE. **Pequenos negócios em números**. Disponível em:

<<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TECCHIO, Manuela. **MIT**: 60% das empresas do país precisarão mudar os seus negócios para sobreviver. CNN Brasil, São Paulo, 05 de maio de 2020. CNN Business. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/05/modelo-de-negocio-que-afeta-60-das-empresas-brasileiras-deve-mudar-pos-pandemia>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

Da Responsabilidade do Estado face a pandemia do coronavírus (*)

The State's Responsibility in the Face of the Coronavirus Pandemic

La responsabilidad del Estado frente a la pandemia del Coronavirus

Katiene Gouveia de Santana¹

Paulo Rodrigo Lopes de Oliveira²

Adriana Conrado Almeida³

Gabriela Granja Porto⁴

Ana Cláudia Amorim Gomes⁵

Sumário: Introdução. **1.** Formas de contágio através de interação social. **2.** Contextualização de responsabilidade civil. **3.** Responsabilidade do estado no atual cenário. - Considerações Finais. – Referências.

(*) Recibido: 02/07/2020 | Aceptado: 24/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

- ¹ Advogada, Mestranda no Programa de Mestrado Acadêmico em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco (UPE). Especialista em Direito Público pela Uninassau. Professora do curso de Direito da Uninassau
katiene.santana@gmail.com
- ² Advogado, Professor do curso de Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Uninabuco Paulista, Pernambuco, Brasil e Mestrando em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco(UPE)
rodrigolopeslp1@gmail.com
- ³ Professora Adjunta Associada do Programa de Mestrado Acadêmico em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco (UPE)
adriana.almeida@upe.br
- ⁴ Professora Adjunta Associada do Programa de Mestrado Acadêmico em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco (UPE)
gabriela.porto@upe.br
- ⁵ Professora Adjunta Associada do Programa de Mestrado Acadêmico em Perícias Forenses da Universidade de Pernambuco (UPE)
anacagomes@uol.com.br

Resumo: O mundo se rendeu ao alastramento rápido e foraz do coronavírus, onde vitimou e continua causando prejuízos à milhões de pessoas pelos cinco continentes. Com esse estado de calamidade pública, fora exposto diversas problemáticas pelos países mais afetados, tais como: insuficiência de equipamentos de proteção para os profissionais da saúde, esgotamento dos leitos dos hospitais, insuficiência de aparelhos respiratórios pelo volume de casos diagnosticados pela doença e dificuldades em realizar testes à população para identificar os contaminados. Em virtude de tantos fatores oriundos pela fragilidade do sistema público de saúde, em prestar um atendimento eficaz no combate tanto na proliferação do vírus, quanto no atendimento aos infectados nos hospitais, faz-se imperioso questionar: Qual é a responsabilidade civil do estado frente a pandemia do Covid-19?

Palavras-chave: Biodireito, responsabilidade civil, doenças infecciosas, responsabilidade civil do Estado.

Abstract: The world has surrendered to the rapid and unfettered spread of the coronavirus, where it has victimized and continues to cause harm to millions of people across five continents. With this state of public calamity, several problems had been exposed by the most affected countries, such as: insufficiency of protective equipment for health professionals, exhaustion of hospital beds, insufficiency of respiratory devices due to the volume of cases diagnosed by the disease, and difficulties in testing the population to identify those infected. Due to so many factors arising from the fragility of the public health system in providing effective care in combating both the proliferation of the virus and the care of those infected in hospitals, it is imperative to ask: What is the civil responsibility of the state in the face of the Covid-19 pandemic?

Key words: Bio law, civil liability, infectious diseases, state civil liability.

Resumen: El mundo se ha rendido ante la rápida y desenfrenada propagación del coronavirus, del que ha sido víctima y sigue causando daños a millones de personas en los cinco continentes. Con este estado de calamidad pública, los países más afectados han expuesto varios problemas, como: la insuficiencia de equipo de protección para los profesionales de la salud, el agotamiento de las camas de hospital, la insuficiencia de dispositivos respiratorios debido al volumen de casos diagnosticados por la enfermedad y las dificultades para hacer pruebas a la población para identificar a los infectados. Debido a tantos factores derivados de la fragilidad del sistema de salud pública para proporcionar una atención eficaz en la lucha contra la proliferación del virus y la atención de los infectados en los hospitales, es imperativo preguntar: ¿Cuál es la responsabilidad civil del Estado frente a la pandemia de Covid-19?

Palabras clave: Bio derecho, responsabilidad civil, enfermedades infecciosas, responsabilidad civil del Estado.

Introdução

Segundo especialistas, o coronavírus trata-se de um grupo de vírus de genoma de RNA simples de sentido positivo (serve diretamente para a síntese proteica), conhecidos desde meados dos anos 1960. Os primeiros coronavírus humanos foram isolados em 1937. No entanto, foi em 1965 que o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência do perfil na microscopia, parecendo uma coroa.

Contudo, a versão catastrófica atual, teve seu primeiro relato em 31 de dezembro de 2019, com o alerta do governo chinês. Na ocasião, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu um comunicado sobre uma série de casos de pneumonia de origem desconhecida na cidade de Wuhan, cidade chinesa com 11 milhões de habitantes. Desde então, esse novo coronavírus, que recebeu o nome científico de Covid-19, matou milhares de pessoas na China e se espalhou pelos cinco continentes.⁶

No Brasil o Ministério da Saúde confirmou em 26 de fevereiro de 2020, havendo algumas controvérsias no site oficial sobre a supracitada data. Centenas de pacientes com suspeita da doença estão em observação no país, tendo tido o primeiro registro pelos órgãos oficiais de óbito em 17 de março de 2020. (OMS, 2019)

A maioria das pessoas se infecta com os coronavírus comuns ao longo da vida, sendo as crianças pequenas mais propensas a se infectarem.⁷ Os coronavírus mais comuns que infectam humanos são o alpha coronavírus 229E e NL63 e beta coronavírus OC43, HKU1.

Em 11 de março de 2020, Tedros Adhanom, Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) foi declarado uma pandemia, sendo a época o número de casos confirmados a nível mundial mais de 121.000, sendo em 120 diferentes territórios, dos quais mais de 80.000 na China. O número de mortes ascende a 4.300, havendo mais de 1.200 mortes fora da China.

A mudança de classificação não se deu, à gravidade da doença, mas sim à disseminação geográfica rápida que o Covid-19 tem apresentado. A OMS tem tratado da disseminação do Covid-19 em uma escala de tempo muito curta, o que elevou a níveis alarmantes de contaminação, destacando a necessidade de os Países iniciarem medidas restritivas sociais, no exercício do poder de polícia, como isolamento social horizontal, devem ser efetuadas para o combate ao terrível mal.

No Brasil, em 06 de fevereiro, a Lei nº 13.979/2020, prevê várias medidas para evitar a contaminação ou a propagação da doença, destacando-se o isolamento, a quarentena e a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos específicos. Destacando a responsabilização penal os entes públicos que não as aplicam as referidas medidas estão sujeitos à

⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE, disponível em: <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/janeiro/22/novo-coronavirus-resumo-e-traducao-oms-22jan20-nucom.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2020.

⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE, disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/Coronavirus>, acessado em 17 de abril de 2020.

responsabilidade, bem como efetivando a tipificação de conduta de desobediência da política pública de restrição social como crime.

Em 20 de março de 2020 o Senado Federal⁸ aprova, por unanimidade, o projeto de decreto legislativo que reconhece o estado de calamidade pública no país em razão da pandemia de coronavírus. Pioneiramente, a sessão foi realizada através de uma videoconferência em que dos 81 senadores, estavam presentes 75, que participaram da sessão foram favoráveis ao decreto.

1. Formas de Contágio através de interação social

A fonte primária de transmissão da doença se dá a partir gotículas de saliva, espirros, acessos de tosse, contato próximo entre seres humanos, ou entre seres humanos e superfícies contaminadas.

Um estudo americano recém-publicado no respeitado periódico médico *The New England Journal of Medicine* descobriu que o vírus sobrevive por algumas horas em suspensão no ar ou até dias em certas superfícies, o que aumentaria ainda mais o campo de possibilidades de transmissão.

O Professor e virologista Paulo Eduardo Brandão da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (USP), em entrevista divulgada pela instituição de ensino afirma que “O que mais chama atenção nesse trabalho é que se observou que o coronavírus resiste por até três horas na forma de aerossol, isto é, se eu estou infectado e espirro numa sala, ele consegue ficar espalhado pelo ar e infectar outra pessoa em quase três horas”,

O artigo do *The New England Journal of Medicine*⁹ também apresentou como resultados de pesquisas que o vírus chega a ficar até três dias sobre estruturas ou objetos de plástico ou aço inoxidável. São achados que, segundo o Professor Brandão, reforçam com contundência a necessidade de duas importantíssimas medidas: isolamento social horizontal e a higiene das mãos.

Os dados da pandemia estão sendo colhidos, processados e alterados diariamente, por estudiosos e agentes da saúde. De forma majoritária, defende-se que uma pessoa infectada pelo covid-19 pode transmitir o agente infeccioso para outras duas ou três, há artigos científicos defendendo a possibilidade de uma pessoa contaminar até outras cinco pessoas, atrelando a mobilidade e a quantidade de interação social que a pessoa contaminada exercitar no período de transmissão¹⁰.

Contudo, também descobrimos que o causador da Covid-19 não pode ser afirmado como a maior peste em matéria de transmissão. Pois, na entrevista de

⁸ SENADO FEDERAL, acessado em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>, disponível em 17/04.2020.

⁹ THE NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE, disponível em: <https://www.nejm.org/>, acessado em 17 de abril de 2020.

¹⁰ REVISTA EXAME CIÊNCIA, disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/individuo-infectado-por-coronavirus-pode-contaminar-ate-cinco-pessoas/>, acessado em 17 de abril de 2020.

Paulo Eduardo Brandão¹¹, o mesmo afirma que no sarampo, uma pessoa chega a transmitir o vírus para outras dezesseis, contextualizou o professor da USP. Faz-se necessário ressaltar que o sarampo já possui medicação de controle e vacina preventiva.

Porém, cumpre destacar que o infectologista Celso Granato, do Fleury Medicina em Saúde, ressalta que a característica favorável à disseminação do corona vírus é que a maioria dos infectados não tem sintomas ou apresenta apenas manifestações mais leves, o que dificulta a conscientização da necessidade do isolamento para minimizar o alto impacto de transmissão.

Se a imunidade estiver comprometida, algo mais corriqueiro entre idosos e portadores de doenças crônicas, seu trabalho é evidentemente facilitado. E aí, dentro desse contexto, que o vírus consegue infectar de forma comprometedora o indivíduo, se reproduzir e dispersar suas cópias para dominar outras células.

2. Contextualização de Responsabilidade Civil.

A responsabilidade civil é a obrigação específica de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Em Direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido e em que medida, o causador do dano está obrigado a repará-lo

Nas palavras do Doutrinador Rui Stoco: “A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”¹².

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”¹³. O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de De Plácido e Silva é: “Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção”¹⁴

¹¹ REVISTA PESQUISA, disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/02/21/entrevista-paulo-eduardo-brandao/>, a cessado em 17 de abril de 2020.

¹² STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.114

¹³ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4. p.6

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

A responsabilidade civil costuma ser classificada pela doutrina em razão da culpa e quanto a natureza jurídica da norma fora violada. Quanto ao primeiro critério a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Em razão do segundo critério ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual.

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual a atribuída ao Estado, a obrigação que lhe incube de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Assim, um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal forma que a lesão aos bens jurídicos de terceiros repercute ao autor do dano a obrigação de repará-lo na medida da lesão concretizada.

O Estado atua através da atuação de seus agentes, que são pessoas físicas ou pessoa jurídicas, que através de ato administrativo recebem a função estatal.

Assim, enquanto sujeito de direito, o Estado submete-se à responsabilidade civil, a Constituição Federal estabelece que seus agentes, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que causarem a terceiros. Sendo assegurado o direito de regresso, ao Estado, contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

São dois os fundamentos que justificam a existência da responsabilização do Estado, em conformidade com o que Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ nos ensina:

- a) *No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade".*
- b) *No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso - , entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito"*

A responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por ação do Estado, por via de ação ou omissão. O dever público de indenizar depende de certas condições desenhadas pela jurisprudência brasileira, quais sejam: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar prejuízo econômico e jurídico, material ou moral.

Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre a fato lesivo, que pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, bem como seu valor detalhado.

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Curso de direito administrativo". 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

Exclusão da responsabilidade do Estado:

Para eximir-se desta obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar as causas de exclusão da responsabilidade do Estado: a força maior e a culpa da vítima.

Força maior são fatos da natureza irresistíveis, barreira intransponível, quando o dano é inevitável sendo inaptos quaisquer esforços para impedi-lo. A relevância se faz para contextualizar a medida que pode comprovar ausência de nexos causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado.

Culpa da vítima. Neste caso a vítima contribui para a existência do dano sofrido. Tal participação no evento danoso poderá ser total, ou seja, culpa exclusiva da vítima, eximindo completamente a administração da responsabilização, que poderá ser parcial, com configuração da culpa concorrente da vítima. Neste caso a Administração responde parcialmente.

Silvio de Salvo Venosa¹⁶ expõe a chamada teoria da garantia, afirmando que o poder público no exercício de sua atividade em prol do bem comum, tem como dever, garantir os direitos dos particulares contra danos a ele causados. Se houve lesão de um particular, sem excludente para o Estado, deve ser reparada. O estado tem este dever mais que qualquer outra pessoa jurídica, justamente por sua finalidade de tudo fazer em prol do progresso da coletividade.

3. Responsabilidade do estado no atual cenário.

Diversas são as correntes existentes na matéria.

Diante do exposto, várias são as teorias que classificam e estabelecem a forma e responsabilização do estado face ao atual cenário. Neste artigo, destaca-se o Professor e doutrinador Pedro Lenza que sintetiza os três principais sistemas de responsabilidade em direito público, quais são:

- 1- Teoria do risco integral, ou por causa do serviço público;
- 2- Teoria da culpa administrativa;
- 3- Teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público.

Dentre as apresentadas, a teoria do risco administrativo foi adotada pela doutrina, como sendo reconhecida como a que mais se mostra adequada à compreensão da responsabilidade civil do Estado, acrescentando-se que, na legislação brasileira, a Administração Pública pode ser responsabilizada na forma do risco integral apenas quando praticar dano ambiental, na forma do artigo 14 da

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. 4. 8º ed., São Paulo: Atlas, 2018.

Lei 6.938/81¹⁷, e artigo 225, § 3º, da Constituição Federal¹⁸, ou dano nuclear, nos termos do artigo 21, XIII, alínea “d”, da Constituição Federal.

Cumprido ressaltar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em consonância com a doutrina majoritária, entende que a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, em regra, foi a do risco administrativo, a qual, conforme já dito, admite que o Estado demonstre, em sua defesa, a presença de causa excludente da responsabilidade¹⁹.

A reparação do dano causado pela administração a terceiros obtém-se através de dois possíveis procedimentos: pela via administrativa ou através da via judicial, por meio da ação de indenização:

Via administrativa:

Nesta modalidade, a reparação poderá ser exercitada mediante requerimento formulado pela própria vítima, ou por cônjuge, parentes ou herdeiros, direcionada ao próprio órgão causador do dano, ou através das câmaras de mediação instituídas pelo Estado como instrumento de composição civil entre as partes.

No entanto, trata-se de forma rara de ressarcimento; ainda que evidente sua responsabilidade. Posto que a Administração em geral propõe ressarcimento com valorização financeira menor que a realidade quantificada pelo judiciário, ou rejeita a solicitação.

Via judicial:

Já através da via judicial, a vítima, poderá obter o ressarcimento do dano, propondo ação contra a Administração pública ou contra a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Ainda, nossos tribunais têm admitido a interposição de ação contra a Fazenda Pública e contra o agente, cumulativamente, num litisconsórcio facultativo.

Com relação à ação de indenização, Hely Lopes Meirelles²⁰ entende que o preceito constitucional (art. 37, § 6º da Constituição Federal) estabelece duas relações de responsabilidade:

- a) a da Administração pública e seus representantes na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal. Neste contexto estaríamos ante a modalidade de ação indenizatória.
- b) a do causador do dano ante a administração pública, empregador de caráter subjetivo, devendo, neste caso, ser configurada a existência do dolo ou culpa. Neste contexto estaríamos ante a modalidade de ação regressiva.

¹⁷ BRASIL, LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm, acessado em 17/04/2020.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

¹⁹ BRASIL, LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm, acessado em 17/04/2020.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Destacamos o renomado doutrinador na esfera do Direito Administrativo, o Professor Hely Lopes Meirelles, que em sua obra, destaca a existência da distinção entre as relações de responsabilidade afirmando que: a reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio de ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo § 6º do art. 37 da CF.

O § 6º, do Artigo 37 da Constituição Federal assegurou à Administração a ação regressiva contra o responsável, o direito da administração obter do agente o pagamento aos cofres públicos da importância despendida no ressarcimento da vítima. Condicionado este direito de regresso à prova da culpa do agente, relação reveste-se de caráter subjetivo, porque pressupõe dolo ou culpa do agente.

Ou seja, nesta hipótese, a relação de responsabilização situa-se entre o agente causador do dano, e a Administração. Responsabilidade civil do agente perante a Administração Pública, por danos causados a terceiros e por esta ressarcidos.

Para tanto, destacamos que para a ação regressiva da administração contra o agente causador do dano, a necessidade de comprovação de dois outros requisitos:

a) que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido

b) que se comprove a culpa do agente no evento danoso.

Enfatizamos que enquanto para a administração a responsabilidade perante terceiros independe de culpa, para o servidor de suma importância se faz para sua responsabilização perante o Estado a prova de que agiu com uso da culpa.

Considerações finais

Desta forma, conclui-se que a atuação estatal se faz coberta de requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que apontam a qualidade do serviço prestado, bem como a responsabilidade do fornecimento disponibilizado sem a devida eficiência a sociedade.

Entendemos que a responsabilidade estatal ante ao atual cenário não coaduna como exceção de responsabilização, visto que, em que pese o volume do atendimento sofrer alta, o que geraria uma superlotação do sistema de saúde como um todo, público e privado.

A deficiência do sistema de saúde brasileiro é resultado de uma política de negligência que se arrasta por anos, não sendo uma deficiência criada exclusiva como resultado do novo cenário caótico.

Bem como, além, da possibilidade de utilização de outras medidas públicas de contenção do vírus que não sejam, exclusivamente a da utilização direta do serviço presencial de atendimento médico.

Ante a gravidade do mal que atualmente assola o mundo, deverão, ser tomadas medidas diversas sempre no sentido de minimizar possíveis danos, e, por via de

consequência, responsabilizar os órgãos públicos que, por ação ou omissão, contribuam para a proliferação de tamanho mal à saúde pública.

Referências

- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. [Código (2015)]. Código de Processo Civil: publicada em 16 de março de 2015.
- CARVALHO, Matheus, Manual de direito administrativo, Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2018.
- STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Curso de direito administrativo". 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. 4. 2º ed., São Paulo: Atlas, 2014.

Sítios consultados na Internet

- <https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMc2004973>. Acesso em 15 de abril de 2020.
- <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-supostos-gerais/> Acesso em 15 de abril de 2020.
- <https://www.migalhas.com.br/depeso/8000/responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em 15 de abril de 2020.

DERECHO REGISTRAL

Los efectos de la duplicidad de partidas registrales en la contratación inmobiliaria^(*)

The effects of the duplication of registry items in real estate contracting

Luis Dandy Esquivel León^(**)

Sumario: Introducción. **1.** Procedimiento de cierre de partida por duplicidad. **2.** El inicio del procedimiento de cierre de partidas registrales por duplicidad. **3.** Los efectos de la anotación del inicio de procedimiento de cierre de partida registral en la contratación inmobiliaria. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: En el presente ensayo se desarrollan los efectos de la duplicidad de partidas registrales en la contratación inmobiliaria, partiendo del análisis del procedimiento administrativo que se sigue para eliminar dicha anomalía en sede registral, concluyéndose que la anotación de inicio del procedimiento de cierre de partida por duplicidad limita materialmente la contratación inmobiliaria, la que se verá reflejada en la no contratación o en la contratación bajo ciertas cláusulas que contemplen el riesgo, ya sea mediante el pacto de un precio menor o a través de una cláusula resarcitoria. Además, si una partida registral consta anotado el inicio de un procedimiento de cierre por duplicidad, los terceros no pueden alegar desconocimiento de la inexactitud y tampoco podrán alegar buena fe pública registral.

Palabras clave: duplicidad de partidas registrales, contratación inmobiliaria, buena fe pública registral, limitación contractual.

Abstract: In this essay are developed the effects of the duplication of registry items in real estate contracting, based on the analysis of the administrative procedure that is followed to eliminate said anomaly at the registry headquarters, concluding that the entry at the beginning of the

^(*) Recibido: 21/08/2020 | Aceptado: 07/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

^(**) Registrador público de la Zona Registral N.º II. Maestro en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo, con estudios concluidos de Doctorado en Derecho por la misma casa de estudios. Con experiencia en procedimientos administrativos y registrales. Ex abogado de la Cuarta Sala del Tribunal Registral.
luisdandy@hotmail.com

starting closing procedure Due to duplicity, it materially limits real estate contracting, which will be reflected in the non-contracting or in contracting under certain clauses that contemplate the risk, either through a lower price agreement or through a compensation clause. In addition, if a registration item is noted down the beginning of a closing procedure due to duplication, third parties cannot allege ignorance of the inaccuracy and neither can they allege registry public good faith.

Keywords: The duplication of registry items, real estate contracting, registry public good faith, contractual limitation.

Introducción

El Registro es un instrumento que facilita las contrataciones inmobiliarias, pues brinda información sobre el historial jurídico de los inmuebles. Para ello, el Registro se organiza sobre la base del principio de especialidad o de determinación¹, de modo tal que por cada bien inmueble se genera una partida registral, la cual contiene –precisamente– ese historial jurídico de inscripciones de dominio o afectaciones (cargas o gravámenes) que requieren los terceros² en la contratación inmobiliaria.

No obstante, hay muchos casos en los cuales para un mismo inmueble se ha abierto más de una partida registral en evidente vulneración al principio de especialidad o de determinación.

Cuando nos encontramos frente a este escenario hablamos de la existencia de una duplicidad de partidas³, y para “resolver” dicha problemática a nivel registral existe un procedimiento de cierre de partidas por duplicidad, mediante el cual, por regla estrictamente formal, debe cerrarse la partida más reciente, teniendo como base la regla de la prioridad: primero en el tiempo primero en el derecho (*prior in tempore, potior in iure*).

Las normas sobre el desarrollo del referido procedimiento se encuentran contempladas en el Reglamento General de los Registros Públicos, cuyo Texto Único Ordenado vigente (en adelante TUO del RGRP) fue aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP/SN.

Aquí se pueden apreciar una serie de reglas formales e incluso algunos efectos jurídicos que tendrá el eventual cierre de una partida; sin embargo, hay algunos efectos que no han sido contemplados en ningún dispositivo legal y son,

-
- 1 Este principio se encuentra recogido, de manera general, en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por la Resolución N° 126-2012-SUNARP/SN.
 - 2 Entendemos como terceros en el presente ensayo aquellos sujetos (privados o públicos) que se valen de la información del Registro para contratar.
 - 3 Es importante aclarar que muchas veces son más de dos las partidas generadas para un mismo bien, pero conservaremos el término “duplicidad” para una mejor comprensión del tema.

precisamente, a los que quiero referirme con especial detenimiento: los efectos de la duplicidad de partidas en la contratación inmobiliaria.

En ese sentido, a través del presente ensayo pretendo analizar si resulta relevante en la contratación inmobiliaria el inicio del procedimiento de cierre de partidas por duplicidad o es simplemente una mera formalidad administrativa.

Para tal efecto, comenzaremos por explicar, de manera breve y sencilla, en qué consiste el procedimiento de cierre de partidas por duplicidad, su finalidad y los efectos jurídicos que se derivan de aquél, para luego analizar los efectos del procedimiento de cierre de partidas por duplicidad en la contratación inmobiliaria.

1. El procedimiento de cierre de partida por duplicidad

El procedimiento de cierre de partidas surge para eliminar una anomalía del sistema registral, ocasionada por la existencia de dos o más partidas para un mismo bien, cuando lo técnicamente correcto es que por cada bien inmueble sólo exista una partida registral.

El procedimiento en sí, netamente formal, consiste en verificar o corroborar si las partidas involucradas se tratan o se refieren al mismo bien. En el caso de bienes inmuebles, esto se consigue gracias al apoyo técnico de la oficina de catastro, la cual se encarga de determinar si existe algún tipo de superposición (total o parcial), según la documentación técnica que obre en el archivo registral.

Cabe indicar que la superposición a la cual me refiero no se da en la realidad, pues no existe un terreno que se superponga sobre otro, o una vivienda superpuesta con otra. La superposición surge a nivel de la base gráfica registral, que se compone de los polígonos actualizados de los planos presentados al Registro y que sustentan determinadas inscripciones (inmatriculación, independización, rectificación de área, entre otras). Esta labor de actualización está a cargo de los profesionales técnicos del área de Catastro de las diferentes oficinas registrales.

Por eso, para determinar una duplicidad es importante contar con el apoyo del área técnica (oficina de catastro); no obstante, no en todos los casos se requerirá su intervención, dado que existen supuestos de duplicidad en los cuales se determina que el título formal que dio origen a ambas partidas es el mismo (en este caso ya no será necesario contar con un informe técnico).

Una vez identificada la existencia de la duplicidad debemos saber si las partidas involucradas contienen asientos registrales compatibles o no, partiendo, fundamentalmente, del principio de tracto sucesivo, que en palabras de Roca Sastre⁴:

[...] exige que el historial jurídico de cada finca figure en el Registro sin solución de continuidad. Es decir, que aparezca toda titularidad sobre la finca concatenada con la anterior y sucesiva, como eslabón de una cadena, de tal manera que el transmitente de hoy sea el adquirente de ayer, y el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana.

4 Citado por Chico y Ortiz, José María. Estudios sobre derecho hipotecario. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 394.

Como ejemplo podemos señalar el siguiente: Si Juan figura como titular registral de una partida X (partida más antigua) y Carlos figura como titular de la partida Z (partida más reciente), ambas partidas referidas al mismo bien, existirá compatibilidad si el transferente de Carlos fue Juan, pero no si Carlos hubiere adquirido de otra persona.

Entonces, si los asientos registrales de las partidas involucradas contienen inscripciones compatibles, el órgano competente (Unidad Registral) emitirá una resolución disponiendo el cierre de la partida más reciente y el traslado de los asientos que figuran en esta última a la partida más antigua. Así, en el caso de duplicidades compatibles (para abreviar la denominación de estos casos), se elimina la anomalía de manera rápida y sencilla.

Cuando las partidas involucradas contienen asientos registrales incompatibles, recién podemos hablar de que el órgano competente tendrá que disponer el inicio del procedimiento de cierre de partidas por duplicidad, que tiene como finalidad poner en conocimiento a los interesados (titulares registrales o terceros) del probable cierre de una de las partidas (la más reciente), para que puedan oponerse al procedimiento de cierre, de ser el caso. En esto último radica la importancia del procedimiento y es, por cierto, totalmente razonable teniendo en cuenta que, en los casos de duplicidades incompatibles, por lo general (no siempre), habrá intereses diferentes (sea entre titulares o entre éstos y terceros con derecho inscrito o no).

2. El inicio del procedimiento del cierre de partidas registrales por duplicidad

Reglamentariamente (refiriéndonos específicamente al TUO del RGRP), se ha dotado de algunas garantías en favor de los titulares registrales o de los terceros interesados que pudieran verse perjudicados con el eventual cierre de una partida registral por duplicidad, de tal manera que existen algunos mecanismos dentro del procedimiento para que puedan tomar conocimiento y apersonarse al mismo.

En efecto, en el artículo 60° del TUO del RGRP se establece que la resolución de inicio del procedimiento administrativo de cierre de partidas por duplicidad debe ser notificada al titular o titulares de las partidas registrales, cuyos derechos pudieran verse perjudicados con el eventual cierre, y publicarse un aviso conteniendo un extracto de la resolución de inicio en el diario oficial “El Peruano” y en uno de mayor circulación en el territorio nacional, para que cualquier interesado pueda apersonarse al procedimiento, pudiendo formular en ambos casos (titulares o terceros) su oposición al cierre.

Además, como garantía adicional, el artículo bajo comentario establece que debe anotarse la resolución de inicio del procedimiento en cada una de las partidas involucradas.

Estas garantías constituyen aspectos formales inherentes del procedimiento de cierre de partidas por duplicidad, por lo que las autoridades competentes no pueden inobservar el cumplimiento de las mismas, dado que dicha formalidad se sustenta en que las personas eventualmente perjudicadas puedan ejercer su derecho de oposición.

Ahora bien, la anotación del inicio del procedimiento no impide que se puedan inscribir otros actos en las partidas duplicadas, conforme se ha establecido en el artículo 62° del TUO del RGRP.

Efectivamente, el único impedimento real para extender nuevos asientos registrales, en los casos de duplicidad de partidas, es cuando se ha extendido la anotación de cierre respecto a una de ellas, sin que ello implique, por supuesto, la declaración de invalidez de los asientos registrales contenidos en la partida cerrada, dado que corresponde –en estos casos– declarar el derecho que corresponda al órgano jurisdiccional.

3. Los efectos de la anotación del inicio del procedimiento de cierre de partida registral en la contratación inmobiliaria

Como sabemos, la publicidad que brinda el Registro es cognoscible por los terceros, entendida esta cognoscibilidad no en el sentido de un conocimiento efectivo del contenido tabular sino de esa posibilidad de conocimiento como parte de la publicidad formal del Registro, de la que se deriva la presunción de que el contenido de los asientos registrales⁵ es conocido por todos⁶.

Entonces, al anotarse el inicio del procedimiento de cierre de partida por duplicidad se presume, consecuentemente, conocido por todos, trascendiendo –por ende– sus efectos en el tráfico comercial, pues implicará una limitación material en la contratación, sino preguntémosnos ¿quién se arriesgaría a comprar un inmueble en cuya partida registral consta una anotación de inicio de cierre por duplicidad? Para los potenciales contratantes la anotación de inicio será sinónimo de que dicho inmueble tiene un problema legal y la única manera de solucionar ese problema es a través de un proceso judicial mediante el cual se reconozca el mejor derecho de propiedad y se cancele la partida duplicada (la que administrativamente se indicó que permanecería abierta).

Y ¿qué sucede si algún titular o tercero se opone al procedimiento de cierre de partidas por duplicidad?, ¿modifica los efectos de la anotación de inicio del referido procedimiento? Pues no. El único efecto que produce una oposición es impedir que se disponga el cierre de una partida registral administrativamente, debiendo resolverse el conflicto entre las partes judicialmente.

Si bien la conclusión del procedimiento de cierre se anota en la partida, materialmente no llega a modificar ni enervar el efecto de la anotación del inicio del procedimiento, pues no cancela dicho asiento, quedando su contenido invariable e intangible en el historial jurídico de la partida.

5 Cabrera Ydme, citando a García García, señala que “la doctrina ha subrayado que la expresión asiento registral debe entenderse en sentido amplio, esto es, referido a cualquier clase de asiento y no solo al asiento de inscripción propiamente dicho”. Cfr. Cabrera Ydme, Edilberto. El procedimiento registral en el Perú. Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 89.

6 El artículo I, sobre publicidad material, del Título Preliminar del TUO del RGRP establece que “[e]l contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo”.

Por consiguiente, uno de los efectos de la anotación de inicio de cierre de una partida por duplicidad será la limitación material de la contratación inmobiliaria, la que se verá reflejada en la no contratación o en la contratación bajo ciertas cláusulas que contemplen el riesgo⁷, ya sea mediante el pacto de un precio menor o a través de una cláusula resarcitoria.

Sobre esto último, es importante aclarar que muchos efectos resarcitorios (no pactados) en la contratación inmobiliaria están referidos a la buena o mala fe de los contratantes, a veces de difícil probanza por su naturaleza subjetiva, pero con una connotación objetiva en el caso de la anotación de inicio de un procedimiento de cierre de partidas por duplicidad.

Efectivamente, la anotación del inicio de un procedimiento de cierre de una partida registral por duplicidad desvirtúa la buena fe alegada por las personas que contratan respecto a bienes inmuebles cuya partida registral ha de cerrarse.

Al respecto, el artículo 2014° del Código Civil establece lo siguiente:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Del tenor del artículo citado, se aprecia que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro, empero, en el caso de la anotación de inicio del procedimiento de cierre de partida por duplicidad no existe esta presunción de buena fe, por cuanto, la única presunción que opera es la que se refiere a la cognoscibilidad de los asientos registrales.

Así, por ejemplo, un tercero no podrá alegar desconocimiento de la inexactitud registral (duplicidad de partidas) si consta anotado el inicio de procedimiento administrativo de cierre de partidas.

Quien contrata respecto a un bien inmueble que en el Registro figura con una anotación de inicio de procedimiento de cierre por duplicidad lo hace a sabiendas y debe asumir la responsabilidad de su proceder, y en ningún caso podrá alegar buena fe pública registral.

Conclusiones

Luego del análisis desarrollado precedentemente y de las ideas expuestas con relación a los efectos de la duplicidad de partidas en la contratación inmobiliaria, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- La anotación de inicio de un procedimiento de cierre de partida por duplicidad limita materialmente la contratación inmobiliaria, la que se verá reflejada en la

⁷ Por supuesto que nos referimos a los contratos en lo que existe libre negociación, caracterizado – en términos de Aníbal Torres – por la libertad de discusión e igualdad de las partes para establecer el contenido del contrato (concepto clásico del contrato). Véase, al respecto, Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato*. Tomo I. Instituto Pacífico, Lima, 2012, pág. 29.

no contratación o en la contratación bajo ciertas cláusulas que contemplen el riesgo, ya sea mediante el pacto de un precio menor o a través de una cláusula resarcitoria.

- Si en una partida registral consta anotado el inicio de un procedimiento de cierre por duplicidad, los terceros no pueden alegar desconocimiento de la inexactitud y tampoco podrán alegar buena fe pública registral.

Referencias bibliográficas

Cabrera Ydme, Edilberto. *El procedimiento registral en el Perú*. Palestra Editores, Lima, 2000

Chico y Ortiz, José María. *Estudios sobre derecho hipotecario*. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 394.

Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato*. Tomo I. Instituto Pacífico, Lima, 2012

DERECHO TRIBUTARIO

Políticas tributárias como efetivos instrumentos para a redução das desigualdades regionais (*)

Tax policies as effective instruments for the reduction of regional inequalities

Políticas tributarias como instrumentos efectivos para la reducción de desigualdades regionales

Pedro Augusto França de Macedo¹

Maria de Fátima Ribeiro²

Sumário: Introdução. **1.** Desenvolvimento, redução das desigualdades regionais e políticas tributárias. **2.** A extrafiscalidade como instrumento de atuação do estado na redução das desigualdades regionais. **3.** Limites constitucionais da atuação extrafiscal do estado. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o presente artigo destaca a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais, previstos no inciso III do art. 3º da Constituição Federal. Considerando a relevância do tema, o trabalho se propõe a realizar um debate sobre a forma como os instrumentos tributários podem ser eficazes na redução das desigualdades regionais e sociais. Para tanto, são utilizados métodos de pesquisa bibliográfica, através da revisão teórica de princípios que regem a atividade tributária do Estado, bem como de

(*) Recibido: 12/08/2020 | Aceptado: 29/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Professor do Centro Universitário UNINORTE. Procurador do Estado do Acre.
pedroafranca@yahoo.com.br

² Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília.
mfat@sercomtel.com.br

instrumentos utilizados dentro da política fiscal brasileira. Aponta-se na extrafiscalidade, consubstanciada no seu viés de concessão de benefícios fiscais, importante instrumento de promoção do desenvolvimento, apto a reduzir desigualdades e promover o bem comum. São também apresentadas noções introdutórias sobre incentivos fiscais e seus limites constitucionais. Ao final, conclui-se ser um dever do Estado efetivar políticas fiscais para redução das desigualdades, devendo-se, para tanto, observar os limites e princípios constitucionais que regem a temática, sobretudo no que for pertinente ao respeito à isonomia, à finalidade pública e à livre-concorrência. Conclui-se, também que caso a concessão de benefícios fiscais se dê de forma indiscriminada, além de provocar o efeito imediato da queda da arrecadação, pode causar desequilíbrio concorrencial, fato este que se torna verdadeiro privilégio para certas empresas, em detrimento de outras que arcam regularmente com a carga tributária.

Palavras-Chave: Desigualdades regionais e sociais, extrafiscalidade, neutralidade tributária.

Abstract: Among the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, this article highlights the eradication of poverty and marginalization, as well as the reduction of social and regional inequalities, foreseen in item III of art. 3 of the Constitution. Considering the relevance of the theme, the paper proposes to hold a debate on how tax instruments can be effective in reducing regional and social inequalities. For this, methods of bibliographical research are used, through the theoretical revision of principles that govern the State's tax activity, as well as of instruments used within the Brazilian fiscal policy. It points to extrafiscality, consubstantiated in its bias of granting fiscal benefits, an important instrument to promote development, able to reduce inequalities and promote the common good. Introductory notions on tax incentives and their constitutional limits are also presented. In the end, it is concluded that it is a duty of the State to implement fiscal policies to reduce inequalities, and to do so, it is necessary to observe the constitutional limits and principles that govern the thematic, especially as pertinent to the respect to isonomy, the public purpose and free competition. It is concluded that if the granting of fiscal benefits occurs indiscriminately, in addition to causing the immediate effect of the fall in tax collection, can cause a competitive imbalance, a fact that becomes a real privilege for certain companies, to the detriment of others that regularly bear the tax burden.

Key Words: Regional and social inequalities, extrafiscalidade, tax neutrality.

Resumen: Entre los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, este artículo destaca la erradicación de la pobreza y la marginación, así como la reducción de las desigualdades sociales y regionales, previsto en el punto III del art. 3 de la Constitución Federal. Considerando la relevancia del tema, el trabajo propone mantener un debate sobre cómo los instrumentos tributarios pueden ser efectivos para reducir las desigualdades regionales y sociales. Para ello, se utilizan métodos de investigación bibliográfica, mediante la revisión teórica de los principios que rigen la actividad tributaria del Estado, así como los instrumentos utilizados dentro de la política fiscal brasileña. Señala la extrafiscalidad, plasmada en su sesgo de otorgar beneficios fiscales, una

herramienta importante para promover el desarrollo, capaz de reducir las desigualdades y promover el bien común. También se presentan nociones introductorias sobre incentivos fiscales y sus límites constitucionales. Al final, se concluye que es deber del Estado implementar políticas fiscales para reducir las desigualdades, y, por lo tanto, es necesario observar los límites y principios constitucionales que rigen el tema, especialmente en lo que respecta al respeto a la isonomía, finalidad pública y libre competencia. También se concluye que, si el otorgamiento de beneficios fiscales ocurre de manera indiscriminada, además de provocar el efecto inmediato de la caída en la recaudación tributaria, puede provocar un desequilibrio competitivo, hecho que se convierte en un privilegio real para determinadas empresas, en detrimento de otras que soportan la carga fiscal con regularidad.

Palabras clave: Desigualdades regionales y sociales, extrafiscalidad, neutralidad fiscal.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, diga-se que o contexto social brasileiro é marcado por fortes desigualdades regionais. Tal contexto é agravado pela enorme dimensão territorial do país. Diferentes climas, topografia, posição geográfica, dentre outros aspectos, bem como o próprio histórico de formação, têm influência direta no processo de desenvolvimento das diversas regiões brasileiras, proporcionando maior concentração de riquezas em umas em detrimento das outras.

Ciente desta situação, a Constituição Federal aponta, em seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles o desenvolvimento nacional. São, pois metas a serem seguidas, que devem nortear todas as políticas públicas para consecução dos objetivos descritos no referido dispositivo.

No presente artigo, coloca-se em destaque o objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais, previsto no inciso III do art. 3º da Constituição Federal. Conforme se demonstrará, correlacionado a este, está a garantia do desenvolvimento nacional, objetivo previsto no inciso II do mesmo dispositivo, como já destacado.

Neste contexto, diga-se, de antemão, que se trata de um objetivo voltado a assegurar maior igualdade de condições para todos os indivíduos, trazendo reflexos para uma melhoria na efetivação de diversos direitos fundamentais, tais como saúde, educação e emprego. Ou seja, a redução das desigualdades perpassa pela efetivação de direitos fundamentais, implementando-os em todas as classes sociais e em todas as regiões do país. Neste norte, conforme se verá, o desenvolvimento econômico regional é fator relevante na redução das desigualdades.

Certo é que, se há objetivos traçados pela Constituição, tais propósitos não devem ter caráter meramente retórico, devendo ser concretizados por meio políticas estatais específicas para tanto. Logo, é dever do Estado estabelecer ações

de combate à pobreza e às desigualdades, nos termos dos objetivos traçados pela Carta Política do país.

Neste contexto, o presente artigo se propõe a discutir: Como o Estado pode valer-se de instrumentos tributários para promover a redução das desigualdades sociais e regionais? Quais os limites constitucionais que devem ser obedecidos para a concessão de incentivos? Para tanto, são utilizados métodos de pesquisa bibliográfica, através da revisão teórica de princípios que regem a atividade tributária do Estado, bem como de instrumentos utilizados dentro da política fiscal brasileira.

Assim, aponta-se na extrafiscalidade, consubstanciada no seu viés de concessão de benefícios fiscais, importante instrumento de promoção do desenvolvimento, apto a reduzir desigualdades e promover o bem comum.

Não obstante, também serão apresentados os limites que qualquer instrumento tributário deve guardar ao ser utilizado, sobretudo no que se refere à concessão de benefícios.

1. Desenvolvimento, redução das desigualdades regionais e políticas tributárias

De início, cumpre sedimentar que a política fiscal se mostra como relevante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, haja vista que muitos dos direitos previstos na Constituição, sobretudo aqueles afetos à chamada segunda dimensão de direitos fundamentais, necessitam de recursos financeiros para sua efetiva implementação.

Ocorre que as tendências do cenário internacional têm provocado necessidades de revisão do papel do Estado moderno. No âmbito da política tributária, o direito passa a preocupar-se não só com a arrecadação em si, mas também com o grau de efetiva aplicação dos recursos arrecadados em prol de efetivação de direitos fundamentais, propiciando assim maior concretização da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Terezinha de Oliveira Domingos discorre:

A política fiscal se mostra como um instrumento indispensável à redistribuição de riqueza por parte do Estado, que partilha o montante tributário arrecadado para atingir o seu escopo básico, além de se afigurar como importante meio de intervenção do Estado na Economia.³

Cumpre sedimentar que, numa visão clássica tradicionalista, o Direito Tributário preocupava-se tão somente com a exação, ou seja, com a cobrança tributária, propiciando uma arrecadação cada vez maior ao ente público sem, todavia, ater-se para a destinação dos recursos arrecadados.

Não obstante, com o alargamento dos direitos fundamentais propiciados pela Constituição Federal de 1988, bem como pela prevalência do entendimento que

³ DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; CUNHA, Leandro Reinaldo da. *A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento*. In <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=154aa6866aefb6f8>, p. 09, acesso 16.07.2020.

assegura a eficácia concreta de tais direitos, a preocupação volta-se também para a real destinação dada aos tributos pagos pelo contribuinte. Afinal, além dos direitos fundamentais, existem também objetivos traçados pelo Poder Constituinte que devem ser constantemente perseguidos, a exemplo do disposto no art. 3º da Constituição. Confira-se o teor do referido dispositivo:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste aspecto, que engloba noções de justiça distributiva, a arrecadação tributária ganha relevo sob seu aspecto social. Busca-se uma exação que seja efetivamente capaz de reverter-se em benefícios para os cidadãos, sobretudo no que toca à efetivação de direitos fundamentais. Assim, fica evidenciada ao cidadão a importância dos tributos, inculcando no mesmo a ideia de um pagamento justo, capaz de reverter-se em favor de toda a sociedade. Discorrendo acerca do dever do Estado de valer-se da arrecadação tributária para busca do bem comum, Alexandrino e Buffon assim ensinam:

O objetivo do Estado, num prisma constitucional, é a busca pelo bem comum, e para que seja possível concretizar tal objetivo, a arrecadação de tributos se faz necessária. Os recursos que o Estado necessita para atingir seus fins são comumente provenientes da tributação fiscal, entretanto a tributação pode apresentar outro contorno que não aquele com finalidade puramente arrecadatória. Trata-se de arrecadar intervindo na área econômica e social, o que se denominada *extrafiscalidade*.⁴

De forma crítica a este entendimento, ainda permeia na sociedade brasileira o sentimento de que “pagar tributo é algo ruim”, caracterizando norma de rejeição social. Tal fato ocorre em razão de diversas carências sociais existentes no Brasil, a despeito da elevada carga tributária, disseminando no entendimento popular a ideia de que os recursos oriundos da arrecadação tributária não são bem aplicados.

É, pois, dever do Estado promover a redução das desigualdades regionais e sociais. Para tanto, vê-se na tributação importante instrumento para que se possa atingir o referido dever, quer por meio de tributos fiscais ou *extrafiscais*. Neste contexto, Colombo assevera que:

A Constituição de 1988 reservou três elementos importantes no tocante à questão regional. O primeiro foi a explicitação no Texto Constitucional no combate às desigualdades regionais. A segunda importante alteração da Constituição de 1988 foi o fortalecimento dos estados e municípios, que passaram a ser atores políticos importantes influenciando, inclusive, os investimentos privados por meio de incentivos fiscais.⁵

⁴ ALEXANDRINO, Carolina Schröder. BUFFON, Marciano. *A extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado*. In Revista Argumentum – RA, Marília/SP, V. 16, pp. 229-245, Jan.-Dez. 2015, p. 233.

⁵ COLOMBO, Luciléia Aparecida. *A ascensão e queda de uma instituição: A SUDENE no sistema federativo brasileiro*. Tese de doutorado. Universidade Federal de São Carlos. 2012, p. 156.

Assim, os incentivos fiscais surgem como instrumentos de promoção do desenvolvimento, aptos a reduzir desigualdades e promover o bem comum. Discorrendo sobre os incentivos fiscais como forma de redução das desigualdades regionais, Aliomar Baleeiro assim leciona:

A Constituição de 1988 admite expressamente a concessão de incentivos fiscais em favor de áreas mais pobres, a fim de promover o equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico regional (art. 151, I). Não se trata de uma quebra da regra da isonomia, mas da autorização de tratamento diferente e mais favorável às regiões diferentes, economicamente mais fracas. Embora, imediatamente, a isenção incentivadora possa premiar quem tenha grande capacidade contributiva e demonstre aptidão para se adaptar o plano de governo, como os prêmios à exportação, a dedução de investimentos na área da SUDENE etc., o objetivo é reduzir a miséria, as grandes desigualdades econômicas entre grupos e regiões. A justiça é, mesmo nesses casos, a meta, a finalidade última, embora os contribuintes, diretamente beneficiados com a redução da carga tributária, sejam estimulados ao investimento por meio de outros critérios e não em atenção à inexistência de capacidade econômica.⁶

Ademais, deve-se salientar que a redução das desigualdades regionais e sociais encontra amparo Constitucional também no artigo 170, inciso VII da Constituição Federal, elencada ao status de princípio da ordem econômica. Tal princípio é explicitamente conectado aos objetivos da República previstos no art. 3º da Constituição Federal, sobretudo referente ao inciso III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais). Ou seja, pela sistemática trazida pela Constituição Federal, não se pode dissociar a erradicação da pobreza e da marginalização dos objetivos e princípios da ordem econômica, haja vista que uma ordem econômica justa e efetiva contribui para a redução das desigualdades.

