

# *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.derehoycambiosocial.com/>



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



Fotografía de portada: *La puerta del sol*, Tiwanaku, Bolivia (400-1000 d.C.). La imagen superpuesta corresponde a la figura de arriba: Wiracocha. Foto por Wayne Smith, NMAI, 2009. [Smithsonian National Museum of the American Indian](https://www.si.edu/SmithsonianNationalMuseumoftheAmericanIndian).

Edición abril – junio 2021.

**Copyright © 2000 – 2021:**

Pedro Donaires Sánchez (Editor-fundador de DyCS)

Entidad patrocinadora y editora:

CÍRCULO DE ESTUDIOS IUS FILOSÓFICOS UNIDAD, con sede en la ciudad de Lima - Perú.

## Derecho y Cambio Social

### DIRECTOR:

**Pedro Donaires Sánchez**

Círculo de Estudios Ius Filosóficos UNIDAD, Lima - Perú.

**Coordinación:** Carlos Pérez Vaquero | Rafael Ravina Ripoll.

Christiane Costa Assis | Úrsula 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.

**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 Villareal. Perú.

**Oswaldo Raúl Burgos**, Investigador independiente. Argentina.

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

**Philipp Bagus**, Universidad Rey Juan Carlos. España.

**Silvia Salardi**, Università degli Studi di Milano-Bicocca. Italia.

**Virginia Zambrano**, Università degli Studi di Salerno. Italia.

\*\*\*

## CONTENIDO

	Págs.
<b>DERECHOS HUMANOS</b>	
El uso del velo islámico en el contexto internacional: seguridad nacional y antiislamismo <b>João Victor Marochio de Freitas</b> <b>Marcelo Fernando Quiroga Obregón</b>	10-24
<b>DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
Las acciones positivas en favor de la mujer en España: pasado, presente y futuro <b>Ignacio Álvarez Rodríguez</b>	26-73
La validez de las normas jurídicas y su control: breve análisis <b>Carlos Franco-Castellanos</b> <b>Rubinia Teresa Sandoval-Salazar</b>	74-105
Incidente de desplazamiento de competencia: La federalización de graves violaciones a los derechos humanos en Brasil <b>Érika de Abreu Cortat Proba</b> <b>Viviane Bastos Machado</b>	106-121
Derechos Sociales Pos-pandémicos en Brasil: de la emergencia al oportunismo <b>Christiane Costa Assis</b> <b>Ana Cláudia Sousa Jácome</b>	122-132
<b>DERECHO CIVIL</b>	
El derecho a una muerte digna y la autoridad parental: consideraciones ético-legales sobre las decisiones sobre el final de la vida en el caso Charlie Gard <b>Margareth Vetis Zaganelli</b> <b>Mônica Pereira Rubert</b> <b>Rafaela Souza Tononi</b>	134-148

Entre la coherencia moral y la lógica jurídica: la obligación de resarcir la muerte de una persona 149-164

**Marco Antonio Toche Zevallos**

## **DERECHO COMERCIAL – EMPRESARIAL – FINANCIERO**

Intervención del estado para proteger al consumidor intelectualmente vulnerable en el comercio electrónico 166-182

**Karine Corrêa de Oliveira**

**Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral**

**Gilberto Fachetti Silvestre**

**Rafael Breda Cremonini**

Adquisición hostil de una empresa de capital abierto: métodos de aplicación y mecanismos de defensa 183-197

**Matteo Ferraz Ungarelli**

**Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque**

## **DERECHO DE FAMILIA**

Responsabilidad del Estado en la formación integral de los menores albergados: una revisión desde las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños 199-224

**Laura G. Zaragoza Contreras**

**Pablo Antonio Domínguez Sánchez**

## **DERECHO PENAL**

Violación por internet y su tipificación criminal: un estudio comparativo 226-244

**Cristina Machado**

**Eduarda Prado**

**Margareth Vetis Zaganelli**

## **DERECHO ADMINISTRATIVO**

Aspectos institucionales de las Asociaciones Público – Privadas, de acuerdo con lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1362 246-285

**Dante Cieza Montenegro**

## **CRIMINOLOGÍA**

Revisión conceptual de sociología general, criminal y criminología para una propuesta de especialización 287-304

**Wael Sarwat Hikal Carreón**

## **DISCIPLINAS CIENTÍFICO-FORENSES**

La triada oscura de la personalidad 306-316

**Francisco Javier Moreno Oliver**



## **DERECHOS HUMANOS**

## O uso do véu islâmico no contexto internacional: segurança nacional e anti-islamismo (\*)

### The wearing of the Islamic veil in the international context: national security and anti-Islamism

### El uso del velo islámico en el contexto internacional: seguridad nacional y antiislamismo

João Victor Marochio de Freitas<sup>1</sup>

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

---

**Sumário:** Introdução. 1. O que é a burca no contexto mundial e religioso. 2. O direito à liberdade de expressão religiosa. 3. Consequência da proibição do véu. – Considerações finais. – Referências.

**Resumo:** O artigo científico em questão, transmite a mensagem analítica sobre o uso do véu islâmico, total ou parcial, relacionando, em contraponto, a sua proibição e a segurança nacional nos países europeus (União Europeia) e no Brasil. Para que exista tal análise, utilizou-se de reportagens *online*, entrevistas à filósofos muçulmanos e pesquisas em concretude às questões de fato através de fatos reais ocorridos no contexto internacional e nacional. Conclui-se, por esse artigo, que a discussão ainda tem muito a ser desenvolvido, pelo fato da existência de uma linha tênue entre o preconceito e a segurança nacional,

---

(\*) Recibido: Recibido: 18/09/2019 | Aceptado: 04/12/2020 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Graduando em Direito – FDV.  
[joaovmarochio@gmail.com](mailto:joaovmarochio@gmail.com)

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

possibilitando a tomada de decisão sobre a imigração e a guerra ao terrorismo.

**Palavras-chave:** Segurança nacional, burca, véu, terrorismo, islamismo.

**Abstract:** *The scientific article in question, conveys the analytical message about the use of the Islamic veil, total or partial, relating, in counterpoint, its prohibition and national security in European countries (European Union) and Brazil. For this analysis to exist, it was used online reports, interviews with Muslim philosophers and research in concreteness to the questions of fact through real facts that occurred in the international and national context. This article concludes that the discussion still has much to be developed, due to the fact that there is a fine line between prejudice and national security, enabling decision making on immigration and the war on terrorism.*

**Keywords:** *National security, burqa, veil, terrorism, Islamism.*

**Resumen:** El presente artículo transmite el mensaje analítico sobre el uso del velo islámico, en todo o en parte, relacionando su contraposición entre su prohibición y la seguridad nacional en los países europeos (Unión Europea) y Brasil. Para llevar a cabo dicho análisis, utilizamos informes en línea, entrevistas con filósofos musulmanes e investigaciones sobre cuestiones concretas de hechos reales en el contexto internacional y nacional. De este artículo se concluye que la discusión aún tiene mucho por desarrollar, debido al hecho de que existe una línea muy fina entre los prejuicios y la seguridad nacional respecto de la toma de decisiones sobre inmigración y la guerra contra el terrorismo.

**Palabras clave:** seguridad nacional, burka, velo, terrorismo, Islám.

---

## Introdução

Na análise mundial sob a perspectiva geopolítica atual, pode-se dividir o globo em dois: ocidente e oriente, com cada uma com a predominância de uma cultura. Vê-se, desse modo, a predominância da cultura árabe no oriente mundial, com a religião islâmica como a religião “conflitante” com a cultura ocidental, no quesito da imigração e circulação interna de pessoas.

Por esse motivo, quase de forma inevitável, explodiram discussões sobre o formato laico dos países europeus quanto a forma de tratamento sobre religiões tão diferentes das existentes no território nacional. Medidas foram tomadas a ponto de transformar o estado, antes marcado pela intolerância de religiões diferentes da existente no território, em laico, defendendo a não intervenção do estado em assuntos religiosos e liberdade de culto.

Nesse aspecto, o Brasil também se destaca, tendo um passado de liberdade religiosa, mas tendo uma religião oficial no país, a católica. Ao passar dos anos, imitando a laicidade dos países europeus e da América do Norte, a liberdade religiosa somou-se a não intervenção do estado em assuntos religiosos. Apesar

disso, restam-se críticas a intrínseca existência da religião no poder executivo, legislativo e judiciário.

Dessa forma, em um primeiro momento, deve-se propor como o véu se apresenta no contexto mundial, com seus respectivos tipos (como é o caso da burca), origem histórica e sua predominância na religião islâmica (cultura árabe). Mais ainda, cabe necessário as observações quanto a diferença entre a tradição do uso do véu e sua mudança na sociedade para chegar ao seu uso atual, através da alteração de paradigmas socioeconômicos (riqueza).

Em um segundo momento, fica evidente destacar, de forma breve, como o véu se apresenta no contexto atual mundial, principalmente seus países de origem, destacando quais países ainda utilizam tais tradições e quais estão flexíveis quanto ao seu uso. Por esse motivo, apresentar opiniões do público masculino e feminino sobre o assunto, em cada país com tal cultura, torna-se essencial para demonstrar o contexto geopolítico que se encontra a proibição de tais vestimentas no mundo ocidental.

Mais ainda, repara-se em diferenças e similitudes quanto a forma de estado do Brasil e dos demais países europeus de forma geral, em que se pode, na antiguidade, apresentar uma religião oficial do país, enquanto hoje, uma forma laica predominantemente. Ocorre a introdução, desse modo, da forma com que os países da União Europeia lidam e continuam lidando com as diferentes religiões que habitam seu território.

Após esse diálogo com a religião e o Brasil e a União Europeia, cabe destacar a segurança nacional de alguns países europeus, a fim de demonstrar como a religião (principalmente islâmica) pode afetar o desenvolvimento de métodos antiterroristas. Entretanto, como a utilização do argumento sobre segurança do país afeta o aumento de ideais anti-islâmicos, xenofobia e preconceitos migratórios, piorando a vida de muçulmanos no continente europeu.

Ainda sobre o assunto do terrorismo, necessita-se ponderar até que ponto o uso do véu traz uma ameaça ao Estado europeu, visto os relatos atuais de mulheres usando véu em atentados terroristas e municiadas juntamente com terroristas do sexo masculinos, aparentemente mais fáceis de identificação.

A França, como um dos primeiro país e a iniciar a discussão do assunto, recebe a maior quantidade de críticas, tanto favoráveis quanto desfavoráveis, sobre seu método de tratar o assunto da circulação de mulheres usando o véu islâmico. Por esse motivo, mostra-se as decisões da corte europeia quanto ao assunto iniciado na França e seguida de vários outros países europeus e africanos, não deixando de lado casos concretos de mulheres vítimas das decisões francesas e europeias de forma geral.

Por fim, aparente é a fala das consequências que as proibições da burca e demais véus trouxe para o continente europeu e para o mundo, com relatos concretos de estudiosos da área, voltando ao debate da necessidade do uso de tais vestimentas para se declararem detentoras da fé islâmica.

## **1. O que é a burca no contexto mundial e religioso**

Um dos assuntos ainda polêmicos na sociedade internacional é a burca, também chamada, na mesma língua portuguesa, de burka ou burqa. Mesmo sendo uma tradição cultural e religioso desde o surgimento da religião Islâmica, ao passo que a globalização se estende aos países mais tradicionais, a sociedade, e principalmente parcela do gênero feminino, se modifica racionalmente pela liberdade de expressão e visual do corpo feminino.

Apesar do conflito existente dentro da cultura Árabe acima mencionado, mais polêmico ainda é quando tal assunto toca na cultura ocidental (explicada posteriormente no presente artigo). Ou seja, quando a imigração, tanto na forma de turismo quanto na forma de mudança permanente “toca” no mundo ocidental, entra em questão preconceitos, racismos, atentados terroristas, medidas antiterroristas, dentre outros.

### 1.1. Origem e cultura do véu islâmico

Na origem da “burca” na cultura Árabe, de forma mais correta, deve-se fazer referência ao termo *hijab*, que está presente no mundo Islâmico para caracterizar qualquer vestimenta que seja necessária para tapar partes do corpo consideradas necessárias de cobertura, como estabelecia pela religião Islâmica. Assim, como reafirma David Alameda, redator da página El País:

O termo *hijab*, de origem árabe e por isso utilizado em todo o mundo islâmico, não se refere a uma peça específica. *Hijab* quer dizer "cobertura" ou "roupa que tape" e por este motivo os muçulmanos falam de "respeitar o *hijab*" para referir-se à lei de cobrir o corpo das mulheres. A ideia básica é cobrir os cabelos, mas também o corpo feminino (ALAMEDA, 2016)

Por esse motivo, embora a palavra “burca” não apareça no principal livro sagrado da religião Islâmica, o Alcorão, as diversas denominações como *hijab*, *pardah*, “chador”, *nekad* ou *niquad*, *shyla*, *al-mira*, dentre outro, se referem ao mesmo ato de cobrir parte do corpo feminino. Assim, o que muda nas denominações acima é a região e a quantidade do corpo que será coberto, sendo, quanto mais tradicional a região/cultura, mais coberto será o corpo da mulher (ALAMEDA, 2016).

O véu que se assemelha hoje à burca não tem origens islâmicas, sendo percebidas em culturas antigas como as indo-europeias, especificamente os hititas, gregos, romanos e principalmente persas. Esse último introduziu o véu nos muçulmanos tais práticas de vestuário, em que mulheres da classe alta mantinham o costume de usar a burca, sendo para as classes mais pobres, proibida (DASHU, 2018).

A contrário senso, ao passar dos anos, como condiz Max Dashu, em 2018, relata:

A forte associação do véu com o ranque de classes, assim como uma divisão urbana/camponesa, persistiu historicamente até o século passado. Nessa altura, mulheres mais privilegiadas começaram a rejeitar o véu, como a feminista egípcia Huda Sharawi, enquanto a mulher pobre o adotava cada vez mais como um ingresso à mobilidade ascendente. (Uma dinâmica semelhante ocorreu com a amarração de pés na China moderna.)

Primordialmente, a burca (englobando aqui todas suas variedades), começou a ser utilizado quanto a *status* social no século XVIII e XIX pelas tribos pashtuns, sem constar relação com a religião Islâmica. Por outro lado, tornou-se obrigatório o seu uso para mulheres no regime talibã na região do Afeganistão por volta de 1995 e 2001, relacionando, nesse caso, com a religião (BEZERRA, 2017).

## 1.2. Situação atual do uso do véu

A diferenciação atual do véu de uso Árabe são a Burca: sendo o véu mais conservador, cobrindo todo o corpo, deixando a mostra os olhos, atrás de uma rede, comum no Afeganistão; *Niqab*: sendo proveniente da palavra “máscara”, em que deixam os olhos a mostra; *Chador*: denominado pela palavra “tenda”, sendo semelhante a uma Burca, mas deixando a mostra o rosto e os pés da mulher; *Al-Amira*: parecido com uma toca, cobrindo o somente os cabelos e o colo, utilizada de forma comum nos países ocidentais; Véu simples: ocultando somente parte do cabelo, deixando a outra parte do cabelo a mostra, comumente utilizada no Irã (OPINIÃO E NOTÍCIA, 2014).

Apesar disso, diferentemente do auge do conservadorismo islâmico, hoje, tem-se a mudança de ideologia sobre o uso do véu, sendo, analisando os países como Tunísia, Egito, Turquia, Iraque, Líbano, Paquistão e Arábia Saudita:

(...) O país que mais apoia o visual sem véu é o Líbano, mas esse resultado é controverso, já que um quarto dos entrevistados se denominou cristão. A Turquia, onde há décadas existe uma competição entre laicos e conservadores, ficou em segundo lugar. Em terceiro aparece a Tunísia, onde a maior parte da classe média adotou o estilo europeu. Já os países que mais apoiam o uso da Burca foram Arábia Saudita e Paquistão.

Mas o fato mais interessante foi a segunda parte da pesquisa. Os entrevistados foram questionados se as mulheres deveriam ter o direito de se vestir como quiserem. Na Tunísia e na Turquia, 52% responderam afirmativamente; no Líbano, 49%; na Arábia Saudita, país que mais apoiou o uso da Burca, esse percentual cai para 47%; no Iraque, 27%; no Paquistão, 22%; e no Egito, 14% (OPINIÃO E NOTÍCIA, 2014)

Assim, percebe-se, atualmente, que movimentos anti-conservadoristas como o movimento feminista e a liberdade de expressão religiosa ganham espaço nos principais países anteriormente considerados conservadores, como mostrado na pesquisa acima, originalmente feita pelo jornal americano The Washington Post, por Max Fisher em 2014.

Mais ainda, com a entrada de trabalhadoras mulheres no mercado de trabalho do mundo globalizado, tornou-se inviável o uso de determinados véus, como a Burca (que cobre o corpo por completo), para trabalhos e estudos acadêmicos em dimensão internacional, especificamente tratando-se da cultura ocidental. Por esse motivo, ocorre uma possibilidade de relativização, ao passo que de um lado, pode-se deixar de usar véus que cobrem grande parte do corpo, mas de outro lado, deve-se utilizar-se de algum tipo de vestimenta para cobrir parte do corpo (DASHU, 2018).

## 2. O direito à liberdade de expressão religiosa

Mesclando as diversas interpretações de liberdade religiosa entre os países, ainda assim torna-se complexo as diferentes interpretações entre a liberdade no mundo ocidental e no mundo oriental, por assim dizer. Por essa razão, deve-se isolar toda e qualquer influência que a cultura ocidental impôs e continua impondo no mundo na cultura oriental, este sendo o berço do islamismo e da cultura da burca.

Por outro lado, deve-se ponderar os conceitos de liberdade para ambas as culturas (ocidentais e orientais) para uma comum ideia de livre arbítrio pessoal. Por exemplo, uma mulher islâmica pode se auto considerar livre quando passa a vestir a burca que a cobre por completo, sendo que, no mesmo sentido, uma mulher dos Estados Unidos se sente livre ao desfilarem em uma praia seminua ou usando somente roupas de banho.

### **2.1. No Brasil e na união europeia**

O direito à liberdade religiosa, no Brasil, se estabelece no artigo 5º, inciso VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que é apresentado como um direito fundamental, *in verbis*: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”

Diferentemente da Constituição Imperial do Brasil de 1824, a Constituição Federal vigente hoje não pressupõe uma religião oficial no território nacional, como explicam Felipe Kachan, Advogado de Mercado de Capitais do escritório Mattos Filho e Talita de Carvalho e Danniell Figueiredo, membros da equipe de Conteúdo do Politize:

Isso significa que os governos não podem agir no sentido de obrigar as pessoas a adotarem uma ou outra religião ou de proibir os cidadãos de seguirem uma crença e participarem de cultos, por exemplo. Assim, os brasileiros e estrangeiros que se encontrem no território nacional, devem ter a liberdade de escolher se serão católicos, evangélicos, umbandistas, espíritas ou adeptos de qualquer outra religiosidade.

E é claro, também é um direito de todos optar por não seguir uma religião se assim desejarem. A Constituição de 1988, ao garantir a liberdade de consciência, além de prever a liberdade para as pessoas escolherem sua religião e exercerem a sua fé, garantiu também o direito de não ter religião ou de ter convicções filosóficas que não estejam vinculadas à alguma religião (CARVALHO, FIGUEIREDO, KACHAN, 2019).

Nesse passo, em outras palavras, o Estado brasileiro é considerado laico. Entretanto, não se pode conceituar igualmente o estado laico com a liberdade de crença e liberdade religiosa, visto que existe a possibilidade de o país adotar uma religião oficial e pregar a liberdade de culto, religião e expressão religiosa. Como exemplo, tem-se o Brasil Imperial (Constituição Federal de 1824), em que a religião oficial no Brasil era a Católica e a religião protestante na Inglaterra, que até os dias de hoje considera-se a religião oficial do Reino, não impedindo, em ambos os casos, de cultivar a liberdade de culto de outras religiões (CARVALHO, FIGUEIREDO, KACHAN, 2019).

Semelhante caso ocorre a Dinamarca:

Conforme apontado pela ACN, também em um Relatório de Liberdade Religiosa (2018), a Igreja Evangélica Luterana é a Igreja nacional e deve ser a Igreja do monarca. Apesar de os religiosos deste grupo terem alguns direitos especiais, como o direito de

realizarem casamentos e batizados, isenções fiscais e autorização de residência para membros do clero, a Constituição garante a liberdade de crença religiosa – desde que não vá contra a “moral e a ordem pública” – assim como a liberdade de congregação (CARVALHO, FIGUEIREDO, KACHAN, 2019).

Como estado laico, o Brasil, em teoria, propõe o ideal de separar os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) de qualquer religião existente, não impedindo que os membros desses poderes exerçam seu direito de culto sobre a religião que bem entenderem. Por esse lado, o Brasil constou o direito a liberdade religiosa como direito fundamental e cláusula pétrea constitucional, ao passo que tenta assegurar a diversidade religiosa juntamente com a não interferência estatal nos assuntos religiosos, deixando o estado como mero representante de assuntos fáticos da vida e bem-estar.

Já na União Europeia, no momento de sua criação, em 1957, com o intuito de impossibilitar novos conflitos como as guerras que a assombrou no passado, preconizou uma zona de paz fundada na liberdade. Assim, uma constituição tornou-se necessária para juntar os diversos países que agora integravam um pacto, aumentando significativamente a diversidade cultural, social e religiosa (AMORIM, FRÓZ, GANDELSMAN, MONTEIRO, 2014).

Não se mantendo, desse modo, à somente direitos internos de cada país, visto que o pacto formado (EU) abrangia um número bem maior de países componentes dele. Por assim dizer, a união de tais países da Europa quebrou a forma ultrapassada de total independência nacional, abrindo precedentes para a discussão sobre direitos interpessoais de estrangeiros.

Desse modo, comparando as medidas adotadas na União Européia e no Brasil, opina Matheus Lini Segura:

Assim sendo, não seria preciso um grande aprofundamento na legislação para, logo de início, atentarmos para a inconstitucionalidade da referida lei francesa. Ainda que não possamos interpretar os princípios constitucionais isoladamente, devendo sempre ponderarmos com os demais princípios e bens jurídicos tutelados, não vejo como tal lei poderia ser considerada constitucional. A menos que o legislador conseguisse demonstrar com mais clareza o efetivo risco que o uso de tais vestimentas possa trazer à coletividade, o que não se demonstrou no caso concreto, não vejo outra possibilidade de aceitação de tal ordenamento (SEGURA, 2012).

Desse modo, constata-se que o Brasil, de certo modo, realiza processo reverso ao europeu, se afastando do Estado laico, ao momento que permite símbolos religiosos dentro de órgãos públicos como, por exemplo, o crucifixo católico dentro de salas de audiência do poder judiciário. Mais ainda, nas cédulas do Real e no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, constata-se o distanciamento do estado laico e aproximação de um estado religioso (SEGURA, 2012).

## **2.2. União européia e a segurança nacional**

Apesar da União Europeia estar de acordo com assegurar a liberdade religiosa em seus territórios, principalmente das diversas expressões religiosas árabes, o conflito de interesses vai de encontro aos princípios ocidentais, como o uso da burca por exemplo. Assim, mais especificamente quanto aos direitos das mulheres, o



“avanço” nos direitos das mulheres ocorreu de forma diferente no mundo ocidental e no mundo oriental (AMORIM, FRÓZ, GANDELSMAN, MONTEIRO, 2014).

Para explicar a proibição do uso de alguns tipos de véu em alguns países da Europa, os argumentos utilizados foram a proteção a segurança europeia e a proteção a democracia, como explica Matheus Pimentel, em sua revista *online* “Nexo”:

O discurso comum é que não se trata de uma discriminação religiosa contra muçulmanos, mas sim é uma maneira de preservar a laicidade e os valores dos países europeus. Nessa visão, os véus seriam tanto uma manifestação religiosa no espaço público quanto uma forma de opressão contra as mulheres.

Esconder o rosto em público, segundo esse entendimento, vai de encontro à ideia de uma sociedade aberta, além de oferecer riscos de segurança (PIMENTEL, 2017).

Atualmente, são sete os países europeus que proíbem, de forma nacional ou local, o uso do véu, de forma total ou parcial (quanto a vestimenta). Assim, explica novamente Matheus Pimentel em sua reportagem:

França, Bélgica, Holanda, Bulgária, Letônia e Áustria são os países europeus com legislações de abrangência nacional contra os véus que cobrem o rosto em lugares públicos. Em alguns países (como Itália, Alemanha e Suíça) existem restrições legais a nível local (em algumas cidades ou regiões) ou decisões judiciais que proíbem o uso do véu em situações específicas — por exemplo, por professoras, funcionárias públicas ou em universidades e prédios oficiais. Há casos em que as restrições valem para todo tipo de véu, não só os que cobrem o rosto (PIMENTEL, 2017).

Concretamente, na Holanda, em junho de 2018, decidiu pela proibição parcial do uso da burca e do *niqab* em todo território nacional sob pena de 150 euros de multa. O termo “parcial” foi utilizado na lei pelo fato da proibição, diferente da França, ser restrita aos espaços como escolas, hospitais, transportes públicos e prédios públicos, sendo liberado o uso do véu nos demais locais (DA REDAÇÃO, 2019).

Na prática, também afirma a reportagem da Veja:

Os motoristas de ônibus e trens têm a obrigação de não permitir a entrada de uma pessoa com o rosto coberto, mas não estão autorizados a fazer a lei ser cumprida. Por isso, as empresas de transporte deixaram claro que os motoristas informarão aos passageiros sobre a proibição, mas evitarão qualquer tipo de confronto com eles, e também não irão parar o veículo até a chegada da polícia para não atrasar a viagem.

Por sua vez, a polícia, após consultas com o governo em Haia, já indicou em uma nota que não irá atrás “de um trem em movimento onde uma pessoa está infringindo a lei por cobrir o rosto” e lembrou que entrar em um delegacia com um burca ou capuz é “descumprir a norma” (DA REDAÇÃO, 2019).

Entretanto, passando a valer a lei holandesa somente no dia 01 de agosto de 2019, após inúmeras discussões, autoridades do país alegam que não irão cumprir a lei em vigor, contrariando normas transmitidas pela polícia do país. Como exemplo, a prefeita de Amsterdã, Femke Halsema se pronunciando desde o começo das discussões em 2018 contra a imposição da multa e até a prisão no caso de descumprimento (DA REDAÇÃO, 2019).

No caso da França, especificada no tópico seguinte, através da lei que proíbe o uso da burca e do *niqab* em 2011, enfrentou perante o Tribunal Europeu de Direitos

Humanos, processo apresentado por uma jovem francesa de origem paquistanesa, apoiado por um grupo de advogados britânicos (G1, 2014).

A questão foi apresentada à Corte na Grande Sala do Tribunal de Estrasburgo no dia 1º de junho de 2014, em que opinou de forma polêmica sobre o assunto, a ver pela reportagem do G1 em 2014:

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende a necessidade das autoridades "de identificar aos indivíduos para prevenir atentados contra a segurança das pessoas e dos bens e lutar contra a fraude de identidade".

Os juízes rejeitaram o processo movido por uma jovem, nascida em 1990 e que diz usar burca, que cobre todo o corpo e tem uma tela para os olhos, e o niqab, um véu negro da cabeça aos pés, com uma pequena abertura na altura dos olhos (G1, 2014).

Dessa forma, a Corte foi de encontro a liberdade absoluta de religião ao priorizar a segurança nacional ao uso do véu. Ao passo, ganha contorno à esse argumento, a explicação que tal lei não é anti-islâmica ou anti-imigração, visto que não foi proibido somente a burca ou o *niqab*, mas sim todo e qualquer objeto que obstrua a identificação total do rosto do indivíduo.

Críticas à lei contestam que a lei seria mais voltada a questões políticas do que a questões relativas à segurança nacional. Isso pelo fato de somente existirem dois tipos de véus que obstruem de forma total o rosto, a burca e o *niqab*. Por isso, uma minoria de usuários seria afetada de forma prática pela lei, sendo uma decisão nacional xenofóbica e anti-imigração, com essa última, já culturalmente atestada na opinião popular (G1, 2014).

### 2.3. Terrorismo e o véu

Muito embora exista a discussão sobre a xenofobia europeia quanto à cultura árabe e religião islâmica, argumentos para proibição são provenientes de ameaças e ataques terroristas. Como mostra a notícia do El País de 2016:

Os ministros democrata-cristãos do Interior da Alemanha apresentaram na sexta-feira uma proposta para elevar a segurança no país, que inclui proibir que mulheres muçulmanas usem em espaços públicos, como escolas ou tribunais, um véu que cobre o rosto. A proposta foi feita depois dos atentados perpetrados por refugiados e a poucos dias de eleições regionais (MULLER, 2016)

Na mesma medida, alguns municípios da Espanha (16 no total), antes de 2013, tentaram impor medidas proibitivas sobre o uso da burca, motivando a segurança da sociedade, visto os ataques terroristas. Entretanto, tais medidas não se consumaram, visto a decisão da Corte Suprema da Espanha em 2013, em que determinaram a improcedência da possibilidade de os municípios regularem tais medidas, que afetam diretamente a liberdade religiosa (CARRANCO, 2016)

Muito embora possa se falar da liberdade religiosa, deixando de lado a discussão anti-islâmica, provas sobre o uso da busca por mulheres para realização de ataques terroristas foram relatadas desde 2012. Filmes e imagens foram divulgados por toda a internet mostrando grupos de recrutamento de muçulmanas portando armas de grande calibre e explosivos sendo, elas escolhidas, pelo fato de serem consideradas mais discretas e levantarem menos suspeitas (R7, 2012)

De forma contrária, afirma Matheus Lini Segura:

O argumento de que a proibição visa, também, aumentar a segurança nacional parece pouco crível. Desde quanto terroristas, islâmicos ou não, precisaram se esconder em véus para bombardear escolas, mercados, demais lugares públicos? Fosse este o real objetivo da lei, deveria abranger diversos outros acessórios que possam mascarar a identidade do indivíduo, como os capacetes, vestidos muito longos, e uma série de pormenores, que tornariam a lei objeto de crítica de toda a população francesa (SEGURA, 2012).

Nesse contexto, por vezes entra-se em discussão até que ponto os países europeus estão declarando uma guerra cultural com o mundo árabe através do preconceito, xenofobia e anti-islamismo ou somente se protegendo contra uma recorrente ameaça à segurança nacional e o terrorismo desenfreado que aumenta a cada dia, através de novas técnicas e novos personagens.

#### **2.4. O pioneirismo frances na proibição do véu**

A questão referente à proibição do uso do véu que cobre integralmente o rosto na França ganha destaque no cenário internacional por ter sido o primeiro país europeu a adotar tais medidas, gerando inúmeras polêmicas. Dentre elas, a punição pelo uso do traje, de 150 euros, e a multa de 30.000 euros e um ano de prisão no caso de obrigar outro indivíduo a utilizar o véu (SCHUCK, 2013).

Historicamente, na França, medidas consideradas antirreligiosas são recorrentes no país, usando a justificativa da laicidade do país, com o exemplo da proibição de símbolos religiosos em instituições públicas de ensino em 2004. Nesse contexto, pode-se relacionar a lei contra símbolos religiosos “ostensivos” de 2004 com a proibição do véu em 2011, pelo fato do véu ser considerado um símbolo Islâmico, em que a mulher carrega em todos os lugares que ela vai (SCHUCK, 2013).

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) manifestou a permissão de empresas europeias poderem proibir o uso de símbolos religiosos dentro das empresas, incluindo qualquer tipo de véu islâmico. Como exemplo, o TJEU foi acionado para tratar sobre dois temas: uma recepcionista belga (Samira Achbita) despedida em 2006 por ter começado a usar o véu; e a francesa Asma Bougnaoui, demitida pelo fato de um cliente ter se recusado a ser atendido por uma atendente que usasse o véu (BORGES, 2017).

Sobre essa situação, explica Liliana Borger na reportagem de Público quanto a recepcionista Samira Achbita:

No caso da trabalhadora belga, o tribunal entende que a empresa definiu uma regra geral para todos os trabalhadores, "impondo, de forma geral e indiferenciada, uma neutralidade no vestuário", com o objectivo de projectar uma imagem de "neutralidade política, filosófica e religiosa nas suas relações com os clientes".

Ainda assim, o TJUE insta o tribunal belga a avaliar quando é que empresa definiu esse código de vestuário e se essa decisão não visou impedir especificamente que Samira Achbita usasse o véu (BORGER, 2017).

Já quanto a francesa Asma Bougnaoui:

Nesta situação, o TJUE remete, antes de mais, o caso para o tribunal francês que julgou o processo em primeira instância, afirmando que lhe cabe avaliar se havia um regulamento interno a proibir o uso de símbolos políticos e religiosos.

"Na ausência de tais regulamentos, a vontade de um empregador em ter em consideração os desejos de um cliente que não quer ser atendido por uma funcionária que usa o véu islâmico não pode ser considerada como uma exigência ocupacional que escape à definição de discriminação", sublinha o tribunal, para quem "só em circunstâncias muito particulares" "características relacionadas com a religião podem constituir uma exigência ocupacional genuína e determinante" (BORGER, 2017).

Até esse momento, essas situações ocorriam isoladamente nos países europeus. Entretanto, com o projeto de lei francês em 2010 (aprovado em 2011) proibindo qualquer símbolo religioso em locais públicos, como é o caso do véu, outros países europeus como a Áustria, Bélgica, Holanda, acompanharam a França na questão da laicidade, apesar das leis adotarem proporções diferentes da pioneira França (SIZA, 2017).

A discussão já transcendeu a esses países, passando pelos países como a Alemanha, Áustria, Bélgica, Holanda, Bulgária, Itália e Espanha, com argumentos a favor e contra, como finaliza Rita Siza:

O debate público sobre o direito ou não ao uso do véu islâmico já passou pela Alemanha, Áustria, Bélgica, Holanda, Bulgária, Itália ou Espanha, e os argumentos invocados – contra ou a favor – têm sido habitualmente os mesmos: são os princípios da laicidade, secularismo ou neutralidade religiosa *versus* os direitos de liberdade de expressão ou de religião. Mas o tom do debate tem aquecido, e cada vez mais à medida que o continente absorve mais populações muçulmanas e que as lutas partidárias e campanhas eleitorais se focam nas matérias da imigração e da identidade nacional.

### 3. Consequência da proibição do véu

Por um lado, tem-se tais proibições dos países ocidentais (europeus) quanto ao uso do véu para garantia da segurança nacional e laicidade estatal, e por outro, as consequências do não uso da burca, na vida da mulher como: religião, família, parceiro e psique. Mais ainda, historicamente, o véu tornou-se obrigatório nas culturas islâmicas, sem necessariamente fazer parte de sua origem, como defende o teólogo islâmico **Khaled Abou El-Fadl**, na matéria do professor Junaid Jahangir do Huffpost:

El-Fadl considera irônico que o hijab tenha se tornado "simbólico da identidade islâmica", pois para ele o véu "não faz parte das bases da fé islâmica" (...) E chama a atenção para o fato de que as escravas ficavam com a cabeça descoberta. Logo, para os juristas clássicos, o que estava em questão com o código de vestimenta não era a sedução sexual, mas o status social (JAHAGIR, 2017)

Por assim dizer, em uma ideologia reversa, nos casos apresentados nos países da União Europeia, o uso da burca nessas culturas, atrairia a atenção para a mulher. Isso sendo, então, contrária a ideologia islâmica do uso da burca, que usa como o motivo de sua utilização a decência feminina de não ser notada, viver discretamente e prezar a simplicidade. Em outras palavras, a mulher deve, através do uso do véu, não ser cobiçada e nem desejada por aqueles diferentes de seu marido (JAHAGIR, 2017).

Nesse sentido, ainda afirma Junaid Jahangir, sobre o clérigo xiita **Ahmad Ghabel e o teólogo islâmico Nasr Abu Zayd sobre o uso do véu:**

O clérigo xiita já falecido, que tinha o título eminente de *Hojjat el-Islam* (autoridade sobre o Islã), propôs dez argumentos em defesa da visão de que cobrir a cabeça não é obrigatório, mas recomendado. Ele opinou que não há consenso entre juristas quanto a se os cabelos fazem parte das *awrah* (partes íntimas) que precisam ficar cobertas.

(...)

Segundo o falecido Abu Zayd, tanto as *awrah* (partes íntimas) quanto o *hijab* (véu) são sujeitos a normas socioculturais; logo, não são fixos, mas podem mudar. Ele opinou que essas duas questões não são sujeitas a normas do Islã, mas que são específicas da cultura árabe.

Desse modo, complementa a reportagem da BBC, que entrevistou a síria Dana Albalkhi, 27, que está há três anos no Brasil, em que revela sua vestimenta como forma de acreditar na fé, não se sentindo obrigada a utilizar por opiniões alheias a sua cultura que defende. Assim, Dana vê o uso da burca como símbolo de algo que acredita, não a atrapalhando a encontrar um marido por amor, ou realizar qualquer outra função social (FAGUNDEZ, 2016).

Entretanto, nem tudo se resume a opinião da mulher que, como já enaltecido, por diversas vezes é obrigada a utilizar as vestimentas, sob pena de linchamento público (apedrejamento), isolamento social (desemprego) e familiar (abandono afetivo e sustentável).

### Considerações finais

Como término de artigo, a apresentação mostra uma tentativa de análise crítica acerca da situação que, apesar de iniciado na década passada, ainda sim causa repercussões até o dia de hoje. Isso pois, com a proibição do uso do véu na França, criou-se precedentes para outros países adotarem postura semelhante, mesmo que isso significasse o fim da circulação de mulheres em determinados lugares.

Em uma lógica cronológica, coube observar que nem todos os tipos de véu da religião islâmica foram proibidos de serem usados em determinados países da União Européia. Assim, ao apresentar os variados tipos de véu, pode-se averiguar que somente os véus tratados nas leis europeias, como os que cobre o corpo todo ou somente o rosto, são proibidos.

Assim, a origem da vestimenta, dada em seu início pelos plebeus e depois pela elite, representa a desvinculação do uso do véu com a religião islâmica. Sendo, então, apresentada nas diversas culturas e religiões, como a católica, o véu é dado como símbolo de uma religião anos após seu surgimento, não mencionada no livro sagrado islâmico, O Alcorão, e muito menos dado como obrigatório. Por isso, a interpretação religiosa é de ser opcional a mulher islâmica cobrir determinadas partes de seu corpo para não ser cobiçada.

Por assim dizer, entre em conflito a ideia de segurança nacional que cada país tem direito de estabelecer e a liberdade religiosa e de expressão, que o indivíduo tem ao nascer, estabelecido como direito humano. Mais ainda, começa-se a questionar se o argumento do combate ao terrorismo seria um argumento forte para ultrapassar esse direito humano de fé, visto que, o véu, apesar de usados em ataques terroristas, representam um número ínfimo de estratégia terrorista.

Nesse contexto, cabe revelar que a União Europeia, em discursos recorrentes, não está satisfeita com a grande quantidade de imigração que ocorre proveniente dos países árabes, principalmente os refugiados de guerra. Por isso, liga-se o fato dessa inconformidade migratória com a estratégia de limitar a cultura árabe no território, criando uma verdadeira barreira cultural.

Porém, não é possível negar as novas estratégias terroristas, em que mulheres muçulmanas aparecem portando armas de grande porte e fazendo parte de grupos extremistas terroristas. Assim, o medo populacional europeu quanto a tais notícias torna-se real, ganhando, a proibição do véu, apoio popular, como militares, policiais, juízes e outros empregadores do direito/polícia.

Durante a realização do artigo, pode-se deparar com inúmeras notícias, antigas e atuais, o que mostra a importância do assunto no contexto internacional. Fato, esse que, ao criar compatibilidade com a realidade internacional e brasileira, polemiza o assunto as vezes esquecido pela comunidade. Por isso, de grande importância é o papel da mídia internacional ao relatar fatos ocorridos em outro continente, possibilitando a análise crítica por parte dos acadêmicos.

Não obstante, vê-se que o Brasil, apesar de até o momento não possuir leis contrárias ao véu, possui texto normativo Constitucional semelhante ao europeu, geradas também pelas influências desses países. Por tal razão, é perceptível a cultura ocidental se tornando cada vez mais una e parecida, gerando uma opinião única sobre o assunto em debate.

Nesse contexto, finaliza-se o raciocínio gerado pelo conflito de interesses com a seguinte reflexão: será que a liberdade de expressão através de uma vestimenta dada como religiosa seria um atentado absoluto contra uma nação, mesmo sem apresentar provas de perigo? Simplesmente poderá a mulher muçulmana ser condenada (a retirada das vestes) sem ao menos mostrar indícios de ataques contra o estado de direito?

## Referências

ALAMEDA, David. **Como Identificar os diferentes tipos de véus islâmicos.**

Disponível em:

<[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/16/internacional/1471347181\\_490989.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/16/internacional/1471347181_490989.html)>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BEZERRA, Katharyne. **O que é uma burca e por que se usa? Saiba mais sobre esse assunto.** Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-uma-burca-e-por-que-se-usa/>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

DASHU, Max. **Feminismo Islâmico: a história/origem do véu.** Disponível em: <<https://medium.com/qg-feminista/feminismo-isl%C3%A2mico-a413f92bf6b9>>. Acesso em 20 ago. 2019.

OPINIÃO E NOTÍCIA. **Diferentes países do Oriente Médio opinam sobre o uso do véu islâmico.** <<http://opiniaoenoticia.com.br/internacional/diferentes-paises-do-orientemedio-opinam-sobre-o-uso-do-veu-islamico/>>. Acesso em 20 ago. 2019.

- FISHER, Max. **This fascinating chart shows how Middle Easterners think women should dress.** Disponível em: <[https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2014/01/08/this-fascinating-chart-shows-how-middle-easterners-think-women-should-dress/?noredirect=on&wpisrc=nl\\_cuzheads](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2014/01/08/this-fascinating-chart-shows-how-middle-easterners-think-women-should-dress/?noredirect=on&wpisrc=nl_cuzheads)>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- CARVALHO; FIGUEIREDO; KACHAN, Talita; Dannel, Felipe. **INCISO VI – LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA.** Disponível em: <[https://www.politize.com.br/artigo-5/liberdade-religiosa/?gclid=Cj0KCQjwh8jrBRDQARIsAH7BsXf742BM5VT5m1ejvt2pgQYruiRDVEBuUmT3Mw80zwHMTmu6cjXmURcaAplUEALw\\_wcB](https://www.politize.com.br/artigo-5/liberdade-religiosa/?gclid=Cj0KCQjwh8jrBRDQARIsAH7BsXf742BM5VT5m1ejvt2pgQYruiRDVEBuUmT3Mw80zwHMTmu6cjXmURcaAplUEALw_wcB)>. Acesso em 24 ago. 2019.
- AMORIM; FRÓZ; GANDELSMAN; MONTEIRO, Pedro; Sarah; Marcos; Henrique. **Diversidade cultural e religiosa na União Europeia: desafios para um cenário de maior tolerância, pluralismo e coesão social na região.** Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/CMUE.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019
- PIMENTEL, Matheus. **Por que parte da Europa proíbe o véu islâmico. E o que dizem as muçulmanas.** Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/20/Por-que-parte-da-Europa-pro%C3%ADbe-o-v%C3%A9u-isl%C3%A2mico.-E-o-que-dizem-as-mu%C3%A7ulmanas>>. Acesso em 25 ago. 2019.
- DA REDAÇÃO. **Proibição do uso da burca entra em vigor na Holanda.** Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/proibicao-do-uso-da-burca-entra-em-vigor-na-holanda/>>. Acesso em 28 ago. 2019.
- G1. **Tribunal Europeu apoia lei francesa que proíbe véu islâmico em público.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/07/tribunal-europeu-apoia-lei-francesa-que-proibe-veu-islamico-em-publico.html>>. Acesso em 31 ago. de 2019.
- BBC. **Áustria é oitavo país europeu a proibir véu islâmico que cobre rosto.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/austria-e-oitavo-pais-europeu-a-proibir-veu-islamico-que-cobre-rosto.ghtml>>. Acesso em: 02 set. 2019.
- SCHUCK, Elena de Oliveira. **A proibição da burca na França: reflexões sobre justiça a partir de uma perspectiva feminista.** Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102189/000930117.pdf?sequence=1>>. Acesos em 05 set. 2019.
- BORGES, Liliana. **Justiça europeia aceita que as empresas proibam o véu islâmico no trabalho.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/03/14/mundo/noticia/justica-europeia-aceita-que-as-empresas-proibam-o-veu-no-trabalho-1765104>>. Acesso em 05 set. 2019.

- SIZA, Rita. **O véu pela Europa**. Disponível em:  
<<https://www.publico.pt/2017/03/14/mundo/noticia/varios-paises-europeus-ja-proibiram-o-uso-do-veu-integral-1765195>>. Acesso em: 07 set. 2019.
- MÜLLER, Enrique. **Partido de Merkel vai propor a restrição da burca em espaços públicos na Alemanha**. Disponível em:  
<[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/19/internacional/1471608158\\_072519.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/19/internacional/1471608158_072519.html)>. Acesso em 08 set. 2019.
- R7, Internacional. **“Exército de burca”, muçulmanas são recrutadas por grupos terroristas**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/exercito-de-burca-muculmanas-sao-recrutadas-por-grupos-terroristas-28102012>>. Acesso em: 09 out. 2019.
- JAHANGIR, Junaid. **5 estudiosos muçulmanos explicam por que o uso do hijab não é obrigatório**. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/vivian-jordao/5-estudiosos-muculmanos-explicam-por-que-o-uso-do-hijab-nao-e-obrigatorio\\_a\\_23281124/](https://www.huffpostbrasil.com/vivian-jordao/5-estudiosos-muculmanos-explicam-por-que-o-uso-do-hijab-nao-e-obrigatorio_a_23281124/)>. Acesso em: 10 out. 2019.
- FAGUNDEZ, Ingrid. **'Véu também é liberdade': a vida de uma muçulmana feminista no Brasil**. Disponível em:  
<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37314057>>. Acesso em: 12 out. 2019.



# **DERECHO CONSTITUCIONAL**

## Las acciones positivas en favor de la mujer en España: pasado, presente y futuro<sup>(\*)</sup>

### Affirmative actions in favor of women in Spain: past, present and future

Ignacio Álvarez Rodríguez<sup>1</sup>

---

**Sumario:** A modo de introducción. **1.** El origen del cambio de paradigma. El Estado social y la igualdad material. **2.** Orígenes: los Estados Unidos de América y la *affirmative action*. **3.** El desembarco en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo. **4.** Las acciones positivas en el ordenamiento constitucional español. – A modo de conclusión. – Referencias bibliográficas.

**Resumen:** El presente es un estudio jurídico del estado del arte de la doctrina de las acciones positivas, especialmente referido al ordenamiento constitucional español, donde tales medidas se pensaron para apurar a la mujer a lugares donde tradicionalmente se encontraba preterida y garantizar, así, la eliminación de las trabas discriminatorias que existen en la nuestra (y en buena parte de los sistemas demoliberales). El objetivo se desbrozará en diversos aspectos, partiendo del origen de estas medidas en el marco de un Estado del Bienestar, un modelo que confía más en la igualdad material que en la meramente formal, situando en su contexto el surgimiento de estas medidas en los Estados Unidos de América, para posteriormente analizar cómo se receptionan en el Derecho Internacional, en el Derecho Europeo y, finalmente, en el Derecho Constitucional español.

**Palabras clave:** Acciones positivas, Acciones afirmativas, Igualdad de Género, Feminismo, Constitución.

**Abstract:** *The text is a legal study of the state of the art of the doctrine of positive actions, measures specifically designed to lift women to places where they are traditionally found to be neglected and thus guarantee the*

---

(\*) Recibido: 11/02/2021 | Aceptado: 22/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid  
[ialvarez1@ucm.es](mailto:ialvarez1@ucm.es)

*elimination of the discriminatory obstacles that exist in a large part of demoliberal systems. The objective will be explored in various aspects, starting from the origin of these measures within the framework of a Welfare State that relies more on material equality than on merely formal equality, placing in context the emergence of these measures in the United States of America, to later analyze how they are received in International Law, in European Law and, finally, in Spanish Constitutional Law.*

**Key Words:** Positive Actions, Affirmative action, Gender Equality, Feminism, Constitution.

---

## A modo de introducción

En el presente trabajo se estudia un concepto basilar dentro del movimiento feminista contemporáneo como es el de las acciones positivas, estudio especialmente a las vicisitudes de estas en el ordenamiento constitucional español, medidas que son el caldo de cultivo promocional a favor de la mujer para superar las discriminaciones que subsisten en nuestra sociedad. En primer término, se expone cuándo se origina el cambio de paradigma que dio paso de una concepción meramente formal a una material, a lo que colaboró el paradigma del Estado Social. Después se rastrea el origen de las acciones positivas en la Norteamérica que alumbra la doctrina de la *affirmative action*. El tercer apartado estudia el desembarco de la noción en el ordenamiento internacional (Naciones Unidas) prestando especial atención al ordenamiento internacional regional (Consejo de Europa y Unión Europea). En el cuarto abordamos su recepción en el ordenamiento constitucional español, para finalizar con una reflexión final a modo de conclusión.<sup>2</sup>

### 1. El origen del cambio de paradigma. El Estado social y la igualdad material

El caldo de cultivo remoto de las acciones positivas puede fijarse en los acontecimientos que dieron lugar al cambio de paradigma estatal (del Estado Liberal al Estado Social), que provocó, a su vez, la modificación de cómo se había entendido hasta el momento liberal la igualdad (de la igualdad formal a la igualdad material).<sup>3</sup>

Hasta la época del Antiguo Régimen prima el Estado absolutista, a lo largo de los siglos XVI y XVII. El Rey domina el entramado político quedando los súbditos a

---

<sup>2</sup> A lo largo del trabajo se emplearán algunas abreviaturas que versan sobre diferentes normas y resoluciones específicamente españolas. Así, CE es Constitución Española. TC es el Tribunal Constitucional español. STC es una Sentencia del Tribunal Constitucional español.

<sup>3</sup> Para comprender los retos que plantean las diversas corrientes intrafeministas puede verse DE LORA, P; *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza, Madrid, 2019. También puede verse REY MARTÍNEZ, F; *Derecho antidiscriminatorio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, p. 200 y ss.

su merced; existía un intercambio entre sumisión a la figura real y la protección que este otorgaba. Por ello, la idea de derechos individuales no existe bajo este modelo, sólo pervivían las prerrogativas reales que fueran graciosamente concedidas. Siguiendo en esa línea, el Estado no tenía la obligación de velar jurídicamente por el bienestar, siquiera mínimo, de su población. Vislumbrar igualdad en esas condiciones era una tarea poco menos que quimérica. Pero las cosas iban a cambiar a lo largo del siglo XVIII, sobre todo a raíz de los acontecimientos que tuvieron lugar en el Viejo Continente, en concreto en Francia.