Deve-se mencionar a enorme extensão territorial do Brasil, a qual conclama grandes diferenças culturais, econômicas ou sociais. Ou seja, pensando num país de dimensões continentais como o Brasil, há muitas desigualdades regionais, às quais devem ser superadas com base na Constituição, valendo-se os instrumentos tributários como importantes ferramentas para tanto. Ademais, frise-se que as desigualdades regionais e sociais brasileiras são frutos do próprio processo histórico de formação e desenvolvimento da República. Sobre tal processo, Carvalho assim ensina:

No século XIX, a construção da hegemonia do Sudeste se deu em decorrência das transformações socioeconômicas ocorridas na economia mundial e favorecidas pelo desenvolvimento da economia cafeeira. O café em 1840 já era o principal produto brasileiro de exportação, enquanto o açúcar, base das vendas externas nordestinas, declinava, tornando evidente o aumento das desigualdades entre as duas economias exportadoras. A partir do final do século XIX, o Sudeste construiu, graças ao processo de industrialização estimulado pelos recursos da economia cafeeira, a hegemonia econômica sobre as demais regiões, realizando, segundo Furtado, o “deslocamento do centro dinâmico” da economia, do Nordeste para o Sudeste, substituindo o papel das exportações pelo do mercado interno no comando do processo de desenvolvimento econômico.⁷

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 654-655.

⁷ CARVALHO, Cícero Pércles de Oliveira. *O Desenvolvimento da Região Nordeste nos Anos Pós-Sudene (2000-2016)*. In Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, v.39, n.134, jan./jun. 2018, p. 24.

Neste contexto, ao lado das políticas tributárias, a ideia de federalismo cooperativo surge como importante ferramenta na busca da ordem econômica e social justa, pois a descentralização política inerente à forma federativa de Estado facilita a implementação de políticas peculiares a cada região. Neste sentido, discorrendo sobre o princípio da “solidariedade regional”, Carvalho assim leciona:

No sentido da efetividade do princípio da “solidariedade regional”, a Constituição de 1988, reconhecendo a existência de diferenças regionais, assegurou o percentual de 3% da arrecadação do Imposto de Renda (IR) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das regiões mais pobres e, no caso do Nordeste, definindo tratamento especial ao Semiárido, ao assegurar-lhe a metade dos recursos federais destinados à região para aplicação direta na construção de infraestrutura e ampliação do tecido empresarial.⁸

Ainda como exemplos de políticas voltadas para a redução das desigualdades regionais, podemos citar o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE) e o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FDNE). Assim, é fundamental reconhecer a existência de diferenças regionais, para conseqüente adoção de políticas com aptidão para redução das mesmas.

Nesta seara, a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 43, que para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. Outrossim, no parágrafo primeiro do referido artigo, a Constituição atribui à lei complementar a tarefa de regular as condições para integração de regiões em desenvolvimento e a composição dos organismos regionais que executarão os planos regionais integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social.

Já no parágrafo 2º do dispositivo Constitucional em apreço, a Constituição Federal especifica os incentivos regionais, aduzindo que os mesmos compreenderão, além de outros, igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; e prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

No parágrafo 3º, por sua vez, constata-se a obrigação voltada à União de incentivar a recuperação de terras áridas e cooperar com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

Discorrendo sobre essa temática, Cunha aponta a possibilidade de formação de regiões insculpada no art. 43 da Constituição Federal como um reforço ao federalismo cooperativo adotado no Brasil. Confira-se:

No mesmo sentido, a Carta de 1988 assegura que a União articule suas ações com escopo de reduzir as desigualdades regionais (art. 43 *caput*), podendo inclusive conceder incentivos fiscais a fim de promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diversas regiões do país (art. 151, inc. I). (...) Dessa forma, na Constituição de 1988, destaca-se a opção pelo federalismo cooperativo, que aquele

⁸ CARVALHO, Cícero Pérciles de Oliveira. Ob, cit., p.30

capaz de viabilizar o atendimento dos objetivos fundamentais da Constituição, enunciados em seu art. 3º, quais sejam: a garantia de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.⁹

Logo, constata-se que a formação de regiões prevista no art. 43 da Constituição Federal é fator de instrumentalização dos objetivos traçados pelo Constituinte, possibilitando o desempenho de relevante papel na redução das desigualdades regionais.

Assim, pode-se afirmar que o princípio constitucional da redução das desigualdades regionais e sociais é um princípio informador de toda atividade econômica, no Brasil. Portanto, qualquer atividade econômica deve atuar no sentido de auxiliar na redução das desigualdades regionais, devendo contribuir, das mais diversas formas, para que sua atuação econômica, em uma dada região, seja efetivamente elemento de ajuda no combate à pobreza.

2. A extrafiscalidade como instrumento de atuação do estado na redução das desigualdades regionais

Considerado o cenário de desigualdades regionais apontado alhures, o Direito Tributário se apresenta como instrumento apto a promover o desenvolvimento regional, na medida em que se pode valer de mecanismos que visem incentivar ou desestimular a prática de certas condutas.

Fala-se assim em extrafiscalidade, consistente numa atuação tributária estatal que vai além da função arrecadatória. Verifica-se, pois, que o marco característico da extrafiscalidade é a utilização do tributo para estimular ou desestimular certos comportamentos, de acordo com o interesse estatal envolvido. No que toca às suas finalidades, a extrafiscalidade guarda relação direta com a concretização de objetivos ditados pela Constituição.

Neste contexto, especificamente referente à redução das desigualdades regionais, os objetos da República Federativa do Brasil, traçados no art. 3º da Constituição, impõe ao Estado um dever de agir que, no âmbito do Direito Tributário, pode-se efetivar por meio de normas indutoras de caráter extrafiscal. Desta forma, relacionada à temática de uma nova visão do Direito Tributário, dissociada da finalidade exclusiva arrecadatória, a extrafiscalidade aparece como eficaz instrumento na concretização da dignidade da pessoa humana.

Com base nas premissas doutrinárias, é possível apontar que a extrafiscalidade consiste numa atuação tributária estatal que vai além da função arrecadatória. Para Cassalta Nabais:

A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de norma que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de

⁹ CUNHA, Fabiana Azevedo da. *Federalismo Fiscal no Brasil. A realidade do federalismo competitivo e a busca da cooperação e do equilíbrio*. In www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp010252.pdf Dissertação de mestrado em Direito. PUC/RS, 2006, p. 101.

determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer frentes às receitas públicas.¹⁰

Verifica-se, pois, que o marco característico da extrafiscalidade é a utilização do tributo para estimular ou desestimular certos comportamentos, de acordo com o interesse estatal envolvido.

Do ponto de vista da Ciência das Finanças, parece preferível a adoção de normas de direção quando se busca um efeito imediato, já que os últimos tendem a exigir mais tempo para modificar o comportamento dos destinatários.¹¹

No que toca às suas finalidades, a extrafiscalidade guarda relação direta com a concretização de objetivos ditados pela Constituição. Neste aspecto, a extrafiscalidade liga-se aos ditames de realização da justiça social, às políticas tributárias e econômicas, a questões de interesse ambiental, bem como à promoção do desenvolvimento regional e nacional.

Para António Carlos dos Santos:

[...] nota-se que a concessão de incentivos fiscais é de indubitável relevância em termos de buscar-se o desenvolvimento económico. Assim, é ponto pacífico que tais medidas visam ao melhoramento das condições do sistema económico, destacando-se os seguintes objetivos dos auxílios de Estado (subvenções, subsídios, incentivos fiscais etc.): i) a redução das desigualdades regionais; [...]¹²

Neste aspecto, por meio da extrafiscalidade, é possível apontar a existência de relação entre o Sistema Tributário Nacional e a efetivação de direitos fundamentais. Exemplificando, pode-se citar a tributação bem mais representativa sobre o álcool e o tabaco (influência direta no direito à saúde), a incidência de tributos ambientais, bem como de tributos visam equalizar uma melhor distribuição de renda (tributação maior para terras improdutivas).

Não obstante, cumpre sedimentar que a extrafiscalidade não se restringe à majoração de tributos com fito de desestimular comportamentos indesejáveis sobre o prisma do interesse estatal, abarcando também certas situações em que a incidência tributária se dará de forma atenuada, ou mesmo não ocorrerá.

Neste aspecto, a extrafiscalidade realiza-se por meio de isenções ou benefícios fiscais, com escopo de efetivar ditames constitucionais, relacionados efetivamente com concretização de direitos fundamentais. Como exemplo, cite-se a desoneração tributária para estimular o desenvolvimento de certa região ou incentivar a realização de certa atividade econômica que seja de interesse da coletividade.

Destarte, especificamente no âmbito da redução das desigualdades regionais, a extrafiscalidade pode se manifestar através da concessão de benefícios e incentivos fiscais para certas regiões onde exista um interesse público corporificado na promoção do desenvolvimento. A título de exemplo, pode-se mencionar a

¹⁰ CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 2004. p. 629.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 46. Nesta afirmativa o autor cita Hans Herbert Von Arnim.

¹² SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 365, *apud* ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais, Neutralidade da Tributação e Desenvolvimento Econômico: A Questão da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais in <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/070807.pdf>*, p. 23.

tributação reduzida na Zona Franca de Manaus, bem como a existência de políticas fiscais com juros mais baixos para certas regiões.

Nestas situações, certo é que, tratando-se de regiões menos favorecidas economicamente, a redução da carga tributária funciona como incentivo à instalação de atividades empresariais. Como consequência, denotam-se uma série de fatores econômicos que contribuem para o desenvolvimento da região: há geração de empregos, renda, com conseqüente crescimento da indústria e do comércio. Tais fatores contribuem fortemente para atenuação da pobreza e das desigualdades regionais, em consonância com os objetivos ditados pela Constituição.

3. Limites constitucionais da atuação extrafiscal do estado

3.1 O dever de neutralidade fiscal

Conforme analisado no capítulo anterior, em que pese a extrafiscalidade ser importante instrumento no combate à pobreza e à marginalização, bem com eficaz meio para promoção do desenvolvimento e redução das desigualdades, existem certos limites que devem ser observados quando da concessão de qualquer benefício fiscal, sob pena de macular o pacto federativo previsto na Constituição.

Assim, deve-se ressaltar que desoneração fiscal como medida de extrafiscalidade não pode ser concedida de forma indiscriminada, devendo guardar obediência aos ditames trazidos pela Constituição, com destaque para os princípios constitucionais da legalidade, igualdade e capacidade contributiva. Afinal, o pagamento de tributos afigura-se como um dever fundamental dos contribuintes, sendo que a desoneração fiscal por mero interesse político e econômico, sem observância dos preceitos constitucionais mencionados, pode configurar verdadeiro privilégio a certo grupo, em detrimento da igualdade e da real efetivação de direitos fundamentais.

Destarte, todo incentivo fiscal deve guardar obediência a alguns parâmetros, dentre os quais se destacam: princípios que informam a ordem fiscal e tributária brasileira; capacidade contributiva; redistribuição de rendas; princípio da destinação pública (os incentivos devem transcender a órbita de uma mera intervenção estatal).

Logo, é possível concluir que a concessão de incentivos fiscais de forma indiscriminada pode provocar prejuízo/desequilíbrio na concorrência com novos produtos/inovação, na medida em que restaria configurada uma quebra da isonomia, dado o tratamento favorecido a um determinado agente econômico em detrimento dos demais atores do mercado. Destarte, fundamental se mostra a observância do princípio da neutralidade fiscal, como forma de garantir uma livre concorrência entre os atores de determinado segmento econômico.

Ainda, como princípio norteador da atividade fiscal, a neutralidade tributária não pode ser desprezada quando da concessão de incentivos. A neutralidade tributária pode ser entendida como a imparcialidade e impessoalidade da atuação estatal na política tributária, exigindo-que a tributação impacte minimamente no preço final dos produtos e serviços postos à disposição do mercado, evitando a

ocorrência de desequilíbrios na concorrência. Discorrendo sobre o dever de neutralidade tributária, Lima assim assevera:

Este dever de neutralidade dirigido ao Estado significa que a tributação não deve influenciar a competitividade e tem duas manifestações claras: (a) um dever negativo ou de omissão, de não interferir na concorrência por meio da tributação; (b) um dever positivo ou de ação, de prevenir ou restaurar, quando for o caso, a igualdade de condições na concorrência, quando esta se encontra ameaçada por ações de particulares ou outros fatores relevantes.¹³

Neste norte, cumpre sedimentar que o art. 146-A na Constituição Federal de 1988 teria erigido o princípio da neutralidade tributária ao status de norma constitucional. Segundo esta disposição, “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.

A neutralidade fiscal impõe um dever ao Estado de evitar a prática de políticas tributárias que causem desequilíbrios na concorrência. Exige, portanto, que a tributação impacte minimamente o preço final dos produtos e serviços postos à disposição no mercado.

Neste contexto, a neutralidade fiscal pressupõe igualdade de condições entre todos os atores da economia; a inexistências de barreiras postas pelo Estado para o livre exercício da atividade de mercado, bem como a menor interferência possível do Estado no mercado.

Assim, considerada a abrangência do princípio da neutralidade, é possível afirmar que o art. 146-A da Constituição Federal abarca não só os desequilíbrios afetados pela tributação, mas também os desequilíbrios concorrenciais decorrentes de condutas e de falhas estruturais do mercado. Logo, a aplicação da extrafiscalidade de forma indiscriminada, sem obedecer aos preceitos acima, pode macular a neutralidade tributária¹⁴.

Ocorre que, a neutralidade fiscal é algo, nem sempre pode ser alcançado, haja vista que todo tributo traz consigo a capacidade de interferir na produção. Logo, a neutralidade é colocada como algo relativo, não podendo ser tomada de forma

¹³ LIMA, Ricardo Sibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Dissertação apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, in <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5221/000512454.pdf?sequence=1&isAllowed=y> , p. 90. 2005, acesso em 17.07.2020.

¹⁴ Foi criado então, um novo instrumento constitucional de utilização da tributação, além da finalidade arrecadatória de recursos financeiros para o Estado. Tal artigo contém uma regra constitutiva de competência legislativa, que permite o uso da tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência, por via da extrafiscalidade. Essa competência vem se juntar ao conjunto de outras hipóteses de tributação extrafiscal, previstas na Constituição. Desta forma, o legislador complementar deverá cuidar de tratativas que visem equilibrar a concorrência. Não é o caso de repressão no combate ao exercício abusivo da atividade econômica. Tal dispositivo se presta, via legislação complementar, evitar que os efeitos de um determinado tributo sejam diferentes para os contribuintes, provocando com isso desequilíbrios na concorrência. Como se vê, a Constituição Federal contempla, expressamente, a correlação entre a tributação e livre concorrência. RIBEIRO, Maria de Fátima. *Tributos: Extrafiscalidade*. In ESTUDOS TRIBUTÁRIOS org. Eduardo Sabbag, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, p. 139.

absoluta. Ou seja, o simples fato da existência do tributo já é suficiente para quebrar a neutralidade.

Dessa forma, para amenizar a quebra da neutralidade, os tributos devem ser iguais para todos. Assim, sobretudo diante da concessão de benefícios fiscais, se não forem respeitados princípios tributários afetos à isonomia, poderá restar configurada chamada guerra fiscal, principalmente no que tange aos impostos estaduais e municipais.

A guerra fiscal se configura através da concessão de incentivos fiscais por parte de Estados ou Municípios, com intuito de tornar mais atrativa a atividade empresarial em seu território. Como consequência, empresas acabam se concentrando em localidades onde os incentivos fiscais são mais vantajosos, o que pode sim provocar desequilíbrio na ordem econômica e colocar em cheque o pacto federativo.

Segundo Fernando Facury Scaff:

A expressão guerra fiscal retrata uma situação de disputa econômica entre entes autônomos, possuidores de competência tributária, que visam obter para seus respectivos territórios um determinado empreendimento econômico, oferecendo, para tanto, benefícios para atrair as pessoas interessadas, sejam vantagens de ordem tributária ou de outra natureza, como infraestrutura, capacitação de recursos humanos, disponibilização de crédito a menor custo, dentre outras.¹⁵

Para evitar as consequências negativas advindas da guerra fiscal (por exemplo, desequilíbrio na concorrência), os incentivos somente serão legítimos se concedidos com o amparo Constitucional. Devem ter por escopo a redução das desigualdades e a promoção do bem comum, bem como o desenvolvimento nacional ou regional. Devem-se resguardar ainda as limitações de competência impostas pelo pacto federativo.

Portanto, os Estados e o Distrito Federal, querendo conceder isenções de ICMS, devem, previamente, firmar entre si convênios, coordenados pelo CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária. Não são os convênios, entretanto, que dão força normativa às deliberações tomadas. Esta resulta do decreto legislativo que vier a ratificá-los, em cada unidade federativa. Assim, o conteúdo dos convênios só passa a valer como direito interno dos Estados e do Distrito Federal depois da ratificação por decreto legislativo. Esse ato normativo é o ponto terminal do processo legislativo adequado à concessão de isenções de ICMS. Dessa maneira, resta fortalecido o pacto federativo.

Por fim, saliente-se que, no plano dos Municípios, duas medidas podem ser consideradas fundamentais na proteção da unidade nacional: i) a determinação, em Lei Complementar, dos critérios para a incidência do ISS, imposto sobre serviços; ii) a inserção, através da Emenda à Constitucional nº. 37, de 2002, da possibilidade de Lei Complementar estabelecer alíquotas máximas e mínimas para o mesmo imposto.

Atendidos os pressupostos vistos neste capítulo, será legítima a concessão de benefícios e incentivos fiscais. Caso contrário, a utilização de instrumentos

¹⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Guerra Fiscal, Neoliberalismo e Democracia*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, nº 11, jan./jul. 1999, p. 135.

extrafiscais para concessão de incentivos pode trazer forte desequilíbrio na concorrência, implicando assim em afronta à Constituição.

3.2 O princípio da isonomia e o pacto federativo, o planejamento estatal e o controle dos incentivos fiscais concedidos

Outro limite constitucional que deve ser observado quando da concessão de incentivos fiscais diz respeito ao princípio da isonomia, pensado em sua ótica de aplicação sobre o pacto federativo. Neste contexto, cumpre sedimentar que, ao adotar a forma federativa de Estado, a Constituição Federal cuidou de traçar competências e delimitar os poderes de cada ente federado, como expressão da autonomia de cada um deles. Não obstante, o federalismo adotado pela Constituição Federal tem caráter cooperativo, inexistindo a possibilidade de competição entre os entes federados.

Neste contexto, o art. 151 da Constituição Federal elenca a necessidade de observância do princípio da isonomia na seara tributária, voltada especificamente à proteção da forma federativa de estado. Destarte, pela leitura do referido dispositivo, fica vedado à União, como regra geral, instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Não obstante, em consonância com a necessidade de promoção do desenvolvimento (enquanto objetivo fundamental da Federativa do Brasil), o próprio dispositivo constitucional em análise ressalva a possibilidade de concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

Confira-se o disposto no referido dispositivo:

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

...

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Pela leitura do artigo colacionado, conclui-se que o respeito ao princípio da isonomia na seara tributária, enquanto mandamento voltado à aplicação à forma federativa de Estado adotada pela Constituição Federal perpassa pela impossibilidade de que União venha preterir algum estado ou município quando da efetivação de sua tributação. Ademais, implica também na regra da impossibilidade de concessão de isenção heterônoma¹⁶, sendo vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

¹⁶ O STF entendeu que embora a Constituição Federal proíba tal isenção por conta do artigo art. 151, inciso III, nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais (como o ISS, p. ex.), uma que a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu *treaty-making power*, estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional

Discorrendo sobre esta temática, Menezes assevera que:

Qualquer concessão de incentivo fiscal pela União, ainda que com este propósito, só pode ser legitimada – tal como acima assentado –, se encartada no âmbito da Política Nacional de Desenvolvimento exigida pelo artigo 174, caput e § 1º. Analisada a questão sob esta ótica, conclui-se que o art. 151, I da CF/88 é instrumento de efetivação do artigo 174, § 1º, da CF/88, de modo que não há como interpretar os dispositivos constitucionais em separado.¹⁷

Conforme se constata, Menezes aduz que o dever de isonomia previsto no artigo 151 da Constituição deve estar em consonância com a política federal de incentivo e planejamento, elencada no art. 174 da Constituição Federal.

Recorde-se que, nos termos do referido dispositivo, tem-se que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Constata-se, pois, que a concessão de incentivos fiscais deve estar em consonância com o planejamento estatal, não podendo dissociar das políticas públicas voltadas para a implementação do desenvolvimento nacional. Ademais, o termo atividade econômica disposto no artigo 174 da Constituição Federal comporta interpretação ampla, abarcando tanto o setor público quanto o setor privado.

A ideia de planejamento abarca uma série de medidas, de antemão definidas, com fulcro na obtenção dos resultados e objetivos traçados pelo texto Constitucional, sobretudo numa aplicação em longo prazo. Conforme expressa dicção do artigo 174 da Constituição Federal, o planejamento econômico é determinante para setor público (legalidade) e indicativo para o setor privado (livre iniciativa).

Especificamente no que toca ao incentivo, o mesmo concretiza-se através de políticas públicas com o escopo de incrementar a atividade econômica. Neste norte, a função de incentivo trazida pelo dispositivo em análise impõe ao Estado o dever de estimular e fomentar atividades privadas que tenham um interesse social subjacente. Por fim, nos termos do § 3º do artigo 174 da Constituição, tem-se que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

público, que detém - em face das unidades meramente federadas - o monopólio da soberania e da personalidade internacional. RE 543943 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010.

¹⁷ MENEZES, Adriana [Reis Albuquerque de](#). *A utilização indutora de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: análise acerca de sua (in) efetividade à luz do modelo de Estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na Constituição de 1988*. Dissertação apresentada a Universidade Federal de Pernambuco,

in https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3680/1/arquivo102_1.pdf, 2010, p. 123.

O professor André Elali aponta que os incentivos fiscais devem estar em sintonia com o federalismo adotado no Brasil¹⁸. Muitas unidades federativas, para atraírem investimentos para seus territórios, acabam pondo em risco a unidade do Estado brasileiro, quando concedem incentivos que contrariam os limites constitucionais e legais. Em se tratando da competência dos Estados e Distrito Federal, a concessão de incentivos devem respeitar as deliberações do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária¹⁹. Se assim, não o fizer, ao invés de diminuir, acaba aumentando as desigualdades regionais com a prática da guerra fiscal entre os Estados.

O Poder Judiciário vem declarando a inconstitucionalidade as leis estaduais que concede incentivos fiscais sem tais deliberações. A ADI 4.481 demonstra claramente a posição do Supremo Tribunal Federal – STF que declarou inconstitucional as leis de concessão de incentivo e de benefício fiscal de seis estados brasileiros.

Nesse mesmo sentido é salutar destacar a decisão do STF na ADI 5.472 que analisa a ofensa e a vedação à discriminação tributária em Goiás, de natureza espacial a fixação de reserva de mercado a prestadores domiciliados em determinado Estado como requisito para fruição de regime tributário favorecido e de acesso a investimentos públicos, não sendo justificável a discriminação em razão de origem ou de destino com base na redução das desigualdades regionais, que pode provocar desequilíbrio concorrencial de mercado interno²⁰.

Pela leitura do artigo 151, inciso I da Constituição Federal, se admite o tratamento tributário diferenciado para que seja atendida a busca do equilíbrio das regiões, quando são concedidos incentivos ou benefícios fiscais para contribuintes estabelecidos em determinadas regiões, como exceção ao princípio da uniformidade, como foi destacado nas seguintes decisões do STF, apenas citando-as como exemplos: RE 480.107 AgR/PR e Ag. REG. no AGRAVO DE INST. 360.461-7 MG que tratam de isenção do IPI sobre a produção de açúcar de cana com diferentes alíquotas deste imposto, conforme a localização das regiões do país.

De outra parte, é necessário evidenciar sobre o controle da efetividade e eficiência do incentivo ou do benefício fiscal concedido. O plenário do Tribunal de Contas da União promoveu detida discussão sobre a fiscalização e controle envolvendo a governa dos gastos tributários indiretos, ou seja, as renúncias.²¹ Várias

¹⁸ ELALI, André. *Incentivos Fiscais, Neutralidade da Tributação e Desenvolvimento Econômico: A questão da redução das desigualdades regionais e sociais*. In *Incentivos Fiscais. Questões Pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. Ives Gandra da Silva Martins, André Elali e Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). São Paulo, MP Editora, 2007, p. 55/6.

¹⁹ O Art. 155, §2º, XII, g da Constituição Federal, ao tratar de do ICMS: Cabe a Lei Complementar: g) Regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. A Lei Complementar 24/75 estabelece a atuação do CONFAZ.

²⁰ Nesse mesmo sentido a inconstitucionalidade pode ser observada nos Recursos Extraordinários RE 72.762-9/SC e RE 705.423/SE que discutiram a concessão de incentivos fiscais pelo Estado de Santa Catarina e pela União sem considerar o percentual que a Constituição Federal estabelece como Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

²¹ TC 018.259/2013, Acórdão 1205/2014.

questões foram debatidas por aquele Órgão, destacando-se: O processo de instituição de renúncias tributárias está bem definido e propicia o planejamento e a avaliação das políticas por ela financiadas? Há mecanismos de governança para o acompanhamento da concessão e da execução das renúncias tributárias? Destaca também o Tribunal em questão, quanto à fiscalização e se é realizada uma avaliação dos resultados dos benefícios concedidos. Estes aspectos requerem mais aprofundamento de estudos e de cuidado da administração pública para os controles mencionados, que deixam a desejar na maioria das vezes que concede incentivo e benefícios fiscais.

Conclusão

A maioria dos Estados utiliza-se do Direito Tributário para alcançar a finalidade fiscal bem como a finalidade extrafiscal, para garantir o equilíbrio econômico, tutelar o meio ambiente, reduzir as desigualdades sociais, entre outros objetivos sociais e econômicos, impondo à tributação o desempenho de um papel que vai além da mera arrecadação de receita pública. Esse papel do Estado demonstra sua atuação direta com vistas às realidades social e econômica. Pode-se então afirmar que tanto o Fisco quanto o contribuinte, devem sujeitar-se aos limites constitucionais e legais do poder de tributar.

Diante do exposto, é possível concluir que a redução das desigualdades sociais e regionais, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil insculpido no art. 3º da Constituição, deve ser efetivamente levada a efeito através da realização de políticas públicas. Assim como os demais objetivos, a redução das desigualdades constitui mandamento Constitucional que deve nortear a ação do Estado, englobando todos os seus aspectos de atuação.

Na seara tributária não é diferente. Deve o Estado valer-se de instrumentos tributários postos à sua disposição na busca do cumprimento dos referidos objetivos, na medida em que a política fiscal se mostra como relevante instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

Neste contexto, a extrafiscalidade, enquanto norma indutora de comportamentos na seara tributária pode ser relevante instrumento para consecução dos objetivos ditados pelo art. 3º da Constituição, mais precisamente no que toca à redução das desigualdades sociais e regionais.

Como visto, especificamente quanto ao viés de concessão de benefícios e incentivos fiscais, as normas extrafiscais atuam como indutoras do desenvolvimento de determinadas regiões, na medida em que a carga tributária reduzida funciona como fator de fomento para o crescimento econômico.

Não obstante, para que a concessão de incentivos fiscais seja legítima, necessário se faz a observância dos princípios constitucionais que regem a temática, sobretudo no que for pertinente ao respeito à isonomia, à finalidade pública e à livre-concorrência. Se tais princípios não forem observados, a concessão de incentivos fiscais pode se desvirtuar de sua finalidade, provocando efeito reverso do esperado. Isto porque a concessão indiscriminada de benefícios, além de provocar o efeito imediato da queda da arrecadação, pode causar desequilíbrio concorrencial, fato este que se torna verdadeiro privilégio para certas empresas, em detrimento de

outras que arcam regularmente com a carga tributária. Destarte, ao invés de imprimir redução, tal fato pode ocasionar um agravamento das desigualdades sociais e regionais.

É indispensável avaliar também a eficiência e efetividade do incentivo ou benefício fiscal para verificar o real atendimento das finalidades constitucionais via extrafiscalidade.

Referências

- ALEXANDRINO, Carolina Schröder. BUFFON, Marciano. *A extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado*. In Revista Argumentum – RA, Marília/SP, V. 16, pp. 229-245, Jan.-Dez. 2015.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.
- CARVALHO, Cícero Pérciles de Oliveira. *O Desenvolvimento da Região Nordeste nos Anos Pós-Sudene (2000-2016)*. In Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, v.39, n.134, jan./jun. 2018 .
- CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 2004.
- COLOMBO, Luciléia Aparecida. *A ascensão e queda de uma instituição: A SUDENE no sistema federativo brasileiro*. Universidade Federal de São Carlos. 2012.
- CUNHA, Fabiana Azevedo da. *Federalismo Fiscal no Brasil. A realidade do federalismo competitivo e a busca da cooperação e do equilíbrio*. In www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp010252.pdf Dissertação de mestrado em Direito. PUC/RS, 2006.
- DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; CUNHA, Leandro Reinaldo da. *A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento*. In www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=154aa6866aefb6f8, acesso 16.07.2020.
- ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais, Neutralidade da Tributação e Desenvolvimento Econômico: A Questão da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais* in <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/070807.pdf>, acesso em 17.07.2020.
- LIMA, Ricardo Sibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Dissertação apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, in <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5221>, 2005.
- MENEZES, Adriana [Reis Albuquerque de](http://www.reisalbuquerque.de). *A utilização indutora de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: análise acerca de sua (in) efetividade à luz do modelo de Estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na Constituição de 1988*. Dissertação apresentada a Universidade Federal de Pernambuco, in https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3680/1/arquivo102_1.pdf , 2010.
- DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. CUNHA, Leandro Reinaldo da. *A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento*. Publicação XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE.

- RIBEIRO, Maria de Fátima. Tributos: Extrafiscalidade. In ESTUDOS TRIBUTÁRIOS org. Eduardo Sabbag, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.
- SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003.
- SCAFF, Fernando Facury. *Guerra Fiscal, Neoliberalismo e Democracia*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, nº 11, jan./jul. 1999.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Económica*. Rio de Janeiro, Forense, 2005
- SEGUNDO, Oswalter de Andrade Sena. *O Princípio Constitucional da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais e sua Efetivação Jurídico-Política na Ordem Económica*. Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, p. 371 – 400 – jul/dez 2007.

DERECHO PROCESAL CIVIL

Precedentes judiciais e o CPC/2015: Uma análise à luz da segurança jurídica e duração razoável do processo (*)

Judicial precedents and CPC/2015: An analysis in the light of legal certainty and reasonable duration of proceedings

Precedentes judiciales y CPC/2015: Un análisis a la luz de la certeza jurídica y la duración razonable de las actuaciones

Sabrina Paquiela de Souza¹

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes²

Jackelline Fraga Pessanha³

Wellington Bermudes Procópio⁴

Sumário: Introdução. **1.** Processo como orientador do estado democrático de direito. **2.** A transposição do *civil law* para a *common law*:

(*) Recibido: 22/06/2020 | Aceptado: 01/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

- ¹ Graduada em Direito pela Faculdade Multivix Cariacica/ES. Especialista em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá. Atualmente é assessora jurídica do Sistema Penal do Estado do Espírito Santo – Secretaria de Justiça.
spaquiela@gmail.com
- ² Docente efetivo de Teoria do Processo e Direito Processual Civil da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Ituiutaba. Mestre (Universidade Federal do Espírito Santo) e Especialista (Faculdade de Direito de Vitória – FDV) em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Administrativo (UNESA – Universidade Estácio de Sá). Advogado.
mrsantanna@yahoo.com.br
- ³ Docente efetiva de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Ituiutaba. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV). Especialista em Direito Administrativo e em Gestão e Direito Ambiental Administrativo (UNESA – Universidade Estácio de Sá). Advogada.
jackellinepessanha@yahoo.com.br
- ⁴ Graduado em Direito pela Faculdade Multivix Cariacica/ES. Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial. Advogado.
wellingtonbermudesprocopio@live.com

a virada axiológica do sistema processual brasileiro. 3. Os precedentes judiciais e sua aplicação na sistemática dos tribunais: uma análise à luz da segurança jurídica. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Este trabalho apresenta um tema importantíssimo à luz da atual sistemática do Direito Processual Civil, no que pertine aos precedentes judiciais. O objetivo principal é analisar, à luz do diploma processual vigente, se a aplicação dos precedentes judiciais garantirá segurança jurídica ou prejudicará o acesso à justiça. Inicialmente, será abordada a mudança de paradigmas na legislação processual brasileira confrontando os sistemas do Civil Law e Common Law. Ademais, analisa-se o instituto dos precedentes, sua aplicação na sistemática dos tribunais, bem como as consequências de sua utilização no direito contemporâneo. Por fim, analisa-se criticamente o embate entre os precedentes judiciais e o acesso à justiça.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, acesso à justiça, segurança jurídica, common law, civil law, efetividade nos julgamentos.

Abstract: This work presents a very important theme in light of the current system of Civil Procedural Law, in what concerns judicial precedents. The main objective is to analyze, in light of the current procedural law, whether the application of judicial precedents will ensure legal security or jeopardize access to justice. Initially, the change of paradigms in Brazilian procedural law confronting the Civil Law and Common Law systems will be addressed. In addition, the institute of precedents will be analyzed, its application in the courts' system, as well as the consequences of its use in contemporary law. Finally, we critically analyze the clash between judicial precedents and access to justice.

Key words: Judicial precedents, access to justice, legal security, common law, civil law, effectiveness in trials.

Resumen: Esta obra presenta un tema muy importante a la luz del actual sistema de Derecho Procesal Civil, en lo que se refiere a los precedentes judiciales. El objetivo principal es analizar, a la luz del derecho procesal vigente, si la aplicación de los precedentes judiciales garantizará la seguridad jurídica o pondrá en peligro el acceso a la justicia. Inicialmente, se abordará el cambio de paradigmas en el derecho procesal brasileño que enfrenta los sistemas de derecho civil y de *common law*. Además, se analizará el instituto de los precedentes, su aplicación en el sistema judicial, así como las consecuencias de su uso en el derecho contemporáneo. Por último, analizamos críticamente el choque entre los precedentes judiciales y el acceso a la justicia.

Palabras clave: Precedentes judiciales, acceso a la justicia, seguridad jurídica, derecho común, derecho civil, eficacia en los juicios.

Introdução

O presente artigo tem como intuito analisar os precedentes judiciais, à luz da atual sistemática processual estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015. A tese central debatida afere a aplicação do referido instituto, após cinco anos de vigência da novel legislação, observando se os precedentes geram segurança jurídica ou lesão ao primado do acesso à justiça.

Para tanto, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, elege-se como ponto de partida a real influência que a legislação estrangeira quando da elaboração do Código, identificando as consequências do estabelecimento dos precedentes, como sustentáculo/base da teoria geral do processo, atualmente.

O Direito brasileiro, influenciado pelo direito romano-germânico, adotou, desde os primórdios, o sistema civil law, em que se pautava, sobremaneira, sobre as influências da criação legislativa como fundamento para aplicação da norma. Ocorre que, nesse momento, há que se observar uma intensa transposição do civil law para a common law, em razão de mudanças de paradigmas na legislação processual brasileira, em especial, utilizando-se do sistema de cláusulas abertas, com a premissa de evitar o engessamento do aplicador do direito, às diversas nuances que surgem diariamente.

Comenta-se, ainda, a respeito da dificuldade da concretização de direitos na legislação processual brasileira de 1973, em razão de entraves da linguagem, visto que, enaltecido desde o seu surgimento pela cientificidade de suas disposições e por se tratar de um código centrado na técnica.

Destaca-se a elucidação a respeito das técnicas do overruling, overriding e distinguishing, no sistema de precedentes, posto que influenciaram demasiadamente na conclusão do presente artigo. Inclusive, pois é através delas que se torna possível observar as medidas adotadas pelo operador do direito para ter revisto seu direito lesado.

Analisa-se, ainda, os incidentes do IRDR, da assunção de competência, do julgamento de recursos repetitivos e das súmulas vinculantes, observando suas influências na conjuntura atual.

Será verificado também sobre os precedentes e o acesso à justiça, demonstrando opiniões divergentes quanto ao tema, tendo em vista que parte da doutrina argumenta que a aplicação dos precedentes impediria o exercício do direito de acesso ao Judiciário.

O assunto é tratado de forma a demonstrar a grande controvérsia ainda existente sobre o tema, possibilitando ao leitor confrontar as ideias divergentes e estabelecer ponto de vista a respeito do debate, por sua própria conclusão. Isto posto, a aplicação dos precedentes judiciais, com o advento do CPC/2015, tem o condão de garantir a segurança jurídica ou prejudicar o acesso à justiça? A esse questionamento é que o presente manuscrito busca responder.

1. Processo como orientador do estado democrático de direito.

1.1 Estado democrático de direito e o devido processo legal: formal versus substancial.

Na atual concepção do Estado Democrático de Direito, o processo já não é regido somente por leis processuais propriamente ditas, mas por toda uma sistemática constitucional, que inclui o acesso à justiça e os ditames do devido processo legal. O sistema processual, na atualidade, avançou muito em termos de garantia de direitos individuais e sociais. É através dele, que se tem como preceito a necessidade de respeito às normas (regras e princípios) estabelecidas pela Constituição (Theodoro Júnior, 2014, p. 120).

Tanto é assim que a própria Carta Constitucional de 1988, em seu art. 5º, §1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Essa disposição é extremamente relevante para o contexto do atual sistema processual, visto que se mostra como um guia ao operador do direito na aplicação do caso concreto.

A doutrina processualista clássica ensina que a história do direito processual passou por três fases metodológicas fundamentais. Na primeira delas, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos, ou simplesmente “direito adjetivo”. Nessa fase, a “ação” era entendida como sendo o próprio direito subjetivo, que, uma vez lesado, ganhava forças para, em juízo, obter a reparação pela lesão sofrida (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2004, p. 42).

Já a segunda fase histórica do direito processual foi chamada de autonomista, ou conceitual, e, foi marcada por construções científicas do direito processual, tendo perdurado por um período aproximado de um século, e, nesse ínterim, grandes teorias processuais sobre a natureza jurídica da ação e do processo foram desenvolvidas – como as relacionadas às condições da ação e pressupostos processuais. Nesse período, o direito processual erigiu definitivamente como uma ciência processual (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2004, p. 42).

Porém, há uma crítica engendrada nesse período. Os autores acima mencionados questionavam o fato de que a preocupação dos pensadores àquela época, resumia-se a aplicar a técnica ao caso concreto, sem que houvesse uma real reflexão sobre as consequências da atuação do intérprete no caso concreto.

A percepção de que o processo era desconectado do mundo, parecia ser a ordem do dia, pois não se imaginava, ainda, a importância dele, para toda a conjuntura social que circunda a sociedade. Daí o motivo pelo qual a evolução permaneceu. A terceira fase processual⁵ apontada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p.42, 43), é a chamada fase instrumentalista, onde o processo, já tendo atingido níveis expressivos de desenvolvimento, tem a missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. O processo, agora, é examinado através de seus resultados práticos, superando a visão encilhada de ser, puramente uma técnica, sem preocupação com o contexto social.

Vê-se que, a conjuntura atual exige para a solução de controvérsia, um processo efetivo e justo, que, no Estado Democrático de Direito, é somente aquele

⁵ Debate-se, na atualidade, se, hoje, o sistema processual vive uma quarta fase.

que garante às partes o respeito aos ditames Constitucionais e legais. Não basta apenas a forma, é necessária a manutenção de um mínimo para a sobrevivência do cidadão.

Para o processo contemporâneo, passou a ser pequena a relevância da antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça e ao Judiciário estão envolvidos pelo manto da Constituição. Sendo assim, entende-se que o processo atual deve declarar a garantia de processo justo (devido processo legal substancial), em substituição à velha máxima de devido processo legal, sob o viés formal (o grande debate entre devido processo legal substancial e devido processo legal formal).

E para o alcance do processo justo – aquele que, conforme conceituado por Theodoro Júnior (2009, p.30), garanta o desfrute real dos direitos subjetivos e o respeito ao estabelecido na lei e na Constituição – há que se garantir um processo efetivo e eficiente. No entanto, para isso, é preciso compreender o que vem a ser processo efetivo e o que vem a ser processo eficiente. As recentes reformas do Direito Processual Civil refletem uma tomada de posição universal, que teve o condão de preocupar-se com conceitos e com as formas, rematerializando o direito processual, ao buscar, como finalidade, o resultado do processo e, não somente, a sua forma estruturante (Theodoro Júnior, 2014, p. 15).

O denominado processo de resultado conceituado pelo autor acima mencionado, está ligado à ideia de que o processo – como instrumento estatal de solução de conflitos – deve garantir a quem se encontra em situação de desvantagem no plano jurídico-substancial, a oportunidade de concretizar os efeitos da proteção processual,

Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que quando mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual (Theodoro Júnior, 2014, p. 15).

Assim, o resultado esperado da técnica processual deve ser observado no campo das relações jurídicas substanciais. Desses resultados é que se poderá extrair um maior ou menor grau de efetividade processual, levando-se em consideração o nível de satisfação alcançado através do processo.

Barreto (2003, p.74), mesmo escrevendo em momento distinto, corrobora a ideia de processo de resultado conceituada por Theodoro Júnior, visto que ambos convergem no sentido de que o processo deve ser direcionado não para a aplicação pura da lei e dos ritos processuais, nem deve ser visto como mero instrumento, mas como um instrumento capaz de garantir a entrega efetiva do bem da vida pleiteado pelo requerente,

O processo não deve ser encarado como um mero instrumento da jurisdição ou um emaranhado de procedimentos para que, depois de ajuizada a competente ação e formado o regular contraditório, venha a se proferir uma decisão aplicando a

lei ao caso concreto, pois a lentidão que é marca do procedimento processual, seja qual deles, por sua vez faz com que a decisão de tão tardia, torne-se de nenhuma, ou quase nenhuma valia para aquele que buscou a prestação jurisdicional.

Na verdade, o magistrado deve conduzir o processo de maneira a possibilitar sua efetividade, pois é dever do Estado prestar jurisdição, buscando seu resultado prático o quanto antes possível, especialmente se diante da plausibilidade do direito alegado pela parte requerente[...]

No que pertine ao processo eficiente, essa relação provém do debate do anteprojeto do Código de Processo civil em especial dos cinco objetivos centrais que extraídos, tendo como principais, “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; [...] 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”⁶. É nesse contexto que se enquadra a eficiência, pois ao se adequar o processo à Constituição, consequentemente atingir-se-á o melhor proveito dele e, por reflexo, a eficiência estará atingida.

O processo, para que seja considerado devido, necessita ser eficiente (Didier Júnior, 2013, p. 433). E, por esse motivo, o atingimento dessa eficiência transita por toda a parte geral do Código de Processo Civil vigente, transportando todo o ideal constante nos pilares da Administração Pública, para a gestão processual.

O art. 8º, do Código vigente, é uníssono ao afirmar que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Em outras palavras, em razão da principiologia acima mencionada, constata-se que elas são fundantes de uma outra mentalidade do aplicador do direito, na medida em que precisa adequar anos de uma mente voltada à extinção do processo, para outra que busca o seu maior proveito.

Diante das considerações, é possível traçar uma distinção simples entre eficiência e efetividade processual: efetivo é o processo que confirma o direito invocado e reconhecido judicialmente, eficiente é o processo que atinge o resultado de modo satisfatório. O processo, assim, pode ser efetivo sem ter sido eficiente, pois “atingiu-se o fim ‘realização do direito’ de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo)”. (Didier Júnior, 2013, p. 438)

Contudo, jamais um processo poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo, pois a não realização de um direito reconhecido judicialmente já seria suficiente para demonstrar a ineficiência do processo. Conforme demonstrado por Didier Júnior, a excessiva demora do processo pode gerar um processo efetivo, mas insatisfatório. Diante disso, cabem algumas considerações acerca da duração razoável do processo e da celeridade, institutos que serão abordados em seguida.

⁶ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

1.2 A duração razoável do processo x celeridade – sinônimos?

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Com a introdução de dito inciso, foram alçados à categoria de garantia constitucional, os princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Essa inserção pode ser entendida como um marco para o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, para o sistema processual nacional. A determinação de que o processo deve ser razoável visa atender aos reclames da sociedade que, em muito, acresce a figura do Poder Judiciário a uma instância de poder sem qualquer credibilidade.

A demanda reprimida que ainda existe na atualidade, deve-se ao fato de que é consenso na sociedade que: o processo demorou, demora e vai continuar demorando. Por mais que existam esforços ao atingimento de todos esses parâmetros constitucionais, o ranço de anos de processo que apenas se preocupavam com a forma e se desconectava do direito material, fez com que o cotidiano forense tenha internalizado que sua atuação não precisa ser tão rápida, porque se todos sabem da demora do Judiciário, é mais prático manter essa morosidade e sempre buscar justificativas para repetir esse “costume”.

Ocorre que, não era para ser assim. Quando se analisa vários processualistas contemporâneos, observa-se que as críticas são sempre as mesmas: o processo é moroso, descumpre a duração razoável e, por consequência, não atinge a eficiência que dele se espera. Ao analisar o tema, Klippel e Bastos (2011, p.89), afirmam que os princípios em comento traduzem a efetivação dos reclames da sociedade por um processo ágil e que entregue o seu produto em tempo hábil,

O princípio da duração razoável do processo foi inserido pela EC 45/04 e corresponde aos reclames da sociedade por um processo mais ágil, e que entregue seu produto em tempo hábil às partes, evitando o que Andrea Proto Pisani chama de dano marginal, ou seja, o dano que a própria demora do processo traz ao direito das partes.

Para os autores, o princípio da duração razoável do processo já podia ser extraído do princípio do acesso à justiça. Contudo, foi de suma importância que o legislador o tenha alçado de forma específica em cláusula constitucional, a fim de que não paire dúvida sobre sua essencialidade, e a fim de garantir o direito de acesso à ordem jurídica justa.

Mas, essa percepção não é das mais simples. Isso porque, por se tratar de preceito aberto, muita discussão surge sobre a interpretação a ser conferida à duração razoável: o que seria razoável no atual contexto processual, para cada processo? Essa fórmula não é matemática, até porque, cada demanda a ser apreciada necessita respeitar todas as especificidades do caso concreto.

Não há como se afirmar que o processo terá início e fim, no período devidamente delimitado. A vida é fluida e os problemas colocados à apreciação do

Judiciário acompanham a dinâmica social. Se há um acompanhamento dessa dinâmica, não há como estabelecer um organograma fechado, sem que se transborde as fronteiras. O máximo que se faz é o estabelecimento de balizas aptas a manter um mínimo regramento procedimental, que ao final resulta no respeito ao devido processo legal.

Marinoni (2014, p.234), no tocante ao tema, posiciona-se no sentido de que a duração razoável do processo “exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual”, visto que a demora da obtenção da tutela jurisdicional repercute sobre a efetividade da ação. Essa deve ser conduzida sem perder de vista o problema que a demora pode trazer para a obtenção daquilo que através dela se almeja – o bem da vida.

Diante das considerações acima expostas, cabe trazer à baila a distinção entre o princípio da duração do processo e o princípio da celeridade processual. A própria Carta Constitucional já deixa demonstrado que não se tratam de sinônimos, pois a duração razoável, tem como pressuposto o respeito a prazos previamente estabelecidos pelo legislador, seja constitucional ou infraconstitucional.

Tanto é que, se fossem invocadas ambas as expressões como sinônimos, chegar-se-ia à uma terminologia incongruente, pois celeridade seria o mesmo que velocidade, em que o processo deveria tramitar com a maior velocidade possível, o que por óbvio não é a melhor interpretação a ser conferida (Silva, 2009, p.177). Por sua vez há quem sustente a desnecessidade de realizar essa diferenciação. Câmara (2011, p. 60), afirma que não há distinção entre os princípios da duração razoável do processo e celeridade processual, mas sim uma conjugação entre ambos, da qual resulta o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional.

Trocando em miúdos, o autor nada mais fez que falar a mesma coisa, mas de outra maneira, pois é evidente que celeridade e duração razoável em alguma medida se conectam, mas isso não faz com que uma esteja sobreposta à outra. A ideia central do autor é que processo deve respeitar limites. Mas até que ponto esses limites serão observados e/ou superados? O processo demasiadamente lento poderá não alcançar a justiça desejada.

Por outro lado, o processo excessivamente rápido gera insegurança às partes, dado o fato que até a mais simples demanda, é carregada de algum grau de complexidade, sendo assim, seria quase impossível que produza resultados justos. O processo, assim, não deveria demorar mais do que o efetivamente necessário para que possa alcançar resultados justos, respeitando as garantias impostas pelo devido processo legal, pois é isso que a Carta Constitucional prevê, ainda que não haja um respeito a essa situação, na prática.

Não existir respeito, não quer dizer que não seja importante. Com a fundação de uma nova ordem processual, com o advento do Código de Processo Civil 2015, almeja-se que esse cenário venha a se modificar. Com a constante reciclagem de magistrados que busquem a solução do processo, acrescido da grande demanda de magistrados novos, aprovados em concursos públicos, que começa a ingressar na carreira, aparentemente, ter uma maior oxigenação e trazer toda a compreensão nova voltada à solução do conflito ou da disputa.

Óbvio que não basta apenas os magistrados se oxigenarem. Todos os operadores do direito, desde o estagiário, deverão se adequar à nova vivência judicial, a fim de que o grande interessado – o jurisdicionado – possa voltar a ter um mínimo de confiança de que seu problema será solucionado e, não, sucumbir à total descrença de socorrer ao Estado quando dele necessita.

Desse cenário, conclui-se que o processo deve demorar o tempo necessário para que seja efetivamente legal, e entregue às partes, com segurança jurídica, o seu direito. Somente agindo nesse formato é que se conseguirá atingir o ápice do respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Continuando com essa digressão, tem-se presente que acesso à justiça não pode ser tido como um único significado. E isso é evidenciado na medida em que cada indivíduo possui sua compreensão do que é justiça.

Em razão de toda essa pluralidade de significados, exsurge uma discussão sobre qual seria, de fato, a melhor adequação do termo, diante do atual cenário do direito processual. Mais uma vez, ao se observar o diploma processual vigente, tem-se presente uma tentativa de que o operador do direito esteja com um viés de atuação mais voltado à atribuição de solução ao conflito, que propriamente, de gerar maiores obstáculos à sua perfectibilização.

Há mais de três décadas, os doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth demonstraram que o processo, nos moldes voltados apenas à técnica processual, desprovido de um respeito às garantias individuais do cidadão, era um modelo falido. E falido no sentido de que não conseguia, de fato, gerar acesso à justiça para a coletividade.

Os autores, analisando o contexto social da década de 1980, na Itália, conseguem descrever, em muito, o contexto vivido no contexto brasileiro, atual. Há uma real defesa à forma como se deve tratar do acesso à justiça, de modo a que ele atenda aos anseios da sociedade e, não somente, aos anseios do Estado. Diga-se aqui, atender aos anseios estatais, em razão do fato de que o processo não se preocupava com as partes ali envolvidas e com o direito material por trás daquela demanda. Era muito mais fácil obter a finalização de um processo que gera estatística, que propriamente resolver o conflito e pacificar a relação ali envolvida.

E por aí que os autores, ao analisarem o tema relacionado ao acesso à justiça, afirmavam que

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será de que justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (Cappelletti e Garth, 1988, p. 22)

Dito de outro modo, constata-se que o legislador não é um mágico eleito pela sociedade para solucionar todos os problemas e, tampouco, um milagreiro contumaz. Não há como se achar que a simples mudança legislativa possui o condão de mudar uma cultura quase secular.

Isso não quer dizer que a produção legislativa não seja importante: ela efetivamente é, mas antes de só ter uma cultura legiferante, deve-se ter uma cultura preocupada com a solução do problema de maneira adequada e no tempo apropriado à respeitar o direito ao qual deve ser tutelado. Essa preocupação, assim como a sociedade, deve ser dinâmica, flexível e adaptável. O mundo se modifica, os cenários avançam e o Estado deve seguir nesse prumo. É inimaginável que, em pleno século XXI, ainda tenhamos operadores do direito que tenham suas mentes ainda presas nas décadas passadas: mas isso é uma realidade.

Nem todos tiveram sua formação jurídica em um contexto democrático, tampouco com tantos avanços a ponto de lerem todo o sistema à luz da Carta Constitucional de 1988. Nesse sentido, ditam os rumos processuais como entendem ser adequado, ainda que pratiquem atos contra legem.

Porém, a sociedade clama por socorro. Os conflitos são muitos e ausência de uma resposta adequada, acaba nutrindo de pólvora a insatisfação popular. É por esse motivo que o Estado Democrático de Direito deve cumprir com sua missão de dar uma resposta efetiva àqueles que batem às suas portas não vendo outra saída, senão, a atuação coercitiva para as suas chagas criadas.

O processo deve ser visto como um meio a serviço do povo e, não contra ele. É no cotidiano que devem ser analisados os problemas e buscadas soluções. A tutela adequada dos direitos dos cidadãos, deve atingir o mais amplo dos resultados, com o mínimo de gasto de força bruta (material humano) e tempo (Moreira, 2004, p. 34).

Em muitos casos, o sentimento passado é, o profissional bom é aquele que me faz ganhar tempo. O que se quer dizer com isso? Aqueles que possuem total ciência de que não possuem sua pretensão, resolvem, por simples impulso de questionar, gerar incidentes com o intuito de protelar o processo. E o quão ético isso é? Não, não é nada ético. Por mais que todos tenham direito à defesa, o próprio direito processual não admite a deslealdade. Atuar dessa forma, não modifica o quadro de acesso à justiça. Antônio Carlos Wolkmer (2006, p. 30) ao analisar o cenário acima evidenciado, afirma que

a estrutura normativa do moderno Direito positivo-formal é pouco eficaz e não consegue atender à mundialidade competitividade das atuais sociedades periféricas que passam por distintas espécies de reprodução do capital, por acentuadas contradições sociais e por fluxos que refletem tanto crise de legitimidade quanto crise na efetivação da justiça. Daí a obrigatoriedade de se propor e introduzir discussões sobre a 'crise de paradigmas' dominantes e as rupturas dos modelos de fundamentação, pois, como na correta observação de Thomas S. Kuhn, as crises são uma pré-condição necessárias para a emergência de novas teorias e de novos referenciais.

Em suma, ao se entender que a atuação judicial é um múnus não há como se admitir que práticas contrárias à tutela jurisdicional sejam perpetradas. Não é à toda que a palavra prestação jurisdicional possui mais relação com a prestação de um serviço público que, propriamente, uma benesse concedida pelo Estado: o que evidentemente não é. Tanto não é que, para ingressar em juízo, existem custos e esses custos são repassados aos cidadãos nas taxas judiciárias ou custas processuais. No caso dos usuários do benefício da assistência judiciária gratuita, esse serviço é pago parte pela própria pessoa em retorno aos tributos que paga e em parte pelo cidadão, que no seu dever de solidariedade, auxilia àqueles que necessitam da atuação do Estado.

A melhor exegese de tudo acima transcrito é que justiça para ser efetiva, deve priorizar pelo respeito à identificação do processo como instrumento. O operador do Direito deve ser capaz de entender que os serviços que ali está sendo prestado, deve ter como escopo o de solucionar o problema da população, no caso concreto: que é esse o principal fundamento da existência de Jurisdição.

Mas, e quando há a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, a perspectiva de acesso à justiça deve estabelecer as balizas a fim de cumprir com o desiderato do art. 1º, do Código de Processo Civil 2015, sob o ideal de sintonia com a Carta Constitucional de 1988. Assim, a uniformização da jurisprudência busca diminuir o risco de uma justiça incoerente, a depender de sorte e não da técnica, marcada por falta de previsibilidade.

Nestas situações, Paulo Calmon Nogueira da Gama sustenta que (2012, p. 03), “a discricionariedade se transforma em arbítrio e a iniquidade detectada objetivamente, no mais das vezes, ambienta subjetivismos, favorecimentos ou discriminações inconfessos”. Nesse ínterim, filia-se a ideia de que a utilização dos precedentes, bem como a aplicação de suas técnicas, já aduzidas anteriormente traz maior segurança jurídica e celeridade na resolução de demandas, sem prejudicar o acesso à justiça, no sentido de se ingressar com demandas no Poder Judiciário.

2. A transposição do civil law para a common law: a virada axiológica do sistema processual brasileiro.

O Direito brasileiro, influenciado pelo direito romano-germânico, adotou o sistema civil law, que diz respeito à observação da lei como forma de solução de litígios, ou seja, é a lei a principal fonte do direito, sendo suficiente e plenamente aplicável. Em outras palavras, somente seria apto à solução do litígio, aquilo que está devidamente positivado.

Para Ramires (2010, p. 61) este caráter “legiferante”, ou seja, de legislar, foi positivado no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Conclui-se, portanto, que o modelo brasileiro, inserido na tradição do civil law, tem seu direito vinculado à produção legislativa. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, há uma virada axiológica no modelo processual a ser percebido. O diploma vem em uma toada enfática em realizar alterações no tratamento dos precedentes no direito brasileiro, buscando estrutura-los em um sistema mais coerente, resguardando a isonomia, a segurança jurídica, a celeridade e a resolução de demandas repetitivas, sendo esses princípios orientadores na prolação de decisões judiciais. Citam-se, novamente, os cinco objetivos expressos na exposição de motivos que orientaram a Comissão criadora do novo Código de Processo Civil, a saber:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes,

imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (Anteprojeto do Novo CPC, 2010, p.14).

Destaca-se, portanto, que o objetivo do item 3 supracitado, é fundamental nessa virada do sistema processual. Isso porque, frisa a necessidade de busca pela redução da complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal, o que, claramente apresenta a influência do sistema do common law, visto que, com os institutos criados, o legislador infraconstitucional conferiu ao aplicador da norma meios de aplicar uma mesma tese a diversos casos, fazendo com que o julgado, sob a ótica do neoprocessualismo, construa a norma que rege a relação jurídica processual.

Assim, o que se tem presente, na atualidade, é que os sistemas globais se auto comunicam, ou seja, há sempre um intercâmbio do ponto de vista global em relação à matérias legislativas e jurisdicionais. Sendo assim, na medida em que esse intercâmbio ocorre, o sistema normativo internacional tem influenciado bastante no brasileiro, chegando alguns a afirmar que se está a entrar em um processo de commonlização. (Porto, 2006, p. 763).

O Código de Processo Civil de 1973, em relação ao seu antecessor, não teve alterações significativas. Para Dinamarco (2001, p. 24-25), o referido diploma não representou uma revolução em relação ao anterior, pois consagrava um “modelo processual” equivalente ao antecessor. E, “embora apresentasse “melhor aspecto estético”, o estilo de processo e o procedimento que oferece são os mesmos de outrora”.

O diploma de 1973 era um Código centrado na técnica, em que apresentava várias situações que deixavam a cargo do operador do Direito interpretá-las. Buzaid (1964, p. 28) aduz se tratar de “instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei”. Desse modo, Herbert L.A Hart (1996, p. 151) sustentava que o legislador não tem condições de adequar de forma literal as normas à dinâmica social do mundo atual.

Assim, a função principal do intérprete é a interpretação da legislação para que se adeque à hipótese em que será apreciada. Para Gomes (2013, p.175) a linguagem se insere no cenário de nosso sistema normativo, sendo de absoluta importância, tendo em vista que é através dela, que se dará o desenvolvimento das atividades da Administração Pública, dos advogados, dos promotores, dos juízes e dos auxiliares da justiça, de forma a atingir o escopo da harmonia e pacificação social.

Assim, o diploma de 1973 se apresentou, muitas vezes, com uma linguagem que trouxe entraves a efetivação de direitos, havendo uma distância entre os jurisdicionados e os magistrados, em razão da linguagem jurídica. Por essa razão, os interessados em uma ação judicial se viam afastados, de certa forma, de sua demanda.

3. Os precedentes judiciais e sua aplicação na sistemática dos tribunais: uma análise à luz da segurança jurídica.

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu oficialmente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro normas destinadas a estabelecer o modo de aplicação dos

precedentes, organizando regras já existentes e “associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo (...)” (Nogueira, 2014, p. 07).

Destarte, com o julgamento das diversas demandas repetitivas e consequente alinhamento das decisões se criaria uma nova sistemática nos Tribunais, no sentido de que, ao solucionar tais demandas, se permitiria que novas demandas – diferentes – fossem apreciadas de modo mais pormenorizado, gerando maior agilidade na solução do conflito, pois o esforço seria empreendido em casos que necessariamente, demandariam maior esforço cognitivo.

Ao dispor acerca dos precedentes judiciais, Marinoni (2011, p. 385) aduz que nem toda decisão judicial é um precedente. Só havendo sentido falar de precedentes quando a decisão tiver capacidade de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

Os precedentes judiciais podem ser conceituados como uma decisão proferida que estabelece as balizas de aplicação e estrutura a outros casos concretos, auxiliando em uma espécie de padronização de julgamento para casos similares (Didier Júnior, Braça e Oliveira, 2012, p. 385). E chega-se a essa conclusão em razão da necessidade de uniformizar as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros.

Em muitas hipóteses, é perceptível observar tamanha disparidade entre os julgamentos. Assim sendo, o cidadão que acreditava ser detentor do direito que postula, acaba ficando à mercê da concepção do que determinado magistrado pensa sobre o caso. Isso pode ser ruim, na medida em que não se tem uma margem de confiança ou previsibilidade no julgamento. Na mesma toada, gera-se uma insegurança por parte do jurisdicionado, visto que o ser humano é falho e, sendo falho, pode cometer equívocos no julgamento. Daí brota a necessidade de os entendimentos serem padronizados em relação a teses específicas.

Muitos autores entendem que a aplicação dos precedentes impediria o exercício do direito de acesso ao Judiciário, tendo em vista que haveria uma completa anomia no recebimento de demandas e recursos, simplesmente porque há uma orientação em determinado sentido (Tavares, 2009, p. 10), motivo pelo qual “a aplicação mais rigorosa do precedente impediria o próprio exercício do direito de acesso ao Judiciário, na medida em que o argumento ou a pretensão buscada pelo interessado fosse frontalmente contrária a algum precedente constitucional vinculante”.

Inclusive, de que não haveria como realizar esse tipo de padronização, tendo em vista que, ante as especificidades do caso concreto, seria impossível antever todas as circunstâncias que circundam o caso concreto (Teshiner, 2013, p.16). Em outra banda, encontra-se a maioria da doutrina, sustentando que agir dessa forma, seria privilegiar o cidadão, pois ao contrário de se concordar com a tese de que existiria um privilégio, seria mais adequado que fosse almejado o atendimento aos anseios da coletividade. A ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet (1996, p. 01) que se alinha à ideia de que

É impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias na sucessão, quase interminável, dos recursos colocados à disposição das partes pela legislação processual.

Nenhum progresso para a ciência jurídica resultará do julgamento desses feitos. Eles nada mais são que uma reprodução de peças padronizadas. Da petição inicial ao acórdão derradeiro, nada será acrescentado ao entendimento que já se cristalizou a respeito da matéria. É inútil e custoso manter a máquina judiciária ocupada com questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados.

Em suma o que tem em mente é que, a discussão que envolve os precedentes, transita na seara do engessamento ou não da atuação jurisdicional do Estado, ante os casos concretos que são levados à apreciação. Em uma balança é preciso sopesar os prós e os contras, com o objetivo de aferir se há no Estado Brasileiro, de forma evidenciada, uma cultura que possa suportar a coomonlização, sem que isso gere uma negativa de acesso à justiça: ao que parece, a tendência é que essa visão estará superada.

Vários institutos jurídicos foram importados pelo sistema processual brasileiro, com o intuito de se desvencilhar dessas amarras do precedente, caso o caso concreto não se adegue perfeitamente. Muito embora não seja o foco do presente excerto, tratam-se, em especial, do *distinguishing*, *overruling* e *overriding* (que servem tanto à superação de precedentes, como à demonstração, pelas partes, de que o caso é distinto daqueles que geraram o precedente judicial).

Isso porque, o cidadão precisa ter segurança de que o Estado e terceiros procederão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de o aplicar, o farão de maneira adequada. Marinoni (2011, p. 126-127) ilustra que, na visão do processualista, o sistema jurídico brasileiro identifica-se completamente ausente de efetividade (leia-se segurança jurídica ou previsibilidade das decisões), pois, segundo ele, seria incapaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. A segurança jurídica é preocupação frequente da doutrina, Faria (2012, p. 90) argumenta que este instituto, no contexto da *common law*, refere-se à ideia de que o cidadão possa prever o resultado de um comportamento adotado ou a adotar, baseando-se em regras de conduta utilizadas na prática — precedentes jurisprudenciais — a fim de garantir a não surpresa e um resultado previsível pelas instâncias julgadoras.

Pode-se dizer, que a resistência, por parte da doutrina em consagrar o uso dos precedentes está fundada a falsa ideia, própria à *civil law*, de que a lei seria suficiente para assegurar a certeza e a segurança jurídica. A tradição do *civil law* insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria possível se a lei fosse estritamente aplicada. Desta forma, ao analisar o instituto dos precedentes, conclui-se que a aplicação deste instituto, com o advento do novo CPC, não prejudica o acesso à justiça, mas sim, almeja garantir a segurança jurídica, bem como a celeridade processual, trazendo inúmeros benefícios à sociedade e, principalmente, aos operadores do direito.

Ademais, o Estado está revestido de competentes profissionais, alguns deles, formadores da doutrina jurídica dominante, ao passo que no polo contrário da ação está o cidadão, este sim parte hipossuficiente na relação jurídica, que para pleitear seus direitos ofendidos pelo Estado, se vê diante do *imperium* estatal, este, ditador das normas jurídicas, as quais lhe confere extrema proteção. O direito, como ciência,

deve acompanhar o desenvolvimento social. Sendo assim, os argumentos que sustentam o posicionamento de que os precedentes geram um engessamento do Judiciário, não pode prevalecer. Conforme exposto no decorrer do trabalho, a sociedade clama pela prestação jurisdicional eficiente e eficaz, e por um processo justo. Esse processo justo deve ter segurança jurídica, associada à duração razoável do processo, uma vez que, como diria Betinho “Quem tem fome, tem pressa”.

De nada adiantaria um processo ajuizado, caso não seja respeitada a duração razoável do processo. Agir de maneira contrária, seria afrontar a dignidade da pessoa humana, afinal, a aplicação dos precedentes, associada à duração razoável, garante um devido processo legal substancial e assegura a dignidade da pessoa humana, que, pela primeira vez, consta expressamente em um diploma processual.

Considerações finais

Como demonstrado, o sistema de precedentes judiciais ainda encontra resistência no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da influência advinda do civil law, de que a lei seria suficiente para assegurar a certeza e a segurança jurídica. A morosidade no Poder Judiciário é tema de grande preocupação atualmente.

O intenso aumento no número das demandas, a busca por julgamentos mais céleres, a isonomia nas decisões e, principalmente, a efetividade dos tribunais nos julgamentos, são questões recorrentes no Direito Processual Civil brasileiro. Nesse interim, vários institutos foram idealizados almejando solucionar os problemas aqui listados, contudo, não se mostram eficientes ou, melhor dizendo, por completo, para lidar com a complexidade jurisdicional brasileira atual.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, as premissas constitucionais conjugadas aos precedentes, tiveram a capacidade de consolidar um microsistema na tentativa de preservar os direitos dos jurisdicionados: garantir segurança jurídica e celeridade na apreciação das causas levadas ao Judiciário. Todavia, há, ainda, quem discorde da aplicação do referido instituto, ao argumento haveria um engessamento do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, eles - os precedentes judiciais - visam garantir a efetividade dos julgamentos, viabilizando a segurança jurídica, possibilitando, dessa forma, ao Poder Judiciário se comprometer, efetivamente, com a baliza de um desenvolvimento jurídico mais estabilizado e mais consolidado, evitando surpresas àqueles que necessitam do Estado para a solução de suas controvérsias. Isto posto, a aplicação dos precedentes judiciais, alinha-se à Carta Constitucional de 1988 e preserva a efetividade aos julgamentos, uma maior segurança jurídica, previsibilidade aos jurisdicionados e a duração razoável do processo.

Referências

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. Curso de Direito Processual Civil: conforme a jurisprudência. ed. 2. rev. ampl. e atual. Renovar. Rio de Janeiro. 2003.

BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964. 144 p. [34874] Anteprojeto do Novo CPC

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16. mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil.) Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16. mar. 2020.
- BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10. nov. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10. nov. 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 21. ed. Lumem Juris. Rio de Janeiro, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan./mar. 2008. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52654>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20. ed. São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2004.
- DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DINAMARCO, Candido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 5.ed. Malheiros: São Paulo. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- FARIA, Gustavo de Castro. Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. A referência expressa ao autoprecedente como instrumento de coerência, equidade, transparência e racionalização nas manifestações do Parquet. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br>>. Acesso em: 21 nov. 2016.
- GOMES, Marcelo Sant’Anna Vieira. Os poderes instrutórios do magistrado à luz do pensamento de Jurgen Habermas: uma análise da linguagem e o direito probatório. In: Pozzoli, Lafayette, Sobreira Filho, Enoque Feitosa, Oliveira Júnior, José Alcebíades de (coords). Filosofia do direito I. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 168-191.

KLIPPEL, Rodrigo; Bastos, Antonio Adonias. Manual de Processo Civil. 1. ed.
Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2011

CRIMINOLOGÍA

El tabaquismo materno durante el embarazo y su relación a futuro con la conducta criminal en la descendencia^(*)

Maternal smoking during pregnancy and its future relationship with criminal behavior in offspring

Hugo Cesar Puente Lozano¹

Sumario: Introducción. 1. Tabaquismo; 2. Efectos del tabaquismo materno durante el embarazo (TME); 3. Correlación entre el tabaquismo materno durante el embarazo (TME) y el comportamiento criminal. – Conclusiones. – Lista de referencias.

Resumen: El tabaquismo materno constituye uno de los teratógenos implicados en el bajo peso del menor al nacer, mayor riesgo de contraer asma y bronquitis, aumento de neoplasias benignas, así como en la afección en el desarrollo y función cerebral del feto. En este trabajo de revisión se tratarán estas cuestiones bien documentadas por la medicina, pero también se analizará como el tabaquismo materno compone un factor de riesgo que puede contribuir en el origen del comportamiento criminal; y que de igual manera, se ha encontrado una asociación con otras alteraciones en la conducta en la niñez y en la edad adulta como adicciones, impulsividad, bajo rendimiento escolar, hiperactividad, agresividad, enfermedades mentales, entre otras.

Palabras clave: Tabaquismo materno, comportamiento criminal, factores criminógenos

Abstract: Maternal smoking constitutes one of the teratogens implicated in the low weight of the minor at birth, increased risk of contracting asthma and bronchitis, increased benign neoplasms, as well as the development and brain function of the fetus. In this review work, these issues well documented by medicine will be addressed, but it will also be

^(*) Recibido: 08/07/2020 | Aceptado: 24 /08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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 por el Instituto Universitario del Centro de México. Colaborador del Colegio Mexicano de Criminólogos, Criminalistas y Expertos en Ciencias Forenses. Ganador del 1er. lugar en el Primer Concurso Estatal de Ensayo Criminológico en la Ciudad de San Luis Potosí, México. Certificado como perfilador criminal por la *International Association of Forensic Investigators*(IAFI).
hcpl_100@hotmail.com

analyzed how maternal smoking constitutes a risk factor that may contribute to the origin of criminal behavior; and that in the same way, an association has been found with other behavioral alterations in childhood and adulthood such as addictions, impulsiveness, poor school performance, hyperactivity, aggressiveness, mental illness, among others.

Keywords: Criminal behavior, criminogenic factors, maternal smoking.

Introducción

Según el reporte del Centro Nacional de Estadísticas de Salud (NCHS), en Estados Unidos una de cada catorce mujeres informaron haber fumado durante el embarazo, este índice disminuyó en relación al aumento en la educación en las mujeres que acabaron la escuela secundaria o más; el fumar durante el embarazo fue más común en edades entre los 20 y 24 años (elEconomista.Es, 2018).

El tabaquismo materno engloba un gran reto para la salud pública, ya que la mujer representa el 20% de los fumadores en el mundo, y es precisamente esto, que el tabaquismo materno es una de las causas más importantes a prevenir para evitar problemas secundarios en la descendencia como el bajo peso al nacer, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, entre otros.

1. Tabaquismo

El tabaquismo es aquella afección sufrida por la adicción al tabaco, el cual su principal componente adictivo es la nicotina. Aunque recientemente ha habido una disminución en el consumo del tabaco por parte de los hombres a nivel mundial, sigue siendo una de las principales adicciones a las sustancias tóxicas y un problema de salud pública en gran parte del mundo; tanto es así, que hoy en día hay más de 1,300 millones de consumidores de tabaco en el mundo.

El tabaco incluye alrededor de 4,000 partículas, y después de la combustión se han detectado 6,000: 65 son posibles carcinógenas y otras 11 son agentes cancerígenos ya comprobados. La nicotina es la causante de la adicción al tabaco, y en la mayoría de los cigarros contienen 10 mg. o más de nicotina (Ballen, et ál., 2006; Ruiz et ál., 2004).

Uno de los tantos componentes cancerígenos que contiene el tabaco es el cadmio, el cual se ha asociado con déficits del neurodesarrollo. El cadmio es usado principalmente en la fabricación de baterías recargables de uso doméstico e industrial, aunque hoy en día se han ido reemplazado en su fabricación por otros materiales menos tóxicos tanto para el ser humano como para el medio ambiente.

El cadmio es un neurotóxico de alta toxicidad para los organismos vivos aun en bajas concentraciones; una de las principales vías de ingreso al sistema es por la vía inhalatoria, donde los cigarros y puros son una fuente importante de inhalación (Saldivar et ál., 1991).

El cadmio no solo tiene una alta concentración en todos los productos de tabaco, sino que el tabaco liberado como humo de cigarrillo se absorbe pasivamente a una velocidad tal que las concentraciones de cadmio en la sangre de los no fumadores que inhalan el humo de los fumadores cercanos coinciden con las de los fumadores activos (Hubbs-Tait, et ál., 2005, p.99).

El cadmio también ha tenido implicaciones en el comportamiento criminal. Se ha comprobado que las muestras de delincuentes violentos en Estados Unidos, tienen más cadmio que los delincuentes no violentos; también, aquellos niños con problemas de conducta en las escuelas primarias de Estados Unidos tienen altos niveles de cadmio (Raine, 2013).

2. Efectos del tabaquismo materno durante el embarazo (TME)

Es durante la etapa prenatal (previa al nacimiento), donde puede ser determinante para que en un futuro se produzca un sano y normal desarrollo. Existirán factores internos y externos (o mejor llamados teratógenos) en la madre que pueden afectar ya sea de manera positiva como negativa el correcto progreso del embarazo; el uso del tabaco de la madre durante el embarazo comprende uno de estos factores de riesgo.

Bermejo (2010) define a los teratógenos como:

todo agente ambiental que llega al embrión o feto a través de la madre y que es capaz de causar, directa o indirectamente, anomalías estructurales (mayores o menores) o funcionales (alteraciones bioquímicas, metabólicas, hormonales, inmunológicas, del crecimiento y del comportamiento) en el embrión, el feto o, incluso, en el niño después del nacimiento (p.107).

En 1985 Nieburg denominó el termino: síndrome tabáquico fetal, al cortejo de expresiones que aparecen en el feto a causa del tabaco (Pérez, 2000). El tabaquismo materno durante el embarazo (de aquí en adelante referenciado como TME), puede traer consecuencias graves en las etapas prenatales y posnatales. Entre los efectos adversos se pueden encontrar los siguientes (Chinchilla y Duran, 2019):

- Existe una reducción en el crecimiento fetal, así como una disminución del peso al nacer;
- Se ha demostrado que el TME puede provocar sobrepeso en la infancia;
- Existe mayor riesgo de convulsiones febriles en niños expuestos al tabaco en el periodo prenatal;
- Se ha observado un aumento del volumen alveolar en los pulmones, y una disminución del calibre de las paredes de la vía aérea;
- Hay un mayor riesgo de contraer asma y bronquitis;
- El TME aumenta significativamente el riesgo de neoplasias benignas.

A la par de esto, pueden también coexistir complicaciones en el neurodesarrollo, de los cuales se han ligado con los problemas de comportamiento y la conducta criminal en la descendencia. La nicotina y el monóxido de carbono son los principales elementos que se encuentran en el humo del tabaco, estos pueden atravesar la placenta lo que limita el suministro de oxígeno a los tejidos; por lo que

se ha inferido que estos componentes obstaculizan el desarrollo del cerebro en la etapa fetal (Ekblad et ál., 2015).

El TME puede modular el desarrollo y la función cerebral del feto y las consecuencias neurológicas a largo plazo, y hay más posibilidades de que los niños tengan más trastornos del movimiento; además, se ha sugerido una reducción de las capacidades psicomotoras infantiles (Chinchilla y Duran, 2019). Martin et ál. (2006) también advierten los efectos duraderos del TME relacionados con el comportamiento y temperamento en el desarrollo de los niños.

Además, la exposición prenatal al tabaco se ha asociado al adelgazamiento cortical en las cortezas parietales frontal y superior (El Marroun, et ál., 2016). Estos hallazgos también de manera previa fueron encontrados por Toro et ál. (2008) al medir el grosor de la corteza cerebral, donde se utilizó imágenes de resonancia magnética en base a 155 adolescentes que habían sido expuestos al tabaquismo en la edad prenatal. Encontraron un adelgazamiento de las cortezas orbitofrontal, frontal medio y parahipocampal, los cuales fueron más pronunciados en los adolescentes.

Estas consecuencias adversas en el neurodesarrollo y la exposición a teratógenos, pueden estar ligados a contribuir en la etiología de las conductas criminales. Se ha comprobado que los niños que sufrieron exposición a sustancias en la etapa prenatal, están con mayor riesgo de externalizar problemas de conducta y violencia (Terrell et ál., 2019). Así también, los déficits en el neurodesarrollo juegan un papel importante en el origen de la conducta antisocial persistente (Paradis et ál., 2015). Brennan et ál. (1999) refieren que los déficits del sistema nervioso central pueden ser el factor mediador entre el tabaquismo materno y el comportamiento desviado de la descendencia. Por lo que se ha aludido que una exposición del tabaco en la etapa materna, puede desarrollar un papel causal en el origen de la conducta antisocial severa a través de los efectos teratológicos en el feto (Wakschlag et ál, 2002).

Por último, Zhou et ál. (2014) citan algunas afectaciones que puede tener la exposición al tabaco durante el embarazo:

- Casi todos los sistemas de órganos en desarrollo parecen estar afectados por la exposición prenatal al tabaco;
- La exposición prenatal al tabaco produce alteraciones en el metabolismo de las proteínas, como en la acumulación de ciertos productos químicos, tanto en la madre como en el feto;
- En experimentos con ratas se ha observado que la EPT causa un déficit en la serotonina y dopamina, lo que incluye una absorción reducida de serotonina en muchas áreas del cerebro;
- Una de las consecuencias de la EPT es un deterioro en la función cognitiva, que se refleja en bajos puntajes en pruebas de rendimiento y el bajo rendimiento escolar.

3. **Correlación entre tabaquismo materno durante el embarazo (TME) y el comportamiento criminal**

Pocas veces (o casi nunca) se encuentra dentro de la literatura criminológica (al menos en México), el tema del TME como un factor criminógeno a considerar dentro del origen del comportamiento criminal. Al no haber información en el idioma español, se pasa por alto tales temas, restándole importancia (así como muchos otros). Este problema, de no encontrar una amplia literatura en español, ha traído consecuencias negativas en la enseñanza de la criminología en México: no hay innovación en la creación de libros de criminología por parte de los autores, centrándose siempre en la generalidad; los principales libros de criminología referenciados en las aulas de enseñanza no están actualizados a las demandas que envuelven hoy en día a la sociedad; ha habido un conformismo general en los profesionales encargados del estudio de los delitos.

Ante tales circunstancias, se hace necesario referenciar las consecuencias que tiene el TME en el comportamiento criminal, sustentándolo en estudios que se han hecho en otros países, los cuales no están disponibles en el idioma español.

Otros efectos graves en el comportamiento que se evidencian en la niñez y en la edad adulta relacionados al TME son: las enfermedades mentales, el trastorno de conducta, la hiperactividad, la impulsividad, la conducta antisocial; los cuales se irán desglosando brevemente para comprender su injerencia en la conducta criminal.

El trastorno de conducta se caracteriza por el persistente comportamiento en el cual no se respetan los derechos básicos de otros o las normas sociales. Este trastorno se diagnostica antes de los 18 años de edad: los niños o adolescentes pueden tener comportamientos agresivos, mentiras repetitivas, robos recurrentes a sus padres, fugas de la casa, impulsividad, etcétera. El análisis de este trastorno es importante, ya que es muy probable que aquellos niños o adolescentes que fueron diagnosticados, continúen con este patrón de comportamientos a la edad adulta, en el cual la configuración de este trastorno se convertiría en el trastorno antisocial de la personalidad, usualmente llamado psicopatía.

Waksclag, et ál. (1997) encontraron que aquellas madres que fumaban medio paquete de cigarrillos durante el embarazo, tenían mayores posibilidades de que su hijo desarrollara un trastorno de conducta; esto después de controlar otros factores de riesgo como el estado socioeconómico, la edad de la madre, la personalidad antisocial de los padres y el abuso de drogas durante el embarazo.

Poco tiempo después, Weissman et ál. (1999) descubrieron resultados semejantes, al encontrar que aquellos niños en el inicio prepuberal tenían 4 veces mayor riesgo de tener un trastorno de conducta, y en las niñas se halló que tenían 5 veces de mayor riesgo de dependencia a las drogas al inicio de la adolescencia; todo ello, aun después de descartar otros factores de riesgo como el abuso de drogas de la madre durante el embarazo, factores de riesgos familiares y el tabaquismo de la madre posnatal. Además, Indredavik et ál. (2007) encontraron que los adolescentes que habían sido expuestos al humo del tabaco en la etapa prenatal exhibían más conductas en la ruptura de las reglas y agresividad.

En un estudio longitudinal llevado a cabo en Nueva Zelanda, se mostró que los niños que habían sido expuestos al tabaquismo materno durante el embarazo,

reflejaban mayores tasas de síntomas psiquiátricos relacionados al trastorno de conducta, abuso de alcohol y drogas, y depresión. También se halló, que fumar durante el embarazo tuvo de manera significativa índices mayores de síntomas del trastorno de la conducta al final de la adolescencia, el cual era más pronunciado en hombres que en mujeres (Fergusson et ál., 1998).

En cuanto a la relación del TME y las enfermedades mentales, Ekblad et ál. (2010) encontraron mayor riesgo de morbilidad psiquiátrica en la exposición prenatal al tabaquismo; pero se descubrió un dato interesante: que la exposición prenatal al tabaco actúa como un factor protector contra la anorexia nerviosa en niñas que habían sido expuestas a menos de 10 cigarros por día.

Talati et ál. (2013) detectaron que aquellas personas que estuvieron expuestas al tabaquismo en el útero, tenían un riesgo dos veces mayor de desarrollar trastorno bipolar; pero advierten que será necesario tomar en cuenta otros factores que no han sido considerados antes de relacionar el tabaquismo como un agente causal del trastorno bipolar. En otras investigación, el fumar durante la etapa prenatal se consideró como un factor de riesgo para formas más graves de psicopatología en el espectro del estado de ánimo (Mackay et ál., 2016).

Niemelä et ál. (2016) en un estudio realizado en Finlandia, basando su análisis en todos los nacimientos comprendidos entre el año 1983 al 1998, se identificaron 977 casos de esquizofrenia en estas fechas. Los resultados fueron que: el fumar durante el estado de embarazo aumentaba un 38% las probabilidades de desarrollar el trastorno de esquizofrenia. Por lo que sugieren el prevenir fumar durante el embarazo para disminuir los casos de esquizofrenia en su descendencia. La esquizofrenia puede presentar síntomas psicóticos como alucinaciones y delirios, esta ruptura con la realidad puede dar paso a delitos violentos inducidos por la propia alteración de la realidad, donde la persona presenta delirios persecutorios o alucinaciones de comando (se le pide que asesine o dañe a alguien más).

El consumo de alcohol puede convertirse en una patología mental cuando la ingesta de bebidas alcohólicas es incontrolable, y se desarrolla una necesidad y ansiedad por su consumo. Se hizo un seguimiento por más de 40 años en una muestra de 1,625 personas, con el objetivo de asociar el tabaquismo materno y el alcoholismo en la descendencia. Los resultados arrojados fueron que la descendencia de las madres que fumaron 20 cigarros o más por día, manifestaron mayores riesgos de desarrollar el trastorno por consumo de alcohol de por vida; de manera adicional, se encontró un inferior funcionamiento académico posterior a los 7 años en las madres que consumían tabaco durante el embarazo (Nomura et ál., 2011).

Por otra parte, Quinn et ál. (2017) tratando de buscar una relación entre la exposición al tabaquismo en el periodo prenatal y su relación con el desarrollo de un trastorno mental grave, en base a un estudio de cohorte de más de 1 500 000 de personas, no encontraron un apoyo causal entre tales variables.

Además, se ha asociado el tabaquismo materno con los déficits de aprendizaje, problemas de memoria, disminución en la resolución flexible de problemas e impulsividad (Cornelius et ál., 2001). Símil a esto, Fitzpatrick et ál. (2014) también encontraron que aquellos niños (que se encontraban en cuarto grado de la escuela)

y que sus madres habían informado haber fumado durante el embarazo, con un promedio de 10 o más cigarros al día, mostraban niveles más altos de comportamiento impulsivo y participaban menos en el aula; por lo que este estudio asocia el tabaquismo materno con problemas de comportamiento en niños 10 años después.

Igualmente, se ha encontrado evidencia entre el tabaquismo materno y el bajo rendimiento escolar de la descendencia (Kristjansson et ál., 2017). En un estudio de cohorte en Suecia, se analizaron a 400,00 jóvenes de 15 años de edad, los cuales habían sido expuestos al tabaquismo prenatal, los resultados fueron que el bajo rendimiento escolar tenía su influencia en el TME; otro dato interesante que se encontró en esta investigación fue: que si la madre había fumado en su primer embarazo, pero no en su segundo, el hermano menor también tenía un mayor riesgo de bajo rendimiento escolar (Lamber et ál., 2006). Hay que tener en cuenta que este bajo rendimiento escolar, puede originar otros factores de riesgos importantes en el menor, como la deserción escolar, analfabetismo, problemas emocionales, entre otros.

Es importante poner atención al tema de la impulsividad en niños y adultos, ya que aquellos niños que son más impulsivos, tienen mayor riesgo de un involucramiento a temprana edad en conductas adictivas y el uso de drogas (Pagani et ál., como se cita en Fitzpatrick et ál., 2014). En otro estudio, se examinó a 126 niños de 72 meses, en los cuales se encontró que: la exposición prenatal al cigarro se asoció con el comportamiento impulsivo (Fried et ál., 1992).

La impulsividad es definida “como una predisposición hacia reacciones rápidas y no planificadas a estímulos internos o externos sin tener en cuenta las consecuencias negativas de estas reacciones para el individuo impulsivo o para los demás” (Moeller et ál., 2001, p. 1784). Esta impulsividad está dentro de los principales factores criminógenos en los detenidos, y por tanto, forma una parte importante en la explicación del comportamiento criminal.

En cuanto a la relación entre el TME y el comportamiento criminal, Brennan et ál. (1999) realizaron un interesante estudio para encontrar la conexión entre la exposición al tabaco y la conducta criminal en la edad adulta. Los individuos fueron en base a una cohorte de 4169 varones en Dinamarca que habían nacido entre septiembre de 1959 a diciembre de 1961. Sus arrestos se verificaron ya cuando habían cumplido 34 años de edad. Los hallazgos importantes a considerar en este estudio fueron:

- El tabaquismo materno predijo de manera relevante los arrestos violentos y no violentos;
- El tabaquismo materno fue significativo mayor en la predicción de la delincuencia persistente durante toda la vida, aun después de controlar posibles confusiones como: hospitalización de los padres, uso de drogas durante el embarazo, arresto del padre, rechazo materno y edad de la madre;
- Aquellos hombres cuyas madres fumaban 20 cigarros al día durante el tercer trimestre tenían: 1.6 veces más probabilidades de ser arrestado por un delito no violento, 2 veces más probabilidades de ser arrestado por un

delito violento, y 1.8 más probabilidades de ser delincuentes persistentes de por vida. Todo ello en comparación con aquellos hombres cuyas madres no fumaban durante el embarazo;

- Un factor de riesgo que se identificó con relación al tabaquismo materno en predecir conductas criminales fueron las complicaciones de parto. Ningún otro factor explicaba la predicción de la conducta criminal;
- Su estudio respaldó la hipótesis que el tabaquismo materno durante el embarazo tiene una relación muy significativa con mayores índices de delincuencia en los hombres de edad adulta.

Anteriormente, se encontraron resultados similares. En un estudio de cohorte realizado en Finlandia en el año 1992, con 5966 hombres en estudio, se detectó que los varones cuyas madres fumaron durante el embarazo tenían el doble de probabilidades de tener antecedentes penales a los 22 años (Rantakallio et ál; como se cita en Brennan et ál., 1999).

Wakschlag et ál. (2006) por su parte, encontraron que los niños expuestos al tabaquismo prenatal eran más propensos a un inicio temprano de comportamiento criminal, pero también a desarrollar un trastorno de oposición desafiante e hiperactividad. Diez años atrás, también se intentó explicar la hiperactividad con la exposición prenatal al tabaquismo. El análisis fue en base a 140 personas entre 6 y 17 años de edad que habían sido diagnosticados con Trastorno de déficit de aprendizaje e hiperactividad (TDAH), y 120 personas de comparación normal; el 22% de los niños con TDAH habían tenido antecedentes de TME, en comparación con el 8% de las personas normales, así también se encontraron diferencias significativas en el coeficiente intelectual entre los dos grupos de estudio (Milberger et ál., 1996).

El TDAH se ha asociado de manera relevadora con el comportamiento criminal y la delincuencia, comportamientos problemáticos más graves y una deficiente autoestima (Pratt et ál., 2012; Chae et ál., 2001). Finalmente, en un meta-análisis realizado a partir de 15 estudios de cohortes y 5 estudios de casos de control con aproximadamente 3 millones de participantes, se concluyó que el riesgo de TDAH fue mayor para los niños cuyas madres fumaban mucho, en comparación con aquellas que fumaban poco (Huang et ál., 2018).

En un estudio que tenía por objeto demostrar la relación entre el tabaquismo materno y el comportamiento criminal, se llevó a cabo un seguimiento con más de 11,000 personas, desde el sexto mes de embarazo hasta la edad de 28 años. Se descubrió que los hijos de madre que habían fumado durante el embarazo en comparación de aquellas que no habían fumado, tenían más del doble de riesgo de cometer un delito violento o realizar delitos de manera repetida, todo esto aun después de controlar otros factores de riesgo biopsicosociales. Igualmente, se observó que cuando el tabaquismo en la edad materna se había combinado con la edad de la madre en menos de 20 años, una familia monoparental, un embarazo no deseado, y un retraso en el desarrollo al caminar o al hablar, los delitos violentos aumentaron hasta nueve veces y aquellos delitos persistentes hasta 14 veces (Räsänen et ál., 1999).

Paradis et ál. (2011) descubrieron que la descendencia de las madres que fumaban durante el embarazo (más de 20 cigarros al día) tenían más probabilidades de tener un registro de arresto de adultos, sus hallazgos fueron similares en ambos sexos. Sus resultados también sugirieron que el TME puede ser un factor de riesgo independiente para antecedentes penales en la edad adulta, manifestados por múltiples arrestos.

La contraparte de toda la información revisada hasta ahorita nos deduciría de una manera lógica, que entonces, si la madre deja de fumar durante el embarazo habría una disminución en los problemas de conductas de su descendencia. Robinson et ál. (2010) confirmaron esta idea, al encontrar que aquellas madres que eran fumadoras ligeras y que dejaron de hacerlo a las 18 semanas de embarazo, mostraron mejor comportamiento en sus hijos; así también, las madres que no dejaron de fumar, su descendencia tenía riesgos más altos de problemas de conducta clínicamente significativos en niños de 2 a 14 años.

En otra investigación, se encontraron resultados semejantes: aquellos hombres cuyas madres habían fumado durante el tercer trimestre del embarazo, tenían 1,6 más probabilidades de ser arrestado por un delito, en comparación con aquellos hombres cuyas madres no fumaban; todo esto, después de controlar otros factores de riesgo demográficos, parentales y perinatales (Brennan et ál., 2002).

Uno de los problemas que se han venido criticando en estos estudios, es que no se valoran otros factores de riesgo que junto con el TME producirían los problemas de conducta en la descendencia. Por lo que hay que ser cauteloso al asociar el TME con la conducta criminal. Maughan et ál. (2004) advierten que las relaciones observadas entre el tabaquismo prenatal y los problemas de conducta en la niñez, se pueden confundir con otros factores de riesgos conocidos durante el desarrollo de la conducta del niño.

Entre los datos sustanciales que se deberían de tener en cuenta en los estudios a futuro en cuanto a la ETM son las características de la madre, ya que se han encontrado otros factores relacionados que pueden tener un efecto extra sobre la posible conducta de su descendencia, estos son algunos puntos a considerar (Godleski et ál., 2018):

- Riesgo demográfico;
- Practicas negativas de crianza, como relaciones conflictivas entre los padres y la disciplina severa;
- La nutrición de la madre;
- La sensibilidad materna en la infancia, ya que actúa como un factor protector en el sano desarrollo del menor;
- Las conductas antisociales de la madre.

Estas características se deben considerar como una variable más entre estos estudios, puesto que Wakschlag et ál. (como se cita en Jaffee, 2012) encontraron que las madres que fuman durante el embarazo se diferencian de aquellas que no fuman; por ejemplo las primeras tienden a tener un historial de comportamiento antisocial, tienen menos educación y menos ingresos económicos, por lo que estos factores de riesgos podrían explicar la conducta antisocial en sus hijos. En otra investigación

(Boutwell y Beaver, 2010) también se observó que las madres que fumaban durante el embarazo tenían más desventajas sociales, tenían más conductas de riesgo para la salud, y tenían más probabilidades de tener parejas que participaban en conductas de riesgo para la salud, todo esto en comparación con las madres que no fumaban durante el embarazo. Siguiendo este mismo estudio, cuando se tomaron en cuenta estos factores de riesgo, el efecto de la exposición prenatal al humo del cigarro en los problemas de la conducta infantil ya no fue estadísticamente significativo.

Siguiendo esta misma línea, Gibson y Tibbetts (como se cita en Raine, 200), en una muestra de los Estados Unidos, encontraron que el tabaquismo se interrelaciona con la ausencia de los padres al predecir el inicio temprano de la delincuencia. Así mismo, Huijbrets et ál. (2008) realizaron un estudio para relacionar el TEM con el historial de conductas antisociales de la madre, estas correlaciones encontraron que los hijos tenían un riesgo desproporcionadamente alto de estar en una trayectoria de alta agresión física; también se halló que estas dos variables eran más intensas cuando los ingresos económicos eran relativamente bajos. Estas variables (TEM y el historial de conducta antisocial de la madre) fueron un gran predictor de la agresión física sobre su descendencia.

Otra cuestión fundamental, es incluir entre estas variables el tabaquismo del padre, puesto que se ha relacionado mayor riesgo de problemas de conducta de los niños cuando el padre fumaba durante el embarazo, pero la madre no. Por lo que es de suma importancia incorporar en los estudios, de igual manera, los síntomas psiquiátricos del padre y de la madre en relación del TME y su relación causal con los trastornos de la conducta (Roza et ál., 2009).

Conclusiones

El tabaquismo materno concibe un riesgo grave no solo para la salud física, sino también como un componente significativo que puede alterar el comportamiento prosocial en la descendencia. Es así, que los profesionales encargados del estudio del delito, deben considerar este riesgo dentro de los programas preventivos integrales del delito, y no sólo adjudicar este problema a una cuestión de salud pública.

Se recomienda que en los estudios a futuro se incluya el TME dentro del conjunto de factores de riesgo para la conducta criminal, y no como una variable independiente y unificadora. Se sabe que un solo factor no explica por sí sola la conducta criminal, sino la confluencia de varios factores; sin embargo, el TME aporta datos precisos de que puede ser un factor criminógeno importante en la explicación en el origen del comportamiento criminal de una persona, y del mismo modo, puede contribuir a que se desarrollen otros problemas de conducta que pudieran alterar el sano desarrollo mental en la niñez y hasta la edad adulta.