En efecto, lo que ocurre durante la revolución francesa de 14 de julio de 1789 tumba el sistema estamental predominante hasta la fecha y sienta las nuevas bases jurídicas, políticas y sociales que darían lugar a la forma estatal conocida como Estado Liberal. Bajo esta rúbrica, las personas (no todas) pasan de ser súbditos a ciudadanos; esto es, titulares de derechos básicos que el Estado debe proteger y defender en caso de ataque o lesión (tales como el derecho a la vida, a la seguridad personal, o la propiedad privada). Además, esa relación queda amparada y protegida a su vez por las normas jurídicas, ya que ahora nos enfrentamos a la realidad del Estado de Derecho: la actividad estatal, en cualquiera de sus facetas, queda limitada por las disposiciones normativas pertinentes, de obligado cumplimiento no sólo para los individuos sino también para los poderes públicos. Todo ello tuvo su reflejo en el principal reclamo que la burguesía -clase impulsora de la revolución- planteó: *laissez-faire, laissez passer*. La reclamada igualdad por los revolucionarios franceses en su lucha contra el sistema de castas y privilegios anteriores quedó formulada en los principales textos constitucionales de la época, pero reducida a un enunciado jurídico-formal, sin tener en cuenta las desigualdades de hecho que anidaban en las sociedades del momento. Si se debe resumir de forma muy breve la concepción igualitaria imperante en este modelo estatal, creemos que se ha hecho con éxito cuando se dice que los individuos no eran iguales ni en su realidad existencial ni en sus aspiraciones vitales, ocupando posiciones y defendiendo intereses diferentes.<sup>4</sup>

El modelo resistió durante varias décadas, hasta que llegó su momento de crisis y colapso. En la primera mitad del siglo XX germina la idea de que el Estado no puede mantener durante más tiempo su papel abstencionista; la política de masas empujaba con fuerza desde abajo, constituyendo una carga de profundidad dentro de un sistema que había limitado la política y la economía a la minoría burguesa, dejando fuera de juego a la gran mayoría de la población. El sistema elitista que había ideado a su imagen y semejanza se vio modificado al albur de numerosos acontecimientos que pergeñaron un nuevo modelo estatal, el denominado Estado social o Estado de Bienestar.<sup>5</sup> Manteniendo buena parte de la

---

<sup>4</sup> MARTÍN VIDA, M.A; *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, 2004, p. 150.

<sup>5</sup> Desde el ámbito de las Ciencias Sociales no parece que exista todavía una nomenclatura definitiva para referirse a este modelo estatal. El politólogo Josep María Vallés opta por referirse al mismo bajo el nombre de “Estado liberal democrático”, mientras que autores dentro del Derecho Constitucional optan por el de “Estado social”, como puede ser el ejemplo de Manuel García Pelayo o el de Alfonso Fernández-Miranda. Vid, respectivamente, VALLÉS, J. M<sup>a</sup>; *Ciencia Política. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 119, GARCÍA PELAYO, M; *Las transformaciones del Estado*

estructura jurídico-política anterior, este modelo supone principalmente un reajuste de la vida política, social y económica bajo un gran prisma, la intervención pública. La principal tarea de los Estados que lo adoptan (la mayoría de ellos al finalizar la II Guerra Mundial, España mediante su Constitución de 1978) no es abstenerse, sino actuar para que se den ciertas condiciones que garanticen una supervivencia digna del conjunto de los ciudadanos. Sin laminar los avances y conquistas del modelo liberal, se trata de dotarles justamente como de dotarlos de sustento y contenido material.<sup>6</sup> Es decir, dejar de lado la concepción abstracta del individuo para adentrarse en la visión particular o singular del mismo, teniendo como principal punto de referencia el colectivo al que pertenece.<sup>7</sup>

Primar la concepción de la igualdad universal y abstracta conducía a elaborar leyes generales y también abstractas, dirigidas al conjunto de la población sin tener en cuenta rasgos o factores vitales que provocaran la creación de normas diferenciadas y, lo que es más importante, diferenciadoras. En ese sentido, se puede identificar la igualdad formal como igualdad ante la ley, tanto a la hora de crearla (Cámaras Legislativas) como a la hora de aplicarla (Poder Judicial y Administración Pública).<sup>8</sup> Los principales textos constitucionales, no sólo de la época sino también entre los actualmente vigentes, recogen esa igualdad formal, como ya sabemos y entre nosotros el art. 14 CE. El propio TC, en su STC 49/1982, de 14 de julio (FJ 2), ha dictaminado qué estamos, en primer término, ante una igualdad en la ley, siendo un límite al legislador que le obliga a no introducir diferencias ante supuestos de hecho sustancialmente iguales; en segundo término, es también una igualdad en la aplicación de la ley, que hace referencia a la no arbitrariedad en la aplicación de la norma legal por los órganos encargados de ello. En jurisprudencia posterior, el Tribunal Constitucional estableció que la igualdad era un derecho subjetivo de los ciudadanos (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2), para posteriormente matizar el alcance de la misma, puesto que la igualdad reconocida en aquel precepto no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2).<sup>9</sup> Como vemos, la principal característica de la igualdad formal es la consideración estrictamente paritaria de las personas, sin distinciones ni privilegios.<sup>10</sup>

---

*contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, pp. 13-91 y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A; "El Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, p. 145 y ss.

<sup>6</sup> GARCÍA PELAYO, M; *op. cit.*, p. 26.

<sup>7</sup> MARTÍN VIDA, M. A; *op. cit.*, p. 153.

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO, A; *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 19.

<sup>9</sup> Vid. DE OTTO, I; Voz "Igualdad" en GONZÁLEZ ENCINAR, J.J (ed.); *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 447-455.

<sup>10</sup> Otros textos constitucionales de especial referencia, como son el alemán y el francés, no han dudado en consagrar la igualdad formal mediante redacciones similares; así, el art. 3 de la Ley Fundamental de Bonn dice, en su apartado 1) "Todos los hombres son iguales ante la ley", mientras que la Constitución italiana comienza su art. 3.1 diciendo que "Todos los ciudadanos poseen la misma dignidad social y son iguales ante la ley".

En el marco del Estado Social esta visión cambia en gran medida. Y ello se debe a que, una vez plasmada formalmente la igualdad constitucional, se constata que con ello no se alcanza a su realización práctica. Teniendo como principal referencia la Alemania de Weimar y a la doctrina alemana de la época, se perfila el gran cambio de la concepción igualitaria existente hasta el momento.<sup>11</sup> Y así la igualdad se convierte en un valor a materializar.<sup>12</sup> Pero dentro de un Estado de Derecho, en el que las normas jurídicas son el principal mecanismo articulador de la convivencia humana (amén de limitador de los poderes públicos), la base jurídico-constitucional para llevar a cabo dicha igualdad debe figurar positivada. Nuestra Constitución de 1978 no deja lugar a dudas de que el art. 9.2 CE cumple tal función, precepto ampliamente empleado no sólo por el legislador, sino también por la jurisprudencia constitucional a la hora de convalidar medidas como las acciones positivas en general y el principio de composición equilibrada en particular (por todas, pueden verse las SSTC 12/2008, de 29 de enero; la 13/2009, de 19 de enero; y la 40/2011, de 31 de marzo).

Estamos, parece, ante facetas complementarias de un todo común.<sup>13</sup> Si se incide en exceso en la vertiente formal, no sólo se estaría limitando la legítima intervención pública en aras de conseguir una mejor distribución de bienes y recursos, sino que -y lo que sería más perjudicial- se estaría cerrando el paso a un posible éxito de tal actividad. Por otro lado, en el caso de hacer hincapié plenamente en la vertiente material, es más que probable que el derecho fundamental de igualdad pueda lesionarse, amén de convertir a la ley en un acto mera y exclusivamente singular, despojándola del carácter general que todavía conserva.<sup>14</sup>

## 2. Orígenes: los Estados Unidos de América y la *affirmative action*

En EE. UU. los conflictos existentes han venido de la mano, desde hace siglos, por la cuestión racial, no tanto por la divisoria de género. Con las peculiaridades que

---

<sup>11</sup> El principal artífice dentro de dicha doctrina fue el profesor Leibholz. Vid. LEIBHOLZ, G; *Die gleichheit vor dem gesetz: Eine studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer grundlage*, C.H. Beck, Munich, 1959. (La primera edición de la obra vio la luz en 1925). Vid. VILLACORTA MANCERO, L; "Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)", *Revista de Estudios Políticos*, nº 130, 2005, p. 46 y ss. En ese sentido, ver también MARTÍNEZ ALARCÓN, M<sup>a</sup>.L; *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, p. 105, nota al pie número 104.

<sup>12</sup> La profesora Encarnación Carmona defiende que la vertiente material habría sido una reinterpretación del principio de igualdad formal en el Estado social de Derecho; vid. CARMONA CUENCA, E; "Igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, 1994, p. 271.

<sup>13</sup> Vid. AQUINO DE SOUZA, C; "Las diferentes perspectivas de interpretación de la igualdad relativa al sexo", *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 10, 2010, p. 1

<sup>14</sup> Se alude con esto a que la norma legal debe conservar, el menos en esencia, una de sus principales características. Aún así, desde la perspectiva paritaria tampoco estamos ante normas singulares, dado que a pesar de su objetivo, afectan no sólo a ese 51% de la población, sino a la sociedad en su conjunto. Además, determinados mecanismos implementados para la consecución de tales objetivos no sólo tienen en cuenta a la mujer como receptora de la medida accionada, como en el caso que aquí nos ocupa y que se verá con posterioridad.

luego se verán, la preocupación por el asunto se observa en el amplio elenco de normas jurídicas que plasman y garantizan la igualdad a todos los niveles, desde el constitucional hasta el gubernamental, pasando por el legislativo y por la jurisprudencia que ha ido produciendo el Tribunal Supremo del país.

En primer lugar, se debe destacar la Decimocuarta Enmienda a la Constitución norteamericana de 1787, que contiene la *equal protection clause*, o lo que es lo mismo, la igualdad ante la ley.<sup>15</sup> A pesar de que en un primer momento esta cláusula no afectó jurídicamente a los poderes públicos de la propia Federación, el Tribunal Supremo, en el caso *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S 497, (1954), dejó dicho que también compete a ésta la protección de la igualdad contenida en la Enmienda referida.<sup>16</sup>

Después de la II Guerra Mundial se toma conciencia de que esos instrumentos son necesarios pero insuficientes, comenzando a elaborarse planes y normas que prevén el fomento y la promoción de la minoría negra, en concreto en el ámbito laboral. Y es aquí dónde podemos cifrar el origen de la acción afirmativa o positiva.<sup>17</sup> Desde el iniciado en 1948 por obra del Presidente Truman, hasta el elaborado por el Presidente Johnson en 1965, pasando por la reforma de la *Civil Rights Act*, acaecida en 1964 bajo la presidencia de Lyndon B. Johnson, mediante la cual se introduce la protección a nivel legal y también ceñida al ámbito laboral, de la mujer.<sup>18</sup>

En todos ellos, el principal grupo al que se tiene en mente es la minoría negra. Conforme el paso del tiempo el sexo se va añadiendo como un factor también a tener en cuenta, como un elemento que también opera como fuente de discriminación ante el que el Derecho antidiscriminatorio debe hacer frente.<sup>19</sup> El

---

<sup>15</sup> A diferencia del art. 14 CE, la previsión constitucional norteamericana no contiene una prohibición de discriminación por razón de sexo. La XIV Enmienda dirá que “Todas las personas nacidas, o naturales, de los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado dónde residan. Ningún Estado podrá adoptar ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni tampoco podrá privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal; tampoco podrá denegar a ninguna persona dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes”. Vid. ROSENFELD, M; “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, p. 84.

<sup>16</sup> Vid MARTÍN VIDA, M. A; “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 68, 2003, p. 152, nota al pie número 4.

<sup>17</sup> La primera vez que se plasma la expresión es en la Ley Nacional de Relaciones Laborales estadounidense de 1935. Vid BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup> A; “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003, p. 2 y MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A; *op. cit.* en nota 29, p. 167.

<sup>18</sup> Así sucede en la Executive Order nº 11246 del Presidente Johnson, de 1965. Otro de los puntos destacables de dicha regulación normativa era la previsión de agencias y oficinas federales, básicamente para cumplir con el principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades contenidos en los Títulos VI y VII de la Civil Rights Act de 1964. Vid. MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A; *op. cit.* en nota 29, pp. 167 y ss.

<sup>19</sup> Sectores doctrinales norteamericanos distinguen dos etapas diferenciadas; por un lado, tendríamos la que corresponde al período comprendido entre los años 1972 y los posteriores a

principal protagonista de dicha tarea ha sido el Tribunal Supremo norteamericano.<sup>20</sup>

De sus resoluciones se extrae que las medidas igualitarias controvertidas se someten a tres grandes criterios jurisprudenciales a la hora de conocer si se adecuaban o no al marco jurídico-constitucional vigente.<sup>21</sup>

En primer lugar, tenemos el que se ha venido denominando el test de menor exigencia desde el punto de vista constitucional: el *rational basis test*.<sup>22</sup> el objeto de esta exigencia radica en que el plan, la medida o la norma impugnada que establece la diferencia de trato se encuentre razonablemente referida a la consecución de un interés público. Además, dicho fin debe ser legítimo desde la óptica constitucional.<sup>23</sup> En el caso de que no hubiera una conexión entre los fines perseguidos y los medios instrumentados por la norma, la Corte procede a invalidar la normativa impugnada, por atentar contra la *equal protection clause*. Por el contrario, si la Corte llegaba a la conclusión de que la medida adecuaba medios a fines de forma racional y razonable, la normativa era convalidada desde el punto de vista jurídico. El problema es que por esta vía se dio carta de naturaleza jurisprudencial a la segregación racial en Estados Unidos hasta mediados del siglo XX, con la conocida doctrina del *separate but equal* entre personas negras y blancas. El caso paradigmático que se considera como creador de esta doctrina es *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). El Tribunal Supremo de Norteamérica declaró constitucional una regulación normativa promulgada en el Estado de Luisiana en 1890, mediante la cual las personas blancas y negras debían ocupar diferentes vagones (y sitios dentro de los compartimentos) de ferrocarril.<sup>24</sup>

---

1980, en los que las controversias sobre las acciones positivas tienen por objeto la perspectiva racial y la de género; por otro, nos encontramos con la etapa que discurre entre los años 1990 y 2003, en la que los casos dominantes y protagonistas tienen que ver con cuestiones raciales y étnicas. Vid. FULLINWIDER, R; voz "Affirmative action", en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, p. 1, disponible en el siguiente enlace: <http://plato.stanford.edu/>. (Último acceso: 24/02/2021).

<sup>20</sup> Vid MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A; *op. cit.* en nota 29, p. 172. Dado que el ecosistema jurídico y político estadounidense es especialmente sensible a cualquier asunto atinente a la raza, los gravámenes y cargas que se han impuesto a la hora de evaluar su adecuación legal y constitucional han sido especialmente exigentes.

<sup>21</sup> La doctrina ha prestado especial atención especial a esta materia. Además de los trabajos citados hasta el momento, pueden verse STONE, J; "Justice not equality" en KAMENKA, E. y ERH-SOON TAY, A (eds.); *Justice*, Edward Arnold, London, 1979, pp. 97-115; DWORKIN, R; *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 419-447 y 429-469, y TUSHNET, M; "Supreme Court rules on affirmative action", *International Journal of Constitutional Law*, Issue 1, Vol. 2, 2004, pp. 158-173.

<sup>22</sup> Entre nosotros véase REY MARTÍNEZ, F; "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action basada en el género", *Aequalitas*, n<sup>o</sup> 4, 2000, pp. 6-11.

<sup>23</sup> Como posteriormente veremos, estos criterios son muy similares a los que el Tribunal Constitucional español ha venido recogiendo en su jurisprudencia cuando ha tenido que enfrentarse a medidas de dudosa adecuación al principio de igualdad, aunque aquí también han tenido su cuota de protagonismo en sede jurisdiccional las medidas electorales de composición equilibrada. Vid. AQUINO DE SOUZA, C; *op. cit.* en nota 26, p. 3 y ss.

<sup>24</sup> Acts 1890, N<sup>o</sup> 111, p. 152. La primera sección de dicha normativa obligaba a que todas las compañías ferroviarias que transportasen pasajeros en el Estado, debían proveer asientos iguales pero separados para blancos y razas de color, articulando dos o más vagones de pasajeros por cada



Y hubo que esperar hasta el caso *Griggs v. Duke Power Co* 401 U.S. 424 (1971), para que el propio órgano jurisdiccional acabe por eliminar la validez jurídica de la segregación racial.<sup>25</sup>

Posteriormente, la adecuación constitucional de medidas que emplearan criterios especialmente sensibles fueron sometidas a un nivel de exigencia mayor que el de la mera razonabilidad, conocido como el *intermediate test*. Este parece ser que es el criterio que se ha usado por la Corte Suprema a la hora de evaluar la constitucionalidad de medidas diferenciadoras en base al sexo, siendo el *leading-case* en la materia el caso *Craig v. Boren*, 420 U.S. 190 (1976).<sup>26</sup>

El tercero y más severo de los test creados a los efectos es el *strict scrutiny test*, que exige de la disposición examinada el cumplimiento de dos requisitos: la persecución de un interés primordial y que se ajuste estrechamente al objetivo que intenta conseguir. El principal supuesto en la materia es el caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), en el que el TS tuvo que hacer frente al enjuiciamiento constitucional de un sistema de reserva de plazas (cuotas) a favor de las minorías étnicas adoptado por la Facultad de Medicina de la Universidad de California. Por una ajustada mayoría de 5 a 4, decide finalmente que Bakke debía ser admitido en el centro universitario, declarando inconstitucional el sistema de promoción referido. Pero incluso el líder del sector triunfante, el Juez Powell, llegó a admitir que en otras y determinadas circunstancias las Universidades podrían utilizar medidas promocionales como la que expulsaron en su día del ordenamiento jurídico estadounidense. Por ejemplo, para alcanzar el objetivo de un cuerpo estudiantil diverso y heterogéneo (*diverse student body*).<sup>27</sup> Posteriores casos como *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003) y

---

tipo de pasajero o haciendo una partición en cada vagón, para asegurar las acomodaciones separadas. Además, no permitía que ninguna persona ocupara sitios diferentes a los que se le asignaban en función de la raza a la que pertenecieran. Vid. *Caso Plessy v. Ferguson*; 163 U.S. 537, 537-540 (1896).

<sup>25</sup> El punto de partida concreto se puede cifrar en la Sentencia dictada en el *Caso Brown v. Board of Education of Topeka*; 347 U.S. 483 (1954). El litigio trae su origen en la segregación racial impuesta por motivos de raza entre educandos blancos y negros, debiendo acudir a escuelas separadas. Se cuestiona si este sistema (basado en esa doctrina del “separados pero iguales”) era contrario o no a la XIV Enmienda. Por vez primera, y mediante una abrumadora e indiscutible mayoría de 9 a 0, el Tribunal Supremo declara que tal segregación es contraria a la igualdad constitucional, por atentar en concreto contra el principio de igualdad de oportunidades educativas.

<sup>26</sup> Vid. MARTÍN VIDA, *op. cit.* en nota 29, p. 157. Conviene aclarar que aquellos casos en los que la diferenciación se ha hecho en base al sexo se han juzgado bajo ese requisito, cierto es. Pero los planes de acción positiva a favor de la mujer son medidas de diferente naturaleza que aquéllas habiendo conocido el Tribunal Supremo un solo supuesto, aplicando para su resolución la XIV Enmienda y no el Título VII de la Civil Rights Act de 1964. Fue el *Caso Johnson v. Transportation Agency*; 480 U.S. 616 (1987). Vid. REY MARTÍNEZ, F; *op. cit.* en nota 35, p. 8 y p. 9 (nota al pie número 3); también en ese sentido, MARTÍN VIDA, *op. cit.* en nota 29, p. 186.

<sup>27</sup> *Caso Regents of the University of California v. Bakke*; 438 U.S. 265, 267 (1978). Vid. TUSHNET, M; *op. cit.* en nota 34, p. 160. El propio Juez Powell llegó a poner como ejemplo el sistema de selección empleado por la prestigiosa Universidad de Harvard, lo que provocó que los estamentos universitarios del país vieran en dicho argumento el anclaje jurídico para continuar con sus programas de acción afirmativa. Vid. DWORKIN, R; *op. cit.* en nota 34, en concreto el Capítulo 12 de dicha obra, titulado: “Discriminación positiva. ¿Es equitativa?”, pp. 429-469 y STONE, J; *op. cit.* en nota 34, pp. 106 y ss. El parecer del Juez Powell tuvo también cierta repercusión en el *Caso*

*Gratz v. Bollinger* 539 U.S. 244 (2003), han sido especialmente polémicos justamente por eso, amén de que los mismos tampoco obtuvieron unanimidad de los magistrados que decidieron. En el primer caso se decide por un 5 a 4, mientras que, en el segundo, por un 6 a 3.<sup>28</sup>

No obstante lo dicho, no parece todavía que estemos ante exigencias jurisprudenciales acabadas y cerradas en cuanto indiscutidas o indiscutibles, en tanto en cuanto la doctrina ha notado que podría estar abriéndose paso a nuevas exigencias, a situarse entre el segundo test y el tercero. El caso que ejemplificaría ese nuevo criterio sería *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996), cuya principal novedad es que exige una justificación tremendamente convincente para casar la medida con la normativa constitucional estadounidense.<sup>29</sup>

Por otro lado, el caso *Ricci v. DeStefano* US 07-1428, decidido el 29 de junio de 2009, también ha sembrado de algunas dudas el futuro de la affirmative action en Norteamérica. De nuevo a través de una decisión muy ajustada (5 a 4), se declara como discriminatorio un proceso de ascensos y promoción del cuerpo de bomberos de New Haven que pretendía promocionar a las personas de raza negra. Por ello, se debe estar a lo que en un futuro cercano pueda suceder en EE. UU., para conocer si esta última línea jurisprudencial se consolida o no. Y con ello conocer si las acciones positivas siguen teniendo vigor y vigencia en el país que las creó.

---

*Hopwood*, sustanciado ante el Tribunal del Quinto Circuito de Texas en 1996. El órgano jurisdiccional acaba diciendo que las universidades públicas no pueden tener en cuenta la raza en sus procesos selectivos, a lo que la Universidad en cuestión arguye la opinión del Juez extractada más arriba; ante tal argumento, el Tribunal Federal de Texas no puede sino exponer que en su momento dicho parecer no conformó la decisión mayoritaria del TS, de lo que deriva el no quebranto de la jurisprudencia referida. Vid TUSHNET, M; *op. cit.* en nota 34, pp. 160 y 161.

<sup>28</sup> La admisión de minorías raciales en las Universidades estadounidenses (en concreto, en las Facultades de Derecho) ha sido objeto de estudios por parte de la doctrina, llegando algunos a la conclusión de que eliminar las acciones positivas en el seno de las mismas reduciría dramáticamente el número de estudiantes negros, en particular en los centros más selectivos. Vid. ROTHSTEIN, J. y YOON, A; "Affirmative action in law schools admissions: what do racial preferences do?", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 14276, Agosto de 2008, pp. 1-70, <http://www.nber.org/papers/w14276>. (Último acceso: 24/02/2021). Una versión que apenas modifica la anterior en *The University of Chicago Law Review*, vol. 75, nº 2, 2008, pp. 649-714.

<sup>29</sup> REY MARTÍNEZ, F; *op. cit.* en nota 35, p. 8. A juicio de otros autores, estaríamos ante un "refinamiento o reelaboración" de ese escrutinio intermedio. Vid. ROSENFELD, M; *op. cit.* en nota 28, p. 102. De cualquier modo, dicho test tampoco sería novedoso del todo, ya que la Corte Suprema de EEUU lo había utilizado en al menos dos ocasiones anteriores; la primera de ellas en el *Caso Mississippi University for Women v. Hogan*; 458 U.S. 718 (1982), en el que, mediante una ajustada mayoría de 5 a 4, el máximo órgano jurisdiccional acaba declarando contrario a la "equal protection clause" el programa de admisión de la institución universitaria, por ser discriminatorio por razón de sexo para con los varones. La segunda de ellas se refiere al *Caso J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127 (1994), en el cual el Tribunal declara que la realización de recusaciones -en el seno del proceso de designación de jurados- en base únicamente al sexo, es contrario a la cláusula de igualdad constitucional, extendiendo de ese modo al género lo que ya había declarado la propia Corte al empleo de la raza [*Caso Batson v. Kentucky*; 476 U.S. 79 (1986)].

### 3. El desembarco en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo

Las acciones positivas llegaron hace tiempo al ordenamiento internacional general y, específicamente, al regional europeo. Destacamos a continuación los instrumentos de derechos humanos más relevantes y a los que el Reino de España está sometido.

#### a) Organización de Naciones Unidas

Se debe destacar en primer término el protagonismo ejercido indiscutiblemente por la ONU, y en concreto, por la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer*, adoptada en Nueva York por la Asamblea General, el 18 de diciembre de 1979 (en adelante, CEDAW).<sup>30</sup>

El reconocimiento específico se plasma en el art. 4, en concreto en su primer apartado: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.”<sup>31</sup> Por otro lado, la propia norma regula explícitamente medidas similares en el ámbito político representativo, como luego veremos.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> El acrónimo corresponde a su denominación inglesa: “Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women”. *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el protocolo opcional a la convención*, Madrid, Instituto de la Mujer-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, serie Documentos, nº 25, 2ª edición, 2007. El documento se recuperó de <http://www.migualdad.es/mujer/publicaciones/docs/Convencion%20cedaw.pdf>. (Último acceso: 24/02/2021). Este Tratado entró finalmente en vigor el 3 de septiembre de 1981, formando el Estado español parte del mismo desde el año 1983. Su origen se cifra en la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres”, aprobada mediante la Resolución A/RES/2263 (XXII), de 1967. Vid. DURÁN Y LALAGUNA, P; *Acciones positivas para las mujeres en Organizaciones Internacionales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 66 y TUR AUSINA, R; “Igualdad y no discriminación por razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11, 2008, p. 255.