Lista de referencias

- Ballen, M. A., Jagua, A. G., Alvarez, D. L., y Rincon, A. (2006). El cigarrillo: Implicaciones para la salud. *Revista de la Facultad de Medicina*, 54(3), 191-205.
- Bermejo, E. S. (2010). Valoración de teratógenos y pautas a seguir ante el niño prenatalmente expuesto a un teratógeno. *Protoc diagn ter pediater*, 1, 107-115.
- Boutwell, B. B., & Beaver, K. M. (2010). Maternal cigarette smoking during pregnancy and offspring externalizing behavioral problems: a propensity score matching analysis. *International journal of environmental research and public health*, 7(1), 146-163. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2819781/pdf/ijerph-07-00146.pdf>
- Brennan, P. A., Grekin, E. R., & Mednick, S. A. (1999). Maternal smoking during pregnancy and adult male criminal outcomes. *Archives of general psychiatry*, 56(3), 215-219. <https://doi.org/10.1001/archpsyc.56.3.215>
- Brennan, P. A., Grekin, E. R., Mortensen, E. L., & Mednick, S. A. (2002). Relationship of maternal smoking during pregnancy with criminal arrest and hospitalization for substance abuse in male and female adult offspring. *The American journal of psychiatry*, 159(1), 48-54. <https://doi.org/10.1176/appi.ajp.159.1.48>
- Chae, P. K., Jung, H. O., & Noh, K. S. (2001). Attention deficit hyperactivity disorder in Korean juvenile delinquents. *Adolescence*, 36(144), 707-725.
- Chinchilla, T. A., y Durán, M. P. (2019). Efectos fetales y posnatales del tabaquismo durante el embarazo. *Medicina Legal de Costa Rica*, 36(2), 68-75. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152019000200068
- Cornelius, M. D., Ryan, C. M., Day, N. L., Goldschmidt, L., & Willford, J. A. (2001). Prenatal tobacco effects on neuropsychological outcomes among preadolescents. *Journal of developmental and behavioral pediatrics*, 22(4), 217-225.
- Ekblad, M., Gissler, M., Lehtonen, L., & Korkeila, J. (2010). Prenatal smoking exposure and the risk of psychiatric morbidity into young adulthood. *Archives of General Psychiatry*, 67(8), 841-849. <https://jamanetwork.com/journals/jamapsychiatry/fullarticle/210861>
- Ekblad, M., Korkeila, J., & Lehtonen, L. (2015). Smoking during pregnancy affects foetal brain development. *Acta paediatrica*, 104(1), 12-18.
- elEconomista.es (2018, 28 febrero). *Una de cada 14 mujeres embarazadas en 2016 fumó durante la gestación.* [Economiahoy.mx. https://www.economiahoy.mx/salud-eAm/noticias/8971830/02/18/Una-de-cada-14-mujeres-embarazadas-en-2016-fumo-durante-la-gestacion.html](https://www.economiahoy.mx/salud-eAm/noticias/8971830/02/18/Una-de-cada-14-mujeres-embarazadas-en-2016-fumo-durante-la-gestacion.html)
- El Marroun, H., Tiemeier, H., Franken, I. H., Jaddoe, V. W., Van der Lugt, A., Verhulst, F. C., Lahey, B. B., & White, T. (2016). Prenatal Cannabis and Tobacco Exposure

- in Relation to Brain Morphology: A Prospective Neuroimaging Study in Young Children. *Biological psychiatry*, 79(12), 971–979.
- Fergusson, D. M., Woodward, L. J., & Horwood, L. J. (1998). Maternal smoking during pregnancy and psychiatric adjustment in late adolescence. *Archives of General Psychiatry*, 55(8), 721–727. <https://doi.org/10.1001/archpsyc.55.8.721>
- Fitzpatrick, C., Barnett, T., y Pagani, L. S. (2014). Parental bad habits breed bad behaviors in youth: Exposure to gestational smoke and child impulsivity. *International Journal of Psychophysiology*, 93(1), 17-21. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01176778/document>
- Fried, P. A., Watkinson, B., & Gray, R. (1992). A follow-up study of attentional behavior in 6-year-old children exposed prenatally to marihuana, cigarettes, and alcohol. *Neurotoxicology and teratology*, 14(5), 299–311.
- Godleski, S. A., Shisler, S., Eiden, R. D., & Huestis, M. A. (2018). Co-use of tobacco and marijuana during pregnancy: Pathways to externalizing behavior problems in early childhood. *Neurotoxicology and teratology*, 69, 39–48. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6396313/pdf/nihms-1504079.pdf>
- Huang, L., Wang, Y., Zhang, L., Zheng, Z., Zhu, T., Qu, Y., & Mu, D. (2018). Maternal Smoking and Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder in Offspring: A Meta-analysis. *Pediatrics*, 141(1), e20172465.
- Hubbs-Tait, L., Nation, J. R., Krebs, N. F., & Bellinger, D. C. (2005). Neurotoxicants, Micronutrients, and Social Environments: Individual and Combined Effects on Children's Development. *Psychological science in the public interest : a journal of the American Psychological Society*, 6(3), 57–121. <https://doi.org/10.1111/j.1529-1006.2005.00024.x>
- Huijbregts, S. C., Séguin, J. R., Zoccolillo, M., Boivin, M., & Tremblay, R. E. (2008). Maternal prenatal smoking, parental antisocial behavior, and early childhood physical aggression. *Development and psychopathology*, 20(2), 437–453.
- Indredavik, M. S., Brubakk, A. M., Romundstad, P., & Vik, T. (2007). Prenatal smoking exposure and psychiatric symptoms in adolescence. *Acta paediatrica (Oslo, Norway : 1992)*, 96(3), 377–382. <https://doi.org/10.1111/j.1651-2227.2006.00148.x>
- Jaffee, S. R., Strait, L. B., & Odgers, C. L. (2012). From correlates to causes: can quasi-experimental studies and statistical innovations bring us closer to identifying the causes of antisocial behavior?. *Psychological bulletin*, 138(2), 272–295. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3268012/pdf/nihms328571.pdf>
- Kristjansson, A. L., Thorisdottir, I. E., Steingrimsdottir, T., Allegrante, J. P., Lilly, C. L., & Sigfusdottir, I. D. (2017). Maternal smoking during pregnancy and scholastic achievement in childhood: evidence from the LIFECOURSE cohort study. *European journal of public health*, 27(5), 850–855. <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckx074>

- Lambe, M., Hultman, C., Torrång, A., Maccabe, J., & Cnattingius, S. (2006). Maternal smoking during pregnancy and school performance at age 15. *Epidemiology (Cambridge, Mass.)*, *17*(5), 524–530.
- Mackay, D. F., Anderson, J. J., Pell, J. P., Zammit, S., & Smith, D. J. (2017). Exposure to tobacco smoke in utero or during early childhood and risk of hypomania: Prospective birth cohort study. *European psychiatry: the journal of the Association of European Psychiatrists*, *39*, 33–39.
- Martin, R. P., Dombrowski, S. C., Mullis, C., Wisenbaker, J., & Huttunen, M. O. (2006). Smoking During Pregnancy: Association with Childhood Temperament, Behavior, and Academic Performance. *Journal of Pediatric Psychology*, *31*(5), 490-500. <https://academic.oup.com/jpepsy/article/31/5/490/876408>
- Maughan, B., Taylor, A., Caspi, A., & Moffitt, T. E. (2004) Prenatal Smoking and Early Childhood Conduct Problems: Testing Genetic and Environmental Explanations of the Association. *Arch Gen Psychiatry*, *61*(8), 836–843.
- Milberger, S., Biederman, J., Faraone, S. V., Chen, L., & Jones, J. (1996). Is maternal smoking during pregnancy a risk factor for attention deficit hyperactivity disorder in children? *The American journal of psychiatry*, *153*(9), 1138–1142.
- Moeller, F. G., Barratt, E. S., Dougherty, D. M., Schmitz, J. M. & Swann, A. C. (2001). Psychiatric aspects of impulsivity. *American Journal of Psychiatry*, *158* (11), 1783-1793. <https://doi.org/10.1176/appi.ajp.158.11.1783>
- Niemelä, S., Sourander, A., Surcel, H. M., Hinkka-Yli-Salomäki, S., McKeague, I. W., Cheslack-Postava, K., & Brown, A. S. (2016). Prenatal Nicotine Exposure and Risk of Schizophrenia Among Offspring in a National Birth Cohort. *The American journal of psychiatry*, *173*(8), 799–806.
- Nomura, Y., Gilman, S. E., & Buka, S. L. (2011). Maternal smoking during pregnancy and risk of alcohol use disorders among adult offspring. *Journal of studies on alcohol and drugs*, *72*(2), 199–209. <https://doi.org/10.15288/jsad.2011.72.199>
- Paradis, A. D., Fitzmaurice, G. M., Koenen, K. C., & Buka, S. L. (2015). A prospective investigation of neurodevelopmental risk factors for adult antisocial behavior combining official arrest records and self-reports. *Journal of psychiatric research*, *68*, 363–370. <https://doi.org/10.1016/j.jpsychires.2015.04.030>
- Paradis, A. D., Fitzmaurice, G. M., Koenen, K. C., & Buka, S. L. (2011). Maternal smoking during pregnancy and criminal offending among adult offspring. *Journal of epidemiology and community health*, *65*(12), 1145–1150. <https://doi.org/10.1136/jech.2009.095802>
- Pérez, J. A. L. (2000). Tabaco, alcohol y embarazo en atención primaria. *Medicina Integral*, *36*(9), 343-354.
- Pratt, T. C., Cullen, F. T., Blevins, K. R., Daigle, L., & Unnever, J. D. (2002). The Relationship of Attention Deficit Hyperactivity Disorder to Crime and Delinquency: A Meta-Analysis. *International Journal of Police Science & Management*, *4*(4), 344–360.

- Quinn, P. D., Rickert, M. E., Weibull, C. E., Johansson, A., Lichtenstein, P., Almqvist, C., Larsson, H., Iliadou, A. N., & D'Onofrio, B. M. (2017). Association Between Maternal Smoking During Pregnancy and Severe Mental Illness in Offspring. *JAMA psychiatry*, *74*(6), 589–596.
- Raine, A. (2002). Biosocial Studies of Antisocial and Violent Behavior in Children and Adults: A Review. *J Abnorm Child Psychol*, *30*, 311–326. <https://doi.org/10.1023/A:1015754122318>.
- Räsänen, P., Hakko, H., Isohanni, M., Hodgins, S., Järvelin, M. R., & Tiihonen, J. (1999). Maternal smoking during pregnancy and risk of criminal behavior among adult male offspring in the Northern Finland 1966 Birth Cohort. *The American journal of psychiatry*, *156*(6), 857–862. <https://doi.org/10.1176/ajp.156.6.857>
- Robinson, M., McLean, N. J., Oddy, W. H., Mattes, E., Bulsara, M., Li, J., Zubrick, S. R., Stanley, F. J., & Newnham, J. P. (2010). Smoking cessation in pregnancy and the risk of child behavioural problems: a longitudinal prospective cohort study. *Journal of epidemiology and community health*, *64*(7), 622–629. https://www.jstor.org/stable/40794048?seq=2#metadata_info_tab_contents
- Roza, S. J., Verhulst, F. C., Jaddoe, V. W., Steegers, E. A., Mackenbach, J. P., Hofman, A., & Tiemeier, H. (2009). Maternal smoking during pregnancy and child behaviour problems: the Generation R Study. *International journal of epidemiology*, *38*(3), 680–689. <https://doi.org/10.1093/ije/dyn163>
- Ruiz, M. A., Gomez, R. I., Rubio, C., Revert, C., y Hardisson, A (2004). Efectos tóxicos del tabaco. *Revista de Toxicologia*, *21*(2), 64-71.
- Saldivar, L. R., Luna, M., Reyes, E., Soto, R., y Van der Goez, T. I. F. (1991). Cadmio en cigarrillos de consumo nacional. *Revista de la Facultad de Medicina*, *34*(1), 12-15. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfm/article/view/74541>
- Talati, A., Bao, Y., Kaufman, J., Shen, L., Schaefer, C. A., & Brown, A. S. (2013). Maternal smoking during pregnancy and bipolar disorder in offspring. *The American journal of psychiatry*, *170*(10), 1178–1185
- Terrell, S., Conradt, E., Dansereau, L., Lagasse, L., & Lester, B. (2019). A developmental origins perspective on the emergence of violent behavior in males with prenatal substance exposure. *Infant mental health journal*, *40*(1), 54–66. <https://doi.org/10.1002/imhj.21758>
- Toro, R., Leonard, G., Lerner, J. V., Lerner, R. M., Perron, M., Pike, G. B., Richer, L., Veillette, S., Pausova, Z., & Paus, T. (2008). Prenatal exposure to maternal cigarette smoking and the adolescent cerebral cortex. *Neuropsychopharmacology: official publication of the American College of Neuropsychopharmacology*, *33*(5), 1019–1027. <https://doi.org/10.1038/sj.npp.1301484>
- Wakschlag, L. S., Lahey, B.B., Loeber, R., Green, S.M., Gordon, R.A., & Leventha, B. L. (1997). Maternal Smoking During Pregnancy and the Risk of Conduct Disorder in Boys. *Arch Gen Psychiatry*, *54*(7), 670–676.

- Wakschlag, L. S., Pickett, K. E., Cook, E., Jr, Benowitz, N. L., & Leventhal, B. L. (2002). Maternal smoking during pregnancy and severe antisocial behavior in offspring: a review. *American journal of public health*, 92(6), 966–974. <https://doi.org/10.2105/ajph.92.6.966>
- Wakschlag, L., Pickett, K. E., Kasza, K., & Loeber, R. (2006). Is prenatal smoking associated with a developmental pattern of conduct problems in young boys? *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*, 45(4), 461–467.
- Weissman, M. M., Warner, V., Wickramaratne, P. J., & Kandel, D. B. (1999). Maternal smoking during pregnancy and psychopathology in offspring followed to adulthood. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 38(7), 892–899.
- Zhou, S., Rosenthal, D. G., Sherman, S., Zelikoff, J., Gordon, T., & Weitzman, M. (2014). Physical, behavioral, and cognitive effects of prenatal tobacco and postnatal secondhand smoke exposure. *Current problems in pediatric and adolescent health care*, 44(8), 219–241. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6876620/pdf/nihms-1059283.pdf>

DERECHO DE MENORES INFRACTORES

Contato com animais como estratégia de reintegração social de adolescentes infratores no Brasil: Análise de direito comparado^(*)

Contact with animals as a strategy for social reintegration of adolescent infractors in Brazil: Compared law analysis

Contacto con los animales como estrategia de reintegración social de adolescentes delincuentes en Brasil: Análisis en el derecho comparado

Menara Coutinho Carlos De Souza¹

Erika Da Silva Ferrão²

Sumário: Introdução. 1. Direito penal juvenil e medidas socioeducativas. 2. O impacto do contato com os animais: um estudo de Direito comparado. Considerações finais. Financiamento. Referências.

Resumo: Trata-se de análise de direito comparado, por meio de pesquisa bibliográfica, com uso de abordagem qualitativa e dedutiva, acerca de uso de animais como estratégia para reintegração social de adolescentes infratores no Brasil. O objetivo desse estudo é realizar uma análise dos programas de interação homem-animal utilizados por detentos em outros países como medidas efetivas para a reintegração social de jovens infratores, que devem ser incentivadas no Brasil. Para se ter uma

^(*) Recibido: 22/06/2020 | Aceptado: 01/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

Financiamento: Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES (auxílio financeiro, Processo 188/2017 -Edital Universal 03/2017).

¹ Advogada (OAB/ES 29.670), Mestranda em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha (UVV).

menaraccs@gmail.com

² Professora titular do Mestrado Profissional em Segurança Pública (PPGPSO-UVV). Curso de Psicologia (UVV). Coordenadora do LaPRODAPI (Laboratório de Estudos para a Proteção ao Desenvolvimento e à Aprendizagem Infantojuvenil). Membro do Fórum Municipal de Saúde Mental Infantojuvenil de Vila Velha.

erika.ferrao@uvv.br

compreensão ampla da importância dessa inovação, a exploração do tema perpassará perspectiva do Direito Penal Juvenil e da natureza jurídica das medidas socioeducativas, a fim de estipular o objetivo pedagógico como meta a ser perseguida. Nesse sentido, haverá integração entre Direito e Psicologia, para que as estratégias de reintegração social sejam as mais adequadas e eficientes, para que os jovens cresçam mentalmente de maneira saudável e aptos à convivência social sem violar as normas estabelecidas. Pelos resultados obtidos, o contato com animais é um fator contribuinte ao desenvolvimento psicológico consciente e sadio dos jovens, concluindo-se que a implementação de práticas de interação nesse sentido, como já efetuadas no exterior, poderiam gerar bons frutos.

Palavras-chave: Direito penal juvenil, Medidas socioeducativas, psicologia, reintegração social, contato com animais.

Summary: This is an analysis of comparative law, through bibliographic research, using a qualitative and deductive approach, about the use of animals as a strategy for social reintegration of adolescent offenders in Brazil. The objective of this study is to carry out an analysis of the human-animal interaction programs used by inmates in other countries as effective measures for the social reintegration of young offenders, which should be encouraged in Brazil. In order to have a broad understanding of the importance of this innovation, the exploration of the theme will pervade the perspective of Youth Criminal Law and the legal nature of socio-educational measures, in order to stipulate the pedagogical objective as a goal to be pursued. In this sense, there will be integration between Law and Psychology, so that social reintegration strategies are the most appropriate and efficient, so that young people grow mentally in a healthy way and able to socialize without violating the established norms. Due to the results obtained, contact with animals is a contributing factor to the conscious and healthy psychological development of young people, concluding that the implementation of interaction practices in this sense, as already carried out abroad, could generate good results.

Keywords: Juvenile criminal law, socio-educational measures, psychology, social reintegration, contact with animals.

Resumen: Se trata de un análisis del derecho comparado, a través de la investigación bibliográfica, con enfoque cualitativo y deductivo, sobre el uso de animales como estrategia para la reinserción social de adolescentes infractores en Brasil. El objetivo de este estudio es realizar un análisis de los programas de interacción humano-animal utilizados por los internos en otros países como medidas efectivas para la reinserción social de los jóvenes infractores, lo que debe ser impulsado en Brasil. Para tener una comprensión amplia de la importancia de esta innovación, la exploración del tema permeará la perspectiva del derecho penal juvenil y la naturaleza jurídica de las medidas socioeducativas, con el fin de estipular el objetivo pedagógico como meta a perseguir. En este sentido, habrá integración entre Derecho y Psicología, para que las estrategias de reinserción social sean las más adecuadas y eficientes, para que los jóvenes crezcan mentalmente de forma saludable y puedan socializar sin violar las normas establecidas. Por los resultados obtenidos, el contacto con los animales es un factor que contribuye al desarrollo psicológico consciente y saludable de los jóvenes, concluyendo que la implementación de prácticas de interacción en este sentido, como ya se realiza en el exterior, podría generar buenos resultados.

Palabras clave: Derecho penal Juvenil, medidas socioeducativas, psicología, reintegración social, contacto con los animales.

Introdução

O Direito e a Psicologia são dois ramos do saber intimamente ligados, e é relevante haver ainda mais estudos explorando a correlação de tais matérias, tendo em vista a imprescindível importância que a Psicologia traz ao Direito, como forma de combater o problema do excesso de impessoalidade e de afastamento do sujeito analisado.

Afinal, em contraposição a esse distanciamento estabelecido pelo Direito, a Psicologia adentra ao universo íntimo do ser humano, e atua no afã de ajudar a pessoa a se ajustar às diversas condições que lhe são impostas e situações que são vivenciadas.

Inicialmente, contudo, tratar-se-á de viés jurídico pertinente ao Direito Penal Juvenil, passando ao tratamento das Medidas Socioeducativas e sua natureza jurídica para, posteriormente, se adentrar às interações entre o Direito e a Psicologia como estratégia rumo à essencial reintegração social, para se possibilitar uma compreensão plena da temática, e, após, será realizado um estudo de direito comparado propriamente dito, no que concerne à interação entre humanos e animais, no qual será realizada proposição para o aprimoramento da reintegração social nas Unidades Socioeducativas a partir do contato com os animais.

Salienta-se que todo esse processo estará visando sempre o bem-estar do adolescente enquanto pessoa em condição especial de desenvolvimento, e enquanto prioridade absoluta, para que retorne ao convívio com a comunidade, de modo a respeitá-la, não infringindo as normas socialmente estabelecidas e, acima de tudo, para que se enxergue como sujeito de direitos capaz e merecedor de felicidade, a qual pode efetivamente ser alcançada sem que seja preciso ceder a meios ilícitos, a partir de um processo de autoconhecimento estimulado pela integração com os animais.

1. Direito penal juvenil e medidas socioeducativas

A criança e o adolescente recebem tratamento e proteção singular pelo ordenamento jurídico pátrio. A Carta Magna de 1988 traz, inclusive, previsão expressa nesse sentido, em seu artigo 227, nos seguintes termos:

Art. 227. 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.

Ademais, com a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de julho de 1990), houve significativa transformação no tratamento legal da matéria, principalmente no que tange à questão infracional, sendo que a condição especial dos jovens se encontra respaldada na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, bem como no restante da normativa internacional que regula a questão. (SARAIVA, 2010, p. 40).

Desse modo, foram incorporados os fundamentos da Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral dos Direitos da Criança (SARAIVA, 2010, p. 15) como nova forma de política criminal no Brasil, reconhecendo os adolescentes como sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento (art. 6º da Lei 8.069/90).

Nessa esteira, nota-se gradual relevância em relação à proteção das crianças e dos adolescentes, com a nítida incorporação dos Direitos Humanos, primando pela defesa dos direitos fundamentais desses indivíduos. (SARAIVA, 2010, p. 23)

A prioridade passa a ser, portanto, um tratamento garantista em relação às crianças e adolescentes.

Em atenção ao arcabouço jurídico que regula os direitos pertinentes à infância e à juventude, é necessário se analisar a natureza jurídica das Medidas Socioeducativas aplicadas aos menores infratores no Brasil.

Em observância à meta da socioeducação, as Medidas Socioeducativas, teoricamente, têm natureza pedagógica, contudo, na prática têm caráter coercitivo e constituem inegável sanção. Nota-se, pois, que detêm natureza retributiva intrínseca. (SARAIVA, 2010, p. 71)

Tomando, assim, ciência da função mormente punitiva das Medidas Socioeducativas, o Estado, responsável por executar programas que apliquem o ideário pedagógico, precisa agir, urgentemente, a fim de mudar esse cenário, que se mantém por conta da falta de funcionários, de profissionais motivados, de verba e de investimentos na área, sendo que “O programa de execução da medida, onde o adolescente deve ser inserido, é que deve desenvolver a ação pedagógica.” (SARAIVA, 2010, p. 3)

Neste diapasão, é preciso também que seja respeitado o artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Desse modo, pretende-se que o jovem receba os instrumentos necessários para se restabelecer socialmente.

Diante de todo o arcabouço jurídico retratado, faz-se necessário, para que a função das Medidas Socioeducativas efetivamente cumpra seu papel, que haja uma interação com a Psicologia. Afinal, é arraigado ao universo do Direito um lidar pautado no distanciamento e na impessoalidade.

Todavia, para que os jovens possam se readaptar ao convívio social, é necessário muito além do que o Direito propõe. É aí que entra o papel da psicologia, como forma de alcançar o subjetivismo do sujeito, compreendendo as causas que o levaram a cometer o ato infracional, as privações emocionais sofridas, e, de forma

subsequente, as diretrizes mais eficientes que o Estado poderia empregar para sua reintegração social.

Em atenção ao objetivo precípua das Medidas Socioeducativas, bem como a todos os aspectos da psique do adolescente (que passa por uma fase conflituosa, que sofre com privações emocionais e com a falta de um controle social informal por parte da família para que haja uma prevenção criminal), e tomando por base exclusivamente a medida de internação, definir-se-á a melhor forma de ajudar o adolescente a se desenvolver rumo ao equilíbrio emocional, sob a perspectiva da terceira geração da criminologia clínica.

Para tanto, insta salientar, antes de se adentrar à terceira geração da criminologia clínica propriamente dita, questões pertinentes ao âmbito da moral e da ética para o desenvolvimento de senso moral e do dever (SÁ, 2011, p. 297).

Em todas as expressões envolvendo a moralidade há um sentimento comum de obrigatoriedade, e, assim, aceitar que cada indivíduo tem um sentimento de obrigatoriedade agrega a existência de moral em um plano psicológico. Dessa forma, as pessoas seriam capazes de realizar autoimposições para cumprir obrigações, deveres, regras, e para agir por um sentimento de dever, e não meramente agir conforme esse dever, por terem interesse em determinada questão. (LA TAILLE, 2006, p. 34)

Já a ética seria também esse sentimento de obrigatoriedade, contudo, como reflexo, de forma simbolizada. (LA TAILLE, 2006, p. 34)

À luz do exposto, passa-se a perceber que para que seja implementado um senso ético-moral nos adolescentes infratores é preciso, primeiramente, fomentar a autonomia individual deles nos planos moral e ético, concomitantemente ao estímulo da capacidade decisiva sobre aspectos da própria vida, de modo a buscarem alcançar a felicidade. Afinal, a ética e a felicidade estão vinculadas a um projeto de vida. (LA TAILLE, 2006, p. 44)

Outrossim: “viver uma vida que faça sentido é condição necessária para a ‘vida boa’, seja ela qual for, e que, portanto, encontramos nessa necessidade um elemento essencial à definição do plano ético” (LA TAILLE, 2006, p. 44).

Destarte, conclui-se que o que impulsiona o comportamento moral é a motivação pela autorrealização, e, conseqüentemente, o adolescente infrator apenas adotará a conduta moral prezada socialmente na medida de sua moralidade autônoma, em que encontrar condições para a sua realização ética, ou seja, de alcançar sua felicidade pessoal, e, portanto, expandir o seu “eu”, enxergando perspectivas de desenvolvimento (LA TAILLE, 2006, p. 47-48).

Desse modo, a partir do momento em que o sujeito se torna capaz de se valorizar, ele estará apto não apenas a se desenvolver, como também de se incluir socialmente, por meio da ressignificação e reconstrução de laços, criando compromissos morais e éticos. (LA TAILLE, 2006, p. 297)

Tendo em vista tal meta de alcançar a felicidade por meio da ressignificação e reconstrução de aspectos outrora desgastados na vida do indivíduo, é perceptível que, para tanto, tem de haver um bom planejamento institucional das Unidades

Socioeducativas, com o objetivo precípua de agregar saúde mental aos socioeducandos. (SÁ, 2011, p. 304-305).

Neste íterim, é possível se adquirir a compreensão de que o termo “ressocialização” está ultrapassado e impregnado de valores defasados, já que taxa o infrator como alguém que se destoa do resto da sociedade, que precisa ser curado e se moldar conforme os padrões tidos como positivos. (FIGUEIREDO, 2004, *apud* SÁ, 2011, p. 319).

Por outro lado, a reintegração social se dá com melhoras na condição interna do cárcere, e reconhecimento daquele recluso no sistema como alguém que “[...] não é passivo de tratamento, mas mas que é ativo e participativo num processo de comunicação entre o cárcere e a sociedade livre” (SÁ, 2011, p. 305). É, pois, superação da lógica de marginalizado e vítima.

O ideal, desse modo, é se buscar a aplicação de métodos menos punitivistas e mais favoráveis à saúde e felicidade do jovem, tratando-o como sujeito de direitos capaz de auto-definir-se e de se tornar membro contribuinte para a sociedade, apesar das privações sofridas ao longo da vida, superando seus estigmas de vítima ou de marginalizado. Para tanto, pois, as atividades durante o cumprimento da medida socioeducativa devem ser voltadas à emancipação da pessoa e internalização e ressignificação de normas a partir de um processo de reflexão (SÁ, 2011, p. 305).

Outrossim, o principal responsável por sua mudança da forma de viver a vida é o próprio jovem, que, com a ajuda do sistema, terá facilitado o processo de reflexão, ressignificação, autovalorização, e, conseqüentemente, virá a adquirir uma compreensão ética que não lhe moldará conforme os ideais sociais, mas sim lhe proporcionará equilíbrio para se adaptar conforme as regras e normas impostas socialmente.

Tem-se, então, que as técnicas ideais a serem adotadas nas Unidades Socioeducativas deverão primar pelo diálogo e por uma relação horizontalizada, e não verticalizada, pondo o adolescente em pé de igualdade em relação aos demais cidadãos livres, incluído no grupo social. Assim, o enfoque não será a imposição de valores, mas, muito além, a possibilidade de o adolescente descobrir respostas e se adaptar à sua realidade (SÁ, 2011, p. 306).

Nesse contexto, as oficinas, cursos e demais atividades ofertadas pelas Unidades Socioeducativas não devem impor obrigações para o “tratamento” dos adolescentes, e sim lhes dar direitos de optar por fazer o que mais lhes agrades, de forma condizente com as suas personalidades. Assim, não é possível se exigir juridicamente a “ressocialização” do menor. Trata-se de ficção que deve ser superada com a evolução dos paradigmas do Direito Penal. Afinal, o adolescente “[...] tem todo o direito de se deparar com os valores socialmente vigentes e a se posicionar perante eles como ser pensante, que é capaz de refletir sobre suas contradições internas”. (SÁ, 2011, p. 320-321).

Observa-se, pois, que o “Estado deve criar condições de desenvolvimento da virtude, mas não pode impor a virtude em ninguém”. (SÁ, 2011, p. 312).

Diante desse quadro, o psicólogo das Unidades Socioeducativas tem o relevante papel de realizar uma escuta ativa do adolescente, na medida em que “A psicologia clínica tem o papel de escuta, escuta daquilo que, na pessoa, é excluído, recusado, avesso, escondido” (SÁ, 2011, p. 317). Dessa maneira, o interno pode compreender suas aflições e se posicionar perante elas. (FIGUEIREDO, 2004, *apud* SÁ, 2011, p. 307)

Ainda quanto ao trabalho dos psicólogos, um grande entrave é a falta de profissionais técnicos, que consigam fazer os jovens externalizarem essas questões ao invés de as internalizarem, fazendo assumir conotações de violência. (SÁ, 2011, p. 307)

Isto posto, é de suma relevância a valorização desses profissionais e o investimento em sua contratação para atuação junto aos adolescentes. Afinal, muitos dos jovens gritam veladamente por ajuda, por um orientador psíquico, e o psicólogo seria um meio para esse sujeito atingir a compreensão sobre si mesmo e para acreditar em seu potencial de obter progresso e felicidade sem ter de recorrer à violência ou a ações *contra legem*.

Chega-se a essa compreensão visto que o indivíduo apenas cedeu ao delito por conta das privações emocionais, econômicas e sociais vivenciadas, sendo a passagem ao ato infracional o meio mais fácil encontrado de responder por tais supressões (SÁ, 2011, p. 330).

Tem-se, em síntese, que para o jovem aprender a lidar com o insaciável desejo de alcançar a plenitude, e se libertar das amarras negativas criadas por contradições internas associadas às inexoráveis interdições e limites impostos pelo convívio em sociedade, deve descobrir sua verdade interior e finalmente notar sua capacidade de ser feliz (SÁ, 2011, p. 313).

Afinal, o protagonista da reinserção social é o próprio indivíduo recolhido à Unidade Socioeducativa, tendo os aparatos estatais apenas como reforço para que se encontre e se descubra, e não como os responsáveis para uma suposta recuperação. (SÁ, 2011, p. 330).

Portanto, esses jovens devem tornar-se racionais e socialmente adaptados, para um desenvolvimento “normal” e feliz. (GUGGENBÜL-CRAIG, 2004, p. 14)

Assim, o ideal é a superação de desajustes familiares para que os indivíduos saibam se adaptar no mundo, sendo que não se pode perder de vista que “A função da medida socioeducativa é um processo dialogal”, (SÁ, 2011, p. 322) e “Com esse diálogo entre o menor infrator, a comunidade e o Estado, há a passagem de um direito penal social para um direito penal democrático”. (SÁ, 2011, p. 324)

Deve-se buscar sempre, destarte, esse direito penal democratizante e incutido de diálogo, pois somente assim será possível alcançar a prevenção criminal e o controle social no que tange à criminalidade. Sendo assim, imprescindível a importância de um bom projeto pedagógico nas instituições Socioeducativas.

2. O impacto do contato com os animais: um estudo de direito comparado

Para além das medidas já aplicadas nos projetos político-pedagógicos das Unidades Socioeducativas brasileiras, e para além das regulares oficinas de profissionalização, propõe-se, perante todo o exposto, que sejam incorporadas, nas Medidas Socioeducativas nacionais, práticas que são utilizadas e dão bons resultados em outros países, como a interação com animais como meio para se alcançar a reintegração social.

Com o passar dos anos tem se tornado cada vez mais claro que “A natureza atormentada da vida moderna parece estar diminuindo nossa capacidade para o contato humano.” (WALLJASPER, 2007, p. 10). As pessoas estão cada vez mais olhando para si próprias, pensando apenas sob uma perspectiva utilitarista, e se esquecem de olhar para o lado e ver no outro um igual, com o qual poderia ter um contato positivo.

Por outro lado, os animais de estimação parecem sempre aflorar a vontade de contato nos seres humanos – pelo menos em relação àqueles que têm empatia por eles.

Nesses casos, em que a pessoa tem afinidade pelos animais, nota-se uma forte valorização desses, não porque sejam úteis, mas sim por conta do preenchimento de suas necessidades sociais e emocionais, tal qual completadas pela companhia humana (MCCARDLE et al, 2013, p. 27).

Oras, isso significa que em determinadas situações os animais despertam nas pessoas mais humanidade até mesmo que outras pessoas, pelo combate à solidão e isolamento social (MCCARDLE et al, 2013, p. 44).

Em vista disso, nota-se que a relação entre o ser humano e o animal reflete inclusive nas relações interpessoais, ou seja, com implicações na própria comunidade na qual se vive, posto que geram, inconscientemente, uma nova visão de mundo nas pessoas que com eles se relacionam.

Diante desse quadro, ressalta-se que foi na época da Idade Moderna que passou a ser adotado ponto de vista de que os vínculos com os animais de estimação possivelmente seriam aptos a cumprir função social e terapêutica em benefício dos seres humanos (SERPELL, 2006, p. 3-20), de forma a despertar preocupação, compaixão, e senso de responsabilidade. As pessoas tendem, também, a reagir de modo mais equilibrado em situações estressantes. (MCCARDLE et al, 2013, p. 34-35).

Com o passar do tempo se manteve tal perspectiva, e se percebeu as diversas benesses associadas ao contato com os animais, tais quais benefícios psicossociais, psicológicos e terapêuticos, conforme retroaduzido.

Ou seja, os animais são capazes de ajudar os seres humanos a estreitar laços, consistindo, desse modo, verdadeiras pontes entre os indivíduos. (PODBERSCEK apud MCCARDLE, 2013, p. 41)

Nesta senda, os animais de estimação transmitem valores diversos para o desenvolvimento de uma personalidade sadia, principalmente quando há uma proximidade com eles na infância ou juventude para se alcançar um equilíbrio saudável quanto à própria interação com seus pares (LEVINSON, 1972, p. 78).

Por conta de todos esses benefícios do contato com os animais existe uma tendência, permissividade e até mesmo estímulo para o contato com eles em ambientes institucionais, seja por meio de visitas, mascotes ou animais residentes. (MCCARDLE et all, 2013, p. 72)

Dessa maneira, não pode deixar de se notar que os animais poderiam ter impacto extremamente positivo caso introduzidos nos programas de socioeducação.

Afinal, o contato com um animal daria ao jovem a “[...] prática no relacionamento com alguém diferente dela e oportunidade de mostrar empatia, além de ensinar como conciliar as necessidades do outro.” (MCCARDLE et all, 2013, p. 49)

Além disso, o adolescente “[...] consegue conversar e compartilhar com um animal de estimação sem se preocupar com confidencialidade, represália ou julgamento, e sem a necessidade de atender a expectativas”. (MELSON, *apud* MCCARDLE, 2013, p. 67)

Pode-se resumir, outrossim,

[...] sete oportunidades ou benefícios potenciais que os animais de estimação podem proporcionar a seus companheiros humanos: as oportunidades de apreciar a natureza e a vida silvestre; de se sentir inspirado e aprender; de ser infantil e brincalhão; de ser altruísta e dar atenção e carinho ao outro; de vivenciar companheirismo, carinho e conforto; de exercer a paternidade ou maternidade; e de estreitar os laços com outros seres humanos. (MORRIS, *apud* MCCARDLE, 2013, p. 45)

Desse modo, propõe-se a implementação de um programa de Terapia Assistida por Animais (TAA) ou de programa de Interação entre Humano e Animal (IHA) (MCCARDLE et all, 2013, p.179 e 245), com o propósito de incutir ética, bondade, confiança e tolerância aos adolescentes, já que as benesses psicológicas aos jovens seriam inúmeras, podendo ser observadas algumas delas no trecho abaixo:

REAÇÕES PSICOLÓGICAS

Estado mental – Experiência de aceitação, solidariedade, reconhecimento, consolo, estímulo, expressões de carinho, proximidade física e entusiasmo.

Autopercepção, autoestima e autoconfiança – Estima e admiração, percepção da própria eficácia, sensação de utilidade, responsabilidade, realização e competência.

Controle sobre si mesmo e seu ambiente – Experiência de controle por meio do cuidado, da alimentação, da orientação e da criação de um animal de estimação em casa, autocontrole, sensibilização para as próprias necessidades e capacidades, capacidade ativa de enfrentar situações difíceis, competência e confiança.

Segurança e redução do medo – Aceitação, afeição constante e sem preconceito, admiração sem questionamento, possibilidade de internação sem ameaça e livre de tensão.

Estresse – Mudança na percepção e na avaliação das situações de estresse, serenidade, consolo, reafirmação e desvio das fontes do medo, aumento dos pequenos prazeres.

Sistemas sociais – Necessidade de contato, relacionamento, segurança, proximidade e interesses comuns.

Reflexão, projeção e alívio – Escuta silenciosa, alívio afetivo e abertura emocional, ajuda para memorização, veículo de identificação e projeção.

Humor – Reciprocidade, confiança, consciência do momento, devoção, reformulação de situações de estresse, aprofundamento da capacidade de enfrentar situações difíceis, atividade, responsabilidade, dependência, consolo, estímulo, prazer, espontaneidade e diversão; efeito antidepressivo e antissuicida. (NESTMANN, *apud* MCCARDLE et al, 2013, p. 180)

Sob a ótica do Direito Internacional, esse modelo de interação com animais, inclusive, é adotado por diversos países (MCCARDLE et al, 2013, p. 59), como Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia e Itália (BRITTON, 2005).

O Centro de detenção do Condado de Monroe, no Estado da Flórida, nos EUA, por exemplo, mantém uma fazenda com animais vítimas de maus tratos, que precisam de cuidados para serem devolvidos ao seu habitat natural. Tais cuidados são efetuados pelos presidiários, que também se beneficiam socialmente. Além disso a fazenda é mantida por doações da própria comunidade de Monroe que, em troca, pode visitar o local e interagir com os animais. (SPITZCOVSKY, 2016)

Já em Nebraska, também nos Estados Unidos, há uma parceria entre uma penitenciária e alguns abrigos de animais, através do projeto *Second Chance Pups*, criado em 2004, que leva cães pertencentes a abrigos para passar uma temporada numa penitenciária, para que sejam adestrados e fiquem disponíveis para a adoção, com menos chances de serem devolvidos ao abrigo por conta de comportamento indesejado e, concomitantemente, traz benefícios sociais aos presidiários (BRITTON, 2005).

Nessa proposta de contato com os animais nas Instituições Socioeducativas, contudo, não se pode olvidar das características de cada espécie e de cada animal individualmente, porque cada um, por suas características, despertará algo diferente no ser humano c).

Os animais não são extensões dos profissionais, eles trazem seu próprio ser para a intervenção. A seleção de um animal para uma intervenção talvez seja uma das decisões mais importantes que o profissional toma. Por exemplo, um terapeuta de saúde mental que esteja trabalhando com adolescentes, cuja atenção se volta para os próprios pares, e com cavalos que são animais de rebanho, talvez junte intencionalmente um paciente desafiador com um cavalo também opositivo. O objetivo da IHA seria o adolescente aprender a reconhecer seu próprio comportamento. Porém, se, em vez disso, o objetivo fosse o adolescente se sentir fortalecido com a experiência de concluir uma tarefa com êxito, o mesmo clínico talvez juntasse o adolescente a um cavalo dócil facilmente controlável. É essencial que o responsável pelo animal conheça a espécie e seu modo de se comunicar, quais situações podem ser desconfortáveis ou inseguras para o animal ou para o paciente e, finalmente, quais qualidades animais específicos trazem para a intervenção. Por exemplo, um cão de terapia domesticado vai proporcionar abordagens diferentes das oferecidas por um cavalo, que reage aos estímulos como presa. (MCCARDLE et al, 2013, p.252)

Destarte:

Para que um programa de IHA alcance sucesso, é crucial garantir que adestradores, clínicos e pacientes estejam aprendendo continuamente sobre a espécie em questão. Também é crucial conhecer a personalidade específica dos animais que vão participar, bem como respeitar a comunicação deles sobre a intervenção em si e responder a ela. (MCCARDLE et al, 2013, p.253-254)

Outro exemplo interessante ao se tratar da questão de interação entre humanos e animais com zelo em relação à escolha da espécie se dá em Ohio (EUA), no *Ohio Reformatory for Women*, através de interação com alpacas. Note-se:

Um exemplo inovador de IHA criativa, que ilustra a importância de conhecer uma determinada espécie, vem do Ohio Reformatory for Women, que tem parceria com a fazenda de alpacas Magical Farms. Os funcionários estão iniciando um programa em que as alpacas vão morar no presídio com as prisioneiras. Estas serão responsáveis pelo cuidado dos animais, desde alimentação, limpeza e trato do pelo até a tosquia e o aprendizado sobre a arte de juntar e fiar a lã.

As alpacas são uma opção interessante de espécie para a IHA com as internas, em razão de sua natureza sensível como presas e animais de rebanho extremamente sociáveis. Parte do programa prevê que as mulheres passem bastante tempo tendo aulas, aprendendo os sinais sociais das alpacas e seu comportamento de rebanho, antes de interagir com os animais vivos. A compreensão do comportamento social das alpacas deve dar às internas ideias sobre seus próprios padrões de interação social. (Pekarek *apud* MCCARDLE, 2013, p. 253)

À luz do exposto, para além do respeito à personalidade do animal, é preciso, ao se implementar um programa de Interação entre Humano e Animal, atenção e zelo às necessidades e ao emocional dos animais, sendo essencial que sempre lhes esteja disponível água fresca, comida que possibilite uma dieta saudável, ambiente com espaço suficiente, adequado e limpo para que se sintam confortáveis, um abrigo para condições climáticas adversas, presença de outros animais da mesma espécie, além de acompanhamento preventivo para doenças e, ainda, tratamento veterinário. (MCCARDLE et al, 2013, p. 248-249) “Tratar os parceiros animais de qualquer outro modo mina o processo terapêutico”. (MCCARDLE et al, 2013, p. 250)

Faz-se uma ressalva, entretanto, de que é imprescindível que o adolescente tenha interesse na atividade, e não o forçar a nada, para não se tornar uma situação problemática para ele ou para o animal. (MCCARDLE et al, 2013, p.71)

Enfim, acredita-se que a elaboração e aplicação de um programa desse gênero seria altamente benéfico, seja com animais residentes ou visitantes (MCCARDLE et al, 2013, p. 68), ou com a adoção de certos mascotes para as Unidades Socioeducativas, sempre em parceria com abrigos e/ou sociedades protetoras.

Seria, acima de tudo, uma relação de mutualismo, ou seja, ganho mútuo, posto que há inúmeros animais aguardando adoções, muitas vezes até mesmo em abrigos sem condições para lhes proporcionar um ambiente ou tratamento adequado, passando a maior parte do tempo em locais pequenos e sem o afeto desejável, tendo em vista a infeliz falta de verba para proporcionar o trato ideal.

Aliás, seria interessante até mesmo refletir acerca da possibilidade de se criar algum tipo de projeto para que os jovens adotassem um animal enquanto internos, para no momento da liberação concretizarem a adoção caso comprovada uma boa relação entre ambos, com a devida autorização prévia dos pais e após análise das condições da família de arcar com os gastos para manter o animal em boa qualidade de vida, bem como análise das características da família, se é consciente em relação aos cuidados e afeto fundamentais ao animal ao longo de toda a sua vida, ou seja, adotando os procedimentos preventivos comuns a qualquer concessão de adoção.

Enfim, uma parceria com metas e projetos bem delineados, em um dos modelos exemplificados, poderia ser extremamente gratificante e gerar resultados muito positivos tanto para os adolescentes, quanto às pessoas à sua volta, que se beneficiariam também de seu amadurecimento pessoal por conta dos benefícios psicológicos construídos ao longo do trato e relacionamento com o animal.

Considerações finais

Defronte todas as considerações tecidas, se contextualizou o Direito Penal Juvenil e, a partir disso, foi possível adentrar à questão das Medidas Socioeducativas, que muito mais que uma sanção, propõem um caráter pedagógico a partir de uma reflexão interna a ser feita pelo jovem para a ressignificação de valores, culminando na promoção de autonomia do sujeito.

Observa-se, pois, não o propósito de ressocialização do indivíduo – o que atrelaria mais uma vez preconceitos à sua figura –, mas sim de sua reintegração social, com o auxílio dos programas ofertados pelos institutos de socioeducação, bem como pelo aprimoramento e implementação de projetos inovadores, que é o caso do impacto e dos benefícios do contato com os animais com repercussão nas interações humanas, observado sob um viés de estudo de Direito comparado, sempre com uma perspectiva humanista e com vistas à saúde mental, felicidade, adaptação e reintegração do jovem.

Conclui-se, finalmente, que o jovem é o principal personagem desse grande ato. Deve ter autoconhecimento e autoconfiança para alcançar suas metas e não estagnar em um estado desfavorável. Para tanto, o Estado há de fornecer aparatos suficientes nos quais o jovem possa se apoiar e crescer, adotando medidas que já comprovam ser eficientes noutros países e que certamente seriam muito bem-vindas e benéficas no cenário das Unidades Socioeducativas brasileiras.

Referências

- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRITTON, Dana M. **Journal of Family Social Work**, Vol. 9(4) 2005. Disponível em: <<http://www.haworthpress.com/web/JFSW>>. © 2005 by The Haworth Press, Inc. All rights reserved. doi:10.1300/J039v09n04_06. Acesso em 12 set. 2019.
- GUGGENBÜL-CRAIG, Adolf. **O abuso do poder na psicoterapia e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. Tradução Roberto Gambini. São Paulo: Paulus, 2004.
- LA TAILLE, Y. de. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- LEVINSON, B. M. **Pets and human development**. Springfield: Charles C. Thomaz, 1972.
- MCCARDLE, Peggy; MCCUNE, Sandra; GRIFFIN, James A., ESPOSITO, Layla; FREUND, Lisa S. (Orgs) [et al]. **Os animais em nossa vida: Família, comunidade e ambientes terapêuticos**. Tradução Mônica Saddy Martins. Campinas, SP: Papirus, 2013.

- Second Chance Pups. **Nebraskas's Premier Prison Pub Training & adoption program**. Disponível em: <<http://www.secondchancepups.com/>>. Acesso em 12 set. 2019.
- SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**: Proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: Adolescente e Ato Infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010,.
- SERPELL, J.A. "Animal-assisted interventions in historical perspective". In: FINE, A.H. (org). **Handbook on animal-assisted therapy**. 2ª ed. Nova York: Academic Press, 2006.
- SPITZCOVSKY, Débora. **A prisão que mantém uma fazenda com animais vítimas de maus tratos para os presos cuidarem**, 2016. Disponível em: <<http://thegreenestpost.bol.uol.com.br/prisao-que-mantem-uma-fazenda-com-animais-vitimas-de-maus-tratos-para-os-presos-cuidarem/>>. Acesso em 12 set. 2019.
- WALLJASPER, K. **The great neighborhood book**. Gabriola Islands: New Society Publishers, 2007.

VARIOS

Una historia epistemológica de los estudios de ciencias jurídicas y económicas:

De la Hacendística y Camerología a la Economía aplicada (*)

An Epistemological History of Economics & Legal Studies: From Finance and Chamberology to Applied Economics

Antonio Sánchez-Bayón(**)

Sumario: 1. Problema: fragmentación, desconexión y confusión de conocimiento disponible. 2. Origen y desarrollo de los estudios jurídico-económicos. 3. Balance de la emancipación y aislamiento de las ciencias económicas. 4. Posibilidades de la reformulación paradigmática tras la globalización en la Economía aplicada. 5. Discusión y conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: Estudio histórico-crítico, de corte analítico y empírico, sobre el origen y desarrollo de las teorías y formas del conocimiento jurídico-económico, y su riesgo de desconexión actual. Se ofrece una genealogía disciplinaria y un balance de las relaciones jurídico-económicas, focalizándose en el marco de una de las últimas disciplinas duales y de reconversión como es la Economía aplicada. Se recurre al enfoque revolucionario de Economía global y gestión intercultural, para sacar así la Economía aplicada de su camino de difuminación y extinción, por su intensificación instrumental en el cálculo estadístico coyuntural (econométrico), al servicio del Sector público y su legitimación intervencionista; se busca su reconexión con los fundamentos

(*) Recibido: 22/08/2020 | Aceptado: 07/09/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

Investigación realizada con el apoyo de GESCE-URJC y Promerits-UEMC.