<sup>31</sup> Desde la óptica institucional la ONU también ha creado e impulsado múltiples instrumentos que han tenido como objetivo ayudar a la consecución del postulado igualitario, previendo en su seno la adopción de las medidas referidas. En ese sentido, destacan con fuerza propia las sucesivas *Conferencias de la Mujer* auspiciadas bajo su tutela y celebradas hasta en cuatro ocasiones, teniendo como punto de partida 1975, fecha declarada “Año Internacional de las Mujeres” por la propia Organización. Hasta la fecha se han celebrado tres más. La *II Conferencia* tuvo lugar en Copenhague, en 1980; la *III*, en Nairobi, en 1985; y la *IV*, en Pekín, en 1995. En el año 2000 tuvo lugar el cónclave: *Mujer 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI*, y en 2005, bajo los auspicios de la *Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer*, se celebró la reunión *Pekín + 10*, en la que se hizo una revisión de hasta qué punto se habían cumplido las metas trazadas en la Conferencia del 95. Como era de esperar, el veredicto fue doble: mientras que por un lado se constatan avances y réditos de cierto calado, por otro se aprecia que los mismos son lentos y costosos. Vid. TUR AUSINA, R; *op. cit.* en nota 43, pp. 283-284.

<sup>32</sup> A pesar de que se tratará a su debido momento, es conveniente dejar dicho desde ahora que la propia CEDAW hace también una alusión explícita a las medidas de acción positiva referidas al ámbito político, como ilustra el art. 7 CEDAW, cuando dice que Los Estados Partes tomarán todas

b) Consejo de Europa

No pueden eludirse las disposiciones que se han acordado a nivel europeo, destacando las desarrolladas en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Respecto al primero, el mismo se ha dotado del *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (firmado en Roma, en 1950, y conocido con el sobrenombre de *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, o CEDH) y de la *Carta Social Europea* (adoptada en la también ciudad italiana de Turín, en 1961), normas ambas de plena vigencia jurídica en el ordenamiento jurídico español.<sup>33</sup>

En lo que a nuestra materia hace, el Convenio reconoce en su art. 14 la prohibición de discriminación desde una perspectiva expansiva, diciendo que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. La fórmula empleada no dista mucho de la utilizada por Naciones Unidas, ni, en general, respecto de las principales normas constitucionales y/o legales reguladoras de la materia en vigor en aquellos momentos. Aunque hay que dejar sentado que lo que evoca el precepto es la no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades que la norma reconoce, ya que no habla en ningún momento de derecho a la igualdad o del reconocimiento expreso del principio igualitario.<sup>34</sup> Respecto a la Carta, ya en su Preámbulo establece una de las premisas de partida que se irán concretando en el articulado del texto, en especial en su tercer Considerando, cuando dice que “el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social”. Al igual que decíamos anteriormente, existe poco de novedoso en la forma de preocuparse por luchar contra las discriminaciones de todo tipo, ahora en el sector socioeconómico.

Aunque no aparecen enunciadas como tal, las acciones positivas tienen cabida en tal sede, además, por otras razones. Primero, por el esfuerzo institucional que ha realizado el Consejo de Europa para intentar avanzar por la senda igualitaria. No en vano, desde 1979 se vienen acometiendo esfuerzos que

---

las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres los diferentes derechos políticos en juego.

<sup>33</sup> El Convenio fue acogido en el seno del ordenamiento jurídico español mediante el Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, (BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979), mientras que la Carta lo fue mediante el Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE nº 153, de 26 de junio de 1980). Sobre la última puede verse el trabajo de JIMENA QUESADA, L; “Los derechos de la mujer en la Carta Social Europea”, en FABREGAT MONFORT, G (coord.); *Mujer y Derecho. Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 11-21.

<sup>34</sup> Vid. BILBAO UBILLOS, J. M<sup>a</sup> y REY MARTÍNEZ, F; “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M (comp.); *El principio de igualdad constitucional: lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 112 y ss.

tratarían de reforzar la consecución práctica de ese postulado.<sup>35</sup> Además, el 5 de febrero de 1985 el Comité de Ministros adopta la *Recomendación para los Estados miembros sobre la protección legal contra la Discriminación Sexual*. Entre otras cosas, la norma (aunque no vinculante), reconoce que, a pesar de la normativa existente en sentido contrario, y también a pesar de la tarea llevada a cabo por el propio Consejo, la discriminación por razón de sexo sigue siendo una constante en la práctica política y jurídica de algunos Estados, por lo que se deben tomar las medidas necesarias para asegurar la consecución de la igualdad material. La propia recomendación -bajo la rúbrica de *Medidas temporales especiales (acciones positivas)*- aboga por que los Estados adopten todas aquellas decisiones, medidas y/o planes necesarios para acelerar el proceso de consecución de aquella igualdad.<sup>36</sup>

No se puede obviar, por otro lado y en este contexto, el *Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988 a la Carta Social Europea*, que entró en vigor el 4 de septiembre de 1992, en el que se vuelve a plasmar (y esta vez en un instrumento jurídicamente sí vinculante) la necesidad de adoptar acciones afirmativas/positivas, en una forma que posteriormente veremos aplicada en la respectiva normativa comunitaria.<sup>37</sup> En el art. 1.1 de la Parte II la norma protocolaria regula de forma genérica la posibilidad de que las partes del mismo adopten todas aquellas medidas necesarias para asegurar el derecho de igualdad de oportunidades en el marco laboral, sin que quepa discriminación por razón de sexo. No obstante lo

---

<sup>35</sup> En tal fecha se crea el *Comité sobre el Estatus de la Mujer*, dependiente de la Dirección de Asuntos Legales. Posteriormente, en el año 1981, se crea el *Comité para la Igualdad de Mujeres y Hombres*. Será este el que elabore sendos informes relativos a las acciones positivas (publicados en 1986 y en 1989), en los que se estudian las posibilidades de estas disposiciones. En 1987 se crea el *Comité Europeo para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*, el cual aborda las mas variadas cuestiones referidas a las mujeres: la transversalidad de género, la participación política y representativa, su posición en el mundo del trabajo y de la familia, etc. Finalmente, el órgano institucional acaba siendo, en 1992, el *Comité Director para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*, vigente a día de hoy y conocido con las siglas CEDG. Bajo los auspicios del mismo, se han ido constituyendo numerosos grupos de especialistas que estudian cualquier aspecto de la vida política, social y/o económica que afecte a la igualdad de género. Vid. TAVARES DA SILVA, R.M<sup>a</sup>; *Twenty-five years of Council of Europe Action in the field of equality between women and men*, EG (2002) 5. Vid: [http://www.coe.int/T/E/Human\\_Rights/Equality/PDF\\_EG\(2002\)5\\_E.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_EG(2002)5_E.pdf) (Último acceso: 24/02/2021). En el año 2000, uno de estos grupos publicó un amplio informe final sobre la implementación de las acciones positivas desarrolladas por los Estados Miembros del Consejo, al que en el presente trabajo se alude con el sobrenombre de *Informe 2000*. Se ha utilizado la versión española: *Acciones positivas en el campo de la igualdad entre mujeres y hombres*, Madrid, Instituto de la Mujer, serie Documentos nº 35, 2004.

<sup>36</sup> Pero el memorándum de la propia Recomendación no sólo reconocía la necesidad de adoptar acciones positivas, sino que también comenzaba a vislumbrar los problemas jurídicos, en concreto constitucionales, que entrañaba la adopción de este tipo de medidas. En ese sentido, su apartado número 79 dice literalmente lo siguiente: “Dado que la acción positiva podría considerarse, en algunos Estados y en algunos casos inconstitucional, ya que podría dar lugar a una discriminación hacia el otro sexo, la única acción estatal que se recomienda adoptar a los estados, es considerar la adopción de medidas especiales temporales, en aquellas áreas donde exista desigualdad”. Vid *Informe 2000*, p. 38.

<sup>37</sup> Dicho Protocolo fue suscrito por España, mediante el instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000. Vid. BOE nº 99, de 25 de abril de 2000, corrección de errores en BOE nº 220, de 13 de septiembre.

dicho, el apartado tercero de dicho precepto estipula que tal extremo no será óbice para la adopción de “medidas específicas concretas para remover las desigualdades de hecho”. Es decir, por un lado, recuerda la necesaria observancia del principio de igualdad de oportunidades y la no discriminación por razón de sexo en el ámbito socio-económico, mientras que posteriormente exceptúa esa regla general, en el sentido de que se admite la legitimidad jurídica para la puesta en marcha de las acciones positivas que pudiera exigir la remoción de obstáculos fácticos que operen contra la igualdad.<sup>38</sup>

La preocupación por este tipo de medidas en aras de la igualdad entre mujer y hombre se canalizó y fructificó en la creación y adopción por parte del Comité de Ministros del Consejo, del *Protocolo nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, adoptado el 26 de junio de 2000.<sup>39</sup> En su Preámbulo reitera e incide sobre un aspecto que ya conocemos: el principio de no discriminación no obsta a que se tomen medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable.<sup>40</sup> Posteriormente, y en el art. 1.1, se plasma algo que tampoco nos es ajeno en el estudio de esta materia: la prohibición de que exista discriminación en el goce de los derechos reconocidos por el CEDH, por numerosas causas, entre las que se encuentra, lógicamente, el sexo.<sup>41</sup> También aquí se han desarrollado amplios esfuerzos institucionales,

---

<sup>38</sup> Art. 1.1.- “Intentando asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo, las Partes reconocen el derecho a tomar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación a los siguientes campos”. Dicho eso, el tercer párrafo del mismo precepto dirá que: “El párrafo 1 de este artículo no impedirá la adopción de medidas específicas en aras de remover las desigualdades de hecho”.

<sup>39</sup> Vid. CARMONA CUENCA, E; “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos” (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, J. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 733-764. El citado instrumento entró en vigor el 1 de abril de 2005, fecha en la cual se consiguió la décima ratificación del mismo, requisito exigido por su art. 5.1. En España entró en vigor mediante el pertinente Instrumento de ratificación publicado en el BOE del 14 de marzo de 2008 (p. 15299 y ss).

<sup>40</sup> El Informe adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000 con el objeto de explicar y concretar el alcance y significado de las disposiciones que se contiene en dicho Protocolo interpreta en ese sentido dicho apartado, reconociendo la legitimidad de las acciones positivas en aras de conseguir mayores dosis de igualdad material, quedando por otro lado sometidas al doble requisito de la razonabilidad y de la objetividad. Tales exigencias -como se verá en líneas posteriores- no han sido ajenas a la jurisprudencia relativa a la igualdad emanada del Tribunal Constitucional español. El informe fue consultado aquí: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>. (Último acceso: 24/02/2021).

<sup>41</sup> El texto referido del Preámbulo se reafirma en que el principio de no discriminación no impide a los Estados Parte que tomen medidas en aras de promover la plena y efectiva igualdad, siempre que exista una justificación razonable y objetiva para tales medidas. Por su parte, el art. 1.1 no olvida que el disfrute de cada derecho estipulado legalmente debe ser asegurado sin discriminación por cualquier motivo, tales como el sexo, la raza, el color, el lenguaje, la religión, opiniones (políticas), origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento, u otro estatus. El apartado segundo del precepto recuerda, por su parte, que la autoridad pública no puede discriminar a nadie por las causas antes referidas.

canalizados en buena medida a través de las distintas *Conferencias Ministeriales para la Igualdad entre Mujeres y Hombres* celebradas hasta la fecha.<sup>42</sup>

Llegados a este punto es necesario abordar sucintamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también conocido como TEDH), al objeto de dirimir si, primero, ha aceptado o no la introducción normativa de acciones positivas desde la óptica del género para, posteriormente, conocer si existen límites jurídicos a dicha tarea. Creemos que la respuesta es afirmativa, pero con los matices que también aquí es necesario hacer.<sup>43</sup>

El TEDH ha dejado explicitado en no pocas resoluciones que el art. 14 del Convenio no tiene existencia propia, independiente o autónoma y que, por dicha razón, su vulneración debe ser alegada junto al quebranto de otro derecho de los recogidos en el CEDH.<sup>44</sup> Aun así, ésta jurisprudencia parece que ha tenido un cierto viraje, en tanto en cuanto existen Sentencias en las que se ha dicho que limitar la posibilidad de alegar el precepto en consonancia con otro del Convenio privaría al mismo de todo efecto útil.<sup>45</sup> En segundo lugar, el propio TEDH ha reconocido que las diferencias de trato no quedaban prohibidas bajo el amparo del art. 14 de la norma convencional (dicho de otro modo: que no son discriminatorias), siempre y cuando se den tres condiciones básicas: que los supuestos de hecho fueran comparables, que se justificara la diferencia de trato en razones objetivas y, por último, que existiera cierta proporcionalidad entre los medios adoptados y los fines perseguidos.<sup>46</sup> Aun así, en el caso de que nos encontremos ante diferencias de trato basadas en motivos o causas especialmente sospechosas (como son las enumeradas en el art. 14 del Convenio, entre las que se encuentra el sexo), las razones que lleven a justificar la adopción deberán estar muy fundadas, quedando

---

<sup>42</sup> Cada una de las seis reuniones que se han celebrado hasta la fecha (la primera tuvo lugar en marzo de 1986, en Estrasburgo, mientras que la última ha sido celebrada en Estocolmo, en junio de 2006) han venido abogando por -de modo más o menos incisivo- la legitimidad política y jurídica de las acciones positivas a la hora de afianzar la igualdad de hecho entre sexos. Suele ser habitual aprobar una Declaración al finalizar cada reunión ministerial, en las que se suelen implementar planes con directrices concretas y específicas a observar por los Estados que forman parte del Consejo, en este caso, referidas a la igualdad de género. No podemos entrar aquí a evaluar todas y cada una de las resoluciones y medidas adoptadas por aquéllas, pero si es necesario dejar sentado que ya desde la primera declaración la previsión de acciones positivas ha sido una constante. Vid DURÁN y LALAGUNA, P; *op. cit.* en nota 43, pp. 127 y ss.

<sup>43</sup> La jurisprudencia del Tribunal ha sido también estudiada por POLO SABAU, J.R; "Igualdad y no discriminación en el Consejo de Europa: caracteres del juicio de igualdad en la jurisprudencia del TEDH", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11, 2008, pp. 293-311.

<sup>44</sup> *Caso Sindicato Nacional de Policía contra Bélgica*, de 27 de octubre de 1975, *Caso Rasmussen contra Dinamarca*, de 28 de noviembre de 1984, y *Caso Karlheinz Schmidt contra Alemania*, de 18 de julio de 1994, entre otros. Para ver un estudio sobre la igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede verse CARMONA CUENCA, E; "Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 311-334

<sup>45</sup> *Caso Iglesia Católica de la Canea contra Grecia*, de 16 de diciembre de 1997. Refuerza esa idea, son sin cierta crítica, CARMONA CUENCA, E; *op. cit.*, p. 320.

<sup>46</sup> *Caso Régimen lingüístico belga*, de 23 de julio de 1968

a su vez sometidas a criterios jurisprudenciales más estrictos (a imagen y semejanza de lo que ocurría con la jurisprudencia del TS de EEUU).<sup>47</sup>

En tercer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, al día de hoy, se ha aplicado en numerosas cuestiones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres, por lo que existe marco jurisprudencial en el que insertar la cuestión de las acciones positivas. Sin ánimo de exhaustividad, las materias a las que ha hecho frente han sido de muy diverso tipo, tales como las políticas migratorias, la igualdad en la recepción de ayudas y subvenciones económicas o la igualdad en la prestación de servicios obligatorios por parte de los poderes públicos.<sup>48</sup>

Además, existen dos casos concretos que apuntan en esa dirección. Son el *Caso Thilmmenos contra Grecia*, de 6 de abril de 2000, y el *Caso Stec y otros contra Reino Unido*, de 12 de abril 2006. En el primero de ellos se admite la denominada discriminación por indiferenciación, que de alguna forma hace las veces de base jurídica para la admisión de acciones positivas en sede judicial.<sup>49</sup> Aunque lo que se sustancia en este supuesto particular es una prohibición de discriminación por motivos religiosos (art. 14 CEDH en concordancia con el art. 9 del mismo), se acaba diciendo por parte del Tribunal que la norma griega cuestionada atentaba contra ambos, por no establecer ni contemplar medidas diferentes para supuestos de hecho o jurídicos diferentes, sin alegar una justificación objetiva y razonable.<sup>50</sup> En el segundo parece que, sin mencionarlas expresamente, también se otorga cierta legitimidad jurídica a la implementación de acciones positivas, en tanto en cuanto,

---

<sup>47</sup> *Caso Gaygusuz contra Austria*, de 16 de septiembre de 1996.

<sup>48</sup> Sobre la primera existe el *Caso Abdulaziz y otros contra Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985; acerca de la segunda trata el *Caso Van Raalte contra Países Bajos*, de 21 de febrero de 1997; en lo que hace a la tercera se puede consultar la Sentencia que resuelve el ya citado *Caso Karlheinz Schmidt contra Alemania*, de 18 de julio de 1994. Vid. CARMONA CUENCA, E; *op. cit.*, p. 330.

<sup>49</sup> Resumiendo mucho la polémica doctrinal que acompaña a este concepto, podemos definirla como aquel tipo de discriminación que tiene lugar de no adoptarse las medidas jurídicas necesarias ante situaciones diferentes. El principio de igualdad no sólo incluiría la prohibición de discriminación en su acepción clásica (no diferenciar entre supuestos iguales, especialmente por las causas odiosas reseñadas anteriormente), sino que incluiría una suerte de derecho al tratamiento de modo diferente, siempre que se estuviera ante supuestos diferentes. En caso de que dicho tratamiento no tuviera lugar, se estaría atentando, también, contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Vid. COBREROS MENDAZONA, E; "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 71-114.

<sup>50</sup> Los hechos que dan lugar a dicho caso se pueden resumir en los siguientes; en el año 1983 un Tribunal militar condena al recurrente a 4 años de prisión por insubordinación, delito contemplado en el Código penal militar griego. El motivo fue la negativa del litigante a vestir el uniforme militar en tiempos de movilización general alegando motivos religiosos. Finalmente, cumple dos años y un día de prisión y queda en libertad. En 1988 se presenta a unas oposiciones pero, a pesar de obtener el segundo puesto de los sesenta que había vacantes, queda excluido de la correspondiente adjudicación de plazas, por haber sido condenado penalmente, causa de exclusión prevista en la ley. Lo que el TEDH viene a decir es que dentro de aquéllas había que seleccionar y diferenciar, puesto que no era lo mismo haber sido condenado por el motivo que había tenido lugar en el presente caso, que por otras razones, constituyendo una discriminación para con el señor Thilmmenos su nombramiento para la plaza que meritoriamente había ganado.



según el apartado 66 de la misma, los cambios económicos y sociales no remuevan la necesidad de tratamientos especiales para las personas del sexo femenino.<sup>51</sup>

No podemos obviar el Protocolo nº 12 al Convenio, de 2000, donde su artículo 1.1 prohíbe que exista discriminación en el goce de los derechos reconocidos por el Convenio, entre otras causas por razón de sexo. Con razón la doctrina entiende que estamos ante un *living-tree* en constante evolución que algún autor califica ya de norma constitucional.<sup>52</sup>

En lo últimos tiempos se constata cierto avance del Consejo de Europa en pos de la paridad. Y lo ha hecho tanto desde el punto de vista normativo como desde el institucional, donde la Estrategia 2018-2023 anima a conformar mediante una composición equilibrada las diferentes instituciones representativas de los respectivos países europeos.

En los últimos tiempos cierta jurisprudencia convencional confirma esos vientos de cambios, especialmente el *Caso Zevnik y otros c. Eslovenia, DTEDH de 5 de diciembre de 2019*). Lo más importante que sienta el Tribunal en esa decisión de inadmisión es que la adopción de una política de cuotas era lícita desde el punto de vista del Convenio. Incluso añade que el avance en la igualdad por razón de sexo es uno de los objetivos primordiales e irrenunciables de los Estados del Consejo de Europa y que “la interferencia en cuestión perseguía el fin legítimo de reforzar la legitimidad democrática asegurando un mayor equilibrio en la representación de los hombres y las mujeres en el proceso de decisión política”. El TEDH, a continuación, analiza si la denegación del registro de la candidatura ha sido proporcionada al fin legítimo perseguido. Observa que el sistema de cuotas no solo está permitido, sino que se encuentra directa y explícitamente auspiciado por diversas normas del Consejo de Europa cuyo incumplimiento se reprueba. El TEDH también da un peso considerable a la visión del Tribunal Constitucional del país, en el sentido del recordatorio que realiza: los partidos políticos debían respetar de antemano las cuotas de representación puesto que sabían de antemano que serían excluidos de las elecciones si no lo hacían. El Tribunal de Estrasburgo observa que los demandantes no han tenido la diligencia necesaria en la correcta elaboración de las listas por incumplir los requisitos paritarios. El TEDH, por consiguiente, observa que la decisión de no permitir correcciones se ha basado en la finalidad legítima que contempla la ley de asegurar el cumplimiento de los plazos de los procesos electorales y el respeto al principio de igualdad de sufragio. Dadas las

---

<sup>51</sup> En ese sentido es también interesante observar el voto concurrente emitido por el Magistrado Costa, en el conocido como Caso D.H contra República Checa o Caso Ostrava, de 7 de febrero de 2006. Vid. CARMONA CUENCA, E; op. cit. en nota 52, p. 751 y ss. Véase también el trabajo de REY MARTÍNEZ, F; “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 79, 2007, pp. 279-307.

<sup>52</sup> Vid. GARCÍA ROCA, J; *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 154 y ss; y LÓPEZ GUERRA, L; “Los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el ordenamiento español”. En ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup> (coord; et. al): *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 600 y ss.

circunstancias del caso y la amplia discrecionalidad de la que disponen los Estados al organizar y celebrar los procesos electorales, el TEDH considera que la denegación de las listas de los candidatos no ha sido desproporcionada. De ello deduce estar ante una queja manifiestamente infundada, por lo que inadmite a trámite la misma.<sup>53</sup>

c) La Unión Europea

Con la Unión Europea sucede algo similar a lo que se ha visto ya respecto al Consejo de Europa y, en general, a lo que acaece en buena parte de los ordenamientos nacionales insertos en dichas organizaciones. El punto de inflexión que marca y ejemplifica el cambio de tendencia tiene lugar con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999. No son pocas las referencias que se hacen a la igualdad entre mujeres y hombres a lo largo de su articulado, despuntando un precepto como el art. 141 (antiguo 119), en concreto su apartado 4, que dice así: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”<sup>54</sup> Sólo un año después, en el 2000, la UE decidió reforzar esta visión de la igualdad, en el seno de la denominada *Carta de Niza*, primera declaración de derechos y libertades creada por la organización europea.<sup>55</sup> Merece especial atención lo dispuesto en su art. 23, estableciendo que: “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”. Por lo tanto, apuesta decidida y en firme, no sólo por las acciones positivas en materia laboral, sino en cualquier otro campo, pero tampoco exclusivamente a favor del colectivo femenino, sino previendo la *bidireccionalidad*, esto es, la posibilidad de que sean beneficiarios de estas medidas tanto mujeres como hombres, en función de cuál sea el sexo infra-representado.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Véase BOUAZZA ARIÑO, O; “El derecho a la igualdad por razón de sexo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 49, 2018, p. 23 y ss; y, del mismo autor, “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, nº 212, 2020, p. 156 y ss.

<sup>54</sup> El marco jurídico general que este Tratado estableció, en lo que a cuestiones igualitarias se refiere, se cifra en el art. 2, en el que se recoge como misión de la Comunidad conseguir la igualdad entre mujeres y hombres, aplicándose transversalmente en el seno de las políticas públicas europeas y de los Estados Miembros.

<sup>55</sup> Aún así, el Acta Única Europea (1986) establecía en su Preámbulo la necesidad de la promoción conjunta de la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social.

<sup>56</sup> La Carta dedica también otros preceptos al principio de igualdad, como el art. 2 (igualdad ante la ley) o el art. 21 (prohibición de discriminación por razón de sexo, raza o etnia, entre otros), norma cuya eficacia jurídica ha venido a ser confirmada por el art. 6 del Tratado de Lisboa, el cual entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Para un estudio sobre el principio de igualdad y las acciones positivas en aquélla, vid. GILES CARNERO, R; “El principio de igualdad entre hombres y mujeres

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea derivado también existe suficiente base jurídica que permite (y obliga a) adoptar este tipo de mecanismos, dentro de los que destacan las Directivas 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976; la 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997; la 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002; la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004; 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.<sup>57</sup> También la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 diciembre de 2004, que recoge sin ambages las acciones positivas a favor de la mujer.<sup>58</sup> Y, por último, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 1 de marzo de 2006, mediante la cual se ha implementado el vigente *Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010*.<sup>59</sup> Baste decir que a favor de la igualdad de género se identifican 6 áreas prioritarias de acción en las que las instituciones europeas y los Estados Miembro deben centrar sus esfuerzos, siendo una de sus principales metas alcanzar la misma representación en la toma de decisiones.

Quedaría huérfano el repaso a la idea de acción positiva en la UE si no se esbozan, aun brevemente, las principales líneas jurisprudenciales que ha seguido el Tribunal de la Unión Europea en esta materia.<sup>60</sup> La mayor parte de casos que

---

(arts. 20 y 23 CDFUE)", en GARCÍA ROCA, J; y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.); *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 541-559.

<sup>57</sup> Un estudio exhaustivo puede consultarse en PALOMINO, R; "La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de la discriminación positiva en Europa", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008, pp. 479-500. Sobre esta materia, también existe un Informe de la Comisión Europea, del año 2005, que merece ser comentado: *Equality between women and men in the European Union*, cuya lectura se ha realizado en el siguiente enlace: [http://eCEuropa.eu/employment\\_social/publications/2004/ke6304949\\_en.pdf](http://eCEuropa.eu/employment_social/publications/2004/ke6304949_en.pdf) (Último acceso: 24/02/2021).

<sup>58</sup> Criticada por antigua e indulgente por parte del Grupo de Expertos sobre acciones positivas del Consejo de Europa. En el mismo sitio también se critica que la recomendación no sea legalmente vinculante y que el hecho de que estemos ante un instrumento político más que jurídico podría haber contribuido a menguar su potencial. Vid. *Informe 2000*, p. 38.

<sup>59</sup> Anteriormente, existía otro Plan del mismo tenor, para el periodo comprendido entre los años 2001-2005, recogido en la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000. En el informe que la Comisión Europea elevó a otras instituciones comunitarias, quedan recogidos los claro-oscuros que pudieron observarse a la hora de la implementación práctica del mismo. Vid. "Informe de evaluación final de la Estrategia Marco y del Programa de Acción Comunitario relativo a la Estrategia Comunitaria sobre la Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001-2006)". <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0503:FIN:ES:PDF>. (Último acceso: 24/02/2021). En esta materia es de referencia la obra de ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup>; *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 40-44.

<sup>60</sup> Existen numerosos estudios doctrinales españoles sobre dicha jurisprudencia; se puede consultar el de ELVIRA PERALES, A; "En torno a la jurisprudencia europea sobre la igualdad entre hombres y mujeres", en LOMBARDO E. y GARCÍA INDA, A (coords.); *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002, pp. 61-78 y el de HERNÁIZ SIERRA, E; "Las medidas de acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Evolución y análisis crítico", en LOMBARDO E. y GARCÍA INDA, A (coords.); *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002, pp. 105-125. También se han ocupado de dicha materia REY MARTÍNEZ, F; "Cuotas electorales

resuelve el Tribunal provienen del planteamiento de cuestiones prejudiciales en las que se insta al mismo a pronunciarse sobre la compatibilidad de medidas de acción positiva implementadas por la legislación de determinados Estados miembros de la UE, respecto al Derecho comunitario, en concreto respecto al art. 2.4 de la Directiva arriba referida (76/207/CEE) y también respecto al art. 141.4 del Tratado de Ámsterdam.<sup>61</sup>

Los principales casos de los que extraemos la línea jurisprudencial seguida por el TUE son el *asunto Kalanke* (C-450/93, de 17 de octubre de 1995); el *asunto Marschall* (C-409/95, de 11 de noviembre de 1997); el *asunto Badeck* (C-158/97, de 28 de marzo de 2003); el *asunto Abrahamsson* (C-407/98, de 6 de julio de 2000); el *asunto Lommers* (C-476/99, de 19 de marzo de 2002); el *asunto Schnorbus* (C-79/99, de 7 de diciembre de 2000); y el *asunto Briheche* (C-319/03, de 30 de septiembre de 2004). Los criterios y reglas empleados en dicha jurisprudencia aparecen en buena medida compilados en las dos primeras resoluciones, por lo que serán ellas nuestro principal foco de atención.<sup>62</sup>

Antes de entrar a estudiar brevemente las vicisitudes que rodearon a cada caso concreto, debemos dejar sentado que el propio TUE apostó temprana y claramente por la igualdad, elevando el principio igualitario y de no discriminación del art 141 del Tratado (antiguo 119) a la categoría de derecho fundamental directamente alegable ante la justicia por los ciudadanos comunitarios, cuando tuvo la oportunidad de resolver sobre los *asuntos Defrenne* (I, II y III, de 1971, 1976 y 1978, respectivamente).<sup>63</sup> Tal doctrina sigue en vigor en la actualidad, tal y como se desprende del *asunto Caballero*, del año 2000.<sup>64</sup>

---

reservadas a mujeres y Constitución”, *Aequalitas*, nº 1, 1999, pp. 52-59 y BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup>.A; *op. cit.* en nota 30, pp. 13-20.

<sup>61</sup> Parte de la doctrina española no ha dejado de mostrar sus discrepancias a la hora de analizar el alcance de este precepto. Para la profesora Teresa Freixés la norma sería de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros, sin que puedan entrar a valorar la adopción de esta clase de políticas, que incluso podrían ser de aplicación directa por estar contenidas en una norma de derecho originario. Por otra parte, el profesor Miguel Rodríguez-Piñero defiende que lo establecido en ese art. 141.4 del Tratado otorgaría cobertura jurídica a este tipo de medidas, pero no las impone. Vid FREIXÉS SANJUAN, T; “La igualdad entre las mujeres y los hombres en el proceso de integración europea”, en VVAA; *op. cit.* en nota 30, pp. 57 y ss, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M; “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TUE”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1997, p. 109.

<sup>62</sup> Un pormenorizado análisis de dicho acervo jurisprudencial se puede consultar en ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup>; *op. cit.*, pp. 119-292.

<sup>63</sup> STUE 80/70, *Defrenne v. Sabena*, de 1971, STUE 43/75, *Defrenne v. Sabena* (II), de 1976 y STUE 149/77, *Defrenne v. Sabena* (III), de 1978. A juicio del profesor Fernando Rey, la última de las Sentencias, la del año 1978, es el auténtico *leading-case* de la jurisprudencia comunitaria. Vid REY MARTÍNEZ, F; “La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, nº 47, p. 312, nota al pie número 8. También SALAZAR BENÍTEZ, O; “Las mujeres y la Constitución Europea. La insoportable *levedad* del género en la Unión Europea”, en CARRILLO, M y LÓPEZ BOFILL, H (coords); *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 519-552.

<sup>64</sup> STJUE C-442/00, de 12 de diciembre de 2002, *Asunto Ángel Rodríguez Caballero v. FOGASA*, apartado 32.

El *asunto Kalanke* fue uno de los casos más importantes y polémicos, allá por el año 1995, fundamentalmente por las dudas que creó en torno a la legitimidad y legalidad de las acciones positivas en el marco del Derecho de la Unión.<sup>65</sup> En el mismo se insta a dicho Tribunal a esclarecer y determinar si el sistema preferencial en favor de la mujer estipulado en una norma del Land de Bremen entra en colisión con el art. 2.4 de la Directiva 76/207, extremo que aprecia en base a tres argumentos, fundamentalmente. En primer lugar, arguyó que el apartado 4 del art. 2, en cuanto constituye una excepción al derecho a la no discriminación consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente (ap. 21). En segundo lugar, expuso que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el aquel precepto (ap. 22). En tercer lugar, un sistema como el empleado en *Kalanke* sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por la igualdad de resultado (ap. 23).<sup>66</sup>

En el *asunto Marschall* se volvió a plantear el asunto de la compatibilidad de las acciones positivas con las normas comunitarias.<sup>67</sup> El caso es muy similar al anterior, dado que mediante cuestión prejudicial se pregunta al Tribunal si una norma promocional a favor de la mujer en el ámbito laboral-funcionario del Land de Nordrhein-Westfalen atenta o no contra las disposiciones comunitarias en la materia, en concreto contra el art. 2.4 de la Directiva 76/207. Lo único diferente del supuesto es quizás lo más relevante, fallando que la medida cuestionada es válida jurídicamente hablando. ¿Qué es lo que ha cambiado? La aparición de lo que el mismo órgano jurisdiccional denomina como cláusula de apertura. Así dirá que a diferencia de la normativa examinada en la Sentencia *Kalanke*, la disposición controvertida contiene una cláusula conforme a la cual las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor (ap. 24). Añade que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades (ap. 29). Y, recordando aquella jurisprudencia de que no cabe la admisión jurídica de la preferencia absoluta e incondicional en la promoción de puestos laborales (ap. 32), alude a la necesidad de apreciar objetivamente las candidaturas que se presenten en los procesos de selección, sin que los criterios selectivos puedan ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas (ap. 33 y 35). Dicho de otro modo, de incluirse en las normas de los Estados Miembro algún tipo de cláusula abierta a la valoración objetiva de

---

<sup>65</sup> STJUE C-450/93, de 17 de octubre de 1995.

<sup>66</sup> Muchas han sido las críticas que desde diversas ópticas se han formulado a la resolución, en particular respecto a su escasa y embarullada argumentación jurídica. Por todos, ATIENZA, M; "Un comentario al caso *Kalanke*", *Doxa*, nº 19, 1996, pp. 111-122; MILLÁN MORO, L; "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998, pp. 171-204; RUIZ MIGUEL, A; "La discriminación inversa y el caso *Kalanke*", *Doxa*, nº 19, 1996, pp. 123-140; y MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>. A; "Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia *Marschall*". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, 1998, pp. 313-336.

<sup>67</sup> STJUE C 409-95, de 11 de noviembre de 1997.

todos los candidatos concernidos, el sistema promocional será conforme al Derecho comunitario, tal y como muestran los sucesivos casos que se le han planteado al órgano sobre la materia, citados más arriba.<sup>68</sup>

En los últimos tiempos la relación de la Unión Europea con el principio de igualdad es una relación compleja, con ciertos avances y retrocesos, pero claramente a favor de integrar el principio igualitario en las políticas públicas tanto de los Estados miembro como de la Unión, con especial incidencia y relevancia en el que probablemente constituya el ámbito clave de las relaciones económicas actuales: el laboral.<sup>69</sup>

En dicho marco no han sido pocos los Estados europeos que, mediante un mecanismo u otro, han acabado otorgando carta de naturaleza jurídica a las acciones positivas, aunque existen importantes diferencias entre ellos.<sup>70</sup> Baste con decir que tal y como numerosos estudios demuestran, países como Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Suecia, Dinamarca o Noruega, entre otros, han apostado por las mismas desde hace lustros, modificando incluso en algún casos sus Constituciones, o bien confiando en el legislador para tal fin.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> En suma, podemos hablar de un juicio de objetivación a la hora de interpretar el principio de igualdad de trato, criterio que tampoco es ajeno a nuestra jurisprudencia constitucional como luego se verá. Esto significa, como regla general, que situaciones comparables deberán ser tratadas de forma igual, así como situaciones diferentes de forma diferente, salvo que concurran causas objetivas que justifiquen lo contrario. Tal es el criterio adoptado en al *asunto Arcelor* (C-127/07), de 16 de diciembre de 2008 (ap. 23). Dicha polémica ha vuelto a aparecer en el *asunto Compañías de Seguros* (C- 236/09), de 1 de marzo de 2011. A través del mismo se ha anulado el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, que establecía como excepción la posibilidad de favorecer a las mujeres conductoras a la hora de calcular las primas de riesgo del seguro de circulación. El Tribunal anula tal previsión, en tanto en cuanto se estaría permitiendo aquélla de forma indefinida e ilimitada (aps. 31 y 32). Por ello declara inválido el precepto a partir del 21 de diciembre de 2012, por contravenir la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva citada, resultando además incompatible con los art. 21 y 23 de la Carta de Niza (aps. 28-32).

<sup>69</sup> Vid. FERRER MARTÍN DE VIDALES, C.: “Igualdad y no discriminación de trabajadores con contrato de duración determinada en el ámbito del sector público: la jurisprudencia del TJUE en relación a España”, *Revista Española de Derecho Europeo* nº 71, 2019, p. 180 y ss; FERRER MARTÍN DE VIDALES C.: “Semestre Europeo: la supervisión de las políticas económicas, presupuestarias y fiscales del Estado Español”, *Revista Foro, Nueva época*, vol 21, nº 2, 2018, pp. 157-182; y MARTÍNEZ SIERRA, J.M.; y FERRER MARTÍN DE VIDALES, C.: “La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, *Estudios de Deusto*, Vol 65, No 2 (2017), pp. 211-245.

<sup>70</sup> Vid. CASQUEIRO CARDOSO, J; “Pour une compréhension de droit comparé de l’action positive”, *Sociologia del diritto*, nº 2, 1996, pp. 41-87.

<sup>71</sup> Vid. MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A.; “Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003-2004, pp. 321-349. Para el caso teutón puede verse FALCÓN Y TELLA, M<sup>a</sup>.J.; “Las acciones positivas en la legislación europea. El Derecho alemán”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008, pp. 255 y ss; ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup>; *op. cit.* en nota 71, pp. 293-354. GIMÉNEZ ALCOVER, P; “Las leyes alemanas de igualdad”, en MESTRE i MESTRE R (coord.); *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 90. RAASCH, S; *Frauenquoten und Männerrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1991; y PETERS, A; *Women, quotas and constitutions: a comparative study of affirmative action for women under American, German, EC, and international law*, Kluwers-Law International, Boston, 1999, pp. 129-229. Italia ha sido estudiada por D’ALOIA, A; *Eguaglianza Sostanziale e Diritto Diseguale. Contributo allo Studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002; por GARCÍA GÓMEZ, A; “Legislación italiana sobre acciones positivas a favor de las mujeres en el sector de la participación

La evolución de este tipo de medidas es palpable a la luz de los últimos avances en la materia, como por ejemplo demuestra los rendimientos que está produciendo para casi toda Latinoamérica el Pacto de San José de Costa Rica, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entablado un diálogo judicial fructífero con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han entablado un diálogo fructífero que aquí solo podemos esbozar, recordando la apuesta -siempre polémica- por la *perspectiva de género* a la hora de interpretar los derechos fundamentales de todos<sup>72</sup>.

#### 4. Las acciones positivas en el ordenamiento constitucional español

En las siguientes líneas vamos a analizar exhaustivamente el régimen jurídico de las acciones positivas en España. En concreto, se indagará sobre su integración normativa, bosquejando un concepto aproximado de aquéllas. Además, también se abordará la tarea de caracterizar a las mismas, así como el estudio de la jurisprudencia constitucional en la materia, al objeto de conocer si las medidas aludidas casan o no con nuestros parámetros constitucionales.<sup>73</sup>

Hasta el momento se ha visto cómo, tanto desde la óptica internacional como desde la europea, y tanto desde el punto de vista de legal como jurisprudencial, la realidad de las acciones positivas está plenamente integrada en diferentes ordenamientos. Aun así, es necesario adentrarse quizás algo más -y ya en el marco jurídico referido a España- al objeto de, en primer lugar, conocer la forma en que se ha recibido y conceptualizado tal medida por nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, conocer las principales características que a la misma pueden atribuirse. Tareas que deben realizarse teniendo presentes ciertas dificultades añadidas, ya que la confusión y ambigüedad conceptual supone ciertos obstáculos

---

política”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008, pp. 348 y 349. Y por BALLESTRERO, M. V<sup>a</sup>; “La Ley italiana sobre acciones positivas: Una primera lectura”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, n<sup>o</sup> 1, 1993, pp. 208-227. Francia ha ocupado a ROUSSEAU, D; “Los derechos de la mujer y la Constitución francesa”, en VVAA, *op. cit.* en nota 28, p. 105 y ss; a MOSSUZ-LAVAU, J; y SINEAU, M: “France”, en LOVENDUSKI, J; y HILLS, J (eds.); *The politics of the second electorate: Women and public participation*; Routledge, London, 1981, pp. 112-133. Y a HAQUET, A; “L’action positive, instrument de l’égalité des chances entre homes et femmes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n<sup>o</sup> 2, 2001, p. 333. Para el supuesto belga es de utilidad el trabajo de DROOGHENBROECK, S; y HACHEZ, I; “L’introduction d’égalité entre les homes et les femmes dans la Constitution”, *Revue Belge du Droit Constitutionnel*, n<sup>o</sup> 2, 2002, pp. 153-182, mientras que una panorámica de lo ocurre en los países nórdicos puede leerse en ROSEBERRY, L; “Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia”, *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, n<sup>o</sup> 43, 2002. p. 215-256; y en FREIXÉS SANJUAN, T; “Las leyes de igualdad en el marco europeo”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, n<sup>o</sup> 3 (extra), año 4, 2006, pp. 153-188.

<sup>72</sup> Vid. CARMONA CUENCA, E; “La perspectiva de género y los derechos humanos”. En CARMONA CUENCA, E; (coord.); *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 30 y ss.

<sup>73</sup> Un estudio de conjunto imprescindible es el de REY MARTÍNEZ, F; *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

en la labor de contribuir a aclarar qué sean esas acciones positivas y cuáles sus principales rasgos definitorios.<sup>74</sup>

A) Definiciones doctrinales y regulación normativa de las acciones positivas

Comenzando con las definiciones doctrinales que se han aportado al debate, el profesor Fernando Rey considera que puede entenderse por acciones positivas todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho.<sup>75</sup> El profesor Alfonso Ruiz Miguel considera que dichos instrumentos pueden caracterizarse en general como todo tipo de medidas que tienen el fin de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades.<sup>76</sup> Para Raquel Osborne, tales medidas consisten en el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de lograr la igualdad en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios.<sup>77</sup>

Según María Ángeles Barrére, por acción positiva podemos entender una serie de medidas o planes vinculados de un modo u otro al Derecho (fundamentalmente al poder normativo de la Administración) y destinados a eliminar la desigualdad o discriminación intergrupala.<sup>78</sup> El profesor Elviro Aranda, finalmente, pone el acento en que los rasgos que dan lugar a las acciones positivas han de ser transparentes e inmodificables, lo que, en referencia a nuestro orden constitucional, reconduce el asunto a los factores plasmados en el art. 14 de nuestra Carta Magna, acotando y delimitando de este modo el radio de acción de estas medidas.<sup>79</sup>

B) Regulación estatal

Existen esfuerzos también en el ámbito jurídico-positivo para definir el concepto. El momento clave, creemos, se puede situar en la promulgación de la Ley de Igualdad del año 2007, pero anteriormente a la misma existe cierta normativa que vendría a preparar el terreno para el acogimiento y desarrollo de aquéllas en nuestro sistema. Aun así, hay que dejar sentado desde ahora que, en el ordenamiento jurídico español, sea venido a adoptar -y adaptar- la recogida por los

---

<sup>74</sup> La profesora M<sup>a</sup> Ángeles Barrére, una de las voces autorizadas en la materia, llama la atención sobre estas dificultades en la mayor parte de los trabajos que ha elaborado. A título de ejemplo, véase BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup> A; “De la acción positiva a la *discriminación positiva* en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, n<sup>o</sup> 51, 2004, p. 28.

<sup>75</sup> REY MARTÍNEZ, F; *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid, p. 85.

<sup>76</sup> RUIZ MIGUEL, A; *op. cit.*, p.126.

<sup>77</sup> OSBORNE, R; “Acción positiva”, en AMORÓS, C; *10 palabras clave sobre mujer*, Verbo Divino, Estella, 2002, p. 297.

<sup>78</sup> BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup>. A, “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n<sup>o</sup> 9, 2003, pp. 18 y 19.

<sup>79</sup> ARANDA ÁLVAREZ, E; *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 44.



textos internacionales y europeos que regulan la materia (en concreto, las Directivas referidas anteriormente).<sup>80</sup>

Alguna carencia puede observarse desde hace años, concretamente cuando el legislador español dicta la *Ley 39/1999 de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*; trasponiendo normativa comunitaria a nuestro Estado<sup>81</sup> se apuesta decididamente por la adopción de una serie de medidas presididas por la constatación de que los profundos cambios sociales operados por la plena incorporación de la mujer al ámbito laboral exigen reconfigurar el sistema, contemplando un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres. Aunque la ley no prevé acciones positivas como tal, sí es sensible a las transformaciones (de género) que la sociedad española viene sufriendo, en concreto en su faceta laboral.

En el año 2004 se promulga la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, norma sumamente polémica por varios motivos en los que no podemos entrar aquí, y cuya constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio ante nuestro Tribunal Constitucional.<sup>82</sup> A pesar de que a lo largo del articulado no se encuentra ningún precepto dedicado exclusivamente a la regulación de las acciones positivas, en el apartado II de la *Exposición de Motivos* se hace mención explícita de las mismas de la siguiente forma: “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.”

No acaba ahí la batería de medidas legales que se han tomado en relación con la igualdad de género en España, aunque se sigue sin apreciar la plasmación conceptual de qué sean las medidas positivas que aquí se estudian. A pesar de que sería discutible que pudieran existir este tipo de acciones en esta materia, la *Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios* muestra cierta sensibilidad hacia la lógica interna

---

<sup>80</sup> Vid. FABREGAT MONFORT, G; *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 17 y ss.

<sup>81</sup> Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, y Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio de 1996.

<sup>82</sup> El Tribunal Constitucional ha dictaminado ya en varias ocasiones sobre la constitucionalidad de algunas previsiones contenidas en dicha norma, en el sentido que se verá posteriormente. Los *leading-cases* son la STC 59/2008, de 14 de mayo y la STC 45/2009, de 19 de febrero, especialmente el primero. Vid. OVEJERO PUENTE, A.M<sup>a</sup>; “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la ley de igualdad a debate”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n<sup>o</sup> 86, 2009, pp. 185-214; MARÍN LÓPEZ, P; “La constitucionalidad de la respuesta penal de la Ley Integral frente a la violencia machista”, *Aequalitas*, n<sup>o</sup> 24, 2009, pp. 39-49. Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; “La respuesta del Tribunal Constitucional ante la regulación legal de la violencia de género”, en MATIA PORTILLA, F.J (dir.); *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 139-171.

que preside aquéllas, poniendo en el mismo plano nobiliario a los dos sexos, tal y como se puede comprobar en su art. 2, párrafo primero; declarada la igualdad entre ambos sujetos en el derecho de sucesión, dice que: “Dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer.”.

Dicha norma ha sido sometida al criterio del Tribunal Constitucional en fechas no muy lejanas. La Audiencia Provincial de Madrid planteó la cuestión de inconstitucionalidad nº 7701/2007 ante el Juez Constitucional, alegando la posible quiebra de los arts. 9.3 y 14 CE por los apartados tercero y cuarto de la disposición transitoria única de dicha norma legal. El Pleno del TC, mediante Auto 389/2008, de 17 de diciembre, inadmitió a trámite la cuestión, por considerarla notoriamente infundada (FJ 3). La polémica sobre esta cuestión viene de tiempos lejanos. A través de la STC 126/1997, de 3 de julio, se dictaminó que la normativa (preconstitucional) reguladora de la transmisión *post mortem* de los títulos nobiliarios -que a su vez se basa en la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado- no era discriminatoria por razón de sexo, en concordancia con la STC 27/1982, de 24 de mayo. Tribunal dictaminó que tales honores no quedan vedados con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Esto, unido a que su régimen jurídico es un todo que no cabe compartimentarse, supone aceptar que el mismo queda configurado por las directrices establecidas en su momento, en aras de proteger la coherencia del modelo. Máxime cuando de meros “*nomen honoris*” se trata, sin mayor valor que el que socialmente se le quiera otorgar en cada momento [FJ 12 C)]. Los criterios de la mayoría fueron puestos en tela de juicio por tres Magistrados, a través de dos Votos Particulares, en los que se dejaba constancia de sus discrepancias procesales y materiales.<sup>83</sup>

La apuesta decidida, concreta y definitiva a la hora de dotar de plena operatividad jurídica a las acciones positivas, a nivel estatal, ha tenido lugar con la propia Ley Orgánica de Igualdad de 2007, que es la que aporta la definición de las mismas, en su vertiente de género.

No se puede olvidar que las acciones positivas son medidas que también pueden aplicarse en favor de la igualdad material de diferentes colectivos o grupos que se encuentren en situación de desigualdad para con sus similares, como ocurre también en el caso de los discapacitados, o de las minorías étnicas y raciales. En España existe la obligación de reservar el 2% de puestos laborales en empresas de al menos 50 trabajadores para personas discapacitadas, según establece el RD 1451/1983, modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo. Sobre estas cuestiones tuvo oportunidad de pronunciarse el Juez de la Constitución, en la STC 269/1994, de 3 de octubre, declarando tal previsión constitucional. A juicio del mismo, existía efectivamente una situación discriminatoria en perjuicio del grupo

---

<sup>83</sup> Vid. MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A.; “La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 99, 1999, pp. 303-312.

que se pretendía favorecer, superando la medida el test de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>84</sup>

El art. 11.1 dice así: “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”. El apartado 2 del mismo precepto estipula que también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley. Por ello es éste y no otro el marco legal de al que creemos se debe acudir para cimentar la posibilidad de adoptar este tipo de medidas en favor de la mujer. A lo peor, quizás se estaría cerrando la puerta a contemplar las mismas para los hombres, en el caso de que en un futuro fueran necesaria, cuestión que como ya es sabido no es ajena a alguno de nuestros vecinos europeos.<sup>85</sup>

Para no extendernos en exceso a la hora de comentar la plasmación de estas acciones en la normativa española, debemos hacer una breve alusión al *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011)*, en el que, recogiendo el concepto de acción positiva del art. 11 LOI, lo articula y observa como un método válido y capaz para luchar contra la situación de inferioridad de la mujer.<sup>86</sup> Similares postulados contiene, por lo demás, el Informe-Balance emitido por el

---

<sup>84</sup> Vid. ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup>; “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres”, *Aequalitas*, nº 20, 2007, p. 13 y GÓMEZ ORFANEL, G; “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008, p. 389.

<sup>85</sup> El art. 14.6 de la LOI creemos que sirve de muestra de lo que se dice, ya que prevé que solamente las mujeres comprendidas en determinadas situaciones (las migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, mujeres mayores, viudas, o las mujeres víctimas de violencia de género) pueden beneficiarse de las eventuales acciones públicas adoptadas en su ayuda. Quizás consciente de ello, desde instancias gubernamentales se elaboró y dio curso parlamentario al *Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, el 10 de junio de 2011, cuya radio de acción se ha ampliado en la lucha contra la discriminación, aunque resultara finalmente fracasado. Buena muestra de ello es la definición que realiza de las acciones positivas, en su art. 11, en términos mucho más globales. Dirá que por tales se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan. El texto puede verse en: [http://www.migualdad.es/ss/Satellite?cid=1244651016096&pagename=MinisterioIgualdad%2FPage%2FMIGU\\_contenidoFinal](http://www.migualdad.es/ss/Satellite?cid=1244651016096&pagename=MinisterioIgualdad%2FPage%2FMIGU_contenidoFinal). (Último acceso: 24/02/2021). A la luz de las polémicas recientes que acaecieron en 2021 en España sobre la llamada *Ley Trans*, quizá no sería del todo inadecuado retomar el espíritu de este proyecto e ir construyendo despacio y con tino, sin olvidar que las leyes se dirigen a mejorar la vida de las personas. Vid. DE LORA, P; *op. cit.*, p. 130 y ss.