(**) Doctor en Derecho por UCM, en Teología por Univ. Murcia, en Humanidades-RR.II. por UVA, en Filosofía por UCM; doctorando en Economía por UVA, es Prof. Titular CC.SS.JJ. (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF). Ganador de premios internacionales (v.g. Limaclara-Argentina), por su amplia producción (medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es profesor de Economía aplicada en URJC y colaborador de Promerits-UEMC. Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); académico visitante en EE.UU. (v.g. Harvard, DePaul, Baylor) y Latinoamérica (v.g. IIDH, UCR, URL, UBO). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS, GRIN) y colaborador en medios de comunicación. antonio.sbayon@urjc.es

comprendidos y conectores de la economía con las demás ciencias jurídicas y sociales, así como con la cambiante realidad social.

Palabras clave: universidad, ciencia, hacienda, Economía política, Principios de economía, Economía aplicada, Economía global y gestión intercultural.

Abstract: this is a critical and Historical study, with an analytical and empirical approach, on the origin and development of the theories and forms of legal-economic knowledge, and the current risk of disconnection. It is offered a disciplinary genealogy and a balance of the legal-economic relations, focusing on one of the last dual and reconversion disciplines such as Applied Economics. The revolutionary approach of Global Economics & Cross-Cultural Management is used, in order to get Applied Economics out of its fuzzy path of extinction, due to its intensification in contextual statistical calculation (econometric way), at the service of the Public Sector and its interventionist legitimation; its reconnection with the comprehensive and connecting foundations of the economy with other legal and social sciences is sought, as well as with the changing social reality.

Keywords: university, science, finance, Political Economy, Principles of Economy, Applied Economics, Global Economics & Cross-Cultural Management.

1. Problema: fragmentación, desconexión y confusión de conocimiento disponible

Este es un artículo radical: de regreso a las raíces, para (re)conocer el origen y desarrollo de la materia. También es revolucionario: transformador de las condiciones actuales, no tanto por su novedad, sino por la calidad a recobrar, al volver al momento previo a la confusión de fundamentos y rotura de puentes. Eso, ¿qué quiere decir en los estudios jurídico-económicos? Frente a la intensificación en la hiperespecialización cuantitativa de las ciencias económicas (siguiéndose la estela de las ciencias naturales e ingenierías, tal como ya intentaran los fisiócratas decimonónicos, con la emergencia de aquellas), para evitarse así un ahondamiento en una mayor fragmentación, desconexión y confusión del conocimiento disponible, se ofrece aquí una visión discrepante con los acomodados planteamientos dominantes (en dirección de departamentos académicos, revistas indexadas, agencias de supervisión de sectores, etc.). De tal suerte, se espera no sólo revelar fundamentos (al retirar velos de confusión extendidos desde el periodo de entreguerras), sino también tender puentes entre disciplinas, reconectándose el conocimiento, entre sí y con la realidad social subyacente.

Téngase en cuenta que la capacidad cognitiva humana es limitada, al menos la manera que venimos empleando para su explotación: como *homo sapiens sapiens*, se sigue el parámetro de la *paradoja de Zenón de Elea* (c. 490-30 a.C.) sobre *Aquiles y la tortuga*. Aquiles es la especialización, que al dividir infinitesimalmente el conocimiento, puede avanzar más rápido, pero no logra superar al conjunto del

saber (que es la tortuga), pese a que vaya más lento. Y es que, si se desea conocer en profundidad alguna cuestión de la realidad, necesariamente tendemos a fragmentar, perdiendo visión de conjunto. Para evitar caer en una reducción al absurdo, ya los escolásticos (como primeros universitarios y científicos modernos), plantearon la solución de las disciplinas duales y/o de reconversión. Resultaba conveniente que la vieja *Ciencia*, escrita así (en mayúscula y singular) porque era la *ciencia de Dios* o Teología, que suponía la primera Facultad mayor, de manera progresiva y programática (como muestra del avance científico), debía irse fragmentando y dando lugar a nuevas ciencias o vías de conocimiento autónomo sistematizado en el que profundizar con técnicas propias de investigación y docencia. Por ello, a medida que surgían nuevas ciencias, debían mantenerse otras de fundamentos y reconexión. De tal modo fue posible pasar de las escuelas catedralicias (s. X), a los Estudios generales (s. XI), las Escuelas de cánones y leyes (c. 1088 en Bolonia, vid. supra) y los posteriores centros universitarios, hasta conformar *Universitas magistrorum et scholarium* (con sus Facultades mayores y menor, ídem). Luego, el conocimiento, para su especialización requiere de fragmentación (para las nuevas especializaciones), pero no de desconexión y confusión (al contarse con disciplinas de fundamentos y reconversión, recordándose los principios comunes y tendiendo puentes entre materias). Entonces, ¿por qué hoy en día sí puede darse tal problema y en qué consiste? En su primer milenio de vida, la universidad parece haber dejado de ser la casa de la ciencia, mudándose el *cientificismo* (que es la suplantación de la ciencia por la ideología y la técnica)¹ a agencias del Sector público, laboratorios de compañías multinacionales, etc. Incluso, se ha vuelto a la concentración y reducción al absurdo de hablar de la “ciencia” de manera dogmática y monopolizada, para referirse al núcleo duro bautizado como STEM². Luego, ¿qué ha pasado?; ¿cómo se ha llegado a tal confusión y desconexión? Telegráficamente, a lo largo de diversos estudios (vid. supra), se han detectado los siguientes problemas en las relaciones ciencia-universidad (acelerados desde que el Estado-nación decimonónico comenzara a tejer su red de universidades públicas, alcanzando también al resto de niveles educativos, en su proceso de normalización socializadora de la ciudadanía, Sánchez-Bayón, 2010a y 13):

- Incremento de injerencias y pérdida de autonomía: desde su origen, las universidades han gozado de un régimen autónomo, con autogobierno y regulación propia, respetado por emperadores, papas, reyes y burgos (plasmándose en sus cartas de constitución y reconocimiento, v.g. la Universidad de Salamanca fue de las primeras en obtener ese doble reconocimiento vía carta otorgada del Rey Alfonso X de Castilla y León en 1253

¹ Se trata de uno de los grandes velos de confusión de la posmodernidad (junto con la memoria histórica, la posverdad, etc. Sánchez-Bayón, 2015 y 17a), impulsado por corrientes neo y post-marxistas como la Escuela de Frankfurt (en especial, autores como Habermas).

² STEM (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*: ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas): ninguna auténtica, pues por ciencia se refiere a las ciencias naturales, que fueron las últimas en llegar a la universidad (tras la Ilustración); la tecnología y la ingeniería tienen el mismo problema, corregido y aumentado, pues se trata de ciencia aplicada, sino directamente técnica (mejora de conocimiento, pero sin entidad propia); y las matemáticas son un lenguaje artificial, o sea, un sistema de información plausible... pero si hubiera que realizar la vieja práctica de acceso a cátedra universitaria, con la memoria de disciplina: ¿cuál sería su concepto, objeto, método y fuentes de cada una de las manifestaciones STEM?

y vía bula papal de Alejandro IV en 1255). Así, las universidades y sus ciencias cultivadas han ido evolucionando conforme lo ha hecho su epistemología (pasando del racionalismo al empirismo, y más tarde al experimentalismo), brotando nuevas especialidades, sin perder las disciplinas comunes y troncales de fundamentos y reconexión (compartidas por diversas ciencias – de ahí la denominación de disciplinas duales-). Ahora bien, desde el s. XIX, los Estados-nación se han ido inmiscuyendo e influyendo en los planes de estudio (dándose prioridad a la formación técnico-profesional sobre la humanista – seguramente, para asegurar un funcionariado tecnócrata-), bien desde su propia red de universidades (v.g. cambiándose el nombre de las Facultades de Jurisprudencia por las de Derecho, donde sólo estudiar el Derecho patrio), bien con la homologación de títulos (incluso de profesorado, regulando los procesos de acreditación y acceso a cátedra –en detrimento de la original *venia docendi*-). En el s. XX, dicha injerencia se ha producido tanto desde organismos y agencias domésticas (v.g. Secretaría Gral. de Universidades, CRUE) como internacionales (v.g. UNESCO, EEES), incluso desde medios publicitarios (estableciéndose *rankings* o clasificaciones en las que se han priorizado los institutos tecnológicos o escuelas de ingeniería antes que las universidades tradicionales).

Tales problemas aplicados a las relaciones jurídico-económicas han implicado, no sólo la desconexión entre ciencias, sino la confusión interesada: el Derecho es usado, no para alcanzar nuevas cotas de libertad, sino mayores niveles de restricción y sanción (v.g. buena parte del nuevo Derecho Administrativo ha hibridado con el penal y el tributario, como pasa con el Derecho de circulación/conducción, transportes, energía, etc.); mientras, la Economía, en vez de servir de guía para la optimización de la riqueza para todos, se intensifica en los cálculos para ofrecer mejores palancas de financiación para el Sector público, con la excusa de reducir desigualdades. Ambas tendencias van en la misma dirección: la injerencia distorsionadora de objetivos originales de conocimiento propio, que mediante cierto *activismo* (torsión de los principios vía ideología, Sánchez-Bayón, 2010c), permite una masificación ciudadana más fácil de gestionar.

- Desprecio del acervo y extinción de disciplinas de fundamentos y reconversión: la intromisión ha sido tal, que no sólo se ha entrado en planes de estudio y contenidos (publicándose en boletines oficiales, v.g. BOE, o revisándose periódicamente por agencias de control de calidad, v.g. ANECA), influyéndose en qué estudios deben priorizarse, dándose trato preferencial a la especialización técnico-profesional sobre los fundamentos generalistas (v.g. el Plan de estudio de la Licenciatura de Derecho de 1953 en España –uno de los más longevos y generalizados-, mantenía la tradición secular de los tres primeros años dedicados a formación en jurisprudencia o ciencia jurídica – incluyéndose la Hacendística, como origen de los estudios económicos-, y los dos restantes, de corte técnico-profesional según la práctica forense, v.g. Derecho mercantil, del trabajo, procesal). Tal es la inversión de planteamientos por injerencias ajenas a la tradición universitaria, que hoy en día hay títulos sin apenas formación en fundamentos y disciplinas duales (compartidas en los estudios de Derecho y Economía), iniciándose sus

programas con disciplinas técnico-profesionales bien especializadas y sectoriales (v.g. Derecho bursátil, de la competencia).

Aplicándose a las relaciones jurídico-económicas, resulta paradójico que, cuando más viable resulta el estudio dual de programas/carreras (o sea, estudiar simultáneamente Derecho y Economía), menor papel juegan las asignaturas duales, o sea, de fundamentos y reconexión (por no respetar su propio acervo, sino atender a las injerencias ya aludidas); incluso, son ninguneadas estas disciplinas, considerándose de mero trámite, por su falta de valor instrumental (v.g. cómo cuantificar la historia económica salvo que se vuelva cliometría, y aun así, carece de la alta consideración de la econometría). Cabe destacar, además, que toda disciplina troncal contaba con una parte propedéutica (de fundamentación y rendición de acervo propio), que bien se ha omitido, o se despacha testimonialmente, para proceder con la parte instrumental –considerada de mayor valor–.

- Alienación universitaria y su ciencia: dadas las injerencias citadas (huyendo de los fundamentos y acervo propio, para centrarse en lo instrumental interesado), cuestión que se puede comprobar sobre todo en los cambios regulatorios universitarios y sus planes de estudio, se ha causado así cierto descrédito en la autoridad científica universitaria, que ha visto apagada su *fiat lux* (su confianza como faro de conocimiento), además de manifestar una serie de síndromes alienantes en su seno³. Tal es la confusión actual, que las universidades ya no son autónomas, ni deciden sobre sus planes de estudio, sino que además, se han subordinado al servicio de los poderes públicos y las empresas (para proporcionar una formación a medida). De tal suerte, han surgido las escuelas de alta administración y las universidades corporativas (v.g. *General Motors Institute, Hamburger Univ.-McDonalds, Disney Univ., Google Campus, Orange Campus, Instituto Tecnológico Telefónica, Univ. Corporativa Gas Natural Unión Fenosa, Banco Santander, Iberia, Ferrovial, Mapfre*), constituidas para formar en desempeños profesionales específicos de su plantilla, y no para el desarrollo intelectual de cualquier persona.

Los problemas planteados (relativos a la ciencia-universitaria y su menoscabo), se constatan hoy especialmente en las ciencias económicas, próximas a “morir de éxito”, si siguen su trayectoria difusa (de pérdida de fundamentos y acervo, incluso de desnaturalización científica, vid. supra), hasta correr el riesgo de su extinción (máxime si siguen ancladas al caduco modelo de economía de bienestar estatal): la tentación de servir al Estado, para legitimar la ingeniería social del Sector público mediante la reasignación de recursos (vuelto escasos y de acceso desigual), de modo que reporte notoriedad y financiación (v.g. cargos de asesoría política, premios como el Nobel –o mejor dicho, del Banco de Suiza–), conlleva también la pérdida de autonomía y la asimilación con otras ciencias auxiliares a la ciencia del Estado

³ Con las injerencias desautorizadoras de la universidad, y los periódicos cambios normativos, es comprensible el desarrollo de un enajenamiento complejo manifestado en forma de diversos síndromes: de Adán (tabla rasa y considerarse pionero); de Edipo (abandono a la inteligencia técnica, pese a las nefastas consecuencias sociales); de Ulises (extravía universitario, recorriendo la ruta de Bolonia -1088- a Bolonia -1998-), et al.

o Política (así definida por Maquiavelo, Sánchez-Bayón, 2017b), como resulta la *estadística* (o matemática aplicada al servicio del Estado). El riesgo de hibridar economía y estadística (en formato econométrico), puede ser tentador (por aparente plausibilidad inicial), pues permite transmutar una ciencia analítico-empírica sustancial en otra experimental procedimental (acercándola así a las citadas STEM en boga). Tal ejercicio alquimista de troque, sólo consigue restar realismo y complejidad, para ofrecer en su lugar una mayor manejabilidad y falsa seguridad (propia de la *economía de bienestar estatal-EB*, pero no así de la *economía digital-ED*, Sánchez-Bayón, 2019c). Al final, se reduce la cuestión al famoso problema científico-universitario tardomedieval de *ancilla theologae*⁴; dicha similitud puede llamarse hoy *ancilla statalis* (la servidumbre económica al Estado).

Por tanto, un ejercicio como el presente, de revisión epistemológica (para la recuperación de esencias y propuestas comprensivas), así como de reivindicación de sus disciplinas de fundamentos y conexión (en especial, las duales y de reconversión)⁵, se viene realizando desde hace lustros (por lo que se remite a muestras de trabajos con abundante bibliografía sobre dichas relaciones epistemológicas y disciplinares): entre Derecho, Política y Religión (Sánchez-Bayón, 2010a y b, 12a y b, 15a y b, 16a, 17b); Derecho, Economía y Empresa (Andreu y Sánchez-Bayón, 2019. González y Sánchez-Bayón, 2019. Navajas, López y Sánchez-Bayón, 2014. Pérez-Huertas y Sánchez-Bayón, 2013. Sánchez-Bayón, 2019a); todas las anteriores y Sociología (Sánchez-Bayón, 2008, 16b, 18a y 19b. Valero y Sánchez-Bayón, 2018); ídem y novedosas ciencias sociales con sus estudios (Sánchez-Bayón, 2013a, 14 y 19b), etc. Esta vez, se va más allá y se profundiza en las olvidadas relaciones tradicionales entre las ciencias jurídicas (como matriz originaria) y las ciencias económicas (como sucursal), pues no es que las últimas vengan a descubrir a las primeras (como se plantea desde Estudios Culturales con *Derecho y Economía* o *Análisis económico para juristas*), sino al revés. Así, el plan de estudio de esta publicación es el siguiente: se ofrece una síntesis de la genealogía común de las

⁴ Sobre la servidumbre de la filosofía a la teología, sometiendo así una Facultad universitaria a otra (confirmándose la relación de Facultad mayor y menor), junto con su conocimiento y visión del mundo, provocó tal distorsión paradigmática, que en términos económicos de la época supuso: la difuminación de la propiedad, el rechazo del comercio, la consideración del trabajo como un castigo, etc. Tal distorsión será recuperada por los socialistas en el s. XIX (Escohotado, 2008-16).

⁵ Tradicionalmente, cuando avanzaba el conocimiento, para mantener conexiones entre las nuevas ciencias, se establecían disciplinas duales (presentes en unos y otros programas de estudio), así como de reconversión (para dar cabida a los fundamentos de otras disciplinas a extinguir. Originalmente, se denominaban instituciones o elementos de tal o cual, pasando a llamarse luego Historia o Filosofía de esto y aquello. El caso es que dichas disciplinas eran cruciales por salvaguardar principios y tender puentes de reconexión entre saberes, pero con las injerencias en el ámbito universitario, no ha sido posible su consolidación autónoma, incluso, han sido de las más afectadas (al considerarse prescindibles) con los cambios de planes de estudio. Sirva como ejemplo de los dos extremos posibles para disciplinas duales y/o de reconversión, bien el caso de Derecho eclesiástico (pensada para dar cabida al cúmulo del Derecho canónico, más Historia de las Instituciones, etc., y hoy prácticamente desaparecida de los planes de estudio), bien el caso de Economía aplicada (que fue pensada para la puesta en práctica de los principios económicos en políticas públicas influyentes en la marcha de la economía, en cambio, se ha vuelto un oasis para recuperar el acervo de teoría y estructura económica, más historia económica y pensamiento económico, etc., corriendo el riesgo de morir de éxito, si le siguen añadiendo contenidos).

ciencias jurídicas, y cómo tuvo lugar la emancipación de las ciencias económicas; se parte para ello de la rama común del iuspublicismo clásico (más exactamente de la Hacendística y la Camerología). Se atiende también a los puentes que aún unen dichas ciencias (como los de las supervivientes disciplinas duales de Política económica y Economía política hasta el *totum revolutum* de Economía aplicada –que hoy comprende las anteriores, más Historia económica y del pensamiento económico, etc.), y cómo intensificarlos desde propuestas renovadoras como las de *Global Economics & Cross-Cultural Management* (Economía global y gestión intercultural)-GE&CCM (enfoque impulsado por las *Escuelas de economía de agua dulce* y las *Escuelas de Negocios*, así como el giro hermenéutico de los Premios Nobel de Economía desde la globalización, vid. supra)⁶. Finalmente, en la discusión y conclusiones se espera contribuir a una mejor clarificación del desarrollo de teorías y formas (en especial de las disciplinas duales y de reconversión, como Economía aplicada), al propiciar una instrucción más robusta e interconectada de los estudiantes de hoy, quienes han de afrontar retos como la posglobalización y la transición digital, con su transformación cultural empresarial y profesional.

2. Origen y desarrollo de los estudios jurídico-económicos

El Medievo occidental suele tener mala publicidad: una época de oscurantismo y parálisis, culpándose con frecuencia a la Iglesia. Nada más lejos de la realidad: en el Alto Medievo (s. V-X), dominado por los pueblos bárbaros y su instrumentalización política de la religión (periodo *cesaropapista*), es por ello que viven un cristianismo comunitarista herético, en el que no hay comercio (pues no hay excedentes, ni propiedad clara para su transmisión); tampoco hay movilidad (ni vertical ni horizontal, por la rigidez social de feudalismo); además, existe un alto control social (por vía escatológica popular y su represión inquisitorial). Todo ello cambia con el nuevo milenio y desde el Mediterráneo, donde vuelve a resurgir la cultura, gracias a dos grandes instituciones íntimamente relacionadas, como son la

⁶ Sirva como adelanto las siguientes consideraciones sobre GE&CCM y su giro hermenéutico: para comprender la transición digital y la transformación de la cultura empresarial y profesional en curso, que explique mejor la fase de la economía gig (que comprende las manifestaciones de la economía colaborativa y circular, la autónoma y la naranja), y su transición al nuevo estadio, como es *wellbeing economics* (o economía de auténtico bienestar –no estatal, sino personal y de la humanidad en su conjunto-, que comprende a su vez manifestaciones como el talentismo y la economía de la felicidad), ello sólo ha sido posible desde planteamientos heterodoxos (con la ortodoxia del modelo EB) y praxeológicos (basados en la experiencia de las organizaciones líderes en dichos procesos de transición y transformación, v.g. *Global Compact-ONU*, *Wellbeing Alliance-WEF*, GPTW, Merco). Para lograr tal reto es necesario reconectar la economía con el resto de esferas sociales y atender a aspectos más cualitativos, sin dejar de atender a las demandas reales del mercado y los requerimientos de las organizaciones empresariales. De tal suerte, no sólo se recupera el espíritu original multifocal de la Economía política (transferido a Principios de Economía y, a la postre, a la Economía aplica), sino también de la propia economía, cuando los clásicos (v.g. Bentham, Stuart Mill, Malthus) se cuestionaban la riqueza y bienestar, más allá de la mera medición de la producción nacional, para responder también al nivel de satisfacción ciudadana con el progreso alcanzado (lo que en los códigos JEL viene clasificado como: I31 Bienestar general; Necesidades básicas; Nivel de vida; Calidad de vida; Felicidad).

Iglesia y la universidad (Sánchez-Bayón, 2018b. Sánchez-Bayón y Valero, 2019)⁷. Gracias a la movilidad generada por las Cruzadas (por cierto, no fue el ataque de la Cristiandad al Islam, sino la defensa del cristiano Bizancio), se procuran vías comerciales seguras, donde surgen las escuelas catedralicias (para alimentar y educar en la fe a los peregrinos), que luego serán los estudios generales, las Escuelas de Cánones y Leyes y, finalmente, los colegios universitarios, regidos por doctos-clérigos. Se trata del periodo hierocrático, no guiado por la *potestas* de la espada de los pueblos germanos, sino por la *auctoritas* de los religiosos. Dado que se trata de un periodo milenario, se sintetiza a continuación el desarrollo universitario (vid. tabla 1), que nace con las ciencias jurídicas y la ciencia de Dios (o Teología – completamente racional y disponible, a diferencia de las aljamas judías y las madrasas musulmanas coetáneas, que no logran convertirse en universidades).

Tabla 1.- Ciencias jurídicas y sus ciencias sociales herederas (Política, Economía, Sociología, etc.).

“Quo vadis universitas?” Evaluación de la Historia universitaria y sus diversos paradigmas

1.- Introducción a la ciencia: noción y tipos

Noción: ciencia como moderno conocimiento sistematizado y autónomo, en el que se puede profundizar y ampliar, con método(s) propio(s) de investigación y difusión (incluida docencia).

Tipos: a) según enfoques y recurso dominante: analítica (razón), empírica (experiencia) y experimental (laboratorio); b) según prácticas y condicionantes culturales: ingleses (teórico-práctico), franceses (general-especial), españoles (humanista-profesional), rusos (abstracto-concreto), internacional (socialistas: ciencias experimentales e ideológicas; UNESCO/CDU: nomenclaturas y signaturas de ciencias puras, naturales, sociales y humanidades).

2.- Origen de las ciencias modernas en la universidad

a) Historia (antecedentes e hitos): de sabiduría a ciencia actual. Papel impulsor de la universidad en Occidente.

b) Historiología e historiografía (universidad): 3 Facultades Mayores y 1 Facultad Menor (Kant).

* Tradicional evolución disciplinar: fundamentos y especializaciones (caso Schopenhauer).

* Proceso actual: EEES (revelación: redescubrimiento universitario pre-estatalista decimonónico; autonomía es fundamento de la universidad como red de redes de conocimiento de la humanidad y no *ancilla statalis*).

3.- Emergencia de nuevas ciencias (v.g. jurídicas, sociales y mixtas)

a) Paradigma humanista y escolástico (s. XI-XVII: Escuelas de Cánones y Leyes)

- Ontología: de escuelas catedralicias a consolidación institucional universitaria (U=f (pp,bc,hD))

- Axiología: búsqueda del conocimiento (problema: antropocentrismo).

- Epistemología: *apparatus* y B. Sassoferato.

b) Paradigma elitista y claustral (s. XVII-XIX: Facultades de Jurisprudencia):

- Ontología: impulso de Facultades

⁷ En realidad, para llegar a la síntesis aquí ofrecida, ello ha sido posible gracias a la consulta y contraste de decenas de diversas fuentes primarias y secundarias en varios idiomas (todas ellas compiladas en los textos referidos); aunque de todas ellas se quisiera destacar especialmente Cannata, 1989. García et al., 1990. Clavero, 1992. Gacto et al, 1994. Hespánha, 1996.

- Axiología: búsqueda de reconocimiento (problema: elitismo intelectual y escuelas personalistas, *numerus clausus* y *vasallismo*).
- Epistemología: *techné* y Kant.
- c) Paradigma utilitarista y estatalista (s. XIX-XX: Facultades de Derecho y luego de Política, Economía, Sociología, Antropología, etc.)
 - Ontología: red de universidades públicas (problema: injerencias y burocratización, hoy mercantilización también).
 - Axiología: búsqueda de funcionalidad (no realidad, sino utilidad; no intelectual, sino intelectualidad; deshumanización y desocialización: carga ideológica).
 - Epistemología: fisiócratas y posmodernos (analíticos v. hermenéuticos –y relativistas–; problema: síndrome de Siracusa y de Ítaca).
- d) Paradigma holístico y global? (s. XXI: Facultades de ciencias jurídicas y sociales)
 - Ontología: incorporación de CC. Mixtas (v.g. CC. Trabajo y Relaciones Laborales, CC. Criminales y Forenses, CC. Seguridad, Cooperación y Desarrollo, CC. Organización, Comunicación y Transporte, CC. Policiales y de Detective Privado).
 - Axiología: ampliación y profundización (problema: exaltación del especialista frente al generalista, y acoso a disciplinas de fundamentos y entrelazamientos).
 - Epistemología: repensar el paradigma y la misión (problema: del cientificismo y su burbuja; la pérdida de *auctoritas* –por velos de confusión, v.g. relativismo, posverdad, sensibilidad de género).

Fuente: elaboración propia.

Como se ha señalado (y ahora se desarrolla algo más, para comprender las bases epistémicas en las ciencias jurídicas y sus ciencias sociales herederas), resulta que, gracias a la salvaguardia eclesiástica del saber antiguo (mientras el poder civil se encontraba inmerso en luchas configuradoras de los reinos medievales), así como, a la reactivación de las comunicaciones y del comercio con las Cruzadas y peregrinaciones (liberándose al hombre del yugo del campo y despertando nuevamente su deseo de conocer y prosperar), se producen de tal manera las condiciones para el advenimiento de la universidad (y con ella, la ciencia moderna). Se trata de una comunidad de investigación e instrucción (más allá del gremio, debido a su apertura y su superación de límites espacio-temporales, tanto para docentes como discentes –recuérdese la denominación oficial desde el s. XIII: *Universitas magistrorum et scholarium*); está a disposición de toda la *res publica gentium Christianorum* (o *Cristiandad*), nacida de las *escuelas catedralicias*⁸, que progresiva y programáticamente se van transformando en *estudios generales*. Cada *studium generale* podía constar de diversas escuelas (más tarde llamadas, por influencia

⁸ En las zonas no sagradas de los templos (v.g. pórticos, sacristías, bibliotecas catedralicias y parroquiales) se daba inicialmente instrucción religiosa a clérigos, y con el incremento de peregrinos, también se empieza a impartir a éstos, ampliándose el repertorio a materias más mundanas, como el Derecho. Así se explica el pronto desarrollo casi simultáneo –para aquellos tiempos– del cultivo similar del Derecho en centros tan distantes como Bolonia, Oxford, París y Palencia –que se extinguirá, pero en seguida encontrará su sucesora en Salamanca, que se distinguirá además por sus otras Facultades Mayores (siendo prototípica en medicina) y la Menor (inspirando los *studia humanitatis* que se abrirán por todas las universidades de Occidente)–.

greco-bizantina, *Facultades*)⁹, siendo las primeras las de *Cánones y Leyes* (para ordenar una sociedad justa), junto con las de *Teología* (para ordenar lo mundano y lo espiritual), seguidas de las de *Medicina* (para ordenar el cuerpo y la salud) y las de *Artes liberales y mecánicas* (que son las últimas en establecerse, como *totum revolutum*, de ahí que su Facultad se denomine *menor*-. De entre las casas de estudio más prestigiosas y con mayor arraigo (v.g. Bolonia desde 1088, Oxford desde 1096 -de la que se escinde Cambridge en 1209-, París y Palencia desde 1208 -aunque la última desaparece en 1250-, Salamanca desde 1218); sólo las mejores serían distinguidas con el título transeuropeo de universidad o *universitas scholarium*, contando con el mecenazgo de los poderes civiles y religiosos¹⁰ -por el contrario, aquellas instituciones que no hubieran buscado la excelencia universitaria, tras el Concilio de Trento, quedan reducidas a la condición de *Seminario Mayor*-.

En definitiva, el avance de la universidad y su ciencia (o mejor dicho, sus ciencias, según facultades y disciplinas), se debe al cultivo de docentes y discentes, recibiendo también el respaldo externo (que no injerencia aún), de hitos diversos tales como: la secularización de la religión (liberando un poco más la razón); la potenciación de las políticas educativas (de los Estados emergentes, que requieren de gente preparada para su implantación); la concesión jurídica de privilegios y autonomía, con la aprobación de los poderes civiles (v.g. cartas otorgadas y cédulas imperiales, como la imperial *Authentica Habita* de Federico I Barbarroja)¹¹ y la

⁹ Según Kant, se denominan así porque son las expresiones del poder autónomo de las universidades, y la denominación de sus cargos internos de dirección, como el decano, se toman préstamos de la anciana astrología. Lo interesante del conjunto de conferencias y escritos donde Kant expone su análisis (publicándose en una misma obra, de manera póstuma y tras la desaparición de la censura de Federico Guillermo II, cuyo título en español viene a ser *Conflicto de las Facultades*), radica el *quid* de su planteamiento en su capacidad de transmutar debilidades en fortalezas. Kant parte de una evidencia, que es la estructura estandarizada de las universidades, repartidas en tres *Facultades Mayores* (*Teología, Derecho y Medicina*) y una *Menor* (*Artes* -a la que Kant, por interés, la llama de *Filosofía*-). Tal división, que podría suponer una comparación de niveles de autoridad, Kant, lo trastoca en ventaja, ya que el Absolutismo hace que los Monarcas estén cada vez más interesados en las tres Facultades Mayores, debido a su impacto social, aumentando así sus injerencias, mientras que, la auténtica libertad se reserva para la Facultad Menor, que es cuidada como la joya de la universidad.

¹⁰ El primer caso, que así conste, fue el del estudio de Salamanca (con su *Colegio de San Bartolomé*), pasando a ser una universidad por orden de *Alfonso X El Sabio* en 1254 (y ratificada por bula papal un año después). Otro caso datado es el de la *Universidad de Orleans* por bula papal de 1306. Así se justifica históricamente su denominación de *universitas scholarium*, pues proviene de la fusión de dos instituciones de Derecho romano -antecedentes de la futura persona jurídica, que el Derecho Canónico ha empezado a desarrollar a partir de las nociones del Papa Inocencio IV (s. XII)-: *universitates personarum* (o *collegia*) y *universitates bonorum*, las unas son comunidades de personas y las otras de bienes. De ahí que la universidad requiera de maestros acreditados (con venias docentes) y de mecenazgo (financiación papal, imperial, etc.), pasando a ser también una empresa de conocimiento, de vocación universal (o al menos para la Cristiandad o *res publica gentium Christianorum*); tal avance, de la combinación del Derecho romano recibido y del Derecho canónico vigente, no sólo se sentarán las bases de la Hacendística y Camerología (para que la Administración cuente con personalidad jurídica plena), sino que también ayudará al impulso del Derecho mercantil y la constitución de sociedades, vid supra.

¹¹ Como corporación o comunidad, el emperador calificó a la emergente *Universidad de Bolonia* -por aquel entonces sólo *Escuela de Cánones y Leyes*- de auténtico hábitat de conocimiento, concediéndola su protección mediante carta otorgada de 1155. Así, por ejemplo, garantizaba (entre otros privilegios

autorización de los poderes religiosos (v.g. bulas y licencias, como la papal *venia/licentia ubique docendi*, de alcance para toda la *res publica gentium Christianorum*) -hasta el *gran cisma de 1378*, la fundación universitaria era respaldada casi al unísono por el Papa y el Emperador; desde entonces, se abre el camino a la *guerra de investiduras*-. En una visión más micro, la universidad es el resultado del cambio de mentalidad secular, donde empieza a dejarse traslucir, de manera cada vez más generalizada, la *ambitio dignitatis* (el impulso primario de buscar y disponer de la verdad) y la *ambitio pecuniae* (el deseo de adquirir una preparación práctica que asegure la promoción social). Ello aclara por qué la primera escuela en desarrollarse es la de Cánones y Leyes (Bolonia en 1088). Quiénes mejor lo expresaron, en sus conversaciones en la *Universidad de París*, fueron los *petrae patres* (Padre Pedro Abelardo y Padre Pedro Blois), cuando afirmaron que “hay dos cosas que empujan al hombre a la universidad, máxime, al estudio de jurisprudencia: la ambición por un cargo y la vana pasión por la fama” (*ambitio dignitatis et inanes gloriae appetitus*, Sánchez-Bayón, 2010a). Luego la universidad surge con un fin social doble: la búsqueda del conocimiento y la instrucción de profesionales (incluso triple, como rezaba el voto escolástico: la búsqueda de la perfección personal, la contribución al bien común, y la honra a Dios).

La relación, entonces, entre universidad y ciencias (más aún, las ciencias jurídicas), no es sólo la material mencionada (v.g. de las *escuelas catedralicias* surgen las universidades, donde se estudia Derecho canónico y romano), además de la espiritual (v.g. siendo necesario el respaldo de la autoridad papal y la potestad imperial para alcanzar y mantener la autonomía universitaria), sino que también afecta a la mentalidad, pues fomenta la secularización, aumentando la autoconfianza humana y haciendo a los hombres más de su tiempo, con lo que se incrementa la disponibilidad del poder social y un mejor conocimiento de sus esferas, cada vez más definidas. Pero, ¿cómo se logró tal cosa? Telegráficamente: tras la división del Imperio y la caída de su parte occidental, muchos son los intentos de restablecer la unidad, llevando a las tensiones entre el *Sacro Imperio Romano Germánico* (el Emperador) y el *Primado de Roma* (el Papa). De ahí que para restablecer la unidad de poder social en sus tres principales esferas (religión-política-derecho), sobre la *res publica gentium Christianorum*, la universidad se convierte en un útil instrumento de acción. La tríada es estudiada en las *Facultades de Cánones y Leyes*, siendo sus disciplinas de partida el *ius canonici* (Derecho canónico vigente) y el *ius civile* (Derecho romano atemporal). De la fusión de ambas, junto con los *fuera* (Derechos consuetudinarios de cada lugar)¹², surge el *utrumque ius*, cuya piedra de toque es el *ius dominicale* (Derecho dominical o de dominio público, por la materia). A medida que las monarquías modernas se van consolidando y caminan hacia el absolutismo, la piedra de toque dominical se vuelve omnicompreensiva, dando lugar al maximalista *ius publicum* (Derecho público, por la fuente), que hasta las

para maestros y estudiantes) la libertad de movimiento *de los hombres de estudio, pudiendo ir, venir y residir con seguridad (ut nemo studium exercere volantes, impediat stantes nec euntes nec redeuntes)*.

¹² Con la vulgarización del *ius* (dando paso al *directum* –como recto o conforme al *ius* recibido-), en cada reino medieval surge el fuero, que proviene del latín eclesiástico *forum*, voz referente al espacio público donde se imparte justicia (usualmente, de forma comunitaria, a través de la *consuetudo* -de lo que se recuerda del *ius*-, con la participación de los *iuratores* o jurados).

revoluciones liberales democráticas, y sus políticas educativas (burocratizando la universidad y sus estudios), no se dan las condiciones habilitadoras de la carrera disciplinada para el impulso del desarrollo de nuevas ramas del Ordenamiento: del Derecho público absolutista surge el contemporáneo Derecho constitucional, más el resto de ramas iuspublicistas especializadas: el Derecho administrativo, el Derecho eclesiástico (del Estado), el Derecho penal, el Derecho financiero, etc. Aprovechándose la oportunidad, también se escindirán del estudio del Derecho la Política y la Economía (ambas herederas de las disciplinas iuspublicistas de *Hacendística y Cameralismo*).

Antes de proseguir, se desea recalcar que, la configuración de la ciencia jurídica y su transición a una multiplicidad de ciencias, aunque resultó progresiva y programática (gracias a las disciplinas duales), no estuvo exenta de problemas, como los intentos falsificadores (relatándose algunos de ellos a continuación). Resulta que, hasta la mismísima universidad y sus estudios disponen de su propia cosmogonía y cosmología, cuyo hito de partida se considera la *Escuela de Cánones y Leyes de Bolonia* –de ahí que hoy se vuelva a Bolonia, cuando se piensa en la (re)construcción de un marco común europeo-. Para legitimar su labor transformadora de la realidad social, las universidades parten de las Facultades de Derecho (por entonces Escuelas de Cánones y Leyes, y más tarde Facultades de Jurisprudencia, hasta la denominación decimonónica de Facultad de Derecho –cuando empiezan las injerencias estatales y los procesos burocratizadores-), ya que dotan de legendarias fundaciones, que confieren autonomía de potestad y autoridad (sin necesidad de depender de la delegada por las concesiones imperiales y papales para el reconocimiento de sus títulos). Así, todas ellas juegan a la falsificación de sus fundaciones, a través de títulos descubiertos a lo largo del s. XIII (un siglo después del establecimiento de las más importantes universidades), cuando por casualidad se revisan incunables de Derecho romano (curiosamente, sólo la universidad afectada dispone de dicho documento): Bolonia pretende haber sido fundada por Constantino, antes de abandonar el Imperio de Occidente (s. IV); como se descubrió la falsificación, se volvió a intentar, esta vez atribuyendo la paternidad a Teodosio. Oxford defiende haber sido fundada por Rómulo Augústulo, cuando buscaba un remanso de paz en los confines de su recién perdido Imperio (s. V). París pretende atribuir su establecimiento al deseo erudito de Carlomagno (s. VIII) –algo más que discutible, pues se trató de un rey batallador y no letrado-; etc. Ello explica que, desde la fundación de las universidades, aunque los Papas¹³ muestran un profundo interés por los estudios de Derecho (antes incluso que por los de Teología, pues requieren de gente instruida para la administración de la Iglesia y la contención del poder civil, en las disputas por los justos títulos), debido al método dogmático de los

¹³ Por ejemplo, los Papas Celestino II y Celestino III fueron discípulos de Abelardo. Otro discípulo suyo, el Papa Alejandro III, además, luego sería conocido en la Historia como el *primer jurista-papa*, quién diera un importante giro a la administración eclesiástica, y a quién se le atribuye la citada prohibición docente del Derecho romano, debido a los riesgos que comportaba (de falsificaciones) -lo que a su vez provocó justo lo contrario, el recurso del Derecho romano para lograr reafirmar la autonomía de la universidad frente a injerencias externas-. Tal prohibición también había sido formulada, aunque sólo para la Universidad de París, por el Papa Honorio III a través de su bula *Super Specula* de 1219. El resultado de todas estas prohibiciones supuso que las *Facultades de Derecho canónico* tuvieran más alumnos que las de *Derecho romano o civil*.

glosadores de entonces, quienes confiaban ciegamente en *ratio scripta romana* (quedando muy expuestos a posibles falsificaciones), entonces, no es de extrañar que se diera orden de prohibir la enseñanza del Derecho romano (que por entonces era más una Filosofía e Historia del Derecho que un derecho aplicable), potenciando en cambio el estudio del Derecho canónico (que ya entonces disponía de su naturaleza transnacional, como Ordenamiento vigente en la Cristiandad). Por tanto, ¿qué se desprende de los apuntes ofrecidos? En primer lugar, la universidad arranca con los estudios jurídicos (diferenciados de los teológicos y sirviendo de matriz para el resto de los sociales), pues es la demanda social más urgente para legitimar y dotar de coherencia el nuevo proyecto social en curso (la búsqueda de la Modernidad y del Nuevo régimen). En segundo lugar, los estudios universitarios jurídicos parten de la dialéctica entre el Derecho canónico (como regulación positiva de entonces y vigente en toda la Cristiandad) y el Derecho romano (como regulación culta, redescubierta y venerada al considerarse una muestra de racionalidad prácticamente acabada), cuya síntesis es el estudio de los Ordenamientos o *Corpora* (*Corpus Iuris Civiles et Corpus Iuris Canonici*) -con la intención de generar un *ius commune* universitario, de carácter legalista, frente a los *iura propria* de cada reino, de tipo consuetudinario-. En tercer lugar, para que haya auténtico conocimiento es necesaria la crítica (como revisión de fundamentos, sentido y alcance del conocimiento disponible), lección esta aprendida de la exposición a las falsificaciones de los s. XII-XIV. Todo esto, ¿cómo se plasma en el método jurídico universitario? Pues como ya se ha aludido de pasada antes, gracias a la dialéctica *teoría general-práctica particular* y a ciertas dosis de escepticismo, se abandona el *mos italicus* o método sapiencial de los glosadores (quienes veneran el Derecho romano, considerándolo la razón escrita), para dar lugar al *mos gallicus* o método crítico de autoridad de los comentaristas (quienes veneran el espíritu de la ley), para llegar al *mos hispanicus* o método iushumanista de los compendiadores (quienes veneran la razón natural, presente en la dignidad humana). Algo similar (esta vez buscando la mayor aplicabilidad del Derecho) vuelve a producirse siglos más tarde entre los romano-canonistas y los germanistas; y tiempo después, también entre los iusnaturalistas y los iuspositivistas; etc.

Vistas las relaciones universidad-ciencia (sobre todo, ciencia jurídica) en Europa, resulta conveniente algún apunte de su devenir americano. Dichas relaciones brotan no en el mundo anglosajón, sino en el latinoamericano (desmontándose así el prejuicio falaz de que las primeras universidades fueron las de *Ivy League*¹⁴, sino las de origen hispánico, al igual que pasara con la instauración

¹⁴ De las más de tres mil quinientas instituciones de educación superior estadounidenses, se distinguen del resto un reducido grupo de universidades constitutivas de *Ivy League* o *Liga de la hiedra*. Se trata de una metáfora muy plástica, pues la exclusividad de dicho club se basa en: a) la reivindicación de la solera de sus universidades –pretendidas herederas de las más venerables europeas, donde hay hiedra en sus muros-; b) la calidad de su educación y la selección intensiva de sus alumnos y profesores –que como la hiedra, se entremezcla para ser más fuerte y elevarse-; c) la referencia social, tanto por ser parte de su comunidad como por acogerla, pues todo ello proporciona respetabilidad y posibilidad de promoción social –como la hiedra, proporciona solera y distinción a la edificación-, etc. La mayor parte de estas universidades se fundaron en el s. XVIII, en Nueva Inglaterra (v.g. Harvard, Brown, Yale, Cornell), nacidas de los estudios generales, constituidos como centros educativos confesionales para asegurar el relevo generacional de profesiones liberales, especialmente los ministros de culto.

de la imprenta -un siglo largo antes en *Puebla*, México, que en Nueva Inglaterra, donde hasta la Independencia había que pasar la censura de la Metrópoli-, y otras tantas aportaciones y contribuciones al mundo científico-académico e intelectual). Resulta que, en el mundo hispánico, gracias a su humanismo, se reconoce (tal como estipulaban las *Leyes de Indias*), que *el indio es racional, libre y llamado a la fe común*, por lo que no sólo se le ha de evangelizar (en el sentido catequético), sino que se le ha de hacer partícipe del saber occidental (que por entonces, desde el s. XVI al XVII, velaba por el mismo la Corona española, durante el largo *Siglo de Oro de las Letras*). Para cumplir con tal propósito se dota de una incipiente red de universidades, cuyo primer entramado es de inspiración salmantina y alcalaína (quedando bajo sus privilegios hasta su emancipación posterior)¹⁵ -lo que significa, a la vez, el gusto por la Historia y Filosofía del Derecho y del Estado-; mientras que el segundo entramado (desde el s. XVII, dando muestra de la incipiente ilustración americana idiosincrática -igualmente, adelantada más de un siglo a la generación de los *framers* o constituyentes estadounidenses-. A título ilustrativo se destacan las siguientes fundaciones universitarias (vid. tabla 2).

Tabla 2.- Origen de las universidades iberoamericanas

<p>a) <u>Fundaciones del s. XVI</u>: Universidad Pontificia de La Española (República Dominicana, con el auspicio de la <i>Bula in apostolatus culmine</i>, de Paulo III, Roma, 28 octubre de 1538); Universidad de San Marcos de Lima (Perú, mediante Real Provisión de Carlos V, Valladolid, 12 mayo 1551, y más tarde, <i>Breve exponi nobis nuper</i> de Pio V, Roma, 25 de julio 1571); Universidad de Nueva España (México, por Real Cédula del Príncipe D. Felipe, Toro, 21 de septiembre de 1551, junto con <i>Bula ex supernae dispositionis arbitrio</i>, Roma, 7 octubre de 1595).</p>
<p>b) <u>Fundaciones desde el s. XVII</u>: Universidad de La Plata-Charcas (Bolivia, por Real Cédula de Calos V, Monzón, 11 de julio de 1552 -no funcionó como se esperaba-); Universidad de Santiago de la Paz (Santo Domingo, por Cédula de Felipe II, Valladolid, 23 de febrero de 1558 -extinguida en 1767). En sentido inverso, o sea de impulso papal y confirmación real, son los casos de: Universidad Tomista de Santafé o <i>La Tomista</i> (Colombia, por <i>Bula Romana pontifex</i> de Gregorio XIII, Roma, 1580); Universidad de San Fulgencio en Quito (Perú, <i>Breve quam domino grati</i>, Roma, 1586). Como universidades ya fundadas en s. XVII, destacan: Universidad de Nuestra Señora del Rosario en Santiago (Chile, por privilegios pontificios generales a dominicos vía <i>Breve charissimi in Christo</i> de Paulo V, Roma, 11 de marzo de 1619, y pase regio vía Real Cédula de Felipe IV); Universidad Javeriana de Santafé (Colombia, por privilegios pontificios generales a jesuitas vía <i>Breve in supereminenti</i> de Gregorio XV, Roma, 1621, y pase regio vía Reales Cédulas de Felipe IV, Madrid, 2 de febrero de 1622 y 23 de marzo de 1622); Universidad de Córdoba (Argentina, <i>idem</i>); Universidad de San Francisco Xavier (Bolivia, <i>idem</i>); Universidad de San Miguel (Chile, <i>idem</i> -extinguida en 1738-); Universidad de San Gregorio Magno (Ecuador, <i>idem</i> -extinguida en 1769-); Universidad de San Ignacio de Loyola (Perú, <i>idem</i> -extinguida en 1767-); Universidad de Mérida de Yucatán (México -de los jesuitas y cesó con su expulsión en 1767-); Universidad de San Carlos (Guatemala, por Real Cédula de Carlos II, Madrid, 31 de enero de 1676, y <i>Bula ex suprema militantes ecclesiae</i> de Inocencio XI, Roma, 18 de junio de 1687 -vino precedida de unos Estudios generales de dominicos y jesuitas, por Breves de Paulo V en 1619 y Reales Cédulas de Felipe IV de 1624-25); Universidad de San Cristóbal de Huamanga (Perú, por Real Cédula de Carlos II, Madrid, 31 de diciembre de 1680, y <i>Breve in supremo</i> de Inocencio XI, Roma, 20 de diciembre de 1682); Universidad de Santo</p>

¹⁵ No son todos los casos, pero sí los más ilustrativos -poniéndose así de manifiesto la riqueza cultural hispánica antes del despegue de los *seminarios teológicos* y las *escuelas técnicas* de los anglosajones (como sus precedentes universitarios), a finales del s. XVII (Sánchez-Bayón, 2012c y 13b).

Tomás (Perú, por Breve de Inocencio XI en 1681 y Real Cédula de Carlos II en 1683); Universidad de San Antonio en Cuzco (Perú, por Breve de Inocencio XII en 1692, y pase regio de 1692); Universidad de San Nicolás (Colombia, *idem* 1694 y 1703); *et al.*

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a las escuelas, ya no como centros de estudio, sino como líneas de pensamiento (aglutinadoras de cátedras y profesorado), a continuación, se esquematizan las siguientes (vid. tabla 3)¹⁶: desde los glosadores tardomedievales hasta los crítico-culturales y holísticos actuales. En dicha selección podrá apreciarse la aparición de autores destacados para nuevas ciencias jurídicas (v.g. Derecho monetario, bancario, de la competencia), y de ahí, otras ciencias sociales (v.g. Política, Economía, Sociología, Criminología), compartiendo todas ellas a los escolásticos, en especial, la Escuela de Salamanca (v.g. Vitoria, Sepúlveda, Mariana, Suarez), seguidos de los liberales británicos (v.g. Adams, Rev. Malthus, Bentham, Stuart Mill), la Escuela de Chicago (v.g. Rev. Small y Henderson, Mead, Parks), *et al.*

Tabla 3.- Devenir de las escuelas universitarias

<p>a) <u>Escuelas escolásticas</u> (s. XII-XVII): categoría que aglutina a una gran diversidad de autores, en su mayoría clérigos de origen mediterráneo (desde la Península Itálica hasta los ultramontanos franceses y españoles), repartidos entre iusnaturalistas y iuspositivistas –pues no son enteramente de una u otra corriente, y mucho menos respondiendo a la dicotomía antagónica, y algo maniquea, que se maneja hoy en día-. Tienen en común el ser receptores del Derecho antiguo, ayudándose del mismo para impulsar el nuevo Derecho común o <i>ius commune</i>. Se articulan en torno a las Escuelas de Cánones y Leyes y posteriores Facultades homónimas y mixtas. a1) <i>Glosadores</i> (s. XII-XIV): sus cultivadores conciben el Derecho como la razón escrita, plasmada en palabras a examinar (<i>dictio/verbi ratio</i>), de ahí que su técnica de trabajo sea la <i>exégesis</i> o comentario apegado al texto. Su estilo investigador es el del <i>mos italicus</i>. En sus clases, la parte principal es la <i>lectio</i> o lección magistral de escrutinio de los legajos (tanto de <i>Corpus iuris civile</i> como del <i>Corpus iuris canonici</i>). a2) <i>Comentaristas</i> (s. XIV-XVI): sus integrantes comprenden el Derecho según su sentido conjunto, el evidente y el interpretado (<i>sensus/orationis ratio</i>). Su técnica de trabajo es la <i>hermenéutica</i> o comentario acerca del texto y su estilo investigador es el del <i>mos gallicus</i>. En sus clases, lo prioritario es la <i>disputatio</i>, sobre todo en la variante <i>quod libet</i> (o <i>libetales</i>), por ser aquellas más polémicas que requerían de respuestas magistrales posteriores, de modo que se mejorara la hermenéutica. Comienzan a ofrecer materiales didácticos a los estudiantes, como sumas, concordias, etc. a3) <i>Tratadistas</i> (s. XVI-XVIII): son autores de corte humanista que indagan las esencias del Derecho (<i>essentia ratio</i>) y las conectan con otros saberes como la Historia, la Filosofía, la Literatura, etc. Su técnica de trabajo es la <i>heurística</i> o fijación de una prelación y mejora de fuentes. Su estilo es el <i>usus modernii</i>, con un Derecho más elegante, bien estructurado por disciplinas, y éstas por partes generales (de fundamentos) y especiales (técnico-profesionales). En sus clases prima la lección magistral.</p>
<p>b) <u>Escuelas jurisprudenciales</u> (s. XIX): se trata de la variopinta doctrina impulsora de un renovado Derecho, más científico. Sin embargo, de manera paradójica, con la realización de sus modelos, en vez de contribuirse a la integración del Derecho en un sistema común, lo que se ha logrado es el distanciamiento entre familias jurídicas. Luego, pese a la inspiración inicial, no se impulsa una ciencia jurídica para la humanidad, sino que cada escuela jurisprudencial</p>

¹⁶ Cierto es que cabría una esquematización mínima, que distinguiera entre escuelas humanistas (glosadores, comentaristas, tratadistas), positivistas (codificadores, pandectistas, dogmáticos), y sociales (socialistas y sociológicos), pero tal apunte no permitiría atisbar la riqueza que sustenta la evolución del Derecho y su pensamiento jurídico propio (con autonomía del filosófico general).

finisecular (de finales del s. XIX y principios del s. XX), termina volcándose en sus respectivas sociedades (la jurisprudencia anglosajona) y sus Estados-nación (la jurisprudencia europeo-continental). A la postre, en vez de avanzarse hacia el citado nuevo Derecho común, lo que se ha logrado es restar científicidad al Derecho, al convertirlo en algo cada vez más técnico-profesional y especializado, al servicio de las elites de poder estatales. Al final, el Derecho viene a ser lo que se enseña, por lo que las Facultades de Jurisprudencia pronto pasan a ser las de Derecho, centradas en el paradigma del positivismo formalista estatal (v.g. codificación y desarrollo estatutario, Administración tutelar de lo social). b1) *Escuelas Exegéticas (del Código)*: dos son las corrientes mayoritarias decimonónicas impulsoras de una ciencia jurídica basada en la codificación tutelada por los poderes públicos. De un lado están los jurisprudentes defensores de códigos inspirados en doctrinas estatutarias *ex novo* (de construcción técnico-jurídica basada en trabajos preparatorios de grandes maestros como Pothier, Gottlieb Schwartz, García Goyena); sirvan como ejemplos de su tipología de códigos el Bávaro (1756), el Prusiano (1794), el Francés o Napoleónico (1804), el Moldavo (1817), el Holandés (1829), el Portugués (1867), el Español (1889), etc. De otro lado, los códigos elaborados a raíz de teorías organicistas *de traditio* (de construcción conciliadora entre las compilaciones pasadas y los nuevos códigos técnico-jurídicos, tal como han defendido autores del tipo de Savigny, Mancini, Huber); sus códigos representativos son el de Zúrich (1853), el Griego (1856), el de Sajonia (1863), el Báltico (1864), el Italiano (1865), etc. Lo que une a todos los exégetas es su fe en el código, conforme a la célebre sentencia del Prof. Bugnet: “yo no conozco el Derecho Civil, yo sólo enseño el Código de Napoleón”. b2) *Escuela Histórica del Derecho*: de raigambre germánica (de donde se irradia a los países mediterráneos –y a España llega de la mano del Prof. Hinojosa y su escuela-), posee dos vertientes, una organicista y otra conceptualista. La organicista promueve una comprensión del Derecho como resultado de la Historia de un pueblo, tratándose de su legado. Son estos autores los que, curiosamente, basándose en las *Instituciones* recibidas de Derecho romano, pretenden crear su equivalente germano, como va a ser la *Pandectística* (denominación griega de las *Instituciones Justinianas*); sin embargo, para mantener la autonomía de su construcción doctrinal, van a impulsar un discurso distanciador del Derecho romano. En cuanto a la línea conceptualista, es aquella más elitista, que se distancia del proto-nacionalismo de la otra, y defiende unas esencia jurídicas a valorar en cualquier caso. Sendas vertientes citadas, arrancan de las propuestas de los profesores de Derecho romano Hugo y Savigny, siendo contestadas y modificadas por más profesores de Derecho Romano como Puchta o Ihering. b3) *Escuelas jurisprudenciales inductivas*: son principalmente autores anglosajones, desde los británicos utilitaristas (v.g. Bentham, J. Stuart Mill) y analíticos (v.g. Austin, Blackstone), hasta los estadounidenses pragmáticos, con la corriente de inicios del s. XIX *Public Virtue & Common Sense Jurisprudence* [jurisprudencia del sentido común y la virtud pública] (v.g. Marshall, Story)¹⁷, sentándose las bases para el tránsito a las escuelas realistas y sociológicas posteriores (gracias al énfasis por el *sentido común*, y al ser una línea de pensamiento impulsada por magistrados). b4) *Escuelas idealistas-teoréticas*: se alude así a los pensadores de *sistemas de sistemas*, aquellos llamados a integrar diversas propuestas, a la vez que faciliten su expansión. Entre las diversas escuelas destacadas, sobresalen la alemana de primera generación (v.g. Fichte, Schelling, Hegel) y de segunda (v.g. Lasson, Krause, Binder, Freyer), la italiana (v.g. Vera, Spaventa, Croce, Gentile), la holandesa (v.g. Bolland), la rusa (v.g. Belinski, Herzen), la británica (v.g. Stirling, Bradley), la francesa (v.g. Hyppolite, D’Hondt).

c) Escuelas formalistas, sociológicas y antiformalistas (s. XX): se trata de líneas de pensamiento de vigencia más breve que las precedentes, y mucho más entrecruzadas, pues los excesos de unas han conducido a la emergencia y posicionamiento de las otras (v.g. los excesos de los formalistas por lo técnico-jurídico han propiciado que los sociologistas presten una mayor atención a las instituciones sociales y su relación con la justicia). Sus centros de estudio

¹⁷ El famoso Presidente del Tribunal Supremo de EE.UU., J. Marshall, además de ser el ideólogo del *control constitucional difuso*, es conocido también por introducir al inicio de las sesiones la costumbre del saludo de manos entre los Magistrados antes de tomar asiento, así como, por su célebre máxima al recordarles que *entre ellos puede haber diferencia de opiniones, pero que todos ellos comparten un propósito común*.

característicos son los *Institutos y cátedras universitarias* en las ya convencionales Facultades de Derecho, más las emergentes escuelas especializadas y *think-tanks* [centros de investigación de alto rendimiento] de los *lobbies* o grupos de interés y presión. c1) *Escuelas de formalistas*: sus defensores coinciden en su apreciación del Derecho conforme a una tipificación vía *precedentes vinculantes* (los anglosajones) o *regulación estatutaria* (los europeo-continentales), por considerarse que se trata de las herramientas requeridas para resolver los casos concretos, a la vez que se da forma al conjunto del Ordenamiento. Luego, el *Legal Formalism* [formalismo jurídico] estadounidense está basado en un sistema inductivo del *Case Law*, tal como implantara el Decano Langdell en Harvard desde 1870. Los formalistas europeo-continentales, por su parte, apuestan por un sistema deductivo de positivismo exclusivo y excluyente, cuya última y más célebre de sus expresiones es la *Teoría Pura del Derecho y del Estado* (v.g. Kelsen, Kaufmann, Kunz, Jellinek, Verdross, Weyr). Es de destacar que, sus caminos (de anglosajones y europeo-continentales), pese a parecer paralelos (por optar unos por la inducción casuística y los otros por la deducción estatutaria), sin embargo, la Historia ha conducido a su entrecruzamiento, gracias a las migraciones derivadas de las Guerras Mundiales y la Guerra Fría. Sirva como ejemplo el caso de Kelsen y sus idas y venidas doctrinales, de su iuspositivismo fuerte en Europa continental, a su laxitud ya en los EE.UU., donde desde las universidades de Harvard y Berkeley se relacionó con los *neo-contractualistas* (v.g. Rawls) y condicionó a la *Escuela del proceso jurídico* (v.g. Hart, Sacks). No debe olvidarse tampoco la labor mediadora –entre los teóricos alemanes, los dogmáticos franceses y los formalistas estadounidenses- de la doctrina italiana (v.g. Bobbio, Santi Romano, Del Vecchio). c2) *Escuelas soviéticas*: a diferencia de las anteriores escuelas, sus planteamientos no surgen del libre debate desde la base, sino como imposición desde la cúspide, sólo admitiéndose matices interpretativos de la versión oficial. De tal modo, se pasa de un rechazo en bloque del Derecho, por considerarlo un instrumento de dominio de los burgueses capitalistas sobre los oprimidos obreros, para virar nuevamente en bloque y proceder a considerar el Derecho como una valiosa herramienta de la revolución (v.g. Lenin, Stalin, Stucka, Pasukanis, Vysinskij, Strogovic). c3) *Escuelas realistas y de Derecho libre*: son autores que defienden un Derecho vivo, espontáneo y practicado –frente al resto de escuelas, a las que consideran excesivamente dogmáticas y alejadas de la realidad: para ellos lo importante no son los preceptos sino los hechos y el propósito social del Derecho-. Dicha reacción de realismo *jurídico* se produce en los EE.UU. (v.g. Holmes, Llewellyn), Alemania (v.g. Fuchs, Ehrlich), Rusia (v.g. Gurvitch), Escandinavia (v.g. Ross, Olivecrona), España (v.g. Recasens, Pérez Luño), etc. c4) *Escuelas sociológicas*: en EE.UU. destaca la formación de la Escuela de Chicago en la década de 1890, con los Rev. Small y Henderson (cultivadores de *Church-State Studies*: una combinación de Derecho eclesiástico, Sociología de la religión e Historia de las instituciones), seguidos de la siguiente generación, con Mead, Parks, etc., así hasta cuatro generaciones más, cultivando la sociología jurídica, la criminología, etc.; tiempo después brotará la línea economicista, destacando Friedman. Por su parte, los europeo-continentales responden a un nuevo bandazo doctrinal –frente a los formalismos aún dominantes-, aquellos *no-realistas*, más que sociólogos jurídicos, resultan unos pocos hermeneutas (v.g. Weber, Spengler, Tonnies) y la gran mayoría tiende a la axiología (volviendo al estudio de los valores y las relaciones entre los diversos órdenes normativos sociales, v.g. Mayer, Radbruch, Sauer, Meyer, Haring). De vuelta a EE.UU., donde se observa una mayor continuidad con las escuelas previas, resultando casi una consecuencia lógica la emergencia de la *jurisprudencia inductiva* y el *realismo jurídico*, allanando el camino a las siguientes, como la *escuela institucional* y las *crítico-culturales*. La propia de este movimiento es la escuela de jurisprudencia sociológica o *Sociological Jurisprudence*, desde las aportaciones académicas de Pound en Harvard en la década de 1930, hasta el movimiento de derechos civiles en los 60. c5) *Escuelas institucionalistas*: sus autores estudian el Derecho comprendido desde y para la solidaridad –luego lo ponen en relación con otras Ciencias Sociales (v.g. Política, Sociología)-. En la línea francesa de estas escuelas (cuyo referente es Duguit), su comprensión jurídico-solidaria se articula por medio de la noción de función pública de una Administración lata –tan expansiva que se encarga de la gestión de jardines y festejos, a la vez que comercializa bienes y dispone de negocios propios-; mientras, en la línea anglosajona (donde sobresa Easton), se centra en las instituciones de gobierno y participación, dejando la cuestión solidaria en manos de la sociedad civil y el sector privado –eso sí, se sientan las bases para la atención de teorías posteriores, de corte economicista, sobre *decisión racional, elección pública y teoría de juegos*-. c6) *Otras escuelas*: de corte elitista –y algo

tradicionalistas-, como las impulsadas por Schmitt en Alemania, Mosca y Pareto en Italia, Donoso Cortés en España, etc.

d) Escuelas crítico-culturales y revisionistas (s. XX y XXI): son ya autores posmodernos, quienes confieren mayor importancia a la retórica que a la realidad, pues bien generan nuevos discursos legitimadores o contestatarios, bien prestan atención a los mismos para purgarlos (de inferencias, imposturas y falacias). Su entorno de trabajo son las nuevas Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, comprensivas de disciplinas tradicionales y emergentes, así como de nuevas áreas y ciencias (v.g. Derecho penal, Criminología y Ciencias forenses y criminales; Derecho del trabajo, Seguridad Social, Trabajo Social y Ciencias laborales). d1) *Escuelas neo-marxistas*: son autores herederos de las aportaciones de la *Escuela de Frankfurt* (v.g. Marcuse, Adorno, Fromm), *de Annales-Normale* (v.g. Bloch, Fevre, Braudel –junto con Sartre, Foucault, et al.-) y *de Birmingham* (v.g. Hoggart, Hall, Williams, Thompson), dados a la combinación de enfoques y temáticas, desde un espíritu crítico-contestatorio, con preocupaciones populares/cotidianas y con cierto sesgo ideológico. Introducen planteamientos revisionistas más allá de la clase, para preocuparse también del factor étnico, de género y sexual, por ejemplo. Su bagaje es de doble recorrido, pues sus formuladores son europeos, cuya influencia llega a los EE.UU., donde su cultivo se institucionaliza como programas transversales de *Critical & Cultural Legal Studies* (su inicio se remonta a los años 60, para estudiar los movimientos sociales de entonces, v.g. *Movimiento de derechos civiles*, generalizándose su presencia y alcanzando su autonomía en la década de 1980, con presencia en diversas Facultades), y de ahí se irradia a Latinoamérica y de nuevo a Europa. Otra curiosidad de estas escuelas es que los neo-marxistas de la Guerra fría, tras la caída de la URSS, son bastantes los casos de autores que se vuelven neo-conservadores (v.g. Bolton, Kagan, Kristol, Novak, Wolfowitz). d2) *Escuelas del uso alternativo y de Derecho alternativo*: las primeras corrientes proceden de las teorías débiles neo-marxistas ya planteadas, desde donde se concibe el Derecho como instrumento de cambio social y garantía ciudadana, procediéndose a un nuevo constructivismo activista, dando lugar a movimientos como *Fundamental Rights Jurisprudence* [Jurisprudencia/Derecho positivo de los derechos fundamentales], impulsada de los años 60 por destacados juristas, procedentes del ejercicio profesional, como Grey, Perry o Tribe –en España, en menor medida, Peces-Barba y sus colegas del Instituto de Derechos Humanos-UCM-. En cuanto a las segundas corrientes –nacidas como corrección de las primeras-, se habla de Derecho alternativo, pues no se requiere de *activismo* alguno sino de aplicar el Derecho en su gran pluralidad y de manera integrada, o sea, combinándose el *derecho imperativo, hard-law y lex lata*, con el *derecho dispositivo, soft-law y lex ferenda*. d3) *Otras escuelas*: desde finales de la década de 1970, surgen, más que escuelas, movimientos diversos, como *Originalism* [originalismo –neoconservador-] (v.g. Bork, Scalia), *Law and Economics* [Derecho y (Economía –en España, Análisis económico para juristas-, Política, etc.)] (v.g. Posner, Easterbrook, Shleifer), et al.

Fuente: elaboración propia.

Evidentemente, una esquematización como la de las tablas previas peca de reduccionismo y tendencia a los tipos ideales y generalizaciones, por lo que es crucial que el lector comprenda que se trata de una mera guía, donde unas escuelas pueden llegar a estar entremezcladas con otras, además de evolucionar (incluso, de involucionar o revolucionarse, v.g. la generación de los positivistas formalistas estatales, en su mayoría germanos e italianos, por ser de los últimos Estados-nación en formarse, en un principio fueron más radicales en su intento objetivador del Derecho –restando su dimensión subjetiva, y con ella también la axiológica-, además de someter el Derecho al Estado, revistiéndolo básicamente de coercibilidad, lo cual fue aprovechado para la ingeniería social por el nazional-socialismo y el fascismo; muchos de ellos reconocieron su error, pero otros lo trasplantaron al Derecho internacional). El caso es que, pese a la larga tradición milenaria de las ciencias

jurídicas (enraizadas con el mismo origen universitario y científico en Occidente), con su rica diversidad epistemológica, y en las que se han desarrollado múltiples disciplinas duales, facilitadoras de la emergencia de otras ciencias (v.g. la Hacendística y la Camerología sirvieron de cuna para la Política y la Economía), entonces, ¿por qué parece ser que se ha abandonado su acervo por casi todas las ciencias sociales que se han emancipado de aquellas? ¿Y por qué tienden a asimilar el reciente poso de las ciencias naturales e ingenierías? Se está pensando, sobre todo, en Política, Economía y Sociología, que de ser analítico-empíricas, parecen querer trocarse en experimentales, al estilo de las ciencias naturales e ingenierías (las cuales poseen un nimio acervo epistemológico, y si acaso sí metodológico). Quizá, se deba a un intento de reafirmación, diferenciándose de sus orígenes, y copiando en cambio a aquellas ciencias coetáneas (en su emergencia) con mayor éxito (que llegaron tarde a la universidad y fueron, además, las primeras en salir de ella, Sánchez-Bayón, 2010a). Sólo así se entiende la persistencia en transmutar la economía en econometría, intensificándose con el cálculo estadístico coyuntural de corte macro, y no así con las teorías comprensivas de por qué y cómo se optimiza la riqueza y bienestar, tanto individual como de conjunto (conforme a unos principios y fines –y no sólo medios)¹⁸.

Luego, visto el desarrollo de las ciencias jurídicas, ¿cómo devienen de ellas el resto de ciencias sociales? En el paso de la muceta roja (Derecho) a su degradación naranja (el resto de ciencias sociales), se presta especial atención al caso de las ciencias económicas: tras su emancipación, ¿aún comparten fundamentos y acervo universitario con las originales? ¿Queda alguna disciplina dual para la reconexión? ¿Cuál es su situación epistemológica? Estas y otras cuestiones relacionadas son tratadas a continuación.

3. Balance de la emancipación y aislamiento de las ciencias económicas

¿Por qué, si las ciencias económicas son herederas de la milenaria tradición analítica y empírica de las ciencias jurídicas, en cambio, parece que prefieren desde mediados del s. XX seguir la estela experimental de las sobrevenidas ciencias naturales e ingenierías? (y como ellas, no sólo copian su énfasis metodológico, sino que abandonan la universidad, para buscar centros de poder). ¿Por qué su epistemología ha tendido al reduccionismo econométrico, diferenciando entre ortodoxia (*mainstream*) y heterodoxia, si además, justo los últimos suelen tener epistemologías fuertes? Para responder, conviene aclarar primero qué se entiende por economía y cómo se han ido desarrollando sus principales disciplinas hasta la situación difusa y extintiva actual.

¹⁸ La condición analítico-empírica heredada de las ciencias jurídicas, no sólo dota de sustantividad a los planteamientos de las ciencias económicas, sino que además las inmunizan frente a confusiones discursivas como la alquimia keynesiana (basada en la demanda agregada y la gestión de la incertidumbre mediante el gasto público) y de los *Chicago boys* (con modelos estocásticos, basados en el aumento de masa monetaria y juego con los tipos de interés). Incluso, hoy en día se requiere frente a artificios en boga, pero sin fundamento, como los planteamientos post-keynesianos de economía cuántica (como el Seminario de Economía Marxista, Post-Keynesiana y Cuántica-SEMPKC de UAM. Orrell, 2018). Para desmontar todo lo anterior, habría bastado con ciertos rudimentos de derechos reales (de Derecho romano), de tributación y financiación (de Derecho canónico y de Hacendística), etc.

En cuanto a la economía, la ortodoxia (defensora del modelo de EB, basado en una econometría (de corte macro) sustentadora del papel redistributivo del Sector público –por supuesta escasez y desigualdad-, y por ende de sus vías de financiación, para intervenir en la actividad económica), resulta que parte de una concepción fallida: en su ontología (con errores de definición, etimología, etc.); en su metodología (con un aislacionismo y reduccionismo de enfoques, técnicas, etc.); en su axiología (al transmutarse sus valores, aceptar el riesgo de la experimentación social, renunciar a la subjetividad y la cooperación voluntaria, etc.); y, sobre todo, en su epistemología (con faltas en sus principios y fines, así como en sus teorías y formas manejadas –prefiriéndose modelos de premisas ideales, a valorar por sus objetivos, en vez de atender a modelos realistas, según resultados-, etc.). De todo ello, por el cariz crítico de este estudio (revisándose el conocimiento disponible), se aclara alguno de los polémicos puntos mencionados (dada la limitación material de este texto, no cabe ser exhaustivos):

- La economía no se limita a la reducción a la fórmula de “la toma de decisiones sobre recursos escasos y de uso alternativo”, que empezara a extender un neoclásico como L. Robbins (más tarde, también próximo a la Escuela Austriaca), desde su cátedra en la *London School of Economics* (*Principios de economía* en 1923 y *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica* en 1932), generalizado en los libros de texto por el discípulo de Schumpeter, Premio Nobel y catedrático en MIT, Samuelson (*Fundamentos de análisis económico* en 1947, reeditado como *Economía* y traducido a más de una docena de idiomas), y manteniéndose hasta hoy por referentes como el catedrático de Harvard y asesor del Presidente Obama, Mankiw (*Principios de economía*, 1998). Tal planteamiento resulta erróneo, pues centra la atención en la toma de decisiones, a la vez que ignora los planteamientos marginalistas (de la Escuela austriaca, desde Menger y sus *Principios de economía* en 1871) y conductistas (con Premios Nobel en Economía y su giro hermenéutico, como: Hayek & Myrdal (con su acción humana, galardonados en 1974), Simon (con su racionalidad limitada, galardonado en 1978), Buchanan (toma de decisiones, 1986), Becker (comportamiento humano, 1992), Nash et al (teoría de juegos, 94), Sen (capacidades, bienestar y desarrollo, 98), Akerlof et al (información asimétrica y economía de identidad, 2001), Kahneman & Smith (toma de decisiones y bienestar personal, 02), Schelling et al (teoría de juegos, 05), Krugman (comercio y geoeconomía, 08), más Shiller (13), Deaton (15), Thaler (17), et al. Todo ellos recuerdan que la economía depende de las decisiones de los agentes involucrados (según sus necesidades, intereses, incentivos, modas, hábitos, manías, etc., pudiendo cambiar, ya que los seres humanos y sus sociedades son evolutivas); por tanto, no debería corresponder a un tercero (como el Sector público) el intento centralizador de la toma de decisiones (pese a presumir de su mayor racionalidad burocrática, aunque ello se traduzca en la práctica en redes clientelares, déficit presupuestario, duplicidades de unidades de gasto, etc.)¹⁹. Además, la economía no versa tanto

¹⁹ Los poderes estatales, para empezar, pretenden ser supervisores y agentes económicos –o dicho según las ciencias jurídicas: juez y parte- lo que supone un conflicto de intereses, que a su vez, se agrava por requerir financiación para su propio sostenimiento. El caso es que su racionalidad es aún

en el énfasis decisorio (y mucho menos, si se tiende a su monopolización por el aparato estatal, pues la Economía es anterior al Estado y lo sobrevivirá, al igual que pasa con el Derecho, Sánchez-Bayón, 2010a y 10c), sino más bien, la economía se refiere a la acción humana (Mises, 1949), aplicada a la gestión de recursos (que con la ED son cada vez más abundantes y de usos múltiples), según unos principios, seguidos para optimizar el nivel de riqueza y bienestar personal y de conjunto (tal como recuerda su etimología).

- La voz economía procede del griego clásico y no significa literalmente *administración del hogar* (como si pueda ser posteriormente la administración patrimonial romana), sino las *normas de la casa*, entendiendo por tal el conjunto de recursos familiares, o sea, las personas y bienes que integran la unidad social básica en la polis, cuyo representante es el *telestai*, que por probar su gestión particular, puede convertirse en *polites*, y por ende, participar entonces en la administración de lo político (lo tocante a la comunidad, o sea la Política) –en caso de no ser capaz de gestionar su riqueza y bienestar personal, entonces, es considerado *ideon* (idiota), lo que le descarta para la política-. Además, el modelo económico griego era autárquico, sin apenas excedente para el intercambio (de ahí que grandes polis, como Esparta, triunfadora de las Guerras del Peloponeso, se especializara en el espolio de otros).

Un corolario a la cuestión etimológica y su semiótica posterior, aclara dos cuestiones: dicha noción de la gestión de la riqueza y bienestar individual, para generar la social, se mantuvo en la disciplina Economía política (vid. supra); y la voz, con su formulación original se ha mantenido en otros idiomas (sobre todo los declinados, v.g. griego, alemán).

- Si la economía partió de la gestión optimizadora de la riqueza privada (o sea, la búsqueda personal del ánimo de lucro, a través del afán y pena o ahorro, según Smith), ¿cómo se ha vuelto hacia lo colectivo, o sea, la riqueza de las naciones? Iniciaron el giro hermenéutico los clásicos (desde A. Smith, con *Una investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, 1776), al ser conscientes de la conveniencia de atender a la par la riqueza y bienestar individual y grupal. La distorsión comienza con los neoclásicos, en especial Pigou (*Economía de bienestar*, 1920) y su protegido Lord Keynes (*Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, 1936). Keynes incluso, llega a reducir a los individuos racionales en espíritus animales o seres instintivos, por lo que urge delegar la capacidad de decisión al aparato estatal. Desde entonces, la ortodoxia establecida y reafirmada con el *boom* de EB (tras la II Guerra mundial), consistente en la hibridación de la economía (relativa a la riqueza, vía eficiencia y cooperación mediante mercados) con la política (sobre el poder, vía eficacia y coerción mediante el aparato represor estatal), ya que sólo el Sector público contaba con el músculo suficiente como para reactivar las economías nacionales; en cambio, pese a la refutación de la realidad, tras la quiebra del modelo en la década de 1970 (con crisis energéticas, laborales, financieras, etc., hasta llegar a la estanflación, sobreendeudamiento e

más limitada, pues se circunscribe al modelo de EB, sobre redistribución, equilibrio y desarrollo. En realidad, la racionalidad económica parte de las preguntas clásicas: qué producir y cómo y para quién.

hiperregulación), se ha mantenido dicha ortodoxia, pues los políticos necesitan de sus alquimistas, creadores de dinero de la nada (sin necesidad de ahorro previo, bastando con manipular los tipos de interés y cambio), admitiendo como normal patologías como la inflación.

- En términos axiológicos, también la citada ortodoxia ha aceptado una inversión de planteamientos, pues si originalmente la economía valoraba el ánimo de lucro, ahora parece primar la justicia social. Dicho concepto es ideológico (nacionalista y socialista), pero no jurídico: los griegos antiguos lo entendía como la isonomía o igualdad de trato ante el nomos o normas de la polis (lo que los ilustrados llaman posteriormente, el principio de legalidad). La Escuela de Salamanca (s. XVI), que es la última gran escuela de economía moral y precursora de la ilustración escocesa (de donde parten los economistas clásicos, como A. Smith), ya lo tenía claro: la justicia, sólo es jurídica (de igualdad de trato ante el Derecho), y nunca política, pues quedaría al arbitrio del gobernante; los títulos justos, por tanto, resultan los legítimos por el convenio de las partes afectadas y el reconocimiento de la comunidad. Por tanto, la idea de justicia social no es más que la secularización de un atributo de Dios, pues sólo en su omnisciencia puede saber la justicia de los precios; a los humanos únicamente nos queda la cooperación voluntaria y la libertad de intercambio (siempre y cuando no haya intención de engaño por una de las partes o se vulnere el Ordenamiento, tal como se tipificara en la mayor parte de las codificaciones decimonónicas occidentales).
- Otros valores invertidos e influyentes en la deriva epistemológica (o más bien, la causa de la falta de variedad de teorías y formas –a ser posible lo más realistas, y no idealistas): a) prejuicios por socialización (¿por qué la economía se percibe de manera negativa y a los empresarios como seres egoístas, mientras que la política es valorada de manera positiva y los políticos son altruistas?; ¿por qué siendo esferas y ciencias distintas, en cambio, la Economía y la Política siguen entremezcladas?); por distorsión ideologización (¿se busca gestión de la riqueza o poder sobre la riqueza y con ello el control social?); b) negacionismo económico (aquellos que critican la economía, en cambio, pretende su dirección e instrumentalización para otros fines (v.g. la demanda de volver público el dinero y nacionalizar la banca, tal como ya se preveía en el *Manifiesto comunista* de 1848); c) trampa comunista-consumista (“quien no trabaje, que no coma”: pese a ser una cita bíblica -San Pablo: Tesalonicenses 3:10-, en cambio, la hizo suya Lenin en su obra *El Estado y la revolución* de 1907, retratándose luego en la Constitución de la URSS; también la incorporó Deng Xiaoping para China con sus *Cuatro modernizaciones*; dicho aparente oxímoron extiende la trampa según la cual hay que ser productivo para consumir, y cuanto más se consume, más productivo hay que ser, incurriéndose en un riesgo de endeudamiento mayor); d) corporativismo: alta especialización y complejización distante (economía reservada para economistas, al ser los únicos capaces de comprender su ciencia, pero si fuera así, ¿por qué hay tantas interpretaciones y ninguna previsión es fiable 100%?); e) reduccionismo vía modelizaciones econométricas de corte macro (pero ¿y factor humano?; ¿Cómo computar los hábitos, modas, manías, etc., incluso la búsqueda de bienestar y felicidad); f) el regreso maltusiano (con la confusión

de la pobreza –ya por debajo del 5% mundial- y la desigualdad –aunque en general, se viva en uno de los periodos más abundantes de la Historia), etc.

Quizá, el fallo epistemológico económico actual, que impide la concurrencia y competición de teorías y formas, se deba a la paradoja de la Filosofía económica: resulta que falta una revisión crítica y reveladora de fundamentos y conexión, por ausencia de una Filosofía económica, al considerarse poco científica; sin embargo, tal prejuicio se debe a dos filósofos sin estudios formales de economía (Marx y Keynes), quienes fijaran las bases de la supuesta científicidad de la ortodoxia vigente, excluyéndose así la Filosofía económica, para evitar la reflexión crítica al respecto, que pudiera cuestionar su transvaloración axiológica (v.g. del ánimo de lucro a la negatividad de la plusvalía; de la teoría del capital y su premisa del ahorro, al estímulo de la demanda agregada, basándose en el consumismo y el gasto público). Tal inversión de valores cambió la percepción económica, como diría el propio Keynes en el cierre de su *Teoría general* “para bien o para mal”.

4. Posibilidades de la reformulación paradigmática tras la globalización en la Economía aplicada

Hasta ahora, se ha visto la evolución de la ciencia universitaria, prestándose especial atención al surgimiento de la ciencia jurídica y su dispersión en una multiplicidad de novedosas ciencias, de donde a su vez emanarán otras ciencias sociales, como las de la economía. Para tal labor (de impulso de la ciencia universitaria), ha sido crucial el papel conector de las disciplinas duales (al tender puentes entre especialidades y recuperar fundamentos comunes). De entre todas estas disciplinas duales, se va a acometer a continuación la semblanza de una disciplina dual clave, como es la Economía aplicada. Actualmente, se halla en un proceso de reconversión importante, asumiendo contenidos de otras disciplinas en extinción (o al menos, con pérdida de autonomía, v.g. Historia económica y del pensamiento económico, Ética económico-empresarial y RSC), por lo que se está volviendo un gran *totum revolutum* (acogiendo toda disciplina económica que no mantenga su autonomía): existen en su seno dos grandes tendencias tradicionales tensionadas (analíticos v. econométricos), más una tercera vía transformadora incipiente (GE&CCM). Según predomine alguna de ellas, no sólo se verá afectado el futuro de esta gran disciplina dual de reconversión, sino que también impactará en el devenir de las ciencias económicas (produciéndose su extinción –por predominio de los técnicos apegados a EB- o no –pudiendo producirse un refloreCIMIENTO con la adaptación a la ED).

Antes de presentar la Economía aplicada, tal como se ha venido haciendo en general (con la trayectoria de las ciencias jurídicas y económicas), se va a ofrecer en particular un esbozo genealógico, prestándose especial atención a las otras disciplinas duales que han precedido y forman hoy parte del rico acervo de la Economía aplicada.

Como se viera, de la fusión del Derecho canónico y romano (con su proto Derecho administrativo y financiero), surgió el Derecho dominical (cada vez más alejado de dichas disciplinas foráneas, para impulsar el Derecho patrio), que sirviera de base para el gran Derecho público de la Modernidad. Los grandes cultivadores iniciales del Derecho público son los integrantes de la Escuela de Salamanca. Su vía

de penetración era doble: de un lado, sus clases universitarias y sus tratados sobre el correcto gobierno y la adecuada gestión de la *res publica* o patria, incluyendo su hacienda (término más castellano y evolucionado que el original latino de fisco –que a su vez, comprendía el erario-); de otro lado, era habitual incluir entre los libros de oraciones de los monarcas, breves reflexiones sobre la materia (podría señalarse entre sus pioneros a los cardenales Mendoza –impulsor de la Univ. Sigüenza- y Cisneros –promotor de la Univ. Complutense/Alcalá, que también fuera segunda cuna de los jesuitas-). Pues bien, mientras que en la Corona española se va a desarrollar la materia vía Hacienda Pública, en cambio, en Europa central (en antiguas posesiones españolas, como Países Bajos, Bélgica y parte de Alemania) se recibe la herencia universitaria y se promueve la disciplina de la Camerología. En sendos casos, se establecen normas e instituciones de administración y financiación, más una serie de límites a las actuaciones discrecionales de los monarcas, no pudiendo ir en contra de su pueblo y territorio (v.g. la prohibición de enajenación de posesiones patrias, del bastardeo de la moneda, de confiscación para interés personal). Pues bien, es en estas dos disciplinas mellizas (Hacendística²⁰ y Camerología) donde se van a sentar las bases de lo que más tarde se va a conocer como Economía estatal o del Sector público (partiendo de la gestión de haberes, bienes y rentas pertenecientes al Estado, para atender también a la elección colectiva, el desarrollo del gasto e ingreso público, la presupuestación y la deuda, etc.), se van a ver reforzadas por los modelos económicos sucesivos (todos ellos caracterizados con cierto intervencionismo económico): desde el mercantilismo y su proteccionismo (s. XVI-XVII), pasando por la fisiocracia y su preferencialismo agrícola (s. XVIII-XIX), hasta EB y su redistribución (s. XX). Mientras, en el mundo anglosajón ilustrado se va produciendo una revolución liberal (favorable al libre comercio, libre empresa, etc.), pasándose de la política económica (de predominio de la Economía estatal) a la economía política (de emancipación de la Economía nacional, o sea, de la burguesía pujante –al ser la nación por el voto censitario)²¹. De ahí que la escuela económica clásica, de carácter descriptivo (por procurar fijar los principios e instituciones propias de la economía), siga la práctica de rotular sus manuales de la época *Principios de economía política*. Así lo hicieron casi todos los integrantes de *Political Economy Club* (fundado en 1820 por J. Mill, padre de Stuart Mill, discípulo de Bentham y amigo de Ricardo, Malthus, etc.): entre los primeros, destacan Ricardo en 1817 y Malthus en 1820 (apostillando uno *y tributación* y el otro *considerados con vista a su aplicación* –por estar aún en la transición entre Política económica y Economía política, además de adelantarse en Economía aplicada), Torrens en 1821, Mill en 1826, Stuart Mill en 1848, et al.)²². El siguiente salto evolutivo se da con los neoclásicos (prescriptivos, pues consideran que al cuantificar los principios, se pueden realizar previsiones y proyecciones), además

²⁰ Desde el s. XIX pasa a llamarse *Hacienda Pública* (Comín, 1996. Corona y Díaz, 2005).

²¹ Dicha concepción se mantuvo también en el mundo germano, donde se usó también la expresión *Nationalökonomie* (Mises, 1940).

²² También hay muestras europeo-continetales singulares, como *Discursos sobre la Economía política* de Rousseau en 1755; *Tratado de Economía política* de Say en 1803; *El capital: crítica de la economía política* de Marx en 1867 –como contestación a *Sistema de contradicciones económicas o Filosofía de la Miseria* de Proudhon en 1846-; *Principios de economía política* de Carey, 1837-40, ídem Menger en 1871, et al.

de cambiar la denominación, pasando de *Political Economy* (Economía política) a *Economy* (Economía) y finalmente *Economics* o ciencia económica (siguiendo la terminación de las ciencias formales y naturales, v.g. *Physics, Geologics, Mathematics*); así lo fijó Marshall (1890), desde que ocupara la cátedra de Economía política en la Universidad de Cambridge (1884 –imponiendo un *tripos* o prueba de acceso de corte matemático), contando con discípulos avezados como Pigou y Keynes (vid. infra).

Por tanto, el estudio de la economía, no sólo procede de disciplinas duales de ciencias jurídicas (como las citadas de Hacendística –más tarde Hacienda Pública- y Camerología, así como otras como la Filosofía jurídica, política y moral –de la que fuera profesor A. Smith, entre otros economistas clásicos-), sino que además, para avanzar en su conformación de diversas ciencias económicas, se ha servido de varias disciplinas duales (v.g. Economía política –que para nada tuvo que ver con la Econometría, revisada y consolidada en la década de 1970, y sí guarda mucha relación con Derecho, Política y cultura, como disciplina cognitiva que es –pese al giro hermenéutico que introdujo Marshall, vid. infra-) ²³; dichas disciplinas duales han pervivido hasta hoy (con ayuda de otras, v.g. Principios de Economía), aunque perdiendo cada vez más autonomía (desapareciendo sus departamentos, su presencia en los programas de estudio, etc.). Afortunadamente, antes de su extinción, sus contenidos están siendo recogidos por la ecléctica disciplina de reconversión que es Economía aplicada, variando su trato según sus diversas corrientes internas (analíticos, econométricos, GE&CCM, etc.).

Tabla 4.- Desarrollo del estudio de economía desde disciplinas duales y emergencia de ciencias económicas.

The image shows a Google search interface with the query 'Economía es...'. The search results are split into two columns. The left column shows suggestions like 'economía es una ciencia', 'economía es difícil', 'economía es una carrera difícil', 'economía es radio', 'economía es fácil', 'economía es una ciencia social', and 'economía es fácil o difícil'. The right column shows suggestions like 'economy is', 'economy is not working in this world miscraft', 'economy is the process where the human being transforms the', 'economy is new', 'economy is slowing down', 'economy is bad', and 'economy is strong'. Below the search results, there is a text box titled 'De normas de gestión de la casa/administración de patrimonio personal al del Estado (econ. pública) y su cultivo dual (riqueza y bienestar personal y de conj.):' followed by three numbered points. To the right of the search results, there is a list of 'Tipos' and 'Enfoques'.

Tipos:

- moral (trad.) v. positiva (descriptiva: ppics.) v. normativa (prescrip...modeliz.);
- real (bienes y servicios) v. financiera (dinero);
- nacional (interna) v. internacional (externa, comp. y global);
- micro (dentro de empresa; estudio de agentes econ.: consumidores y empresas) v. macro (magnitudes agregadas nac. políticas econ., SP);
- tangible (base física) v. virtual (base electrónica);
- EB v. ED, economía (epistemología) v. econometría (metodología), etc.

Enfoques:

- Qué generar y cuánto: t^a. producción y asignación de recursos (espec.)
- Cómo medir acciones y recursos: t^a. valor (nat., uso, mercado, precio) v. t^a explotación (horas trabajadas y salario)
- Para quién producir: t^a. distribución (neg. y mercados)
- Quién decide sobre eficacia y eficiencia en producción, distribución y consumo: t^a. heterónomas (t^a. equilibrio, equidad, externalidades, redistribución y EB) v. t^a. autónomas (t^a. coop. voluntaria, capital, moral hazard)
- Cómo usar plenamente recursos productivos: t^a. ocupación (pleno empleo), renta nacional (SMI, serv.), etc.
- Por qué capacidad productiva difiere en socs.: t^a. desarrollo (prob.: intercambio desigual, cambio climático, etc.).

Fuente: elaboración propia.

²³ Sobre la consolidación econométrica en los años 70, vid. Qin, 2015. En cuanto a la multifocalidad de la Economía política, téngase en cuenta desde sus orígenes (vid. Keynes, 1890), hasta las últimas revisiones epistemológicas previas a la consolidación de la ortodoxia actual (vid. Heilbroner, 1962. Prados, 1971. Dowidar, 1974). Y sobre la intensificación matemática introducida por Marshall, vid. Marshall, 1890.

¿De dónde procede la ecléctica disciplina dual de Economía aplicada? Entre los economistas clásicos, dos fueron sus padres, Say y Stuart Mill (así como otros miembros de *Political Economy Club*, como Torrens, vid. infra), pero quienes más la divulgaron fueron Pigou (con sus *Ensayos de Economía aplicada* de 1923) y los Keynes. Fue Keynes Sr. (padre de Lord Keynes), quien fuera seguidor de la corriente filosófica analítica y un profesor de *Moral Sciences* en Univ. Cambridge (hoy en día, Estudios culturales)²⁴, quien mayor esfuerzo epistemológico realizara al respecto. Según él (en su obra *El alcance y método de la Economía política*, 1890), las ciencias económicas se dividen en: a) *positive economy* o economía positiva (el estudio de qué es y cuál es su manera de funcionar, v.g. qué es la riqueza y cuántos pobres hay); b) *normative economy* o economía normativa (el estudio de lo que debería ser, v.g. cuánta ayuda y a qué pobres hay que dársela para reducir la pobreza); c) *art of economics or applied economics* (estudia los principios y lecciones aprendidas de la economía positiva para aplicarlos en la consecución de los fines de la economía normativa). Por tanto, la Economía aplicada, no sólo responde a la división clásica de la ciencia universitaria entre disciplinas teóricas/analíticas y prácticas/aplicadas, sino que va más allá y permite combinar en su seno teoría (propia y dual) y práctica (coyuntural y estructural). Además, en su obra citada, trata la relación de la Economía política con Derecho, Política, Sociología, Historia y Filosofía, y sólo en el X capítulo trata su relación con la Estadística.

Entonces, ¿cómo una disciplina dual tan ecléctica, que ralla entre un oasis y un cajón de sastre (dada la reconversión de otras disciplinas), en cambio haya tendido hacia el reduccionismo econométrico de cálculo estadístico coyuntural de corte macroeconómico? Tal deriva se debe a la consolidación de una epistemología *mainstream* fallida, pues adolece de falta de renovación de planteamientos y recuperación de fundamentos teóricos, a la vez que sufre de un exceso cuantitativo (demasiada supuesta experimentación vía modelización matemática sin conexión auténtica con la realidad social). Urge por ello una revisión a fondo (que arroje luz sobre la transición digital y la transformación de cultura empresarial y profesional, tal como se hace desde GE&CCM), de modo que se evite el camino extintivo tomado: puede extinguirse el modelo de EB (como ya lo han hecho otros, v.g. Mercantilismo), pero no por ello la Economía aplicada y menos aún el resto de ciencias económicas.

5. Discusión y conclusiones

En este texto se han visto los principales problemas de la ciencia universitaria (injerencias, desautorización, burocratización, vulneración y tendencia a la extinción de disciplinas de fundamentos y reconversión, etc.), lo que ha servido de contexto para analizar las causas de desconexión y confusión que tienen hoy en día las ciencias económicas (al seguir la senda STEM). Se espera haber aclarado cómo

²⁴ De ahí que Keynes jr. estudiara Lógica y sus primeras clases en Cambridge fueran sobre la materia (así como su primer libro), pero dado el boom de la Economía, solicitó el favor de la protección de su compañero Pigou (quien fuera a ser el primer Decano de los estudios de Economía); éste le brindó la oportunidad de ser ayudante de Marshall y ser editor en la pionera *The Economic Journal* (*Royal Economic Society* –pese a que Marshall quería depender de *Royal Statistical Society*). Entre el padre y el hijo, consolidaron en tan veterana revista la sección de *Applied Economics*.

es posible que, pese a proceder de las ciencias jurídicas, en cambio, las actuales ciencias económicas guarden mayor relación con las advenedizas ciencias naturales e ingenierías (siendo estas últimas ciencia aplicada o directamente mera técnica – por eso no se organizan en Facultades sino por Escuelas técnicas). Si se volvieran a tender puentes con las ciencias jurídicas y su acervo, ello ayudaría a las ciencias económicas a recuperar valiosos planteamientos comprensivos de corte ontológico y epistemológico (v.g. la triple dimensión conceptual de estudio: objetiva, subjetiva y sistémica; la teoría de las relaciones jurídicas y su cuestionamiento sobre los sujetos, objeto y contenidos afectados; los derechos reales, para entender realmente el depósito irregular bancario). Más aún, hay cuestiones de ciencias económicas, que sin el apoyo de las ciencias jurídicas, pueden resultar incomprensibles y vulnerables a confusiones (v.g. la valoración econométrica del riesgo país carece de sustento si no se complementa con un conocimiento del régimen político-jurídico que se trate y la calidad de sus instituciones). Tal reconexión y recuperación de fundamentos comunes (compartidos con otras ciencias), vía las tradicionales disciplinas duales, bien pueden contribuir (como históricamente lo han probado, antes de las citadas injerencias y distorsión científico-universitaria) a la consecución de una mejor clarificación del desarrollo de teorías y formas, propiciadoras de una instrucción más robusta e interconectada de los estudiantes. Tal exigencia se manifiesta hoy, pues los economistas han de afrontar complejos retos (en los que se han de combinar soluciones económicas, con jurídicas, políticas, etc.), como los que tienen lugar con la posglobalización y la transición digital, con su transformación cultural empresarial y profesional, así como la transición a una auténtica economía de bienestar (*wellbeing economics*). Para ello, un buen laboratorio de fundamentos e interconexiones puede ser la Economía aplicada (como una de las últimas grandes disciplinas duales, de lo más eclécticas); sin embargo, mucho depende de quién imparta la disciplina y su enfoque (analíticos, econométricos o GE&CCM).