<sup>86</sup> Al hablar del Eje 4 (Educación), el Plan establece que se impulsen medidas de acción positiva para favorecer la integración de las alumnas en situación de vulnerabilidad. Vid <http://www.migualdad.es/igualdad/PlanEstrategico.pdf> (Último acceso: 24/02/2021).

Ministerio de Igualdad.<sup>87</sup> Posteriormente se han aprobado diversos Planes que parecen haber ido a una estrategia holística y global, no tan centrada en adoptar medidas promocionales en sectores concretos sino en combatir al máximo nivel determinadas lacras que subsisten en nuestro sistema, cuyo ejemplo acabado es el Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.

### C) Regulación autonómica

Por otro lado, la esfera autonómica tampoco ha sido ajena a tales esfuerzos. Así lo muestra el Estatuto de Cataluña de 2006, norma especialmente incisiva respecto a la igualdad de género, el cual hace una referencia explícita a las acciones positivas a favor de la mujer en su art. 153 apartado a).<sup>88</sup> Siguiendo con esa tónica, el Estatuto de Andalucía contiene similar previsión en su art. 14<sup>89</sup>, mientras que la norma estatutaria reformada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en vigor desde 2007 reconoce también sin ambages la posibilidad de que los poderes públicos puedan adoptar este tipo de medidas, en su art. 14.2.<sup>90</sup> Respecto a los Estatutos de la Comunidad Valenciana e Islas Baleares se da un hecho paradójico: mientras que reconocen en su seno las acciones positivas, las adoptan no a favor de las mujeres, sino, expresamente, en beneficio de los discapacitados, en el primer caso y de las personas dependientes, en el segundo (arts. 13.2 y 19.2, respectivamente).<sup>91</sup>

No podemos dejar de referirnos a lo que ocurre, siguiendo en el marco de las autonomías, a nivel legal y ejecutivo, ya que son muy escasas (por no decir

---

<sup>87</sup> *Informe-Balance: 2 años de aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, de 4 de marzo de 2009, p. 4. Vid: <http://www.igualdad.es/noticias/pdf/06.03.09 INFORME LEYIGUALDAD.pdf> (Último acceso: 24/02/2021).

<sup>88</sup> “Corresponde a la Generalitat (...) el establecimiento de acciones positivas para conseguir erradicar la discriminación por razón de sexo que tengan que ejecutarse con carácter unitario para todo el territorio de Cataluña”.

<sup>89</sup> “La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas”.

<sup>90</sup> “Los poderes públicos de Castilla y León garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas, promoviendo acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sobre todo en los ámbitos educativo, económico, laboral, en la vida pública, en el medio rural, en relación con la salud y con los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género.”

<sup>91</sup> El primer precepto dispone que “la Generalitat procurará a las personas afectadas de discapacidad su integración por medio de una política de igualdad de oportunidades, mediante medidas de acción positiva, y garantizará la accesibilidad espacial de las instalaciones, edificios y servicios públicos”, mientras que el segundo expone que “las Administraciones públicas de las Illes Balears procurarán a las personas dependientes su integración mediante una política de igualdad de oportunidades, desarrollando medidas de acción positiva, y garantizarán la accesibilidad espacial de las instalaciones, los edificios y los servicios públicos.” Del total de Estatutos de Autonomía que han sido reformados hasta la fecha, el único que no contempla estas medidas es el de Aragón (cuya entrada en vigor se produjo el 23 de abril de 2007). Para conocer en profundidad hasta qué punto se ha introducido la perspectiva de género en estos procesos reformativos puede verse CALVET PUIG, M<sup>a</sup>.D.; y SEVILLA MERINO, J; “Reforma estatutaria y perspectiva de género”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n<sup>o</sup> 20, 2008, pp. 17-66.

ninguna) las CCAA que no gozan bien de una Ley en la que se recoge la posibilidad de emplear estos mecanismos, bien de un Plan de Igualdad en el que éstos aparezcan regulados.<sup>92</sup> Sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar las siguientes. En la Comunidad Andaluza está en vigor la *Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía*, quedando plasmadas y reguladas las acciones positivas en materia laboral y a favor de las mujeres en sus arts. 22.2 y 35 a). En la Comunidad Autónoma Vasca está en vigor la *Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres*, en la que aquéllas aparecen mencionadas en numerosos lugares y preceptos, desde en el Preámbulo de la misma hasta en el precepto dedicado en exclusiva a su regulación: el art 3.5.<sup>93</sup> La *Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres en Castilla y León* no puede ser más clara al respecto, ya que en su art. 1 nos dice que su objeto es fomentar la igualdad de la mujer en la Comunidad Autónoma, “mediante la adopción de medidas de acción positiva para la corrección de desigualdades por razón de género”. Respecto a los Planes, como decíamos antes, pocas son las autonomías que carecen de estos instrumentos. Y, desde la óptica que aquí y ahora nos interesa, baste con decir que incluso algunos contienen en su propia nomenclatura (o contuvieron, si ya no siguen en vigor) el término aquí estudiado, como ilustran los ejemplos de Aragón y del Principado de Asturias.<sup>94</sup>

Por acciones positivas cabe entender, pues, aquellas medidas y planes públicos (o privados), que buscan la igualdad de hecho entre grupos y colectivos con rasgos hasta cierto punto inmutables y a su vez definatorios de su posición, eliminando las barreras y los obstáculos que pudieran existir a tal fin. Así, se presta aquí atención a las acciones positivas que tienen por objeto alcanzar mayores dosis de igualdad entre hombres y mujeres, sin que ello obste a que existan previsiones similares, como ya hemos apuntado anteriormente, a favor de otros colectivos sociales.

#### D) Características de las acciones positivas y disquisiciones doctrinales

¿Cuáles serían las notas básicas de éstas? Podemos resaltar hasta tres, principalmente. En primer lugar, son medidas temporales que diferencian para igualar, operando conforme a factores transparentes e inmutables (o cuanto

---

<sup>92</sup> Vid. SALAZAR BENÍTEZ, O; “La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas de igualdad de mujeres y hombres”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 75, 2006, pp. 161-211.

<sup>93</sup> Véase CAMPOS RUBIO, A; “La igualdad de mujeres y hombres: 30 años de Parlamento Vasco. La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 23, 2010, pp. 19-45. Por otra parte, la Comunidad Autónoma Vasca goza de tradición en la regulación de las acciones positivas, cuyo mejor ejemplo lo tenemos en el *Decreto 97/1993, de 6 de abril, sobre creación de la Comisión Interdepartamental para la coordinación de la ejecución del Plan de Acción Positiva para las Mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi*. Recientemente, la STC 13/2009, de 19 de enero, ha solventado las dudas constitucionales suscitadas al hilo de algunos aspectos contenidos en aquélla.

<sup>94</sup> En la Comunidad aragonesa se encuentra vigente el *Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de Administración General de la Comunidad Autónoma de Aragón 2021-2024* (véase: <https://www.aragon.es/-/planes>; último acceso: 11/02/2021)

menos, de costoso cambio) como podrían ser los enumerados por el art. 14 CE.<sup>95</sup> En segundo lugar, gozan de vocación de universalidad y transversalidad, susceptible de ser aplicada a las distintas esferas de la vida humana en las que exista aquel sesgo negativo y se desee, en la medida de lo posible, erradicar sus efectos perniciosos.<sup>96</sup> En tercer lugar, la adopción de este tipo de acciones no es ilimitada. Amén de su tenor coyuntural, la razonabilidad y la proporcionalidad respecto operan como criterios jurídicos a la hora de evaluar la legitimidad de las mismas.<sup>97</sup> Por ello, cuando los Tribunales establezcan que se ha quebrado ese u otro límite que pudiera existir a la adopción de aquéllas, dado que se basan en factores especialmente sospechosos y odiosos, la acción positiva sería discriminatoria y, por ende, no conforme a Derecho.

El problema que se presenta, llegados a este punto, es conseguir delimitar un núcleo propio que corresponda a las acciones positivas en comparación con otro tipo de medidas, sobre todo, en relación con aquellas denominadas de discriminación positiva, o inversa.<sup>98</sup> Así, la socióloga Sandra Dema ha expuesto que ambos conceptos no son equiparables y que, de hecho, el uso de uno u otro se puede seguir a lo largo del tiempo y del espacio: primeramente tuvo lugar la utilización del término discriminación asociado a adjetivos no negativos (positiva, inversa, favorable), como muestra de la legitimidad que ostentaría dicho instrumento a la hora de luchar contra las otras discriminaciones (las negativas), mientras que posteriormente se generalizó el empleo de la terminología acción positiva como categoría conceptual dominante, tránsito terminológico que habría

---

<sup>95</sup> Es de justicia reconocer que la redacción de dicho precepto es afortunada en tanto en cuanto prevé un *numerus apertus* en su parte final; cuando enumera los factores que son sospechosos de provocar discriminación, finaliza diciendo que “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, permitiendo que la norma constitucional siga teniendo plena vigencia en contextos sociales cambiantes que podrían traer nuevas causas discriminatorias consigo.

<sup>96</sup> Respecto al principio de transversalidad, la propia LOI recoge y define su significado en el art. 15, estableciendo que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

<sup>97</sup> El legislador español llevó a cabo sin duda una concienzuda revisión de la jurisprudencia constitucional en la materia, ya que la misma se ha centrado en el enjuiciamiento de las acciones positivas en base a tales requisitos. Vid. RUIZ MIGUEL, A; *op. cit.* en nota 77; MARTÍN CUBAS, J; “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, 1998, pp. 155-188; y GIMÉNEZ GLUCK, D; *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Valencia, 2004.

<sup>98</sup> Otro de los principales trabajos que intentan atajar de alguna forma la confusión conceptual existente en la materia es el de BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup>.A; *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas-IVAP, Madrid, 1997. Ejemplo de esto sería el Estatuto de Autonomía de Extremadura, en su versión reformada a través de la *Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero*. Mientras que el art. 7.12, habla de la remoción de obstáculos mediante medidas de acción positiva, el art. 9.29 establece como competencia exclusiva de la Autonomía las políticas de igualdad de género, especialmente la aprobación de normas y ejecución de planes para el establecimiento de medidas de discriminación positiva para erradicar las desigualdades por razón de sexo.

tenido lugar desde la década de los setenta, sufriendo mutaciones en los ochenta y consolidándose a mediados de los noventa.<sup>99</sup>

Aun así, se siguen observando estudios que recogen ambas o similares acepciones. En ese sentido, es de reseñar la aportación que realiza el profesor David Giménez. A su juicio, se pueden clasificar las medidas con vocación igualitaria en torno a tres categorías principales, a saber, las *medidas de igualación positiva*, las *acciones positivas*, que comprenderían a su vez las acciones positivas moderadas y las discriminaciones inversas (en estado puro y/o racionalizadas), y finalmente las *acciones protectoras*. Todas ellas tendrían como objetivo trataros desiguales o diferenciadores en aras de conseguir la igualdad material, pero, a los efectos que aquí interesan, mientras que las primeras tienen como finalidad buscar la igualdad material entre los ciudadanos individualmente considerados, las segundas buscarían, basándose también en rasgos diferenciadores, buscar la igualdad material entre los colectivos.<sup>100</sup>

Ahondando en esa idea, lo que hace de mayor dificultad la justificación constitucional de las segundas es que, según dicho autor, la diferenciación introducida se hace basándose en rasgos especialmente sospechosos (es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, los tasados específicamente en el art. 14 CE: nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), debiendo superar un test de constitucionalidad más estricto que las primeras, acogándose de modo expreso la doctrina jurisprudencial sobre la affirmative action emanada del TS norteamericano. Y, finalmente, para diferenciar entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, alude al momento en el que las mismas despliegan sus efectos: si operan en el punto de partida (garantizando el principio de igualdad de oportunidades, pero sin influir directamente en el proceso selectivo), estamos ante las primeras, mientras que si se trata de cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos de la Administración, plazas universitarias, etc.), nos encontramos ante las segundas.

Por ello, las acciones positivas así entendidas no lesionan directamente a los miembros del grupo no beneficiado, mientras que las medidas de discriminación inversa si lo harían (tanto mediante cuotas rígidas como a través de cuotas flexibles).

El esquema que sigue el constitucionalista Fernando Rey es similar al que se acaba de exponer, aunque algo más conciso. Las acciones positivas serían tratamientos jurídicos diferentes y mejores a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado, constituyendo una manifestación específica de la igualdad. Por el contrario, las discriminaciones positivas (o inversas) implican un tratamiento jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro

---

<sup>99</sup> DEMA MORENO, S; *A la igualdad por la desigualdad. La acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*, KRK Ediciones, Oviedo, 2008, pp. 47-56.

<sup>100</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D; *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 57-85. Estas últimas serían aquellas que, teñidas de paternalismo, no tienen intención de superar la desigualdad, favoreciendo la perpetuación del rol inferior de la mujer.

similarmente situado y, de modo *simétrico*, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Debido a tal extremo constituyen una excepción al principio de igualdad y, por ello, las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de género), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo).<sup>101</sup>

Alfonso Ruiz Miguel establece que esas discriminaciones inversas serían una especie dentro del género acciones positivas, caracterizadas por ser no desiguales, sino discriminatorias, en tanto en cuanto se basan en rasgos especialmente odiosos, operando en contextos de especial escasez, por lo que las acerca al concepto clásico de discriminación como tratamiento diferente y peor. El beneficio de unos tiene necesariamente como contrapartida el perjuicio de otros.<sup>102</sup>

Aportando mayor riqueza al debate, Raúl Canosa -una vez que declara que las medidas de acción positiva son menos polémicas y potencialmente más eficaces que otros mecanismos pro-igualdad- expone su desacuerdo con que se utilice el término discriminación positiva como sinónimo de aquéllas, toda vez que las mismas no reconocen derechos privativos en beneficio de los más débiles, sino que se adoptan para reforzar la protección de éstos.<sup>103</sup>

La postura que nosotros defendemos conjuga dos polos. El primero tiene que ver con una cuestión en parte lingüística y en parte jurídica, ya que usar el término *discriminación positiva*, como por otra parte ya han resaltado ciertos sectores doctrinales, supone una contradicción en los términos.<sup>104</sup> Discriminar es, esencialmente, una conducta negativa que implica tratos peores y normalmente degradantes para quienes la sufren, por lo que positivar tales comportamientos puede ejemplificar el manejo de hábiles recursos retóricos, pero hace flaco favor a la comprensión jurídica del asunto. No obstante lo dicho, algunos autores han juzgado pertinente emplear la nomenclatura en sus estudios.<sup>105</sup> El segundo tiene

---

<sup>101</sup> REY MARTÍNEZ, F; *op. cit.*, p. 55.

<sup>102</sup> RUIZ MIGUEL, A; "Discriminación inversa e igualdad", en VALCÁRCEL, A (comp.); *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 80 y ss.

<sup>103</sup> CANOSA USERA, R; "Igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los derechos humanos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11, 2008, p. 61.

<sup>104</sup> Por ejemplo, BÁRRERE UNZUETA, M<sup>a</sup>.A; *op. cit.* en nota 30, p. 23 y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A; "Encuesta sobre el orden sucesorio a la Corona", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 16, 2005, p. 36.

<sup>105</sup> Por ejemplo, vid. TENA, R, y DE LA NUEZ, E; "Cuota femenina y discriminación positiva", *Claves de razón práctica*, nº 178, 2007, pp. 31-35 y VELASCO ARROYO, J.C, "Luces y sombras de la discriminación positiva", *Claves de razón práctica*, nº 90, 1999, pp. 66-70. Incluso se pueden leer expresiones como "acciones positivas de discriminación inversa", para acto seguido hablar de "acciones de discriminación inversa", Vid. SALVADOR MARTÍNEZ, M; "Acción positiva para la promoción de la mujer en el sector público", en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>.L (ed.); *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), Málaga, 2004, pp. 571 y 572. Aun así, la Real Academia Española de la Lengua ha reconocido la expresión *discriminación positiva* como protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión, para lograr su plena integración social. Vid



que ver con el convencimiento de que se avanzará en mayor medida a favor de la igualdad de género si desde los trabajos científicos se aportan conocimientos aprehensibles para la mayor parte de la sociedad y no brumosos compendios terminológicos; en ese sentido, coincidimos plenamente con la profesora María Macías de que no existe necesidad de establecer escisiones conceptuales artificiales, puesto que actualmente la centralidad del debate la ostenta el término acciones positivas.<sup>106</sup>

Justamente por ese motivo, y basándonos en lo que hasta aquí hemos dicho creemos que se pueden diferenciar dos grandes sectores, el de las *medidas de igualdad en general* y el de las *medidas de igualdad específicas*, dentro de las cuales estarían las acciones positivas, cuyo concepto y caracteres han quedado referido más arriba. Con las primeras nos referimos a disposiciones y planes que tuvieran como objeto acercar, de forma genérica, bienes y servicios a personas o colectivos, en cumplimiento de los mandatos, derechos y preceptos constitucionales. Sobre todo, destacaría la vertiente no ya grupal, sino social, colectiva. Un ejemplo podría ser la adopción de una política tributaria progresiva (art. 31.1 CE) o la elaboración de un plan para garantizar el abastecimiento de recursos básicos en todos los territorios españoles (art. 149.1.1ª CE, en relación con el art. 138 y el art. 139 CE). De otro lado, el segundo tipo de medidas serían normas específicas que equiparan a individuos o colectivos tradicionalmente discriminados. Siguiendo estas directrices, estaríamos ante el núcleo de toda política pública de acción positiva (ejemplos de éstas podrían ser, con base en los arts. 9.2 y 14 CE, planes femeninos específicos de conciliación laboral, acceso preferente a un puesto determinado a igualdad de méritos, o la reserva de puestos e incluso cuotas a favor de los discapacitados). De este modo, aquí ya se trata de la concesión de ciertos bienes o derechos a favor de unos y, a su vez, en detrimento de otros, siempre y cuando cumplieran los requisitos establecidos jurídicamente a tales efectos.

#### E) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Finalmente, debemos hacer alusión a la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional español viene ocupándose desde casi sus comienzos de la interpretación, contenido y límites de la cláusula de igualdad. Así, vino a confirmar una distinción que actualmente puede considerarse clásica. Por un lado estaría la igualdad formal, plasmada en el art. 14 CE, que a su vez quedaría deslindada en dos vertientes, la igualdad en el contenido de la ley (en la ley), que vincula al legislador, y la igualdad en la aplicación de la ley, que obligaría tanto al poder ejecutivo como, especialmente, al poder judicial.<sup>107</sup> De otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico aparece también recogida la igualdad material, en el art. 9.2 CE, proclamando un mandato vinculante para todos los poderes públicos, al objeto de que actúen en

---

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=discriminación](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discriminación) (Último acceso: 24/02/2021).

<sup>106</sup> MACÍAS JARA, M, "En torno a la noción de acción positiva", en LOMBARDO E. y GARCÍA INDA, A (coords.); *op. cit.* en nota 71, p. 172; y BALLESTRERO M<sup>a</sup>.V<sup>a</sup>; "Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita", *Doxa*, n<sup>o</sup> 29, 2006, p. 60.

<sup>107</sup> Por todas, SSTC 144/1988, de 18 de septiembre, 73/1989, de 20 de abril y 48/1992, de 2 abril.

aras de remover las barreras y obstáculos que impidan el disfrute de la libertad e igualdad de la ciudadanía.<sup>108</sup> Será de la conjunción de ambos preceptos (en concreto, de la igualdad en la ley y de la promoción de esa igualdad material) donde encontremos el caldo de cultivo jurídico para el análisis de la adecuación de las medidas de acción positiva a favor de la mujer.

En sus primeras resoluciones el Juez Constitucional dijo que el principio de igualdad prohíbe que el legislador introduzca distinciones irrazonables o arbitrarias, por lo que el núcleo de la cuestión reside en resolver el interrogante que aparece como consecuencia de dicha afirmación.<sup>109</sup> Para ello, el Tribunal ha venido aplicando a lo largo y ancho de su jurisprudencia el juicio creado por otros operadores jurídicos. Y así, el principio de igualdad contenido en el art. 14 CE no obligaría a un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica.<sup>110</sup> Dicho en otras palabras, la igualdad constitucional no es acatada, aunque la Ley establezca y contemple supuestos diferenciadores, sino que lo sería en el caso de que no logre superar el test al que queda sometida la diferenciación normativa. Test que, además, deviene más exigente en tanto en cuanto el criterio que se use para establecer el trato diferente sea uno de los explícitamente contenidos por dicho precepto, entre los que se encuentra el sexo.<sup>111</sup>

El TC ha elaborado y aplicado el examen de estas medidas diferenciadoras en torno a dos criterios: razonabilidad y proporcionalidad. La concreción de ambos vendría dada por la confluencia de dos requisitos a su vez; de un lado, que el fin perseguido por la norma diferenciadora fuera constitucionalmente válido y, de otro, que los medios adoptados para la consecución del mismo sean adecuados, no excesivos por desproporcionados.<sup>112</sup> Si la disposición cumple con ambos, el principio de igualdad se ve libre de quebranto, pero si uno u otro (o ambos), no consiguen superar esas exigencias, la diferenciación será a buen seguro declarada inconstitucional, por atentar contra la prohibición de discriminación, también contemplada en el art. 14 de la Norma Fundamental.<sup>113</sup> Por otro lado, el TC

---

<sup>108</sup> Mandato que, como dijo la STC 83/1984, de 24 de abril y la STC 8/1986, de 21 de enero, es un fin propio del Estado social proclamado en el art. 1.1 de la Carta Magna española.

<sup>109</sup> STC 22/1981, de 2 de julio. Parafraseando al profesor Rubio Llorente, en principio nada impediría al legislador dotar de relevancia jurídica a las diferencias sociales. Vid. RUBIO LLORENTE, F; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997 (2ª edición), p. 631. Véase también ALONSO GARCÍA, E; *op. cit.*, *pássim*.

<sup>110</sup> STC 22/1981, de 2 de julio (FJ 3).

<sup>111</sup> STC 81/1982, de 21 de diciembre (FJ 2).

<sup>112</sup> Como ha notado algún sector doctrinal el propio TC parece dudar sobre las diferencias entre razonabilidad y proporcionalidad, hasta el punto de que los ha empleado como conceptos sinónimos en algunas resoluciones dictadas sobre la materia, como por ejemplo en la STC 2/1992, de 13 de mayo, o en la STC 192/1991, de 14 de octubre. Vid. RUIZ MIGUEL, A; *op. cit.* en nota 77, pp. 51 y ss. Un detallado análisis del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional en GONZÁLEZ BEILFUSS, M; *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

<sup>113</sup> Como quedó establecido en la STC 103/1983, de 22 de noviembre (FFJJ 5 y 6), en la que se dictaminó que la medida discutida (régimen de pensión de viudedad más favorable para la mujer

continuó perfilando los contornos, en este caso de la dictaminando que la corrección de los efectos dispares y de las desigualdades no aceptables socialmente podrían imponer la adopción de normas especiales o, lo que es lo mismo, medidas que implicaran ciertas dosis de desigualdad formal, en aras de cumplir el mandato del art. 9.2 CE.<sup>114</sup>

Teniendo en cuenta este bagaje, tuvo lugar la adopción de la conocida STC 128/87, de 16 de julio, en la que se sustancia una posible discriminación por razón de sexo. Si traemos a colación esta resolución es porque parece que la misma sentó las bases de la aceptación jurídico-constitucional de las acciones positivas a favor de la mujer, marcando un antes y un después en la recepción y admisibilidad de estas medidas en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>115</sup>

Se alegaba una vulneración del art. 14 CE por no otorgarse una ayuda económica en concepto de guardería a determinados hombres. La normativa impugnada preveía que dicho subsidio sólo estaba previsto para las mujeres trabajadoras y para los viudos con hijos menores de 6 años. De las razones aportadas en la resolución, en primer lugar, merece ser reseñada la establecida respecto a la inclusión expresa del factor sexual dentro del precepto mencionado arriba. En ese sentido nos dice que se contempló el mismo por la situación de inferioridad tradicional de la mujer (FJ 5). Además, defiende que las acciones positivas tienen la pretensión de reducir la situación de inferioridad de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) (FJ 7).<sup>116</sup> Por último, no deja de recordar que tales medidas deberán estar sometidas a revisión periódica, en aras de conocer si persiste o no tal discriminación (FFJJ 7 y 8).

Dicha doctrina se deja sentir, de una u otra forma, en resoluciones posteriores, tales como la STC 19/1989, de 31 de enero, la STC 145/1991, de 1 de julio, o la STC 229/1992, de 14 de diciembre, donde el Tribunal dictamina que la

---

que para el hombre) no cumplía las exigencias ligadas a la razonabilidad. Esa exigencia de una justificación objetiva y razonable, por otro lado, sigue siendo de obligada observancia, según jurisprudencia (relativamente) reciente. Vid. STC 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4), STC 34/2004, de 8 de marzo (FJ 3), y STC 38/2007, de 15 de febrero (FJ 8).

<sup>114</sup> Por todas, SSTC 98/1985, de 3 de julio y 18/1988, de 16 de febrero.

<sup>115</sup> De esa forma se pronuncia RUIZ MIGUEL, A; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, nº 16, 1996, p. 59, FERNÁNDEZ, E; *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 105 y 106, REY MARTÍNEZ, F; *op. cit.* en nota 83, pp. 21-25 y BUSTOS BOTTAI, R; "Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 6, 2007, p. 138. Por su parte, David Giménez Gluck se muestra crítico con esta resolución, en tanto en cuanto el Tribunal no parece contemplar la acción positiva como una medida susceptible de ser aplicada a otros colectivos que no sea el femenino. Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D; "Caracteres constitucionales de la acción positiva"; en ESPÍN TEMPLADO, E; y DÍAZ REVORIO, F.J (coords.); *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 338 y ss.

<sup>116</sup> Argumento reiterado en la STC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 2). Véase también DURÁN y LALAGUNA, P; "Discriminación positiva o acciones positivas", *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Vol. I, nº 54, 2006, p. 160.

consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un *derecho desigual igualatorio* para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres (FJ 2).

El Tribunal ha creído necesario distinguir aquéllas de otras llamadas falsamente protectoras, esto es, medidas que tendrían como objetivo mejorar la posición de la mujer pero que en realidad sólo perpetuarían la situación social de inferioridad de las mismas, haciéndolas parecer a ojos de la sociedad como seres dependientes permanentemente necesitados de tutela.<sup>117</sup> No han sido pocos los casos que han llegado a conocimiento del Juez de la Constitución, en los que este aprecia su existencia y las expulsa del ordenamiento jurídico.

Destacan en se sentido la STC 38/1986, de 21 de mayo; la STC 28/1992, de 9 de marzo (cuya jurisprudencia se reitera en las SSTC 207/1987, de 22 de diciembre, y 68/1991, de 8 de abril); y la STC 317/1994, de 28 de noviembre, cuyo FJ 3 es especialmente claro al decir que “la norma en cuestión (...), emanada en el período preconstitucional, respondía a una orientación normativa muy concreta, que llegó a tener expreso reflejo en las Leyes Fundamentales del régimen anterior: la de «liberar a la mujer casada» del trabajo, facilitándosele la vuelta al hogar a través de medidas que desincentivarán la permanencia en el empleo cuando contraía matrimonio. Es claro que una norma como la que ahora se considera reúne todas las características de una norma aparentemente protectora que ha de ser calificada como discriminatoria. En primer lugar, produce como resultado la pérdida de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, pues incentiva la interrupción de la carrera profesional de la mujer, que queda irremediamente cortada hasta que devenga *cabeza de familia*, y potencia la desocupación femenina, así como la menor integración de la mujer en el mundo del trabajo (STC 128/1987). En segundo lugar, claramente ha perdido su razón de ser en una sociedad como la actual, y en un ordenamiento que propugna como valor superior el de igualdad (art. 1 CE), prohíbe la perpetuación o fomento de la desigualdad discriminatoria siquiera sea a través de medidas indirectas (art. 14 CE), y eleva su propósito al máximo nivel de tutela, dispensado en nuestro Derecho a los derechos fundamentales”.

El Tribunal Constitucional español dictó hasta cuatro Sentencias en la primera década del siglo XXI que, de un modo u otro, tenían por objeto el enjuiciamiento de medidas que intentaban situar a la mujer en mejores posiciones sociales y/o políticas, intentado superar esa característica situación de inferioridad, cuando no de discriminación. Dado que algunas de ellas tienen que ver con aspectos que se tratarán en momentos posteriores de la presente obra, traemos aquí lo que interesa al estudio de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>117</sup> Vid OLLERO, A; *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, CEPC, Madrid, 1999, p. 56 y ss.

En primer lugar, es inexcusable la referencia a la STC 12/2008, de 29 de enero.<sup>118</sup> Mediante dicha resolución se dio respuesta tanto a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Tenerife, como al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo parlamentario Popular, cuyo objeto era, precisamente, el principio de composición equilibrada de las listas electorales, plasmado en el art. 44 bis LOREG, en la redacción dada por la Disposición Adicional Segunda de la LOI.

El pronunciamiento del Juez Constitucional abarca cuestiones de extraordinario interés para el presente trabajo, pero de momento debemos quedarnos con lo que aquél se refiere a las medidas de acción compensatorias en base al sexo. Y la cuestión queda despachada con relativa facilidad por parte de nuestro Tribunal. En los prolegómenos de la resolución ya se dice que la Ley de Igualdad adopta numerosas técnicas en aras de conseguir mayores dosis de igualdad sustancial entre los dos sexos, entre las que se cuentan las acciones positivas y las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer (FJ 2). Posteriormente arguye que la medida controvertida (la proporción de 40%-60% para ambos sexos en el seno de las listas electorales) no sólo no quiebra la igualdad sino que tiende a asegurarla, pero que, aún así, no estamos ante una medida que introduzca fórmula compensatoria alguna a favor de las mujeres, “en su calidad de grupo históricamente desfavorecido”, sino que se hace en beneficio de los dos sexos (FFJJ 3 y 9). Dicho en otras palabras, no estaríamos ante una acción positiva, dado que la previsión legal se ha hecho de modo bidireccional y neutral, afectando a mujeres y hombres, sin que se establezcan porcentajes, cuotas o reservas de puestos en beneficio de unas y perjuicio de otros.

Posteriormente, en el mismo año, se dictó la STC 59/2008, de 14 de mayo, en la que se dio respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad nº 5939/2005, no sin agrias polémicas en el seno del órgano jurisdiccional, como muestran los cuatro votos particulares existentes a la misma. A través de aquélla se cuestionó la adecuación a la Carta Magna del art. 153.1 CP (en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004), por lesión de los arts. 10, 14 y 24.2 CE.<sup>119</sup> Lo que prevé dicho precepto, a grandes rasgos, es una agravación de la pena imponible para el varón que no tiene lugar para la mujer (art. 153.2 CP).<sup>120</sup> En primer lugar, es de destacar que el Tribunal no aprecia que se produzca una diferenciación por razón de sexo, sino que la misma traería su causa por la comisión de hechos más graves (FJ 9).

---

<sup>118</sup> Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; y TORRES MUÑOZ, I; “Iguales pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008, pp. 13-40.

<sup>119</sup> “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”. Art. 153.1 CP

<sup>120</sup> “Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este art., el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a seis años”. Art. 153.2 CP

Aun con todo y con eso, se aplica el juicio de constitucionalidad, el cual acaba determinando -según el TC- la adecuación a la Constitución del precepto impugnado: la finalidad de la Ley es legítima, se adecuan medios a fines y no existe desproporción. (FFJJ 8, 9 y 10).<sup>121</sup> Como breve apunte crítico, hubiera sido interesante que el órgano constitucional hubiera recogido el guante que la Magistrada que plantea la cuestión le tendió, ya que la misma no deja de mostrar las serias dudas que le suscita el hecho de que en un ámbito como el penal pudieran existir acciones positivas. (Antecedente 3).<sup>122</sup>

La segunda resolución del Tribunal que ha respondido a la problemática constitucional de la LO 1/2004 ha sido la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la cual se ha enjuiciado el art. 171.4 CP (en redacción también dada por dicha norma) por atentar, entre otros, contra los arts. 9.3, 10.1, y 14 CE.<sup>123</sup> Su causa también trae origen de una cuestión de constitucionalidad a la que se acumularon once más. Al igual que sucedía en la resolución anteriormente comentada, existen votos particulares a la consideración del Pleno, en este caso tres.<sup>124</sup>

Como se ha visto, lo que venía a establecer el precepto impugnado eran (son) sanciones más gravosas para el hombre (marido), en caso de que incurriera en amenazas leves contra su mujer o persona femenina que se hallare en relación afectiva con él. El TC recuerda y aplica la doctrina que él mismo creó en la Sentencia de 2008, como bien expone al inicio del FJ 3, argumentando a lo largo del FJ 4 que se cumple el juicio de igualdad, quedando satisfechas las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad; pero tampoco aprovecha en esta ocasión para realizar un análisis sobre los límites y posibilidades de las acciones positivas no ya sólo en el ámbito penal, sino en el ordenamiento jurídico en general.

---

<sup>121</sup> Se puede ver un comentario doctrinal crítico de la misma en PULIDO QUECEDO, M; "Sobre la violencia doméstica (Nota en torno a la STC 59/2008, de 14 de mayo)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008, pp. 9-11.

<sup>122</sup> Para un análisis pormenorizado de la resolución se puede consultar MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A; "La mujer víctima de la violencia de género (legislación penal y Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)", en GARCÍA-PABLOS, A. (ed.); MARTÍNEZ FRANCISCO, M<sup>a</sup>.N y MIRANDA DE AVENA, C (coords.); *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009, pp. 43-74; y POLAINO-ORTS, M; "La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2008, pp. 1-39.

<sup>123</sup> "El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año". Art. 171.4 CP.

<sup>124</sup> Se pueden consultar las obras de OVEJERO PUENTE, A. M<sup>a</sup>; *op. cit.* en nota 90, y MARÍN LÓPEZ, P; *op. cit.* en nota 90. Por otro lado, desde que se dictó esta última resolución, el TC ha tenido que hacer frente a múltiples casos en los que se impugnaban tanto los preceptos arriba reseñados, como otros diferentes, asimilables en cuanto también eran juzgados por los recurrentes como lesivos para con el art. 14 CE. Aún así, los criterios jurisprudenciales de enjuiciamiento no han variado, como tampoco lo han hecho los de los Magistrados discrepantes. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *op. cit.* en nota 90, pp. 154 y ss. Y OEHLING DE LOS REYES, A; "Igualdad de la mujer: no beligerancia y beligerancia. Nuevos desarrollos y retos del Tribunal Constitucional español en materia de no discriminación", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 15, 2011, pp. 337-363.

Por último, es de reseñar la STC 13/2009, de 12 de enero. El Parlamento vasco aprobó la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres. A lo largo de la misma se prevén mecanismos de representación y composición equilibrada, tanto para determinados órganos administrativos públicos, como para la elección de cargos representativos. Al igual que sucedía respecto a la STC 12/2008, de 29 de enero, lo que aquí nos interesa es conocer cuáles fueron los pronunciamientos del Juez de la Constitución respecto de las acciones positivas en sí, dejando para después lo que dijo sobre las implicaciones que pudiera tener la composición paritaria o equilibrada para la representación política.<sup>125</sup> Sesenta y dos Diputados del Grupo parlamentario Popular del Congreso interpusieron recurso de inconstitucionalidad (nº 4057-2005) contra la disposición legal vasca, en concreto, contra los arts. 3.7 (apartado 2), 20.4 b), 5, 6, 7 y también contra las disposiciones finales segunda (apartado 2), cuarta y quinta, por creer que vulneraban los arts. 14, 23.2, 103.3 y 68.5 CE, entre otros. En lo que hace a las acciones positivas, los recurrentes defienden que se quiebra el contenido esencial del derecho de acceso a la función pública, entre otros motivos, porque las medidas de promoción no superaban el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad (Antecedente 2). El Parlamento y el Gobierno Vasco, ambas partes en el proceso, discreparon de este particular. La argumentación de las dos instituciones -sobre todo de la segunda- gravita sobre la constatación de que tanto la jurisprudencia del TUE, del TEDH, como la del TC, ha admitido diferencias normativas basadas en el sexo, conjugando los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, y siempre que cumplan determinados requisitos (no arbitrariedad, finalidad compensatoria, no desproporción). Y, además, señalan que los recurrentes están confundiendo tales medidas con las de discriminación positiva, que en el presente caso no tendrían cabida (Antecedentes 11 y 12).

Ante tales alegaciones, el Tribunal Constitucional vuelve a repetir la doctrina que expuso en la STC 12/2008, sin apartarse o matizar lo que allí se dijo, por lo que, en materia de acciones positivas no añade nada nuevo al asunto, ya que seguiría sin considerar -en este caso las disposiciones de la ley vasca- como acciones positivas, por afectar a los dos sexos por igual, de modo neutral y bidireccional. La enjundia de este caso es residenciable en el Voto concurrente que formula el Magistrado Pérez Tremps.<sup>126</sup> Está de acuerdo con las razones y la decisión final que toma el Tribunal respecto a las alegaciones formuladas sobre la incidencia de estas medidas en el sistema electoral, sin apreciar visos de inconstitucionalidad. También está de acuerdo con el fallo que establece la constitucionalidad de estas disposiciones en el seno de la composición de determinados órganos administrativos, pero no con las razones que se aportan para llegar a tal decisión, ya que opina que el juicio de constitucionalidad debería

---

<sup>125</sup> Con las salvedades que luego se señalarán, la resolución de 2009 no establece apenas novedades respecto de la doctrina sentada en la de 2008. Vid. TORRES MUÑOZ, I; "Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales". Contenido, recepción y consecuencias", *Aequalitas*, nº 24, 2009, pp. 30-38.

<sup>126</sup> El Magistrado Rodríguez-Zapata también formula Voto particular a la resolución comentada, exponiendo en buena medida lo que ya dijo respecto al que emitió con motivo de la Sentencia de 2008.

haber sido más severo para con aquéllas. Así las cosas, el constitucionalista argumenta que “puesto que cualquier acción positiva supone siempre la persecución de un fin, favorecer a un colectivo respecto de otro u otros por la situación de desigualdad en que se encuentra aquél, dicha acción debe ajustarse a un juicio global de constitucionalidad, por más que la intensidad de éste pueda variar atendiendo al tipo de medida, pero que siempre debe superarse (...). En este caso, la medida de composición de ciertos órganos que adoptan los preceptos ahora analizados (...) tiene obviamente como finalidad favorecer a las mujeres, aunque la medida se formule de manera neutra. Esa neutralidad, cierto es, servirá para evitar o paliar una hipotética situación de desigualdad social de los hombres, pero resulta claro que la medida se adopta en el momento en el que se hace en beneficio de la mujer”.

Dicho parecer, y aunque sea una opinión minoritaria dentro del órgano, podría ser el pórtico para que nuestro Tribunal Constitucional abordara en profundidad una doctrina de las acciones positivas en los futuros casos que a buen seguro se le presentarán.<sup>127</sup> Lo cierto es que ha seguido admitiendo su validez jurídico-constitucional, a pesar de que no se vislumbren unos criterios mínimos y coherentemente asentados para proceder al juicio de constitucionalidad de este tipo de disposiciones.<sup>128</sup>

En los últimos tiempos la filosofía igualitaria imperante ha tenido su cuota de protagonismo en la protección del derecho a la no discriminación en el ámbito laboral. Así lo atestiguan la STC 71/2020, de 29 de junio; la STC 176/2019, de 18 de diciembre; y la STC 108/2019, de 30 de septiembre. Valgan a estos efectos lo que se dice en la primera, cuyo Fundamento Jurídico 3, especialmente esclarecedor, que dice así:

Es necesario recordar, una vez más, que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, al día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad. Ante esta realidad el Tribunal ha declarado en su reciente STC 108/2019, FJ 3, que es necesario —tal y como reclama la sociedad y se refleja en la intervenciones del legislador— “abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate (...) una desigualdad

---

<sup>127</sup> Mediante la STC 40/2011, de 31 de marzo, el TC ha convalidado la composición equilibrada de las listas electorales prevista por la normativa electoral andaluza en 2005. En este supuesto se vuelve a aplicar la doctrina de la STC 12/2008, sin apenas novedades, más allá de la no existencia de Votos particulares a la misma. Vid. ALDEGUER CERDÁ, B; “Democracia paritaria”, *Eunomia. Revista de Cultura en la Legalidad*, nº 19, 2020, págs. 342-364.

<sup>128</sup> En ese sentido, BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>.L.; “La igualdad de Derechos de la Mujer en el Ordenamiento Jurídico Español”, Art. 14, *una perspectiva de género*, nº 1, 1999, p. 5, y RUBIO CASTRO, A; “La constitucionalidad de las diferencias”, *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, nº 1, p. 83. Este último fue consultado el 23 de junio de 2009 en el siguiente vínculo: [http://www.mujeresjuristasthemis.org/N%20%BA%201%20PDF/09Jurisprudencia\\_RevTHEMIS%20n%BA1.pdf](http://www.mujeresjuristasthemis.org/N%20%BA%201%20PDF/09Jurisprudencia_RevTHEMIS%20n%BA1.pdf) (último acceso: 24/01/2021).



histórica que pueda calificarse de 'estructural', pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4). En definitiva (...) la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.<sup>129</sup>

### **A modo de conclusión**

De las líneas anteriores se deducen algunas reflexiones finales que merece la pena traer a colación. Por un lado, las acciones positivas constituyen una realidad jurídico-política con origen en un modelo de Estado concreto (el Estado del bienestar) y un origen estatal determinado (los EE.UU. de América). A partir de ahí el estudio que hemos esbozado en líneas anteriores demuestra varias cuestiones. La primera es que su recepción por el Derecho Internacional y el Derecho Europeo, entendidos en sentido amplio, constituye una realidad indiscutible. De ahí han pasado a buena parte de ordenamientos nacionales, entre ellos el que ha constituido el principal objeto de estudio en las páginas anteriores, España.

Efectivamente, respecto a España la principal característica que se demuestra es una adopción gradual, ajustándose a los ritmos y exigencias que demanda la situación a combatir, lo cual permite a su vez cohonestar el principio de igualdad con la protección de otros bienes jurídicos y valores superiores, tales como la libertad. No podemos perder de vista que tan importante es luchar contra la desigualdad como hacerlo desde el respeto y el no quebranto de la libertad. No podemos hurtar al lector que una conclusión importante del trabajo es que la doctrina ha debatido largo y tendido las eventuales bondades, las luces y sombras de las acciones positivas, así como la jurisprudencia constitucional al interpretar la cláusula de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. En ningún caso se adoptan estas medidas dentro de la paz doctrinal o fuera de las exigencias que aquella ha establecido en forma de juicio de proporcionalidad (fin constitucionalmente legítimo, necesidad de la medida, no lesión de otros bienes y valores a proteger).

La tercera conclusión reside en la constatación de que tan cierto es decir que gozan de soporte jurídico-constitucional como lo es señalar que las polémicas rodean la adopción –el fin y los medios– de cualesquiera acciones positivas. La jurisprudencia constitucional ha ido decantando en términos generales la licitud de unas medidas que probablemente tengan muchas cosas por decir en un futuro cercano. Antes que posturas holísticas omnicomprendivas que pretenden levantar el edificio *ex novo* es mucho más acorde con el espíritu y letra de la Constitución - de la Constitución como principal norma jurídico-política en general y respecto de la española, que es la que aquí estudiamos, en particular. La idea de fondo es siempre prudente: articular medidas graduales e ir testando si logran sus objetivos. El progreso no es el cambio por el cambio. Es el cambio a mejor. Y para

---

<sup>129</sup> Se ha tomado el pulso al debate en el marco de los feminismos del siglo XXI en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.

eso hace falta tiempo, dedicación, humildad y prudencia. En ese sentido las acciones positivas pueden ser *a priori* buenas compañeras de viaje.

### Referencias bibliográficas

- ALDEGUER CERDÁ, B; “Democracia paritaria”, *Eunomia. Revista de Cultura en la Legalidad*, nº 19, 2020.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; “La respuesta del Tribunal Constitucional ante la regulación legal de la violencia de género”, en MATIA PORTILLA, F.J (dir.); *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.
- AQUINO DE SOUZA, C; “Las diferentes perspectivas de interpretación de la igualdad relativa al sexo”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 10, 2010.
- ARANDA ÁLVAREZ, E; *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ATIENZA, M; “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, nº 19, 1996.
- BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>.L; “La igualdad de Derechos de la Mujer en el Ordenamiento Jurídico Español”, Art. 14, *una perspectiva de género*, nº 1, 1999.
- BALLESTRERO, M. V<sup>a</sup>; “La Ley italiana sobre acciones positivas: Una primera lectura”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1993.
- BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup> A; “De la acción positiva a la *discriminación positiva* en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, nº 51, 2004.
- BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup> A; “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003.
- BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup>. A, “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2003.
- BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup>.A; *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas-IVAP, Madrid, 1997.
- BILBAO UBILLOS, J. M<sup>a</sup> y REY MARTÍNEZ, F; “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M (comp.); *El principio de igualdad constitucional: lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.
- BOUAZZA ARIÑO, O; “El derecho a la igualdad por razón de sexo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 49, 2018.
- BOUAZZA ARIÑO, O; “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, nº 212, 2020.

- BUSTOS BOTTAI, R; “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 6, 2007.
- CALVET PUIG, M<sup>a</sup>.D; y SEVILLA MERINO, J; “Reforma estatutaria y perspectiva de género”; *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 20, 2008.
- CAMPOS RUBIO, A; “La igualdad de mujeres y hombres: 30 años de Parlamento Vasco. La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 23, 2010,
- CANOSA USERA, R; “Igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11, 2008.
- CARMONA CUENCA, E; “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
- CARMONA CUENCA, E; “Igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, 1994.
- CARMONA CUENCA, E; “La perspectiva de género y los derechos humanos”. En CARMONA CUENCA, E; (coord.); *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2015.
- CARMONA CUENCA, E; “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos” (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, J. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009.
- CASQUEIRO CARDOSO, J; “Pour une compréhension de droit comparé de l’action positive”, *Sociologia del diritto*, nº 2, 1996.
- COBREROS MENDAZONA, E; “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007.
- D’ALOIA, A; *Eguaglianza Sostanziale e Diritto Desiguale. Contributo allo Studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002.
- DE LORA, P; *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza, Madrid, 2019.
- DE OTTO, I; “Igualdad” en GONZÁLEZ ENCINAR, J.J (ed.); *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984.
- DEMA MORENO, S; *A la igualdad por la desigualdad. La acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*, KRK Ediciones, Oviedo, 2008.
- DROOGHENBROECK, S; y HACHEZ, I; “L’introduction d’égalité entre les homes et les femmes dans la Constitution”, *Revue Belge du Droit Constitutionnel*, nº 2, 2002.

- DURÁN y LALAGUNA, P; “Discriminación positiva o acciones positivas”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Vol. I, nº 54, 2006.
- DURÁN Y LALAGUNA, P; *Acciones positivas para las mujeres en Organizaciones Internacionales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- DWORKIN, R; *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.
- ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup>; “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres”, *Aequalitas*, nº 20, 2007.
- ELÓSEGUI ITXASO, M<sup>a</sup>; *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, CEPC, Madrid, 2003.
- ELVIRA PERALES, A; “En torno a la jurisprudencia europea sobre la igualdad entre hombres y mujeres”, en LOMBARDO E. y GARCÍA INDA, A (coords.); *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002.
- FABREGAT MONFORT, G; *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FALCÓN Y TELLA, M<sup>a</sup>.J; “Las acciones positivas en la legislación europea. El Derecho alemán”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008.
- FERNÁNDEZ, E; *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A; “Encuesta sobre el orden sucesorio a la Corona”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 16, 2005.
- FERRER MARTÍN DE VIDALES C.: “Semestre Europeo: la supervisión de las políticas económicas, presupuestarias y fiscales del Estado Español”, *Revista Foro, Nueva época*, vol 21, nº 2, 2018.
- FERRER MARTÍN DE VIDALES, C.: “Igualdad y no discriminación de trabajadores con contrato de duración determinada en el ámbito del sector público: la jurisprudencia del TJUE en relación a España”, *Revista Española de Derecho Europeo* nº 71, 2019.
- FREIXÉS SANJUAN, T; “La igualdad entre las mujeres y los hombres en el proceso de integración europea”, en VVAA; *op. cit.* en nota 30.
- FULLINWIDER, R; voz “Affirmative action”, en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005 (<http://plato.stanford.edu/>; último acceso: el 10/02/2021).
- GARCÍA GÓMEZ, A; “Legislación italiana sobre acciones positivas a favor de las mujeres en el sector de la participación política”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008.
- GARCÍA PELAYO, M; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.
- GARCÍA ROCA, J; *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

- GILES CARNERO, R; “El principio de igualdad entre hombres y mujeres (arts. 20 y 23 CDFUE)”, en GARCÍA ROCA, J; y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.); *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- GIMÉNEZ ALCOVER, P; “Las leyes alemanas de igualdad”, en MESTRE i MESTRE R (coord.); *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- GIMÉNEZ GLUCK, D; “Caracteres constitucionales de la acción positiva”; en ESPÍN TEMPLADO, E; y DÍAZ REVORIO, F.J (coords.); *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GIMÉNEZ GLUCK, D; *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Valencia, 2004.
- GIMÉNEZ GLUCK, D; *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- GÓMEZ ORFANEL, G; “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M; *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- HAQUET, A; “L’action positive, instrument de l’égalité des chances entre homes et femmes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, 2001.
- HERNÁIZ SIERRA, E; “Las medidas de acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Evolución y análisis crítico”, en LOMBARDO E. y GARCÍA INDA, A (coords.); *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002.
- JIMENA QUESADA, L; “Los derechos de la mujer en la Carta Social Europea”, en FABREGAT MONFORT, G (coord.); *Mujer y Derecho. Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- LEIBHOLZ, G; *Die gleichheit vor dem gesetz: Eine studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer grundlage*, C.H. Beck, Munich, 1959. (1ª edición: 1925).
- LÓPEZ GUERRA, L; “Los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el ordenamiento español”. En ELÓSEGUI ITXASO, Mª (coord; et. al): *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MACÍAS JARA, M, “En torno a la noción de acción positiva”, en LOMBARDO E. y GARCÍA INDA, A (coords.); *op. cit.* en nota 71, p. 172; y BALLESTRERO Mª.Vª; “Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita”, *Doxa*, nº 29, 2006.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A; “La mujer víctima de la violencia de género (legislación penal y Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo)”, en GARCÍA-PABLOS, A. (ed.); MARTÍNEZ FRANCISCO, Mª.N y

- MIRANDA DE AVENA, C (coords.); *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009.
- MARÍN LÓPEZ, P; “La constitucionalidad de la respuesta penal de la Ley Integral frente a la violencia machista”, *Aequalitas*, nº 24, 2009.
- MARTÍN CUBAS, J; “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, 1998.
- MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A; “La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 99, 1999.
- MARTÍN VIDA, M. A; “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 68, 2003.
- MARTÍN VIDA, M.A; *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, 2004.
- MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>. A; “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 53, 1998.
- MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>.A; “Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003-2004.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M<sup>a</sup>.L; *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ SIERRA, J.M.; y FERRER MARTÍN DE VIDALES, C.: “La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE”, *Estudios de Deusto*, vol 65, nº 2, 2017.
- MILLÁN MORO, L; “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998.
- MOSSUZ-LAVAU, J; y SINEAU, M: “France”, en LOVENDUSKI, J; y HILLS, J (eds.); *The politics of the second electorate: Women and public participation*; Routledge, London, 1981.
- OEHLING DE LOS REYES, A; “Igualdad de la mujer: no beligerancia y beligerancia. Nuevos desarrollos y retos del Tribunal Constitucional español en materia de no discriminación”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 15, 2011.
- OLLERO, A; *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, CEPC, Madrid, 1999.
- OSBORNE, R; “Acción positiva”, en AMORÓS, C; *10 palabras clave sobre mujer*, Verbo Divino, Estella, 2002.