Por tanto, para que las ciencias económicas no se extingan junto con el modelo EB, al que se han vinculado tanto (reduciéndose a una expresión econométrica y aislándose de otras ciencias sociales), y si se desea entender mínimamente los cambios en curso con ED (como son las manifestaciones del estadio de economía gig -con sus manifestaciones: economía colaborativa y circular, economía autónoma y economía naranja-, así como el siguiente estadio, *wellbeing economics*, con su preocupación por la gestión de la felicidad), entonces, urge un ejercicio crítico (tal como aquí se ha procurado). De tal manera, es posible regresar a los fundamentos económicos (tal como sentaron la Escuela de Salamanca y los clásicos, v.g. Bentham, Stuart Mill, Malthus), que no se limitan a medir la producción de riqueza nacional, sino a entender qué mueve al progreso y en qué consiste un mayor bienestar ciudadano (siguiéndose unos principios, procesos e instituciones).

Antes de concluir, se desea recordar una lección económica básica, que pese a su importancia, los econométricos parecen no prestar suficiente atención, y es que, como ciencia analítico-empírica que es la economía (por su origen en las ciencias jurídicas), la experiencia es siempre comparada (diacrónica y/o sincrónicamente) y contextualizada (según regímenes político-jurídicos e idiosincrasias culturales), no simplemente medida de forma absoluta... Para todos aquellos que insistan en un cálculo estadístico coyuntural de corte macro, sólo recordar la concepción negativa

al respecto de Robbins (por ser uno de los padres de la noción económica manejada por el *mainstream* actual):

Los precios expresan una graduación en dinero de los distintos bienes y servicios que acuden al mercado. Cualquier precio, por tanto, tiene solamente significación en relación con los demás que prevalecen en un momento dado. Tiene, por consiguiente, importancia, solamente como expresión en dinero de un cierto orden de preferencia (...) el concepto de cantidad económica es, pues, muy engañoso. Es cierto que un precio expresa la cantidad de dinero que es necesario para obtener a cambio una mercancía dada. Pero su significación es la relación entre esta cantidad de dinero y otras cantidades similares. Y las valoraciones que expresa el sistema de precios no son en forma algunas cantidades, sino jerarquía de cosas en un cierto orden. El supuesto que la escala de precios mide cualquier cantidad que no sea cantidad de dinero, es totalmente innecesario. El valor es una relación, no una medida (...) Pero si esto es así, se sigue necesariamente que la suma de precios o de rentas individuales para constituir agregados sociales, es una operación con significación muy limitada. Los precios específicos y las rentas individuales son susceptibles de adición, como cantidades de dinero empleadas. Pero como expresiones de un orden de preferencia, como escala relativa, no son susceptibles de adición, no teniendo significado sino por sus relaciones recíprocas. Las estimulaciones de la renta nacional pueden tener significado determinado para la teoría monetaria, pero fuera de ella lo tienen sólo convencional. Se entiende, por tanto, que la comparación de los precios de una mercancía específica en distintos periodos de tiempo es una operación que de ser por sí no ofrece resultados que tengan un significado especial (...) Hemos visto ya que las alteraciones en el volumen de la producción no tienen un sentido preciso. Podemos conceder ciertos valores convencionales a índices determinados y advertir que definimos una alteración de la producción como una alteración de este índice; eso puede justificarse para algunas finalidades. Pero no existe una justificación analítica para este procedimiento, que no se deriva de nuestra concepción de bien económico. Las generalizaciones empíricas que pueden realizarse referentes a las causas que afectan a la producción no pueden alcanzar la categoría de ley, pues ésta debe referirse a concepciones y relaciones definidas, y una alteración en el agregado de la producción no es un concepto definido. (Robbins, 1932: 55-60).

Bibliografía

- Andreu, A., Sánchez-Bayón, A. (2019): *Claves en Administración y Dirección de Empresas en la posglobalización*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Cannata, C.A. (1989): *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*. Torino: Giappichelli.
- Carey, H.C. (1837-40): *Principles of political economy* (3 vol.). Philadelphie: priv. ed. 1837-40.
- Clavero, B. (1992): *Institución histórica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Comín, F. (1996): *Historia de la Hacienda Pública* (2 vol.), Barcelona: Crítica.
- Corona, J., Díaz, A. (2005): *Introducción a la Hacienda Pública*. Barcelona: Ariel.
- Dowidar, M.H. (1974): *L'économie politique, une science sociale*. Paris: Maspero.
- Escotado, A. (2008-16): *Los enemigos del comercio. Una historia moral de la propiedad*. Madrid: Espasa.
- Gacto, E., et al. (1994): *El Derecho histórico de los pueblos de España*. Madrid: AGISA.

- García, M.J., et al. (1990): *Estudios de Derecho y formación de juristas*. Madrid: Dykinson.
- González, E., Sánchez-Bayón, A. (2019): *Nuevas tendencias en RR.HH. y desarrollo del talento profesional*, Porto: Ed. Sínderesis.
- Heilbroner, R.L. (1962): *The making of Economic society*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- Hespanha, A. (1996): *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Lisboa: Europa-América.
- Keynes, J.M. (1936): *The General Theory of Employment, Interest and Money*. London: Macmillan.
- Keynes, J.N. (1890): *The scope and method of Political Economy*. Cambridge: Univ. Cambridge.
- Malthus, T.R. (1820): *Principles of Political Economy Considered with a View to Their Practical Application*. London: W. Pickering.
- Marshall, A. (1890): *Principles of Economics*. London: Macmillan.
- Marx, K. (1867): *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie*. Hamburg: Meissner.
- Marx, K., Engels, F. (1848): *Manifest der Kommunistischen Partei* (trad. & edit. Moore). London: Moore.
- Menger, C. (1871): *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*. Wien: Braumüller.
- Mill, J. (1826): *Elements of Political Economy*. London: Baldwin.
- Mill, J.S. (1848): *Principles of Political Economy: with some of their applications to social philosophy*. London: Parker West Strand.
- Mises, L. (1940): *Nationalökonomie: Theorie des Handelns und Wirtschaftens*. Geneva: Editions Union Genf.
- Mises, L. (1949): *Human action. A treatise on Economics*. New Haven: Yale Univ. Press.
- Navajas, V., Sánchez-Bayón, A. (2014): "Aprendizaje participativo en disciplinas duales mediante estudio de casos trasversales". *Rev. Universidad & Empresa*, 16(26): 173-90.
- Pérez-Huertas, J.L., Sánchez-Bayón, A. (2013): "Nuevas aportaciones en Teoría económica y empresarial", *Torre de los Lujanes*, 69: 127-51.
- Pigou, A.C. (1920): *The Economics of Welfare*. London: Macmillan.
- Pigou, A.C. (1923): *Essays in Applied Economics*. London: Macmillan.
- Prados, J. (1971): *Introducción al estudio de la Economía política*. Madrid: Guadiana.
- Qin, D. (2013): *A History of Econometrics: The Reformation from the 1970s*, New York: Oxford Univ. Press.
- Ricardo, D. (1817): *On the Principles of Political Economy and Taxation*. London: Murray.

- Robbins, L. (1932): *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London: Macmillan.
- Rousseau, J.J. (1755): *Discours sur l'économie politique* (tome V de l'*Encyclopédie*), Paris: Breton et al.
- Samuelson, P.A. (1947): *Foundations of Economic Analysis*. Cambridge: Harvard Univ. Press.
- Sánchez-Bayón, A. (2008): *Manual de Sociología Jurídica Estadounidense*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2010a): *Estudios de cultura político-jurídica*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2010b): "Conocer y gestionar las esferas sociales en la globalización: de la religión, la política y el derecho en las Américas del nuevo milenio", *ICADE. Rev. Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 81: 103-46.
- Sánchez-Bayón, A. (2010c): "Au revoir, loi de l'État: el fin del derecho estatal de bienestar", *Bajo Palabra*, 5: 143-62.
- Sánchez-Bayón, A. (2012a): *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez-Bayón, A. (2012b): *Derecho Eclesiástico Global*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2012c): *Humanismo Iberoamericano*. Guatemala: Cara Parens.
- Sánchez-Bayón, A. (2013a): "Problemas epistemológicos y fenomenológicos de la Universidad actual", *Miscelánea Comillas*, 71(139): 359-80.
- Sánchez-Bayón, A. (2013b): *Renovación de la filosofía social iberoamericana*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez-Bayón, A. (2014): *Innovación docente en los nuevos estudios universitarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez-Bayón, A. (2015a): *Universidad, ciencia y religión en los Estados Unidos de América*, Porto: Ed. Sínderesis.
- Sánchez-Bayón, A. (2015b): "Política, Derecho y Administración en la Globalización", *Rev. Pensamiento Americano-Coruniamericana*, 8(15): 125-45.
- Sánchez-Bayón, A. (2016a): *Derecho Público General*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2016b): "Prisma holístico para una teoría social posglobalizatoria", *Cauriensiá*, XI: 675-96.
- Sánchez-Bayón, A. (2017a): "Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización", *Carthaginensia*, 33(64): 411-58.
- Sánchez-Bayón, A. (2017b): *Lecturas fundamentales de Derecho Político y Constitucional*. Porto: Ed. Sínderesis.

- Sánchez-Bayón, A. (2018a): "Balance de la Sociología tras la globalización". *Eduser*, 10: 49-68.
- Sánchez-Bayón, A. (2018b): "Una historia del poder y lo sagrado en Occidente", *Revista Española de Derecho Canónico*, 75(185): 529-553
- Sánchez-Bayón, A. (2019a): "Claves de Derecho de Empresa", *Derecho y Cambio Social*, 58: 448-66.
- Sánchez-Bayón, A. (2019b): "Problemas convergentes de derecho, economía y sociología en la posglobalización", *Derecho y Cambio Social*, 57: 12-41.
- Sánchez-Bayón, A. (2019c): "Transición economía gig", *Encuentros multidisciplinares*, 21(62): 1-19.
- Sánchez-Bayón, A., Valero, J. (2019): "Bilancio della didattica giuridica attraverso i suoi circa duemila anni: di Gayo allo estudio de caso di Langdell" (p. 161-192), en Mulé, P.: *Didattica generale e didattica disciplinare tra epistemologie e linee programmatiche di intervento. Il dibattito in Italia e in Spagna*, Lecce/Rovato: Pensa Multimedia.
- Say, J.B. (1803): *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se composent les richesses*. Paris: Crapelet.
- Torrens, R. (1821): *An essay on the production of wealth: with an appendix in which the Principles of Political Economy are applied to the actual circumstances of this country*. London: Longmans.
- Valero, J., Sánchez-Bayón, A. (2018): *Balance de la globalización y teoría social de la posglobalización*. Madrid: Dykinson.

La revisión de literatura precedente en las investigaciones jurídicas (*)

Review of previous literature in juridical researchs

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Sumario: Introducción. 1. ¿Qué entendemos por referencia? 2. ¿Dos sujetos pueden tener la misma “visión” de un objeto? 3. ¿En qué consiste la revisión de la literatura precedente? – Conclusión. – Referencias bibliográficas.

Resumen: En este trabajo se muestran los principales lineamientos para llevar a cabo la revisión de literatura precedente en una investigación jurídica, la cual servirá para la elaboración del marco teórico. Para ello, se inicia definiendo lo que se entiende por referencia y el modo en que se debe hacer la búsqueda de las fuentes de consulta, y finalmente se muestra la utilidad de una buena revisión de literatura precedente. Para la elaboración del presente estudio, por tratarse de un trabajo de alcance descriptivo, se ha utilizado tanto la recopilación como el análisis documental como técnicas principales.

Palabras clave: Revisión de literatura precedente, referencia, investigación jurídica.

Abstract: In this work we show the main guidelines to elaborate the review of previous literatura in juridical researchs, which serve to the elaboration of the theoretical framework. For this, we start by defining a reference and the ideal mode to make the search of reference sources, and finally we show the utility of a good review of previous literatura. For the preparation of this study, as it is a descriptive research, we have used the compilation and the documentary analysis as main techniques.

Key words: Review of previous literature, reference, juridical research.

(*) Recibido: 15/06/2020 | Aceptado: 21/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

Artículo actualizado con modificaciones respecto del que fue publicado originalmente en la revista AVANCES de la UPAGU. Vol. 9 Núm. 10 (2014): JULIO – DICIEMBRE.

¹ Doctor en Derecho. Juez especializado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa – Perú.
yerioma@hotmail.com

Introducción

La Revisión de Literatura Precedente es una fase importante en toda investigación ya que conlleva a la ubicación y ulterior análisis de las referencias que servirán para construir el soporte teórico del trabajo investigativo.

Sin embargo, se suele desconocer primero qué es lo que se entiende por referencia, y luego, cómo se debe proceder para ubicar y analizar fuentes de buen nivel que le concedan prestancia al estudio.

Es tarea de esta parte conceder algunas pautas para comprender lo que se entiende por referencia, dejando de lado la antigua visión de simple bibliografía, y luego otorgar algunas herramientas iniciales para llevar a cabo una buena selección de fuentes que servirán para estructurar el soporte teórico de nuestras investigaciones jurídicas.

1. ¿Qué entendemos por referencia?

Un objeto cualquiera puede ser visto desde infinidad de puntos: desde arriba, desde un costado, de frente, desde abajo, desde atrás, en diagonal, etc. El punto desde el que uno se ubica nos ayuda a entender qué puede concebirse por referencia.

Cuando el investigador ha decidido su objeto de estudio y lo ha delimitado definitivamente, entonces es momento de conocer todo lo que se viene o ha venido diciendo sobre dicho objeto.

Así las cosas, es natural encontrar que sobre un objeto coexistan una diversidad de opiniones o apreciaciones, desde las más simples hasta las más acabadas. Por ejemplo, al estudiar el delito de violación sexual se pueden encontrar opiniones de una gama de sujetos como: un policía, un psicólogo, un psiquiatra, un periodista, un abogado penalista o un médico legista; pero no hay óbice para encontrar también opiniones de guardianes, amas de casa, empleadas domésticas, panaderos, mecánicos, herreros, etc.

Con ello, lo primero que pretendemos decir es que es absolutamente falso que sobre nuestro tema no se haya dicho nada. Ese llamado “complejo de Adán”, consistente en creer que nosotros somos los primeros en hablar de determinado tema, no es hacedero. Con cientos de años de escritura y existiendo millones de personas desde que apareció el ser humano, es poco probable que nadie haya dicho algo sobre mi tema antes que yo.

Ahora bien, a cada una de estas formas de percibir, explicar u opinar sobre el objeto de investigación elegido, la vamos a llamar *referencia*; con lo cual podemos entender que sobre un mismo tema u objeto de investigación coexistirán una gran cantidad de referencias.

Ciertamente, la profesora Zavadvker (2006, 1) enseña al respecto que la noción de referencia es tan amplia como difícil de abordar, ya que abarca desde las teorías científicas en particular, hasta nuestras suposiciones de sentido común en virtud de las cuales nos manejamos en la vida práctica, pasando por todo el bagaje de cosmovisiones religiosas, éticas, estéticas, políticas, esotéricas, etc.

No obstante, si bien puede haber muchas y muy variadas referencias sobre mi objeto de investigación, es evidente que unas serán de mejor calidad que otras. Verbi

gracia, si al revisar sobre las posibles causas del incremento de la delincuencia juvenil en un lugar, nos encontramos con la explicación propuesta por un estudiante de secundaria, la opinión de un mercader de verduras, la postura de un abogado penalista, y la explicación elaborada por un criminólogo experto en temas de delincuencia juvenil, queda bien en claro que -sin desmerecer ninguna opinión- las dos últimas serán de mejor calidad que las dos primeras, y sobre todo la final será de mejor nivel estructural que todas las anteriores.

La explicación a ello es palmaria: el criminólogo experto en temas de delincuencia juvenil está mejor capacitado y preparado para explicar el fenómeno que los otros sujetos. Por su parte, el abogado penalista, si bien no tiene el nivel de conocimientos que el criminólogo, está en mejor ubicación –académicamente hablando- que el estudiante de secundaria y que el mercader de verduras, frente al tema de la delincuencia.

Por consiguiente, va quedando en claro que sobre un mismo tema podemos encontrar diversidad de referencias, de las cuales algunas tendrán mejor calidad que otras.

Y si bien el objeto elegido cuenta con algunas características que todos los sujetos las perciben más o menos de modo similar, sin interesar mayormente el “punto” desde el cual observan al fenómeno, existen otras tantas cualidades del objeto que no serán perceptibles del mismo modo por un observador que por otro.

Ciertamente, y ahondando un poco, para Bunge (2007, 36) las diversas propiedades que caracterizan a un objeto de investigación pueden ser clasificadas en invariantes o en no-invariantes. Las propiedades invariantes o también absolutas son siempre las mismas para todos los marcos de referencia. Por consiguiente, estas propiedades también serán inmutables para todos los observadores que se mueven unos con respecto de otros. No obstante, algunas propiedades invariantes dependerán del sistema de referencia desde el cual se los aborde u observe. Por ejemplo, la masa de un cuerpo aumenta con su velocidad y la frecuencia de la luz disminuye a medida que su fuente se aleja del marco de referencia. Entre tanto, las propiedades relativas o no-invariantes dependerán exclusivamente del sujeto observador, y tenemos como ejemplo a los valores, el sabor o la belleza, entre otros.

Con ello, entonces, uno se puede interrogar si es que un hecho u objeto de investigación que adquiere distintas propiedades dependiendo del marco de referencia, debe ser considerado como diversos hechos o como un solo hecho. Evidentemente, la respuesta es que se trata de un solo hecho, pero es necesario relativizar tal hecho al marco de referencia. Por ejemplo, una caminata es un solo hecho con tantas proyecciones como marcos de referencia existan (Bunge 2007, 37), pues el mismo fenómeno puede ser percibido de modo distinto según si se trata del mismo caminante, de un observador ubicado en la acera, de otro situado en una azotea, de uno ubicado en la meta o de otro estacionado en el punto de partida.

2. ¿Dos sujetos pueden tener la misma “visión” de un objeto?

En geometría descriptiva se enseña que un objeto cualquiera puede tener infinidad de vistas según donde se coloque el observador o según donde se ubique al objeto respecto del observador.

Entendiendo, según lo dicho, que una referencia sería algo así como la ubicación del observador respecto del objeto, la pregunta que salta a la vista es:

¿será posible que dos sujetos puedan tener la misma percepción de un mismo hecho o fenómeno a investigar?

La respuesta parece responderse positivamente, pues se ha dicho que nosotros somos capaces de salirnos de nuestra propia perspectiva para situarnos en el marco de referencia de nuestro interlocutor, a fin de comprender su punto de vista (Zavadivker 2006, 1).²

No obstante, esta respuesta será afirmativa siempre y cuando ambos sujetos se coloquen en la misma posición respecto del objeto. Pero si ello fuera cierto, queda en claro que dos sujetos no pueden estar absolutamente en la misma ubicación respecto del objeto, al menos no simultáneamente.

Es decir, si colocamos un libro a la vista de todo un salón de clase, los alumnos que estén a la izquierda no “verán” lo mismo que los que estén a la derecha, ni lo mismo que los que estén al centro. Y de entre todos los que están a la izquierda, no todos “verán” lo mismo, pues entre una carpeta y otra siempre hay una distancia que hará que un alumno “vea” una cosa y el que le sigue “vea algo más” o “vea algo menos”.

Entonces, para que dos alumnos tengan la misma visión del libro tendrían que ubicarse exactamente en el mismo lugar, pero ello no es posible coetáneamente, por lo que solo sería viable si primero se ubica uno y luego el otro en el mismo lugar del primero.

Con ello, podría surgir una segunda apreciación: si no es posible que dos sujetos se ubiquen en la misma posición simultáneamente, entonces es factible que en tiempos diferentes dos sujetos sí se ubiquen en el mismo lugar respecto del objeto, con lo cual estarían en el mismo punto de referencia.

La respuesta parece nuevamente afirmativa. Un sujeto *A* puede estar en una posición respecto del objeto *O* y luego el sujeto *B*, en otro momento, podría ocupar el sitio original de *A* y tener la misma perspectiva que *A* al inicio.

No obstante, es preciso indicar que *A* y *B* no tendrán la misma percepción del objeto *O* por cuanto entre ellos no existe la misma temporalidad, el mismo bagaje cultural, el mismo nivel de conocimientos, el mismo ímpetu por la investigación, la misma habilidad investigativa, etc. *A* y *B* no podrán tener estrictamente la misma visión del objeto *O* a menos que fuesen dos entes exactamente iguales. Otra cosa es que sus percepciones lleguen a ser bastante parecidas.

Por ejemplo, ante una sentencia que resuelve sobre un contrato incumplido la visión no será exactamente la misma según se trate de un estudiante de derecho, un bachiller, un abogado académico, un abogado litigante, un juzgador, un registrador público, un notario, etc., por más que lean el mismo texto de la Resolución.

Ello mismo explica por qué no existen dos lectores que resalten exactamente las mismas frases en un mismo texto.

3. ¿En qué consiste la revisión de la literatura precedente?

² Es menester resaltar que para la profesora Zavadivker (2006, 1-2) si bien el ser humano se encuentra inevitablemente confinado a la esfera de la subjetividad (ya que solo puede aprehender la realidad situándose en una determinada perspectiva desde la cual la constituye), no es menos cierto que la flexibilidad de su mente (como recurso adaptativo por excelencia) lo habilita para trascender los límites de sus propios condicionamientos, al tomar consciencia de ellos e ir adoptando progresivamente perspectivas cada vez más externas y abarcadoras.

Una vez que se ha ubicado la idea de investigación, para poder estructurarla propiamente como problema de investigación, se ha debido pasar por una primera revisión de la literatura existente sobre el tema elegido.

En efecto, para llevar adelante una investigación es menester “entrar en materia” es decir, apropiarse de ciertos conocimientos, advertir qué se ignora para escoger qué se quiere averiguar (Bunge 1982, 35).

Y ahora que el problema ya está meridianamente claro, antes de pasar a proponer la hipótesis es necesaria una revisión mucho más profunda de la literatura precedente (*Vid.* Zelayarán Durand 1997, 59), es decir, de las fuentes de consulta preexistentes conectadas a nuestro tema; en una palabra: de las referencias sobre el fenómeno elegido para ser estudiado.

La revisión de literatura consiste, entonces, en detectar, consultar y obtener las fuentes que serán de utilidad para los propósitos del estudio, de donde se extraerá y recopilará la información relevante y necesaria para la investigación (Hernández Sampieri, Fernández-Collado y Baptista Lucio 2014, 61).

Por tanto, no hay que tomar la voz “literatura” en sentido recto, pues las referencias sobre el tema elegido pueden obrar en diversas fuentes, además de libros, como vídeos, casetes, audios, etc.

3.1. Los niveles de las fuentes a revisarse

Partiendo de lo dicho, cuando se investiga, todo trabajo debe tener un buen sustento referencial. Para ello se hace necesaria una buena Revisión de la Literatura Precedente, a efectos de ubicar el conglomerado de referencias respecto del tema en estudio; siendo evidente que esta revisión de literatura debe ser selectiva, es decir, que requiere de la elección de las fuentes de mayor relevancia, porque es excesiva la cantidad de publicaciones que existen y se difunden en las diversas áreas del saber (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2014, 61).

En ese derrotero, el profesor Martínez Pichardo (1998, 86) nos habla de fuentes básicas que son las primordiales para desarrollar el trabajo, y de fuentes complementarias que son las que contienen elementos referenciales para apoyar a las primeras.

Y bajo esa misma concepción a las fuentes las podemos clasificar en niveles.

Serán fuentes de primer nivel aquellas provenientes de autores de renombre, y sin las cuales no es posible elaborar el estudio. Se trata de aquellas fuentes que no pueden ser obviadas en la investigación, y se caracterizan por ser originales y creadoras de corrientes y doctrinas, y, en algunos casos, hasta de teorías.

Estos trabajos se suelen caracterizar porque en sus contenidos se ubican muy pocas citas de referencias, ya que es el autor el creador de las propuestas. Se trata de los “gurúes” o “tigres” del derecho en su respectiva área.

Por ejemplo, un trabajo del área de derecho constitucional no podrá prescindir de revisar a Hans Kelsen, Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, etc.; en Teoría del Estado no se puede dejar de mencionar a Maquiavelo o a Rousseau, entre otros; un trabajo de filosofía del derecho no podrá dejar de citar a Santo Tomás, Platón, Aristóteles, San Agustín, Hegel, Bobbio, Hart, Alexy, Reale, Ferrajoli, Vanni, Legaz, etc.; una tesis de epistemología (incluso jurídica) tendría que contener entre sus fuentes revisadas a Popper, Russel, Kuhn, Lakatos, Wittgenstein o Bunge, entre otros tantos; un estudio de teoría general del derecho tendría que contener a Bobbio, Vinogradoff, Carnelutti, Nino o Pérez Luño; en criminología es indispensable

trabajar con Dworkin o Hassemer; en materia registral, en nuestro medio, son ineludibles los aportes de José María Chico y Ortiz; todo trabajo de derecho penal tiene que citar a Jacobs y a Roxin, entre otros.

Entiéndase que las listas que proponemos son meramente ilustrativas, puesto que es evidente que en determinadas áreas habrá otros tantos autores de igual o mayor renombre. Pero lo que queremos dar a entender es que en ciertos ámbitos del saber jurídico hay autores de primerísimo nivel que tienen que ser consultados ineludiblemente para concederle categoría al estudio.

Si seguimos, luego de este primer nivel de fuentes podemos ubicar un segundo nivel que se conforma por aquellos autores que basan gran parte de sus postulados en lo que han dicho los autores del primer nivel. Se trata de autores que en las citas de sus trabajos se encuentran, usualmente, investigaciones de referencias del primer nivel.

Aquí podemos encontrar a muchos estudiosos que también se podrían considerar como doctrinarios dignos de confianza y de envergadura, aunque quizás no al nivel de los anteriores. Así por ejemplo tenemos a Peces-Barba, Zaffaroni, Zannoni, Scognamiglio, Messineo, Atienza, De Castro y Bravo, los Mazeaud, Albaladejo, Moisset de Espanés, Díez-Picazo, entre tantos otros. Evidenciando que existe también un buen grupo de autores peruanos que bien se podrían ubicar en este nivel como León Barandiarán, Hurtado Pozo, García Belaúnde, Fernández Sessarego, De la Puente y Lavalle entre muchísimos otros, a los que hay que agregar una buena generación de autores relativamente nuevos que gozan ya de un reconocimiento entre nosotros.

Obviamente se podrán reubicar algunos de los nombres propuestos hacia el primer nivel, así como incluir a otros tantos que hemos obviado. Pero, insistimos, nuestra intención no es hacer una lista rígida de ellos, sino más bien dar a conocer que existen autores de renombre que elevarán siempre la calidad de nuestras investigaciones.

Los demás autores, aquellos que se basan en las “citas de las citas” son considerados fuentes de tercer nivel o más, según el grado de referencias que vayan utilizando en sus producciones.

Ahora bien, es claro que un trabajo tendrá mayor calidad y confianza mientras más autores tenga del primer y segundo nivel, e incluso hasta del tercero. Como contraparte, mi investigación perderá calidad, nivel y confianza mientras menos autores tenga de esos tres primeros niveles y cuente con más referencias de niveles muy inferiores.

Con lo dicho no se quiere afirmar que en una investigación no pueda haber citas de fuentes procedentes de varios niveles. Todo lo contrario, es necesario revisar todas las fuentes posibles. Pero mientras más autores del primer o segundo o tercer nivel tenga nuestro trabajo, mayor credibilidad y categoría se le concederá. En una palabra: una investigación será mejor mientras más autores tenga del primer, segundo y tercer nivel, y su calidad se verá perjudicada mientras el rango de sus autores o fuentes vaya bajando de grado. Por ello, si bien es cierto que puedo citar autores casi desconocidos en mi investigación, ello es mejor hacerlo, luego de haber citado a los autores “tigres” del área. En tal sentido, es inobjetable que si mi trabajo cuenta con fuentes de primerísimo nivel, ya no será del todo necesario ni revisar ni citar a los autores de niveles inferiores.

Es más, en puridad una fuente de inferior nivel constituye, en palabras de Giraldo Ángel (1980, 279), un camino precario, por lo que solamente se puede recurrir a ella cuando sea absolutamente imposible llegar a la fuente original, y siempre previo análisis crítico de la seriedad y capacidad científica de la fuente.

Por ello se ha dicho que en un estudio jurídico hay que acudir a las fuentes bibliográficas principales, siendo aconsejable evitar el acopio sobreabundante, porque en vez de contribuir a la claridad ayuda a oscurecer la investigación y a dificultar su lectura y entendimiento (Pérez Escobar 1999, 165).

Entonces, es evidente que sobre un mismo tema pueden coexistir diversas opiniones. Algunas serán emitidas por sujetos comunes y corrientes, mientras que otras serán emitidas por especialistas en la materia. O sea, es posible encontrar sobre nuestro tema a investigar opiniones y estudios de todo calibre. Con ello va quedando en claro que serán de mucha más utilidad para nuestra investigación las opiniones que hayan emitido los especialistas en la materia, antes que los dichos de cualquier sujeto casi anónimo.

Como bien lo dijo alguna vez Savigny (2004, 66): *“Léase obras maestras. No se trata de leer mucho o poco, sino de leer lo mejor, lo excelente, y de tener práctica para juzgarlo.”*

O, mejor aún, como alguna vez afirmó Descartes (2012 [1637], 35): *“(…) la lectura de todos los buenos libros es como una conversación con las gentes más honradas de los siglos pasados, que son sus autores.”*

Por consiguiente, la revisión de literatura consistirá en ubicar las fuentes necesarias que sean de utilidad para la investigación. Una vez ubicadas, indudablemente, hay que estudiarlas.

Y como ya se anticipó, en la labor de ubicación se tiene que procurar recopilar la información que sea relevante para el problema de investigación. Debido a la gran masa de fuentes que suele existir sobre el tema (salvo en algunos casos muy puntuales como los estudios de alcance exploratorio), se tiene que proceder a una *labor selectiva* de las fuentes (cf. Hernández Sampieri, Fernández-Collado y Baptista Lucio 2014, 61). Por ende, para seleccionar lo más relevante, la búsqueda no puede ser superficial, sino exhaustiva, pues se trata de ubicar (y analizar) a los principales autores que han escrito sobre nuestro tema. Como lo ha precisado Bunge (1982, 42) el interesado en averiguar cómo se hace ciencia en la actualidad, deberá recurrir en la medida de lo posible a la literatura original.

En fin, para conocer quiénes conformarían los primeros niveles autorales en el tema, se podría uno basar en la bibliografía de los libros, pues, por lo regular, los autores que se citan en las referencias tienen mayor prestancia que el autor que redacta el libro. Pero si se quiere ser más práctico, se podría recurrir a consultar a expertos a fin de que nos orienten en tal sentido.

Para terminar, el estudioso tiene que agotar todos los medios a su alcance para acceder a las fuentes originales, evitando, en lo posible, basarse en las citas de otros autores, pues es totalmente factible que un autor diga que otro autor dijo algo, cuando en realidad nunca hizo tal afirmación. Ya Descartes (2012 [1637], 108) enseñaba: *“(…) no tomen nunca como cierto que las cosas que se les digan proceden de mí cuando yo mismo no las haya divulgado.”* O peor, aún: *“aquellos que se abstienen de estudiar, y no contentos con saber todo lo que es inteligiblemente estudiado en su autor, quieren, además, encontrar en él la solución de muchas dificultades sobre las que nada dice y en las cuales acaso no pensó nunca.”* (Descartes 2012 [1637], 109).

3.2. Hay que “escuchar” al “auditorio científico”

Esta segunda Revisión de Literatura Precedente tiene una meta clara, la cual consiste en conocer todo –o gran parte- de lo que el “auditorio científico” viene diciendo sobre nuestro tema.

Para entendernos, imaginemos que hay un evento de derecho constitucional donde están exponiendo los profesores Néstor Pedro Sagüés, Germán Bidart Campos y Enrique Álvarez Conde sobre el control de constitucionalidad. Si usted ingresa al auditorio donde están disertando estos grandes juristas e interrumpe exabruptamente las ponencias pidiendo emitir su opinión, muy posiblemente los organizadores o el público le dirán que se calle y se siente a escuchar, peor aún si usted es un perfecto desconocido en el foro constitucional, dado que recién se está iniciando en la tarea investigativa. Por lo regular, si usted quiere participar o hacer preguntas, ello se hace el final de las ponencias; y a veces, luego de las ponencias todo ha quedado tan claro que ni siquiera es necesario formular interrogantes. Pero, si usted alza su voz de protesta insistiendo en que quiere hablar, posiblemente lo desalojen del auditorio, quedando como un importuno e insolente desconocido que creía saber más que los que estaban disertando.

Pues bien, suele suceder que cuando alguien está empezando a investigar se porta más o menos de esta manera: quiere que su voz sea escuchada a toda costa, sin tomarse la molestia previa de “escuchar” al auditorio científico. Ciertamente, el “auditorio científico” en estos momentos (y obviamente desde antes de que empiece su investigación) está “hablando”. Hay infinidad de libros, artículos, ensayos, eventos, vídeos, audios, etc. sobre su tema, emitidos a diario. Ese es el “auditorio científico” al que usted tiene que “escuchar” antes de opinar, a efectos de no pasar por ignorante o atrevido.

En efecto, imaginemos ahora que en esa conferencia ficticia el profesor Sagüés ha dejado bien en claro que el control difuso no es aplicable por los entes administrativos. Y cuando está disertando ya el profesor Bidart Campos, es cuando usted irrumpe en la sala pretendiendo opinar. Suponiendo que el profesor Bidart es de la idea de que lo dejen opinar delante de todo el auditorio; y usted, parándose delante de todos dice que el control difuso es aplicable por todos los entes de la administración pública. ¿No pasará acaso usted por un gran indocto? ¿No le dirán los asistentes que llegó tarde a la ponencia de Sagüés donde quedó bien despejada la posición antagónica a la que usted postula? Peor aún, ¿no se preguntará la gente quién es ese incógnito que viene aquí a creerse más que Sagüés y a desmerecer tantos años de estudios de este jurista?

Pues bien, antes de alzar su novel voz investigativa ante el “auditorio científico”, dígnese escuchar qué están diciendo estos “tigres” del derecho constitucional.

En suma y por todo lo dicho, no es correcto venir a opinar sobre un tema sin conocer qué es lo que se ha venido diciendo sobre él.

3.3. ¿Cuál evento preferiría usted?

Ahora vamos a especular por un momento que usted tiene la posibilidad de asistir a dos eventos sobre derecho procesal que se llevarán a cabo simultáneamente. En uno de ellos disertarán Carnelutti, Couture y Hitters; en tanto que en el otro serán ponentes un docente de derecho procesal, un magistrado local y un abogado litigante.

Sin entrar a temas alternos, la pregunta es concluyente: ¿a cuál evento preferiría asistir usted? Nos parece que la respuesta cae por su propio peso; sin necesidad de averiguar a detalle quiénes son el docente, el magistrado y el abogado que disertarán en el segundo evento, un sujeto realmente interesado en la materia preferiría asistir donde estarán, nada más y nada menos que Carnelutti, Couture y Hitters. El motivo de tal decisión no parece ser necesario de ser explicado.

Aun así, precisaremos que el escuchar al docente, al magistrado y al abogado en el segundo evento también será de ayuda, ad empero no nos será de la misma utilidad que las ponencias vertidas por Carnelutti, Couture y Hitters. Otra sería la situación si es que los dos eventos fuesen a distinta hora; pero para nuestro ejemplo son sincrónicos.

Ahora bien, en la vida real, aunque parezca mentira, hay mucha gente que prefiere ir al segundo evento antes que al primero. Lastimosamente, teniendo la posibilidad de leer la obra de Carnelutti prefieren ingresar a una página web comercial que no cuenta con prestigio y leer lo que allí se dice; o en lugar de estudiar los materiales de Couture prefieren estudiar un “manualito” que supuestamente simplifica las cosas; o, en fin, anteponen los “comentarios exegeticos” o cualquier otra “basura virtual” de un autor totalmente desconocido a la magna obra de Hitters.

Este ejemplo nos sirve para mostrar otra de las grandes ayudas de una buena revisión de literatura. Un investigador, por lo regular, trabaja contra el tiempo, por tanto, no se puede dar el lujo de desperdiciarlo “asistiendo a eventos intrascendentes” (o sea revisando fuentes poco serias). Es mejor hacer un esfuerzo por ubicar aunque sea unos pocos autores de nivel y luego estudiarlos, que desperdiciar parte del tiempo revisando y acopiando abundantes autores que en poco elevarán la categoría de nuestro trabajo.

No se olvide que el que no sabe seleccionar su material corre el riesgo de perderse en un espeso bosque de documentación, siendo que el factor tiempo nos puede hacer imposible recoger en su totalidad los datos de una espesa bibliografía, muchos de los cuales podrían tener escaso valor luego de ser examinados (Pérez Escobar 1999, 166).

3.4. Los resultados de la revisión de literatura precedente y el estado de la cuestión

La Revisión de literatura es determinante para fijar lo que se conoce en metodología de la investigación como el estado de la cuestión, estado de la investigación o estado del arte; y que no es otra cosa sino una revisión de fuentes, preferentemente de índole bibliográfica, que pretende establecer el momento en que la comunidad científica se ha quedado en investigar el objeto elegido, y con ello detectar vacíos que se hacen necesarios llenar con otros estudios.

De la profunda revisión de literatura que se haga se pueden obtener varios resultados y de ello dependerá el modo en que se elaborará el marco.

Es necesario anotar que en esta fase, como es la Revisión de Literatura Precedente, se puede empezar a mostrar la gala de investigador, seleccionando según patrones a los autores.

Esta selección ya no versa sobre los niveles de los que se hablara líneas arriba, sino sobre los contenidos abordados (damos por sentado, entonces, que ya estamos laborando con autores de renombre). Por ejemplo, se los puede ubicar según coincidan con nuestros postulados o los contradigan. Así, podremos tener un primer grupo de autores que estarán de acuerdo con nosotros, es decir que apoyan nuestra hipótesis de investigación; un segundo grupo sería el de aquellos autores que están meridianamente de acuerdo con nuestro estudio; un tercer grupo sería el de los autores que está parcialmente en contra de nuestro trabajo; un cuarto grupo podría ser el de aquellos que contradicen abiertamente nuestro estudio; y un último grupo lo conformarían aquellas fuentes que son indiferentes a nuestro trabajo.

Este primer nivel taxonómico, o sea de selección y ubicación, ya implica un primer esfuerzo investigativo, el cual, incluso, puede ser tildado de científico (*Vid* Piscoya Hermoza 1995, 51).

Nosotros somos de la idea de que una buena Revisión de Literatura Precedente en materia jurídica nos puede llevar más o menos a los siguientes resultados (*cf.* Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2014, 60 y ss.):

a. No es problema o ya fue resuelto

Si luego de revisar a los autores serios no enteramos de que nuestro problema en realidad no es tal o que, en el mejor de los casos, ya está resuelto, pues evidentemente al “auditorio científico” nos está invitando a estudiar otros tantos temas dejando de lado a aquel elegido originalmente, a menos que se varíe notablemente la perspectiva o el modo de abordaje.

La revisión de literatura nos ayuda a evitar cometer los errores que otros estudiosos han cometidos con anterioridad. Sería una actitud deleznable –salvo muy aisladas excepciones- el hecho de insistir en seguir investigando cuando el cúmulo de autores de nivel nos dice que no lo hagamos.

b. Es problema relevante o es problema menor

Puede también suceder que las referencias nos digan que el tema elegido es un problema relevante para la sociedad o para el mundo académico. En ese caso tendremos la certeza de estar abordando un buen tema y la tranquilidad para continuar con la investigación.

Pero en caso de tratarse de un problema menor, sin olvidar que hay un espacio obligatorio para fundamentar o justificar el estudio, tendremos que pensar que un estudio de esa naturaleza no aportará a la comunidad, por lo que no es dable perder un buen tiempo de la vida en algo que no será útil.

c. Todos los autores están a favor o todos están en contra

Si luego de la revisión encontramos que todos los autores están a favor de nuestro tema, es menester repensar cuál es el aporte que hace nuestro estudio, o si es que simplemente nos estamos limitando a repetir lo que otros han dicho. No hay que olvidar que si mi investigación no genera un aporte adicional al saber, propiamente no es investigación.

Y si, por el contrario, todos los autores estuvieran en contra, también hay que tener sumo cuidado con el tema elegido, pues estamos ante un mal indicador. Es decir, si todos los autores de renombre están contra nuestra propuesta, entonces es mejor desistir del problema. El sustento está en que tales autores tienen años estudiando e investigando, a diferencia de uno que recién está empezando. Ergo, ellos que ya cuentan con una trayectoria calificada, al opinar en contra, nos están avisando que el camino que estamos tomando no es el correcto, pues es posible que ellos ya lo hayan recorrido sin éxito.

d. Algunos autores están a favor y otros en contra

Ahora bien, si encontramos que unos autores están a favor y otros tantos en contra, estamos, en sede jurídica, ante un buen tema de investigación, donde justamente nuestro aporte será a favor de una de las corrientes en desmedro de la otra, buscando siempre que la primera se anteponga o prevalezca sobre la segunda.

e. Es un tema poco estudiado o es un tema estudiado en abundancia

Si detectamos que el tema elegido es poco estudiado, entonces estamos entrando a una esfera de suma utilidad para el mundo académico y posiblemente para la sociedad. Por tanto, estos espacios en los que poco se ha dicho, son los ámbitos donde se recomienda investigar e ir escribiendo, a fin de apuntar a consolidar un cuerpo teórico que explique el fenómeno.

Más bien, si se trata de un tema en donde abundan las referencias (de nivel), es recomendable evaluar la calidad de nuestro estudio a fin de que no llegue a ser uno más. Es recomendable no escribir en estos campos justamente por la abundancia de material, a menos que la perspectiva que le demos al problema sea distinta a como la han venido trabajando la gran mayoría.

3.5. Imagine a su posible jurado evaluador

Para terminar, mostraremos un aspecto de utilidad que genera una buena Revisión de Literatura Precedente, apuntando a la sustentación final de su investigación.

Imaginemos que usted está haciendo una tesis en materia de contratos y al revisar a los autores “de peso” más o menos va encontrando en resultado como el siguiente: a favor de sus postulados tiene a Planiol, Zannoni, Pasquau, Diez-Picazo y los Mazeaud. En cambio, contra sus postulados se encuentran Boulanger, Ferri, Borda y Colmo.

Como es irrefutable, si usted quiere enfrentarse solitariamente contra estos cuatro últimos autores, muy posiblemente pierda la guerra. En cambio, si va al frente junto con Planiol, Zannoni, Pasquau, Diez-Picazo y los Mazeaud, usted va bastante bien armado y preparado para combatir y salir airoso.

Como se irá entendiendo, al leer las objeciones que hacen Boulanger, Ferri, Borda y Colmo a sus postulados, usted tiene el tiempo suficiente como para contradecirlas, basándose en otros autores de primer nivel.

Con ello, invitamos al lector a prepararse imaginando que se va a enfrentar en su sustentación final a los detractores de su investigación; es decir su jurado estará conformado nada más y nada menos que por Boulanger, Ferri, Borda y Colmo.

La pregunta es ¿en realidad en su sustentación final serán estos autores los integrantes de su jurado? Es evidente que no. Entonces, ¿acaso el jurado que se le designe tendrá superior nivel al jurado ficticio integrado por estos grandes juristas? Definitivamente que no. En el peor de los casos, alguno de los integrantes de su jurado podrá ser muy estudioso y capaz, pero rara vez le lanzará objeciones de mayor complicación que las ya resueltas en su tesis.

En una palabra, si usted va preparado para enfrentar a Boulanger, Ferri, Borda y Colmo, está preparado para enfrentarse a cualquier jurado, y le aseguramos que estos no actuarán con el mismo rigor y nivel.

Por último, una errada revisión de literatura puede traer desenlaces nefastos. Por ejemplo, en el mismo caso, imaginemos que usted ha logrado leer y salvar las objeciones hechas, pero solamente por Boulanger, Ferri y Borda. Si en su jurado final hubiese un docente estudioso que manejase a detalle las posturas de Alfredo Colmo, tenga por seguro que en más de una oportunidad lo pondrá en apuros, justamente por no haber revisado a dicho autor.

Conclusión

A modo de síntesis podemos decir que al elaborar una investigación jurídica nos encontraremos con un sinnúmero de referencias que se han pronunciado sobre nuestro objeto investigativo, de todas ellas es menester escoger a las de mejor nivel y calidad a fin de tener un acercamiento correcto al objeto de estudio y ganar tiempo en la investigación. Dicha revisión, de ser oportuna y adecuada, nos permitirá enriquecer el problema para luego estar en buenas condiciones para elaborar un buen marco teórico y avizorar una buena sustentación de la tesis.

Referencias

- Bunge, M. (1982). *Epistemología – Curso de actualización - Ciencia de la Ciencia*. La Habana: Ariel – Editorial de Ciencias Sociales.
- Bunge, M. (2007). *A la caza de la realidad - La controversia sobre el realismo*. (R. González del Solar, Trad.) Barcelona, España: Editorial Gedisa S. A.
- Descartes, René. *Discurso del Método para conducir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*. Globus, 2012 [1637].
- Giraldo Ángel, J. (1980). *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Bogotá: Temis.
- Hernández Sampieri, R., Fernández-Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta edición). México D.F.: Mc Graw Hill Interamericana.
- Martínez Pichardo, J. (1998). *Lineamientos para la investigación jurídica* (4ª edición revisada y aumentada ed.). México DF: Porrúa.
- Pérez Escobar, J. (1999). *Metodología y técnica de la investigación jurídica* (3ª edición ed.). Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Piscocoy Hermoza, L. (1995). *Investigación científica educacional - Un enfoque epistemológico* (2ª edición ed.). Lima: Amaru Editores.
- Savigny, F. K. (2004). *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.

Zavadivker, M. N. (enero de 2006). *A Parte Rei - Revista de Filosofía*. Obtenido de Los marcos de referencia como organizadores gnoseológicos: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei>

Zelayarán Durand, M. (1997). *Metodología de Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Os impactos do coronavírus no cumprimento do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia^(*)

The impacts of coronavirus on compliance with the General Data Protection Regulations of the European Union

Los impactos del coronavirus en el cumplimiento de las Normas Generales de Protección de Datos de la Unión Europea

Milena Loyola Conci¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução.1. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia. 2. A Crise do Coronavírus.3. Os impactos do coronavírus: limitações ao cumprimento da RGPD. – Considerações finais – Referências.

Resumo: O presente artigo busca mostrar a necessidade de se harmonizar a atual pandemia provocada pelo novo coronavírus com o cumprimento das normas previstas no Regulamento Geral de Proteção de Dados pessoais 2016/679 (UE). Utilizou-se como base teórica as recomendações da Organização Mundial da Saúde, bem como de orientações e relatórios expedidos pelas Autoridades de Proteção de Dados Pessoais em Portugal, Espanha e Itália. Para tanto, foram feitas breves considerações acerca do Regulamento Geral de Proteção de Dados pessoais 2016/679 (UE) e os

(*) Recibido: 05/06/2020 | Aceptado: 01/08/2020 | Publicación en línea: 01/10/2020.



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

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
milena.conci@gmail.com

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

desafios tecnológicos junto ao princípio da proporcionalidade. Após, foi exposta a atual situação da pandemia do novo coronavírus, com a atuação marcante da Organização Mundial da Saúde. Por fim, foi analisado como a pandemia está impactando no cumprimento do Regulamento, notadamente em três países, Portugal, Espanha e Itália, e como estes estão lidando com o surgimento de novos aplicativos de rastreo e notificação de casos.

Palavras-chave: Regulamento Geral de Proteção de Dados, novo coronavírus, impactos ao cumprimento do Regulamento, aplicativos de rastreo de casos.

Abstract: This article seeks to show the need to harmonize the current pandemic caused by the new coronavirus with compliance with the standards set out in the General Regulation on Personal Data Protection 2016/679 (EU). The recommendations of the World Health Organization, as well as guidelines and reports issued by the Personal Data Protection Authorities in Portugal, Spain and Italy were used as a theoretical basis. To this end, brief considerations were made about the General Regulation on Personal Data Protection 2016/679 (EU) and the technological challenges along with the principle of proportionality. The current situation of the new coronavirus pandemic was then exposed, with the World Health Organization's landmark action. Finally, it was analyzed how the pandemic is impacting on compliance with the Regulation, notably in three countries, Portugal, Spain and Italy, and how these are dealing with the emergence of new applications for screening and notification of cases.

Keywords: General Regulation of Data Protection, new coronavirus, impacts on compliance with the regulation, case tracking applications.

Resumen: Este artículo pretende mostrar la necesidad de armonizar la actual pandemia causada por el nuevo coronavirus con el cumplimiento de las normas establecidas en el Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/679 (UE). Se utilizaron como base teórica las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, así como las directrices e informes emitidos por las autoridades de protección de datos personales de Portugal, España e Italia. Con ese fin, se hicieron breves consideraciones sobre el Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/679 (UE) y los desafíos tecnológicos junto con el principio de proporcionalidad. La situación actual de la nueva pandemia de coronavirus quedó entonces expuesta, con la histórica actuación de la Organización Mundial de la Salud. Por último, se analizó la forma en que la pandemia está repercutiendo en el cumplimiento del Reglamento, en particular en tres países, Portugal, España e Italia, y cómo éstos están haciendo frente a la aparición de nuevas solicitudes de detección y notificación de casos.

Palabras clave: Reglamento General de Protección de Datos, nuevo coronavirus, impactos en el cumplimiento del reglamento, aplicaciones de seguimiento de casos.

Introdução

Diante da atual crise decorrente do surto do novo coronavírus (COVID-19) foram adotadas diversas medidas de combate ao vírus em todo o mundo, sendo esta a atual preocupação da maioria dos governos.

Atrelado ao novo cenário mundial, cresce também as questões acerca da proteção de dados pessoais. Com o desenvolvimento de novas tecnologias e o aumento do investimento nos setores de Tecnologia da Informação, procura-se desvendar como será possível harmonizar as medidas de combate ao novo coronavírus e as normas previstas no Regulamento Geral de Proteção de Dados pessoais 2016/679 da União Européia.

Após os escândalos de espionagem e divulgação de dados, como o da *Cambridge Analytica* (2016) e do *Facebook* (2016 e 2018), foi aprovado o *General Data Protection Regulation (GDPR)*, que regulamenta no âmbito da União Européia sobre a proteção de dados.

Tendo em vista o delicado momento vivenciado mundialmente, torna-se necessário refletir como cumprir as normas dispostas no Regulamento frente a pandemia do COVID-19.

Desse modo, pretende-se analisar como a atual pandemia do novo coronavírus está a impactar o cumprimento do Regulamento Geral de Proteção de Dados pessoais, a fim de que haja um resultado harmônico entre eles.

Para tentar responder esta questão, o presente artigo está dividido em três capítulos. O primeiro trata do Regulamento Geral de Proteção de Dados, sob uma visão geral, preocupada com os desafios tecnológicos e a aplicação correta do princípio da proporcionalidade.

O segundo capítulo versa sobre a atual pandemia do novo coronavírus, expondo o que é esse novo vírus, os impactos globais sofridos com o crescente número de infectados e mortes, bem como quais são as ações e recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) diante desse cenário.

Por fim, no terceiro capítulo sustenta-se a preocupação com o vazamento de dados pessoais, notadamente os dados sensíveis referentes à saúde, e a importância do cumprimento das normas previstas no RGPD. Para tanto são explanados o caso específico de três países da União Européia: Portugal, Espanha e Itália, e como eles estão lidando com os novos aplicativos usados para rastreamento e notificação de infectados.

1 Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia

O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia (RGPD), n. 679/2016 estabelece as regras relativas ao tratamento, por uma pessoa, uma empresa ou uma organização, de dados pessoais relativos a pessoa na União Européia.

De início, cumpre esclarecer que não é a pretensão do presente artigo exaurir a análise do Regulamento, mas sim proporcionar ao leitor uma visão global do mesmo, sem adentrar em questões específicas.

Antes do RGPD, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE) publicou em 1980 Diretrizes relativas à política internacional sobre a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais, tendo em vista a introdução da tecnologia de informação nas áreas económicas e sociais, bem como a importância e poder crescentes do processamento automatizado de dados (OCDE, 2002).

Assim, com a intenção de criar um sistema de proteção de dados em toda a Europa, publicou em 1980 "As Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais", (as "Diretrizes sobre Privacidade"), que foram adotadas enquanto Recomendação do Conselho da OCDE.

As Diretrizes sobre a Privacidade baseavam-se em três princípios comuns aos países membros da OCDE, quais sejam, democracia pluralista, respeito aos direitos humanos e economias de mercado aberto (OCDE, 2002).

Conforme a OCDE, as Diretrizes sobre a Privacidade representam um consenso internacional sobre a orientação geral a respeito da coleta e do gerenciamento da informação pessoal. Nesse sentido, princípios como clareza e flexibilidade de aplicação e pela formulação, suficientemente ampla para possibilitar a adaptação às mudanças tecnológicas são característicos das Diretrizes (OCDE, 2002).

Para garantir o cumprimento das Diretrizes, os princípios, aplicados a nível nacional e internacional, devem abranger todos os meios utilizados para o processamento automatizado de dados referentes a indivíduos, desde o computador local à rede de complexas ramificações nacionais e internacionais. Ademais, deve abranger todos os tipos de processamento de dados pessoais (da administração do pessoal ao levantamento de perfis de consumidores) e todas as categorias de dados (da circulação de dados ao seu conteúdo, dos mais comuns aos mais sensíveis) (OCDE, 2002).

Alguns dos princípios elencados nas Diretrizes para a Privacidade eram os princípios de limitação da coleta, de qualidade dos dados, de definição da finalidade, de limitação de utilização, do back-up de segurança, de abertura, de participação do indivíduo e princípio de responsabilização (OCDE, 2002).

No entanto estas diretrizes não eram obrigatórias e as leis de privacidade de dados variavam de acordo com os países. Estas variações acabaram por levar a que se propusesse uma diretiva a nível Europeu, a Diretiva de Proteção de dados 95/46/EC.

Nesse ponto, uma das considerações feitas pelo RGPD foi justamente que os princípios e objetivos da Diretiva 95/46/CE, apesar de válidos, não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção de dados ao nível da União Européia, a saber:

(9) Os objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE continuam a ser válidos, mas não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrónica. As diferenças no nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção dos dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Essas diferenças podem, por conseguinte,

constituir um obstáculo ao exercício das atividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União. Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e aplicação da Diretiva 95/46/CE (UE, 2016).

A diretiva 95/46/EC tinha o propósito de uniformizar as leis dos diferentes estados membros, mas sendo uma diretiva, ainda havia espaço para cada país fazer a sua interpretação e as organizações também nunca deram grande importância à mesma. Juntando a estes fatos, o rápido crescimento dos dados online e da virtualização, surgiu a necessidade de uma atualização desta diretiva, agora sob a forma de um regulamento, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O RGPD foi aprovado pelo Parlamento Europeu em abril de 2016, com aplicação forçosa e inevitável em 25 de maio de 2018.

Diante desse cenário, o Regulamento trouxe uma complexidade significativa, com grandes mudanças e impactos nos negócios. Além disso, por se tratar de um regulamento, deve ser cumprido de igual forma em todos os países membros da União Europeia, sendo sua implementação obrigatória.

O cumprimento com este Regulamento tem como princípio fundamental a gestão de riscos para os dados pessoais dos titulares dos dados, e implica que as organizações necessitem de realizar análises de risco aos seus processos que tratem dados pessoais e às suas atividades que os processam.

Em seu texto, o Regulamento dispôs que a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental, bem como que os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais (UE, 2016).

Frisa-se, pois, a afirmação de que “[...] o RGPD deverá ser a nova bitola do fluxo relacional entre organizações e pessoas singulares, que intenciona ajustar-se às normas tecnológicas dos nossos dias” (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018, p. 3), senão vejamos:

O RGPD deverá ser a nova bitola do fluxo relacional entre organizações e pessoas singulares, que intenciona ajustar-se às normas tecnológicas dos nossos dias. Vivemos hoje à luz de escândalos de abuso do usufruto de dados pessoais por redes sociais e sob o fantasma da interrogação de que organizações possuem os nossos dados e daquilo que dados conseguem obter, saber e até prever, de cada um de nós. **O RGPD mostra-se uma alteração que embora não ansiada pelas empresas, é uma indispensável atualização no quadro da sociedade da informação atual, revogando regulamentação com mais de 20 anos e pouco hábil em nos proteger de comunicações (cada vez mais) tecnológicas e pouco precavida em questões de e-Privacy e do digital** (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018, p. 3, grifo nosso).

Nesse sentido, o RGPD utiliza como pilares o tratamento lícito e transparente dos dados, a minimização dos dados e recolha apenas para os fins específicos, somente durante o tempo estritamente necessário, com direito ao esquecimento, dentre outros.

Uma das previsões importantes no Regulamento é o consentimento do titular de dados, que passa a figurar como elemento principal para autorizar a coleta e tratamento de dados, devendo ser inequívoco e envolver sempre uma postura assertiva. Assim está previsto em seu art. 7º, a saber:

Artigo 7.o

Condições aplicáveis ao consentimento

1. Quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais.
2. Se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples. Não é vinculativa qualquer parte dessa declaração que constitua violação do presente regulamento.
3. O titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. A retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Antes de dar o seu consentimento, o titular dos dados é informado desse facto. O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar.
4. Ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato. (UE, 2016).

Pontua-se, outrossim, quanto à aplicação extraterritorial, o art. 3º do Regulamento determina que as regras do RGPD são aplicáveis ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades do estabelecimento de um responsável pelo tratamento, ou das atividades de um subcontratante, situado no território da União Européia, independentemente de o tratamento em si ocorrer dentro ou fora da União. Isto é, o RGPD passa a ser aplicável não só às empresas sediadas na EU, como também a empresas cujas atividades estejam alicerçadas na utilização de dados pessoais na União Européia.

A intenção do parlamento europeu foi, portanto, de garantir proteção ampla a todos os indivíduos que tiveram seus dados coletados de alguma forma por empresas ou instituições que realizam transferência de dados com organizações europeias, fazendo com que as mesmas prestem contas nesse sentido.

Outra previsão que merece destaque é quanto ao poder concedido às autoridades fiscalizadoras para aplicar sanções a quem descumprir o Regulamento. Assim, as Autoridades de Proteção de Dados (*Data Protection Authorities*) ficam encarregadas de supervisionar a aplicação das regras (arts. 52 e ss da RGPD).

Ademais, cria-se a figura do Diretor de Proteção de Dados, o DPO (*Data Protection Officer*), que é o encarregado da proteção de dados (art. 37 da RGPD), que, dentre as funções elencadas no art. 39 do Regulamento, deve informar e aconselhar o responsável pelo tratamento, bem como controlar a conformidade com o regulamento, com outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros.

Não obstante as inovações trazidas pelo RGPD, este deve ser pensado quanto aos desafios específicos a nível tecnológico, no sentido de que muitas empresas podem ter dificuldades em responder ao texto do Regulamento em sua íntegra.

A dificuldade no cumprimento do RGPD reside, pois, no pilar tecnologia, conforme defendem Cordeiro e Gouveia, a saber:

Uma das principais dificuldades das empresas, para assegurar os mecanismos de conformidade com o novo regulamento, é que dados pessoais como os números de identificação, emails, contactos telefónicos, cookies, endereços, etc. estão dispersos por diversos sistemas. As empresas terão de centralizar a gestão dos dados pessoais ou garantir que todos os sistemas estão conformes (tarefa que exige tempo, recursos e conhecimento para poder ser realizada). Estes objetivos podem ser alcançados com recurso a técnicas de encriptação, pseudonimização e a anonimização dos dados, que permitem trabalhar sobre os dados pessoais sem identificação do seu titular. Naturalmente, impõe-se um rigoroso controlo de acessos, deteção de falhas de segurança e respetiva comunicação em 72 horas à comissão nacional de proteção de dados (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018, p. 4).

Nesse sentido, não há uma solução imediata e normalizada, devendo as empresas percorrer um caminho tortuoso, qual seja, um processo iterativo de otimização de processos e ajustes de mentalidades, que se repetirá sucessivamente até que procedimentos enraizados sejam repensados ou, ao menos, revistos (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018, p. 4).

Diante desse cenário, deve-se buscar nos princípios da necessidade, do não estrangulamento tributário e da proporcionalidade formas de aplicação das normas previstas no Regulamento, visando a prudência das normas e a proteção dos destinatários na sua aplicação.

Pelo princípio da necessidade, tem-se que as normas e os procedimentos da sua aplicação sejam necessários, imprescindíveis para a proteção dos interesses e valores em causa. Assim, liga-se à proibição do estrangulamento tributário, que veda as limitações, imposições e encargos que impeçam ou dificultem seriamente uma atividade legítima ou a tornem desnecessariamente onerosas frente aos seus fins (CAMPOS; FOZ; GONÇALVES, 2019, p. 460).

Por fim, quanto ao princípio da proporcionalidade, tem-se que os meios utilizados na aplicação das normas devem ser os adequados ao fim que se pretende atingir, em íntima relação com os princípios citados anteriormente. É dizer, não há que se falar em meios excessivos, vexatórios ou ineficazes (CAMPOS; FOZ; GONÇALVES, 2019, p. 461).

Vejamos, pois, o seguinte exemplo:

Se um cliente se dirige a um profissional liberal (médico, advogado, arquiteto, contabilista, etc.) com escassos clientes, pode e deve esperar dele serviços profissionais de qualidade (não confundamos a quantidade com a qualidade). Mas não deve esperar a utilização de infra-estruturas pesadas e caras, meios de recolha de dados, sua armazenagem e utilização com o mais elevado grau de segurança que seja possível obter. Um gabinete fechado, um armário também fechado e um computador dotado de sistemas de segurança razoáveis, são de esperar e serão normalmente suficientes.

Se for exigido (não sendo exigível) o grau máximo de segurança – utilizado por exemplo por um banco ou uma empresa de transmissão de dados – tal implicará **duas consequências: o cliente não terá capacidade financeira de pagar os serviços onerados por esses custos, ficando com as suas necessidades insatisfeitas; os**

prestadores de serviços serão extremamente reduzidos – ficando limitados a alguns grupos com as consequentes e graves desvantagens sociais (CAMPOS; FOZ. GONÇALVES, 2019, p. 461 **grifo nosso**).

Vê-se, portanto, que ao aplicar o Regulamento, é essencial a utilização dos princípios basilares do Direito, de modo tal que possa ser atingido a finalidade pretendida pelo Regulamento, sem se tornar algo extremamente oneroso ao indivíduo.

Isto posto, feita a breve análise do Regulamento Geral de Proteção de Dados, resta imprescindível a compreensão do atual momento vivenciado pelo mundo, o da pandemia do novo coronavírus.

2 A Crise do Coronavírus

O ano de 2020 está sendo marcado pela grave crise provocada pela pandemia do novo coronavírus, batizado de COVID-19, o qual foi notificado pela primeira vez na província de Wuhan, na China, em 31 de dezembro de 2019. A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves.

O cenário mundial ainda é de incertezas, considerando que, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório).

Com superlotações em hospitais e falta de leitos em Unidades de Tratamento Intensivas (UTIs), a crise assola diversos países, com um número elevado de mortes diárias anunciadas em jornais, transformando vidas em meros números utilizados em índices de pesquisa da mortalidade do vírus.

Apesar de os sintomas da COVID-19 poderem variar de um simples resfriado até uma pneumonia severa, com os sintomas mais comuns sendo tosse, febre, coriza, dor de garganta e dificuldade para respirar, o que preocupa os governos é a superlotação dos hospitais, impossibilitando o atendimento adequado de todos e causando uma verdadeira crise na saúde pública.

Até a data de 02 de junho de 2020, a Universidade Johns Hopkins confirmou o total de casos mundial de 6.325.303 pessoas contaminadas pelo COVID-19, sendo que destas, 377.460 pessoas vieram a óbito em decorrência do vírus e 2.727.679 pessoas conseguiram se recuperar (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020).

O epicentro da pandemia, que no início era na China e depois migrou para a Itália, hoje está nos Estados Unidos da América.

Os números divulgados pela Universidade Johns Hopkins de casos confirmados até o dia 02 de junho de 2020 eram de 1.820.523 nos Estados Unidos, 526.447 no Brasil, 423.186 na Rússia, 279.391 no Reino Unido, 239.932 na Espanha e 233.515 na Itália (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020).

Já o número de mortes confirmadas com a causa da morte o novo coronavírus até o dia 02 de junho de 2020 eram de 105.644 nos Estados Unidos, 39.451 no Reino Unido, 33.530 na Itália, 29.937 no Brasil, 28.836 na França e 27.127 na Espanha (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020).

Por outro lado, o número de infectados recuperados confirmados até o dia 02 de junho de 2020 eram de 458.231 nos Estados Unidos, 211.080 no Brasil, 186.602 na Rússia, 166.609 na Alemanha, 160.092 na Itália e 150.376 na Espanha (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020).

Como exemplo a sobrecarga do sistema de saúde, tem-se a Itália, que sofreu com medidas progressivamente restritivas desde o começo do surto de casos do COVID-19 no país, conforme explica a *Human Rights Watch*:

Na Itália, o governo impôs um confinamento, mas com maiores proteções aos direitos individuais. O governo italiano adotou medidas progressivamente restritivas desde o primeiro grande surto de casos COVID-19 no país no final de fevereiro. As autoridades inicialmente colocaram dez cidades na Lombardia e uma em Veneto sob quarentena estrita, proibindo os residentes de deixarem essas regiões. Ao mesmo tempo, escolas nas regiões afetadas foram fechadas. Citando uma onda de casos e uma sobrecarga cada vez mais insustentável para o sistema público de saúde, em 8 de março, o governo impôs uma série de novas medidas a uma grande parte do norte do país, implementando restrições muito mais severas à circulação e a liberdades fundamentais. No dia seguinte, as medidas foram aplicadas em todo o país. Outras medidas impostas incluem restrições a viagens, exceto por questões essenciais de saúde ou trabalho (mediante autodeclaração), fechamento de todos os centros culturais (cinemas, museus) e cancelamento de eventos esportivos e aglomerações públicas. Em 11 de março, o governo fechou todos os bares, restaurantes e comércios, exceto supermercados e farmácias (e algumas outras exceções) em todo o país. As pessoas que desobedecerem as restrições à circulação sem um motivo válido podem ser multadas em até 206 euros e enfrentar uma pena de prisão de três meses. Todas as escolas e universidades foram fechadas em todo o país. As pessoas foram autorizadas a sair para comprar itens essenciais, para fazer exercícios, para trabalhar (se não puderem realizar o trabalho em casa) e para tratar de cuidados de saúde (incluindo cuidados a um parente doente) (DIMENSÕES..., 2020).

Diante deste triste cenário que se repete em diversos países, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou diversas diretrizes para auxiliar os governos a lidar com a crise provocada pelo novo coronavírus.

Nesse contexto insere-se a Atualização da Estratégia frente ao COVID-19, publicada pela OMS em 14 de abril de 2020, que pretende ajudar a orientar a resposta de saúde pública ao COVID-19, a nível nacional e internacional, além de atualizar a estratégia global de resposta à pandemia mundial, complementando orientações técnicas já publicadas pela OMS (OMS, 2020).

O objetivo primordial exposto pela OMS é de que todos os países controlem a pandemia ao abrandar a transmissão e reduzir a mortalidade associada ao COVID-19.

A Atualização da Estratégia elenca, ainda, como objetivos estratégicos mundiais a mobilização de todos os setores e comunidades para garantir que cada setor do governo e da sociedade assumam a responsabilidade e participe na resposta e prevenção de casos. Ademais, devem-se controlar os casos esporádicos e grupos de casos, prevenindo a transmissão comunitária por meio da rápida detecção e

isolamento de todos os casos, bem como conter a transmissão comunitária mediante a prevenção do contágio e medidas de controle adequadas (OMS, 2020).

Por fim, a OMS cita ainda a redução da mortalidade e o desenvolvimento de vacinas e terapias seguras e eficazes a serem oferecidas de modo acessível e em grande escala como objetivos a serem cumpridos pelos governos (OMS, 2020).

Não obstante a profunda crise gerada no campo da saúde pública, a esfera econômica também foi afetada pela crise, considerando as oscilações nas bolsas de valores em todo o mundo, desemprego e com o impacto da própria crise na saúde pública.

Desse modo, não resta dúvidas que o novo coronavírus provocou, e ainda provoca uma mudança no cenário global, impactando diversos setores da sociedade e governos. Nesse contexto, o próprio cumprimento da Regulação Geral de Proteção de Dados merece ser repensado à luz desse cenário.

3 Os Impactos do Coronavírus: limitações ao cumprimento da RGPD

Com o desenvolvimento de novas tecnologias surgem questionamentos quanto a segurança das informações na era digital. Assim, é natural que pessoas físicas e jurídicas procurem meios de manter seus dados pessoais protegidos, evitando a exposição à ataques de hackers.

Considerando o contexto da pandemia mundial do novo coronavírus, a preocupação com a proteção de dados persiste, tendo em vista que dados relativos a saúde são considerados dados sensíveis, bem como que eventual vazamento de dados, de qualquer natureza, pode prejudicar ainda mais empresas, governos e indivíduos, trazendo mais instabilidade ao cenário mundial.

Pontua-se que, conforme noticiado pela própria Organização Mundial da Saúde, desde o início da pandemia da COVID-19 observou-se um aumento extraordinário do número de ataques informáticos contra o seu pessoal, bem como de esquemas de correio eletrônico contra o público em geral (*LA OMS...*, 2020), a saber:

Cerca de 450 endereços de correio eletrônico e palavras-passe activos da OMS foram divulgados esta semana na Internet, juntamente com os de milhares de outros que trabalharam na resposta ao novo coronavírus.

A fuga destas credenciais não comprometeu os sistemas da OMS, uma vez que os dados não são recentes. No entanto, o ataque afectou um sistema de rede externa mais antigo utilizado pelo pessoal activo e reformado e pelos parceiros.

A OMS está actualmente a trabalhar na migração dos sistemas afectados para um sistema de autenticação mais seguro.

Os autores de fraudes que se fazem passar por pessoal da OMS através de correio electrónico estão também a dirigir-se cada vez mais ao público em geral, com a intenção de canalizar as doações para um fundo fictício e não para o verdadeiro Fundo de Resposta COVID-19. O número de ciberataques que a Organização recebeu até agora é mais de cinco vezes superior ao do mesmo período do ano passado.

"Garantir a segurança da informação sanitária dos Estados-Membros e a privacidade dos utilizadores que interagem connosco é sempre uma prioridade para a OMS, mas ainda mais durante a pandemia da COVID-19. Agradecemos os alertas que recebemos

dos Estados-Membros e do sector privado. Estamos todos juntos nesta luta", disse Bernardo Mariano, Director de Sistemas de Informação da OMS (*LA OMS...*, 2020, tradução nossa)³

Nesse sentido, a OMS disponibilizou uma Plataforma Clínica Mundial sobre a COVID-19 para que os Estados-Partes no Regulamento Sanitário Internacional (RSI) de 2005 possam compartilhar com a OMS informação e dados clínicos anonimizados sobre pacientes com infecção confirmada ou potencial do vírus.

A preocupação com o armazenamento de dados foi exposta da seguinte maneira no documento publicado pela OMS na Plataforma Clínica Mundial sobre a COVID-19:

Os dados COVID-19 anónimos serão armazenados na Plataforma de Dados COVID-19, que é uma plataforma electrónica segura, protegida por senha, com acesso restrito, alojada por um fornecedor externo em nome da OMS. A OMS e o fornecedor celebraram acordos contratuais nos termos dos quais o fornecedor exige, nomeadamente: i) proteger a confidencialidade dos dados anónimos sobre a COVID-19 e impedir a sua divulgação ii) abster-se de utilizar os dados COVID-19 anónimos para outros fins que não o fornecimento de serviços de alojamento da OMS, em conformidade com os acordos contratuais; e iii) aplicar e manter medidas de segurança técnicas e organizacionais para proteger a segurança da COVID-19 Dados Anónimos e a Plataforma de Dados COVID-19. Em conformidade com o artigo 11.4 do RSI (2005), a OMS não os dados anónimos COVID-19 disponíveis para outros Estados Partes até ao momento em que pela primeira vez qualquer das condições estabelecidas no n.º 2 do referido artigo 11. afectadas. De acordo com o artigo 11º acima mencionado, a OMS não colocará à disposição do público dados anónimos sobre a COVID-19 até serem disponibilizadas aos Estados Partes, e desde que tenham sido divulgadas outras informações sobre a epidemia de COVID-19 e há necessidade de divulgar informação autorizada e independente a este respeito (*LA OMS...*, 2020) ⁴

³ Esta semana se han filtrado en internet cerca de 450 direcciones y contraseñas de correos electrónicos activos de la OMS, junto con las de otros miles de personas que trabajan en la respuesta al nuevo coronavirus.

La filtración de esas credenciales no ha puesto en peligro los sistemas de la OMS, ya que los datos no son recientes. Sin embargo, el ataque sí ha afectado a un sistema de red externa más antiguo, utilizado por personal en activo y jubilado, así como por asociados.

La OMS está trabajando en estos momentos en la migración de los sistemas afectados hacia un sistema de autenticación más seguro.

Los estafadores que se hacen pasar por personal de la OMS a través de correos electrónicos se están dirigiendo también, cada vez más, contra el público en general, con intención de canalizar donaciones a un fondo ficticio y no al auténtico Fondo de Respuesta a la COVID-19. El número de ciberataques que ha recibido la Organización hasta ahora es más de cinco veces mayor al sufrido en el mismo periodo del año pasado.

«Garantizar la seguridad de la información sanitaria de los Estados Miembros y la privacidad de los usuarios que interactúan con nosotros es una prioridad para la OMS en todo momento, pero aún más durante la pandemia de COVID-19. Agradecemos las alertas que recibimos de los Estados Miembros y del sector privado. Estamos todos juntos en esta lucha», ha dicho Bernardo Mariano, Director de Sistemas de Información de la OMS (*LA OMS...*, 2020).

⁴ Los Datos Anonimizados sobre la COVID-19 se guardarán en la Plataforma de Datos sobre la COVID-19, que es una plataforma electrónica segura de acceso restringido protegida por contraseña, alojada por un proveedor externo en nombre de la OMS. La OMS y dicho proveedor han celebrado acuerdos contractuales en virtud de los cuales el proveedor se obliga, entre otros: i) a proteger la confidencialidad de los Datos Anonimizados sobre la COVID-19 e impedir su revelación no

Desse modo, ao menos no campo teórico, os dados anônimos relativos aos COVID-19 receberão uma proteção especial, contando com uma plataforma eletrônica segura, de maneira tal a proteger a confidencialidade dos dados.

Ressalta-se que os dados sobre saúde são particularmente sensíveis, de modo que a publicação de informações online pode causar risos significativos para as pessoas afetadas, bem como para pessoas já inseridas num sistema de vulnerabilidade e marginalização na sociedade. Assim, garantias legais baseadas em uma perspectiva de direitos deveriam orientar o uso e a gestão de informações pessoais de saúde (DIMENSÕES..., 2020).

Nesse aspecto, a Comissão Européia de Proteção de Dados (EDPB) divulgou em março de 2020 a declaração de seu Presidente sobre o processamento de dados pessoais no contexto do surto da COVID-19, no qual deixa claro que a proteção de dados seguindo o RGPD não dificulta as medidas tomadas na luta contra o vírus, senão vejamos:

Governos, organizações públicas e privadas em toda a Europa estão a tomar medidas para conter e mitigar a COVID-19. Isto pode envolver o processamento de diferentes tipos de dados pessoais.

Andrea Jelinek, presidente do Conselho Europeu de Protecção de Dados (EDPB), afirmou: "Protecção de dados as regras (como o GDPR) não dificultam as medidas tomadas na luta contra o coronavírus pandemia. No entanto, gostaria de sublinhar que, mesmo nestes tempos excepcionais, os dados, o responsável pelo tratamento deve assegurar a protecção dos dados pessoais das pessoas em causa. Por conseguinte, há que ter em conta um certo número de considerações para garantir o tratamento lícito de dados pessoais".

O GDPR é uma legislação ampla e prevê também as regras a aplicar ao processamento de dados pessoais num contexto como o que se refere à COVID-19. De facto, o GDPR fornece pelos motivos jurídicos que permitem aos empregadores e às autoridades de saúde pública competentes processar dados pessoais no contexto de epidemias, sem a necessidade de obter o consentimento do pessoa em causa. Isto aplica-se, por exemplo, quando o tratamento de dados pessoais é necessário para a empregadores por razões de interesse público na área da saúde pública ou para proteger interesses vitais (artigos 6º e 9º do PIBR) ou para cumprir outra obrigação legal (EDBP, 2020a, tradução nossa).⁵

autorizada; ii) a abstenerse de utilizar los Datos Anonimizados sobre la COVID-19 para fines que no sean la prestación de servicios de alojamiento a la OMS de conformidad con los acuerdos contractuales; y iii) a aplicar y mantener las oportunas medidas de seguridad técnica y organizativa para proteger la seguridad de los Datos Anonimizados sobre la COVID-19 y de la Plataforma de Datos sobre la COVID-19. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 11 del RSI (2005), la OMS no pondrá los Datos Anonimizados sobre la COVID-19 a disposición de los demás Estados Partes hasta el momento en que se cumpla por primera vez alguna de las condiciones estipuladas en el párrafo 2 de dicho artículo 11, y previa consulta con los países afectados. Según lo establecido en el citado artículo 11, la OMS no pondrá a disposición del público los Datos Anonimizados sobre la COVID-19 hasta que estos no se hayan puesto a disposición de los Estados Partes, y siempre que se haya difundido públicamente otra información sobre la epidemia de COVID-19 y sea necesario difundir información autorizada e independiente al respecto (*LA OMS...*, 2020).

⁵ Governments, public and private organisations throughout Europe are taking measures to contain and mitigate COVID-19. This can involve the processing of different types of personal data. Andrea Jelinek, Chair of the European Data Protection Board (EDPB), said: "Data protection rules (such as GDPR) do not hinder measures taken in the fight against the coronavirus pandemic. However, I would like to underline that, even in these exceptional times, the data controller must ensure the protection of the personal data of the data subjects. Therefore, a number of considerations should be taken into

Isto posto, cabe observar como alguns países membros da União Europeia estão a tratar da proteção de dados pessoais, conforme previsto no Regulamento Geral de Proteção de Dados.

3.1 Casos Específicos

3.1.1 Portugal

Em Portugal a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) tem como atribuição genérica controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, respeitando os direitos e garantias consagradas na Constituição portuguesa e na lei. É uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, funcionando junto da Assembleia da República.

Os elementos normativos que tratam da proteção de dados em Portugal são a Lei 58/2019, que é a lei nacional de execução do Regulamento (UE) 2016/679 (PORTUGAL, 2019a), a Lei 59/2019 que trata da proteção de dados para os tratamentos efetuados por autoridades competentes para a detecção, prevenção e investigação e repressão de infrações penais e para a execução de sanções penais (PORTUGAL, 2019b).

Em seu sitio eletrônico, o CNPD divulga diversas diretrizes a respeito da COVID-19, dentre elas a Diretriz n. 4/2020, que trata da utilização de dados de localização e ferramentas de *contact tracing* no contexto atual da pandemia, aprovada pelo Comitê Europeu para a Proteção de Dados.

Trata-se, pois, de orientações que elucidam as condições e princípios para a utilização proporcionada dos dados de localização e dos instrumentos de localização, com a finalidade de utilizar dados de localização para apoiar a resposta à pandemia, modelando a propagação do vírus, bem como de rastreamento de contatos para notificar os indivíduos de que estiveram próximos de alguém que foi confirmado como portador do vírus, visando quebrar as cadeias de contaminação (CNPD, 2020).

Cabe destacar que na introdução da Diretriz n. 4/2020, em seus itens 7 e 8 é expõem a relação do RGPD com as medidas de proteção diante da pandemia do COVID-19, a saber:

7 O CEPD salienta que o RGPD e a Diretiva 2002/58/CE (Diretiva «ePrivacy») contêm regras específicas que permitem a utilização de dados anónimos ou pessoais para apoiar as autoridades públicas e outros intervenientes a nível nacional e da UE na monitorização e na disseminação do vírus SARS-CoV2.2

8 A este respeito, o CEPD já tomou posição sobre a utilização de tais aplicações de rastreamento de contacto dever ser voluntária e não dever depender do rastreamento

account to guarantee the lawful processing of personal data." The GDPR is a broad legislation and also provides for the rules to apply to the processing of personal data in a context such as the one relating to COVID-19. Indeed, the GDPR provides for the legal grounds to enable the employers and the competent public health authorities to process personal data in the context of epidemics, without the need to obtain the consent of the data subject. This applies for instance when the processing of personal data is necessary for the employers for reasons of public interest in the area of public health or to protect vital interests (Art. 6 and 9 of the GDPR) or to comply with another legal obligation (EDBP, 2020a).

de movimentos individuais, mas sim de informações de proximidade sobre os utilizadores (EDPB, 2020b).

Seguindo a tendência de outros países, será lançado no final de junho o aplicativo português “*Stayaway*” de rastreio de contactos de infecção. O app tem a pretensão de ser um método que permite detectar e interromper cadeias de transmissão do novo coronavírus (CALHEIROS, 2020).

Por trás da iniciativa está o INESC TEC, junto as *startups spinoff* Keyruptive e a UBIrider, em parceria com o Instituto de Saúde Pública da Universidade do Porto (ISPUP), que envolve também Ordem dos Médicos, Direção-Geral da Saúde e Ministério da Saúde.

No entanto, o que preocupa é a proteção de dados de um projeto que quer conter a doença sem comprometer a privacidade de cada um, garantindo o anonimato, senão vejamos:

A grande diferença das aplicações que estão a ser criadas para cada país é saber se usam uma abordagem centralizada ou descentralizada. Na centralizada, a app comunica todos os dados do utilizador (registo de contacto, localização de GPS) para um servidor central, onde são feitos os cálculos de risco de contacto, notificação, entre outros benefícios da app. Na opinião de Francisco Maia, o maior senão desta abordagem – apesar de existir mais informação centralizada que permite uma maior análise e previsão – é incorrer num problema de invasão de privacidade e de proteção de dados. Este é o caminho que tanto a França como o Reino Unido estão a seguir, gerando mais uma polémica no meio da crise sanitária. **Tal como a Suíça, a Itália e a Espanha também Portugal está a desenvolver uma abordagem descentralizada, em que “não existe recolha de nenhum tipo de dado pessoal” a quem utilizar a Stayaway.** A pessoa não terá de partilhar a sua localização ou o seu nome, nada. Tudo é feito com a geração de *beacons* (números aleatórios) e os dados dessas observações nunca saem do telemóvel. A única altura em que há um dado que sai do telemóvel é quando alguém, em caso de ser diagnosticado com Covid-19 e de forma voluntária, envia para o servidor central os seus números aleatórios e o código fornecido pelas autoridades de saúde pública. Isso faz com que todos os outros números aleatórios que estiveram em contacto com o infetado recebam um alerta, sem nunca se saber quem é o contacto dessa cadeia (CALHEIROS, 2020).

Desse modo, apesar da pandemia provocada pelo novo coronavírus, a preocupação reside na proteção de dados pessoais, evitando-se a invasão da privacidade dos usuários. É dizer, ainda que num cenário de crise, o Regulamento Geral de Proteção de Dados não deve ser esquecido.

3.1.2 Espanha

Na Espanha, a Agência Espanhola de Proteção de Dados é a autoridade pública independente responsável por garantir a privacidade e a proteção de dados dos cidadãos.

No campo normativo, tem-se a Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, sobre Proteção de Dados Pessoais e garantia de direitos digitais. O objetivo da lei, conforme seu artigo primeiro é adaptar o sistema jurídico espanhol ao Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de seus dados. Assim, o direito fundamental das pessoas singulares à proteção de dados pessoais, protegido pelo artigo 18.4 da Constituição Espanhola,

será exercido em conformidade com as disposições do Regulamento (UE) 2016/679 e desta lei orgânica (ESPANHA, 2018).

Considerando a atual propagação do vírus COVID-19, a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) publicou um relatório no qual analisa o processamento de dados pessoais em relação a situação ora vivenciada.

De acordo com o relatório, a RGPD reconhece explicitamente em seu Considerando 46 como base legal para o tratamento legal de dados pessoais em casos excepcionais, como o controle de epidemias e sua disseminação, a missão realizada no interesse público (art. 6.1.e) ou o interesses vitais da parte interessada ou de outras pessoas físicas (art. 6.1.d), apesar de haver outras bases, como, por exemplo, o cumprimento de uma obrigação legal (para o empregador na prevenção de riscos ocupacionais de seu pessoal). Assim, essas bases legais permitem o processamento de dados sem o consentimento das pessoas afetadas (AEPD, 2020).

O relatório destaca, ainda, que o processamento de dados pessoais, mesmo nessas situações de emergência sanitária, deve continuar sendo tratado de acordo com os regulamentos de proteção de dados pessoais (RGPD e Lei Orgânica 3/2018 sobre Proteção de Dados Pessoais e garantia direitos digitais), uma vez que essas regras previam essa eventualidade, à qual seus princípios se aplicam e, entre eles, o tratamento de dados pessoais com legalidade, lealdade e transparência, limitação da finalidade (neste caso, salvaguardar os interesses das pessoas nessa situação de pandemia), o princípio da precisão e o princípio da minimização de dados (AEPD, 2020).

Dessa forma, os dados processados devem ser exclusivamente aqueles limitados aos necessários para a finalidade pretendida, sem que esse tratamento seja estendido a outros dados pessoais que não sejam estritamente necessários para essa finalidade (AEPD, 2020).

Após a divulgação do aplicativo *Stop Covid* na França, o governo da Catalunha lançou o aplicativo *Stop Covid19 Cat*, a fim de rastrear e identificar contatos por *Bluetooth* e alertar os usuários se eles tiverem passado mais de 15 minutos a menos de um metro de distância de alguém que teve teste positivo para coronavírus, a saber:

O STOP COVID19 CAT permite-lhe monitorizar e monitorizar os seus sintomas através da aplicação. O utilizador pode controlar a evolução dos sintomas e seguir as indicações e dicas em cada situação.

O cidadão pode realizar o seu teste sintomático através de um teste ao qual tem acesso através do registo no Código de Identificação Pessoal (CIP) do cartão de saúde. Esta autenticação e prova de possível diagnóstico está ligada ao Histórico Clínico Digital do utilizador, aspecto que permite aos profissionais de saúde realizar um acompanhamento personalizado dos cuidados e considerar outros dados clínicos relevantes do paciente. Em caso de diagnóstico positivo, a pessoa recebe conselhos e protocolos de actuação dos profissionais de saúde.

A aplicação STOP COVID 19 tem diferentes funcionalidades de elevada utilidade para as autoridades de saúde e para a cidadania, porque permite:
Promover e reforçar o confinamento voluntário.

Descongestionar os serviços de cuidados cara-a-cara.

Desmontar o número de telefone de contacto para outras emergências médicas.

Prestar informações verdadeiras e fiáveis aos cidadãos.
Proporcionar cuidados de saúde e aconselhamento à distância.
Monitorizar e avaliar os sintomas dos cidadãos auto-avaliados através do teste e activar o Serviço de Emergência Médica.

Sempre que o utilizador der o seu consentimento, as autoridades sanitárias podem também acompanhar a evolução da SRA Cov-2 por geolocalização. Isto facilita a tomada de decisões focalizadas e em tempo real pelas autoridades competentes, fornecendo dados sobre o território com base em utilizadores activos (*THE CATALAN...*, 2020, tradução nossa).⁶

Nota-se, pois, que a preocupação com as medidas de combate ao novo coronavírus deve coincidir com as orientações da AEPD, de modo a proteger os dados pessoais dos usuários do aplicativo.

O que ocorre, ao menos no campo teórico, é a convergência entre os aplicativos de rastreio e as normas previstas no RGPD.

3.1.3 Itália

A referência na proteção de dados pessoais na Itália é o Garante para a proteção de dados pessoais, que é uma autoridade administrativa independente estabelecida pela chamada Lei de Privacidade n. 675/1996, então regida pelo Código referente à proteção de dados pessoais (196/2003), alterada pelo Decreto Legislativo n. 101/2018, que confirmou que o Garante é a autoridade de supervisão também designada para a aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados pessoais (UE) 2016/679.

⁶ STOP COVID19 CAT allows you to monitor and monitor your symptoms through the application. The user can control the evolution of the symptoms and follow the directions and tips in each situation.

Citizens can perform their symptomatic test through a test that is accessed by registering with the Personal Identification Code (CIP) of the health card. This authentication and proof of possible diagnosis is linked to the user's Digital Clinical History, an aspect that allows healthcare professionals to carry out personalized care monitoring and consider other relevant patient clinical data. In case of a positive diagnosis, the person receives advice and protocols of action from healthcare professionals.

The STOP COVID 19 application has different functionalities of high utility for the health authorities and the citizenship, because it allows:

Promote and enhance voluntary confinement.

Decongestant face-to-face care services.

Disassemble the contact telephone number for other medical emergencies.

Provide truthful and reliable information to citizens.

Provides remote health care and advice.

Monitor and evaluate the symptoms of self-assessed citizens by means of the test and activate the Medical Emergency Service.

Whenever the user gives their consent, the health authorities can also track the evolution of Cov-2 SARS by geolocation. This facilitates focused and real-time decision-making by competent authorities, providing data on the territory based on active users (*THE CATALAN...*, 2020).

Após se tornar o epicentro da pandemia do novo coronavírus, foi lançado na Itália o aplicativo *Immuni*, que permite avisar os utilizadores que tenham tido uma exposição ao risco do COVID-19. O aplicativo funciona só com notificações, com a maioria dos dados anonimizados, sem solicitar nome, apelido, número de telefone, e-mail, etc.

O *app Immuni* exige o consentimento para notificar o usuário, depois há a possibilidade de a plataforma comunicar com o cidadão sem pôr em causa a sua identidade. Na prática, para proteger a privacidade, cada telefone está associado a um código aleatório, que muda várias vezes por hora (D'ELIA, 2020).⁷

Assim como já foi explorado anteriormente, a preocupação reside em conciliar as medidas de combate ao vírus com a proteção de dados pessoais, sendo este um direito previsto no Regulamento adotado em toda União Européia.

Discute-se, portanto, que os direitos previstos no Regulamento não devem ser esquecidos frente ao novo cenário mundial, devendo-se proceder com prudência na adoção de medidas de proteção contra o vírus, principalmente no que diz respeito a aplicativos que coletam diversos dados pessoais.

Considerações Finais

Ao longo do artigo discutiu-se acerca do cumprimento das normas previstas no RGPD tendo em vista a atual pandemia do novo coronavírus. Para tanto, proporcionou-se uma visão geral do Regulamento 2016/679 (UE), com enfoque nos desafios tecnológicos enfrentados para adequação às normas, bem como a necessidade de se atentar ao dispositivo legal sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Após, foi exposto o atual panorama mundial da pandemia do novo coronavírus, com a dificuldade dos governos de fazerem-se valer de medidas de combate ao vírus e o exponencial e preocupante número de mortos e infectados pelo COVID-19. Ademais, deu-se enfoque às recomendações da Organização Mundial da Saúde.

Nesse contexto, foi exposta a preocupação com recentes vazamentos de dados pessoais, considerando que os dados referentes à saúde são dados sensíveis, objeto de maior proteção pelo RGPD.

A fim de aproximar o leitor com a realidade de alguns países membros da União Européia, foram analisadas a situação de Portugal, Espanha e Itália frente a pandemia e como tais países estão lidando com os novos aplicativos usados para rastreamento e notificação de infectados, alertando os usuários de eventual risco de contágio.

⁷ A questo punto Immuni richiede il consenso per la notifica, quindi la possibilità per la piattaforma di comunicare con il cittadino senza però metterne in gioco l'identità. In pratica ad ogni telefono viene associato un codice casuale, che cambia più volte ogni ora per tutelare la privacy. Anche in questo caso dopo un tocco sul tasto "abilita" compare un pop-up che richiede nuovamente un tocco sul tasto "consenti" (D'ELIA, 2020).

Desse modo, o presente artigo pretendeu responder a questão de como é possível harmonizar o cumprimento do Regulamento Geral de Proteção de Dados pessoais e as medidas de combate ao vírus em meio a pandemia do COVID-19.

Referências

- AEPD. N/REF: 0017/2020. Gabinete Jurídico. Agencia Española de Protección de Datos. Madrid, 2020. Disponível em: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2020.
- CALHEIROS, Sónia. Covid-19: Apple e Google já testam a aplicação portuguesa Stayaway. Publicado em 02 jun. 2020. **Visão**. Portugal. Disponível em: <<https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2020-06-02-covid-19-apple-e-google-ja-testam-a-aplicacao-portuguesa-stayaway/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.
- CAMPOS Diogo Leite de; FOZ, Teresa; GONÇALVES, Nuno. **Estrutura Jurídica do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) em Direito Português**. RJLB, ano 5 (2019), nº 1. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0457_0463.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- CORDEIRO, Sivério Brunhoso; GOUVEIA, Luis Borges. **Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD): o novo pesadelo das empresas?** Relatório Interno TRS 07/2018. Tecnologia, Redes e Sociedade. Maio, 2018. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/6714/1/RI_trs_07_2018.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- D'ELIA, Dario. App Immuni, la prova: come funziona, dove scaricarla e come configurarla. **La Repubblica**. Roma, Itália. Publicado em 01 jun. 2020. Disponível em: <https://www.repubblica.it/tecnologia/2020/06/01/news/app_immuni_e_scaricabile_sullo_store_di_google_e_apple_cosa_bisogna_avere-258204188/>. Acesso em: 03 jun. 2020.
- DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS NA RESPOSTA À COVID-19. *Human Rights Watch*. Publicado em 22 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339654>>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- EDPB. *Statement of the EDPB Chair on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*. Bruxelas, 16 de março de 2020. Comitê Europeu para a Proteção de Dados. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_covid-19_20200316_press_statement_en.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.
- EDPB. **Diretrizes n.º 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e ferramentas de *contact tracing* no contexto do surto de COVID-19**. Adotado em 21 de abril de 2020. Comitê Europeu para a Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Diretrizes_4-

2020_contact_tracing_covid_with_annex_en_PT.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. Coronavirus resource center. 2020. Disponível em: <<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LA OMS informa de que el número de ciberataques se ha multiplicado por cinco y llama a aumentar la vigilancia. Publicado em 23 de abril de 2020. Comunicado de imprensa. Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<https://www.who.int/es/news-room/detail/23-04-2020-who-reports-fivefold-increase-in-cyber-attacks-urges-v>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

PORTUGAL. **Lei n.º 58 de 8 de agosto de 2019**. Diário da República, 1ª série. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/legis/nacional/Lei_58_2019.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

PORTUGAL. **Lei nº 59 de 8 de agosto de 2019**. Diário da República, 1ª série. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/legis/nacional/Lei_59_2019.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

UNIÃO EUROPÉIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-PT/TXT/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acesso em: 27 maio 2020.

OCDE. **Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais**. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/jeconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

OMS. *Actualización de la Estrategia Frente a la Covid-19*. Publicado em 14 de abril de 2020. Organização Mundial da Saúde, Genebra, Suíça. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020_es.pdf?sfvrsn=86c0929d_10>. Acesso em: 02 jun. 2020.

THE CATALAN Health System makes it available to the international community to stop the expansion of the COV-2 SARS coronavirus. The Global Connector. 27th april 2020. Disponível em: <<https://echalliance.com/the-catalan-health-system-makes-it-available-to-the-international-community-to-stop-the-expansion-of-the-cov-2-sars-coronavirus/>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

Editada en la ciudad de Lima, Perú.
Publicada en línea el 1ro. de octubre de 2020.