- OVEJERO PUENTE, A.M<sup>a</sup>; “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la ley de igualdad a debate”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009.
- PALOMINO, R; “La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de la discriminación positiva en Europa”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 9, 2008.
- PETERS, A; *Women, quotas and constitutions: a comparative study of affirmative action for women under American, German, EC, and international law*, Kluwers-Law International, Boston, 1999.
- POLAINO-ORTS, M; “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2008.
- POLO SABAU, J.R; “Igualdad y no discriminación en el Consejo de Europa: caracteres del juicio de igualdad en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11, 2008.
- PULIDO QUECEDO, M; “Sobre la violencia doméstica (Nota en torno a la STC 59/2008, de 14 de mayo)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008.
- RAASCH, S; *Frauenquoten und Männerrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1991.
- REY MARTÍNEZ, F; “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *Aequalitas*, nº 1, 1999.
- REY MARTÍNEZ, F; “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action basada en el género”, *Aequalitas*, nº 4, 2000.
- REY MARTÍNEZ, F; “La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, nº 47.
- REY MARTÍNEZ, F; “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007.
- REY MARTÍNEZ, F; *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- REY MARTÍNEZ, F; *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M; “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TUE”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1997.
- ROSEBERRY, L; “Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia”, *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, nº 43, 2002. p. 215-256; y en FREIXÉS SANJUAN, T; “Las leyes de igualdad en el marco europeo”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 3 (extra), año 4, 2006.

- ROSENFELD, M; "Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos", en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000.
- ROTHSTEIN, J. y YOON, A; "Affirmative action in law schools admissions: what do racial preferences do?"; *National Bureau of Economic Research, Working Paper 14276*, Agosto de 2008.
- ROUSSEAU, D; "Los derechos de la mujer y la Constitución francesa". En VVAA, *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000.
- RUBIO CASTRO, A; "La constitucionalidad de las diferencias", *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, nº 1, 2009.
- RUBIO LLORENTE, F; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997 (2ª edición).
- RUIZ MIGUEL, A; "Discriminación inversa e igualdad", en VALCÁRCEL, A (comp.); *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.
- RUIZ MIGUEL, A; "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, nº 19, 1996.
- RUIZ MIGUEL, A; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, nº 16, 1996.
- SALAZAR BENÍTEZ, O; "La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas de igualdad de mujeres y hombres", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 75, 2006.
- SALAZAR BENÍTEZ, O; "Las mujeres y la Constitución Europea. La insoportable levedad del género en la Unión Europea". En CARRILLO, M y LÓPEZ BOFILL, H (coords); *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M; "Acción positiva para la promoción de la mujer en el sector público", en BALAGUER CALLEJÓN, Mª.L (ed.); *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), Málaga, 2004,
- STONE, J; "Justice not equality" en KAMENKA, E. y ERH-SOON TAY, A (eds.); *Justice*, Edward Arnold, London, 1979.
- TAVARES DA SILVA, R.Mª; *Twenty-five years of Council of Europe Action in the field of equality between women and men*, EG (2002) 5.
- TENA, R, y DE LA NUEZ, E; "Cuota femenina y discriminación positiva", *Claves de razón práctica*, nº 178, 2007.
- TUR AUSINA, R; "Igualdad y no discriminación por razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11, 2008.
- TUSHNET, M; "Supreme Court rules on affirmative action", *International Journal of Constitutional Law*, issue 1, vol. 2, 2004.



VALLÉS, J. M<sup>a</sup>; *Ciencia Política. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 2004.

VELASCO ARROYO, J.C, "Luces y sombras de la discriminación positiva", *Claves de razón práctica*, n<sup>o</sup> 90, 1999.

VILLACORTA MANCEBO, L; "Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)", *Revista de Estudios Políticos*, n<sup>o</sup> 130, 2005.

## La validez de las normas jurídicas y su control: breve análisis <sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

### The validity of juridical norms and its control: a brief analysis

Carlos Franco-Castellanos<sup>1</sup>

Rubinia Teresa Sandoval-Salazar<sup>2</sup>

---

**Sumario:** Introducción. 1.- La validez del Derecho. Nociones doctrinales. 2.- Los controles de validez: diversidad y necesidad. 3.- Un acercamiento a los modelos de control de constitucionalidad. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

**Resumen.** En el presente artículo, titulado: “*La validez de las normas jurídicas y su control: breve análisis*”, se abordan las principales posturas doctrinales que han tratado el polémico tema de la validez del Derecho, así como la necesidad de su control, específicamente en su vertiente de control de constitucionalidad, en aras de asegurar la realización de los contenidos superiores tutelados y la coherencia del ordenamiento jurídico. Su propósito es analizar la relación y distinción entre ambas

---

(\*) Recibido: 07/01/2021 | Aceptado: 05/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

(\*\*) Este artículo es resultado de la investigación: “La validez del Derecho y su control”, iniciada en el año 2015 y publicada en *Derecho y Cambio Social* en sus números 41/2015 y 61/2020 respectivamente, inicialmente enrumada hacia el control de legalidad y, con posterioridad, hacia el control de constitucionalidad, visión que ahora se presenta.

- <sup>1</sup> Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Máster Universitario en Bioética por la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, España. Profesor de Metodología de la Investigación en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7153-4868>. [cfcastlegal@gmail.com](mailto:cfcastlegal@gmail.com)
- <sup>2</sup> Universidad de Monterrey, México. Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Profesora de Derecho Familiar en la Universidad de Monterrey (UDEM). Mediadora privada certificada por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México. Directora del Centro Privado de Mediación C-MAS. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8970-6103>. [ruby\\_rd@hotmail.com](mailto:ruby_rd@hotmail.com)

categorías, en ocasiones olvidadas, de modo que puedan comprenderse y valorarse los efectos jurídicos que las condicionan en el ámbito práctico.

**Palabras clave:** validez jurídica, norma jurídica, control de constitucionalidad, realización del Derecho.

**Abstract.** *In the following article, entitled: "The validity of juridical norms and its control: a brief analysis", it is analyzed the main theoretical positions that have referred the controversial topic of the validity of Law and the necessity of its control, especially the constitutional control, in order to save the conscious accomplishment of the higher contents normed by the Constitution and keep the coherence of the juridical system. As for the objective, it is to analyze the relation and distinction between both categories, which have been sometimes silenced. In that order, it is important to understand and reflect on the juridical effects that determined both of them in practice.*

**Keywords:** *juridical validity, juridical norm, constitutional control, conscious accomplishment of Law*

---

## Introducción

El problema de la validez del Derecho o, si se prefiere de las normas jurídicas, según manifiesta M. E. MAYER, "(...) es una cuestión que revolotea, como pájaro asustado, por todas las esferas del pensamiento jurídico (...)".<sup>3</sup> En consecuencia, la noción de validez ha sido abordada desde múltiples posturas *iusfilosóficas* y teórico-doctrinales, ya sistemática, ya fáctica o, axiológica, según el fundamento que se ofrezca<sup>4</sup>.

A pesar de ello, la doctrina mayoritaria coincide en que toda norma jurídica al nacer se presume válida. En este sentido, la categoría "validez"<sup>5</sup> adquiere relevancia, por cuanto determina la imperatividad de las normas de conducta y los valores de la moral media de la sociedad refrendados en los preceptos legales, a la vez que su posterior eficacia. Así, ha de ser una exigencia constante su control a fin de propiciar la realización de lo dispuesto y la observancia de lo previsto.

---

<sup>3</sup> Vid. MAYER, M. E., citado por MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., "La validez jurídica", en *Curso de Teoría del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, p. 141.

<sup>4</sup> Cfr. WRÓBLEWSKI, J., "Tre concetti di validità", *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, No. 36, 1982, pp. 584-595; DELGADO PINTO, J., "La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica", en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 233-234.

<sup>5</sup> Cfr. KELSEN, H., "Validez y eficacia del Derecho", en *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2<sup>da</sup> Edición, México, Ed. Porrúa-UNAM, 1993, pp. 49-51; PRIETO VALDÉS, M., *Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción*, La Habana, 2001; DELGADO PINTO, J., *op. cit.*, nota 2; FRANCO CASTELLANOS, C., "Sobre la noción de validez del Derecho...", en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos "CUBALEX"*, La Habana, No. 33, Año 16, Ed. UniJuris, enero-diciembre, 2013, pp. 372-401.

El tema que se investiga es importante y necesario, lo que se justifica por el hecho de que no solo se trata de declarar la validez, sino de realizar el control de constitucionalidad para que se salvaguarden las normativas superiores del ordenamiento jurídico de cualquier sociedad. Así, este artículo tiene como objetivo analizar las concepciones teóricas acerca de la validez de las normas jurídicas y del control de constitucionalidad con sus efectos y trascendencia desde la *praxis*.

## 1. la validez del Derecho. Nociones doctrinales<sup>6</sup>

La categoría *validez* resulta de particular trascendencia en el análisis que se efectúa, sobre todo por las múltiples disquisiciones teóricas que se han generado en torno a la existencia de un único concepto o de diversas conceptualizaciones<sup>7</sup>; lo que irradia hacia la manera en que se le concibe y se refleja en el ámbito práctico. Pero ¿qué es la validez? Definir este término es tarea harto compleja, principalmente por la variedad de criterios a que ha dado lugar y, que redundan en posiciones reduccionistas por cuanto pierden el enfoque integral y heterogéneo que debe primar en su análisis<sup>8</sup>.

WRÓBLEWSKI<sup>9</sup> y DELGADO PINTO<sup>10</sup> señalan que el problema del fundamento de la noción de validez ha sido tratado desde tres posturas. En este sentido, desde la perspectiva sistemática, la validez de las normas estaría determinada porque hayan sido creadas a partir de lo ordenado en las normas superiores, es decir, satisfaga el criterio de *pertenencia* al sistema jurídico; la fáctica argumenta que su fundamento descansaría en el *comportamiento social efectivo de los destinatarios de las normas* con las conductas que estas regulan y, finalmente, la postura axiológica defiende que la validez de las normativas se traduce en la plena realización de los *principios de carácter extrasistemático* que consagran.

Desde una posición sistemática, KELSEN señala que *la validez de las normas inferiores se encuentra en las normas superiores hasta llegar a la última norma jurídico-positiva del sistema que sería la Constitución, cuya validez descansa en sí misma por cuanto ninguna otra norma del ordenamiento es capaz de justificarla*<sup>11</sup>. El doctrinario recurre a la “norma fundante básica” (*Grundnorm*) para solucionar el vacío teórico de su tesis y sostiene que se trata de una norma *hipotética*. De tal suerte, arguye que su validez es presupuesta, lo que le impide recurrir a un “hecho”

---

<sup>6</sup> Este epígrafe se sustenta en el análisis realizado en el artículo de FRANCO CASTELLANOS, C., “La validez del Derecho y su control”, en *Revista de Derecho y Cambio Social*, No. 41, 2015, pp. 5-8, disponible en:

[http://www.derechoycambiosocial.com/revista041/LA\\_VALIDEZ\\_DEL\\_DERECHO\\_Y\\_SU\\_CONTROL.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista041/LA_VALIDEZ_DEL_DERECHO_Y_SU_CONTROL.pdf), con algunas modificaciones a partir de la naturaleza y el objetivo del artículo.

<sup>7</sup> Cfr. WRÓBLEWSKI, J., *op. cit.*, nota 2, pp. 584-595.

<sup>8</sup> Cfr. FARIÑAS DULCE, M. J., *El problema de la validez jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, p. 36.

<sup>9</sup> WRÓBLEWSKI, J.: *op. cit.*, nota 2, p. 586.

<sup>10</sup> DELGADO PINTO, J.: *op. cit.*, nota 2, pp. 233-234.

<sup>11</sup> Nótese que KELSEN define la validez de las normas como su “*existencia específica*”, que se traduce en su *obligatoriedad* o *fuerza vinculante*. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. VERNENGO, México, Oncena Edición, Ed. Porrúa, 2000, pp. 23-24.

a partir de la metodología que sigue para justificar un “deber ser”<sup>12</sup>. Desde una postura similar aunque sobre un base diferente, HART argumenta que: “Decir que una determinada regla es válida, es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”<sup>13</sup>, con lo cual pudiera pensarse que incluye criterios formales y criterios materiales de validez, sin embargo no es tal la intención, toda vez que su lógica teórica se inclina hacia la incorporación o positivización de las normas en el sistema: criterios formales.

Así, conforme a los análisis de ambos autores, la norma última sería, *prima facie*, una norma de conducta<sup>14</sup> que establecería la *observancia* de las disposiciones que satisfagan los presupuestos determinados y, de aquella se deducirían los criterios de identificación de normas a los efectos de corroborar si las inferiores en rango son válidas y, en consecuencia, satisfacen los requerimientos de *pertenencia* al sistema jurídico, entendiendo por tal al conjunto de reglas de derecho interrelacionadas y caracterizadas por la unidad, coherencia y plenitud.

Desde posiciones relativamente sistemáticas, RECASÉNS SICHES<sup>15</sup> entiende que el fundamento de la validez objetiva de las normas descansa en su capacidad coactiva. A partir de tal concepción, la validez de la norma se supedita a su ámbito material de aplicación y su posible exigibilidad. Otra justificación ofrece PECES-BARBA cuando afirma que

...la calificación de una norma como jurídica no deriva de que aisladamente considerada sea coactiva, contenga una sanción, sino de que ella se pueda insertar en el ordenamiento con arreglo a los criterios que en él se han previsto, es decir, que una norma es calificada como jurídica si es válida.<sup>16</sup>

En consecuencia, solo basta con que esté refrendada la conducta, se aplique o no por los órganos facultados.

---

<sup>12</sup> KELSEN afirma lo siguiente: “...la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito (...). Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*)”. *Ídem*, p. 202.

<sup>13</sup> Nótese, en cualquier caso, que HART afirma que la validez es característica –aunque no exclusiva– de los enunciados internos, es decir, de aquellos enunciados que manifiestan el punto de vista interno de quien participa en el sistema y *acepta* la regla de reconocimiento. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Segunda Edición, Ed. Abeledo-Perrot, 1963, p. 129.

<sup>14</sup> Para BULYGIN, las normas de conducta serían aquellas que establecen deberes y prohibiciones y, de ellas tendría sentido hablar de obediencia o desobediencia. Por el contrario, las reglas conceptuales se limitarían a definir un concepto, sin establecer deberes y prohibiciones y, las reacciones críticas por su no uso (o mal uso) reprocharían la ignorancia de la norma y no su desobediencia. BULYGIN, E., “*Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*”, *Doxa*, No. 9, 1991, pp. 269-271.

<sup>15</sup> RECASÉNS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Barcelona-Buenos Aires, Ed. Labor, 1929, p. 97.

<sup>16</sup> PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1983, p. 116.

Derivado de lo antes expuesto, la posición sistemática presenta serias limitaciones, dado por el hecho de que concibe la validez jurídica independientemente de la ulterior eficacia que puedan adquirir las normas o de su adecuación a ciertos juicios de justicia extrasistemáticos. Asimismo, rechaza la admisión de criterios materiales de validez y afirma la exclusividad de los criterios formales. No obstante, ello se relativiza cuando considera el Derecho como un sistema normativo mixto con un enfoque tanto sistemático como funcional<sup>17</sup>, que combina criterios formales y materiales de validez jurídica<sup>18</sup>.

Desde posiciones fácticas, también se ha abordado el tema de la validez de las normas jurídicas cuyos postulados se ciñen al origen formal y aplicabilidad social de las normativas. ROSS<sup>19</sup> y RAZ<sup>20</sup> señalan que las normas no son válidas porque pertenezcan a un sistema jurídico, sino porque son eficaces, ya que los órganos judiciales las aplican como base en sus decisiones. REALE<sup>21</sup>, en su obra *Introducción al Derecho*, se refiere a la validez formal como *vigencia* y, por tanto, una norma es válida si existe conforme a ciertos principios técnico-formales, se aplica por los jueces y es observada por la sociedad. Por su parte, SORIANO<sup>22</sup> sostiene que una norma jurídica es válida y obliga si cumple ciertos requisitos, tales como: aplicación social, obligatoriedad, promulgación por órgano competente y valor axiológico; no obstante, limita su estudio a aspectos fácticos y relega las cuestiones normativas.

También, asumiendo una postura fáctica respecto a la validez del fenómeno jurídico, resulta interesante la noción ofrecida por ESCUDERO ALDAY y que, en cierto sentido, reafirma en parte el fundamento que arguyen sus seguidores, por cuanto se enfoca en la manera en que jueces y funcionarios públicos aplican el Derecho y no en su identificación, reduciendo el fenómeno jurídico a un hecho que está constituido por las decisiones de los tribunales y lo asocia con el comportamiento de quienes imparten justicia. Así, señala que:

...las normas son válidas por su origen formal y no por una supuesta adecuación a ciertos contenidos morales, por mucho que aparezcan referencias a estos contenidos en textos jurídicos de rango superior como pueden ser las Constituciones. El Derecho (...) es una cuestión fáctica y, en consonancia, la validez de sus normas proviene única y exclusivamente de hechos, más o menos complejos, a los cuales se atribuye la capacidad para crear normas jurídicas que han de aplicar los tribunales al momento de

---

<sup>17</sup> La *perspectiva sistemática* hace referencia a la defensa de la teoría sistemática de la validez y, la *funcional*, a la consideración del Derecho como un fenómeno normativo cuya función consiste en el control social. Cfr. CUENCA, P., "Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 25, 2009, pp. 209-210.

<sup>18</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Positivism jurídico y sistemas mixtos", en RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA GONZÁLEZ, M. A., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 601-622.

<sup>19</sup> ROSS, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. R. CARRIÓ y O. PASCHERO, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

<sup>20</sup> RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción al concepto de sistema*, trad. de R. TAMAYO y SALMORÁN, México, UNAM, 1986.

<sup>21</sup> REALE, M., *Introducción al Derecho*, Madrid, Octava Edición, Ed. Pirámide, 1987, pp. 101 y ss.

<sup>22</sup> Vid. SORIANO, citado por PRIETO VALDÉS, M., *op. cit.*, nota 3, p. 2.

impartir justicia, subsumiendo el hecho presentado en el tipo legal de la norma jurídica de que se trate.<sup>23</sup>

Entonces, el procedimiento de creación de las normas o su aceptación social son elementos normales, pero no esenciales, de la aceptación por los órganos judiciales; con el argumento de que "...el Derecho es válido porque es aplicado"<sup>24</sup>.

Por último, desde un enfoque axiológico de la validez del Derecho, reforzando los principios extrasistemáticos según su calidad moral, vale destacar a dos autores: Carlos Santiago NINO y Ronald DWORKIN. El primero concibe la validez o competencia jurídica como un concepto normativo que implica que si la norma jurídica, dictada por un órgano estatal, ordenara un contenido que se opusiera a los principios éticos o a la moral media de la sociedad, carecería de validez, aun cuando sea impuesta coactivamente; lo que deriva de la concepción de que el Derecho obliga no por la fuente de producción normativa, el procedimiento empleado para la creación jurídica o su aplicación social, sino por la bondad y justicia intrínseca de sus normas. Con razón ha sostenido que "...la opción de aplicar o no una norma jurídica es, en última instancia, una decisión ética que debe estar fundada en principios de esa índole"<sup>25</sup>. Similar perspectiva es la sostenida por DWORKIN<sup>26</sup>, quien plantea que una norma es válida, siempre que esté conforme a determinados principios de moralidad absolutos e inmutables.

Así entonces, lo lógico y deseable es que las dimensiones sistemática, fáctica y axiológica del fenómeno jurídico se desarrollen coherentemente, según un orden racional: lo que se piensa como justo, se formaliza en términos derivados de sus propias premisas, de forma tal que se generen instrumentos normativos capaces de trasladar su propio contenido ético, social y político a la vida práctica. Es primero el valor, la creencia generalmente en torno a quién, por qué y cómo ha de existir la potestad de dictar las normas. Después, de acuerdo con ciertas reglas que ofrecen un sustrato a lo axiológico, aparecen las normas jurídicas que han de llevar a la realidad el contenido sustantivo de los valores en los que la sociedad cree y que ellas mismas incorporan en términos operativos, entendiéndose la validez en sentido general<sup>27</sup>. En consecuencia, haciendo una síntesis de las ideas claves de las posturas antes abordadas, puede entenderse que

*una norma jurídica se reputa como válida cuando ha sido creada por el órgano estatal facultado para ello, conforme a un procedimiento previamente establecido y, en virtud de ciertos principios técnico-formales, sin obviar que su contenido u objeto de regulación no debe contravenir los preceptos constitucionales o disposiciones normativas superiores,*

---

<sup>23</sup> ESCUDERO ALDAY, R., "Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 22, 2005, p. 399.

<sup>24</sup> ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1994, p. 71.

<sup>25</sup> NINO, C. S., *La validez del Derecho*, España, Ed. Ariel, 1987, p. 92.

<sup>26</sup> Vid. DWORKIN, R., citado por PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997, p. 81.

<sup>27</sup> Cfr. FRANCO CASTELLANOS, C., "Sobre la noción de validez del derecho", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2015, disponible en: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2015/05/derecho.html>, (consultado: 13 de octubre de 2019).

*garantizando así la coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica a los destinatarios de las mismas.*<sup>28</sup>.

De manera que, si se pretende abordar lo concerniente a la validez de una norma jurídica y su tributo a la coherencia del ordenamiento, se debe partir de la idea de que cuando el órgano estatal, facultado constitucionalmente para dictar disposiciones normativas, llega a la conclusión de la necesidad política, económica y social de su elaboración, el quid de la cuestión ya no es solo político, sino también de carácter técnico-jurídico. En consecuencia, cuando actúa según las reglas previstas, procedimientos, cuestiones técnicas y condiciones objetivo-sociales, la norma que ha nacido se considera jurídica y políticamente válida, es decir, existe conforme a las normas de producción previamente establecidas y, puede ser exigible en la sociedad con respecto al círculo de personas que ella prevé.

En tal sentido, durante el proceso de elaboración de la normativa y en su ratificación como válida, tienen especial incidencia los principios de legalidad<sup>29</sup> y de supremacía constitucional<sup>30</sup> que rigen en todo ordenamiento jurídico, en tanto, propician la realización de lo establecido en un sentido amplio. Ello se debe a que la norma jurídica será válida, siempre que no contravenga lo dispuesto en las leyes y demás disposiciones generales y, fundamentalmente, respete los postulados constitucionales a los que se halla sujeta, garantizando así la coherencia del sistema jurídico dentro del cual nace y está destinada a producir sus efectos, a la vez que asegurar la salvaguarda de los contenidos constitucionalmente tutelados.

Luego, si se parte de la noción de validez, un ordenamiento no es coherente cuando existen *antinomias* y, por tanto, cabe cuestionar la validez formal y material de las disposiciones normativas, a los efectos de confrontar, una vez detectada la incongruencia, cuál de ellas está acorde con la preceptiva superior. Pero, igual incidencia tiene el tema en lo concerniente a la seguridad jurídica, puesto que la existencia de *contradicciones normativas* puede atentar –y, de hecho, atenta– contra la validez del Derecho en un sentido amplio, incluyendo los presupuestos de

---

<sup>28</sup> FRANCO CASTELLANOS, C., “La validez del Derecho y su control”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima, Perú, No. 41, Año XII, 2015, p. 7, disponible en: [http://www.derechocambiosocial.com/revista041/LA\\_VALIDEZ\\_DEL\\_DERECHO\\_Y\\_SU\\_CONTROL.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista041/LA_VALIDEZ_DEL_DERECHO_Y_SU_CONTROL.pdf), (consultado: 13 de octubre de 2019).

<sup>29</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Derecho*, en *Teoría del Estado y del Derecho*, T. II, La Habana, Ed. Félix Varela, 2005, p. 239; KOPPEL VINTIMILLA, E., *La acción de lesividad*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, p. 6; AGUIRRE BERMEJO, A., *El control de legalidad en materia tributaria*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, p. 1; TORRUCO SALCEDO, S., *El principio de legalidad en el Ordenamiento Jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (consultado: 15 de septiembre de 2019).

<sup>30</sup> Cfr. SIMONE LASSO, C. A., *El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, p. 12; SILVA IRARRÁZVAL, L. A., “Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos”, *Estudios Constitucionales*, Chile, No. 1, Año 5, Universidad de Talca, 2007; PÉREZ PAREDES, M. G., *El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, pp. 22-25.



legalidad y supremacía constitucional, lo que afecta la coherencia del orden legal preestablecido.

Derivado de lo antes expuesto, puede aducirse que, si la validez normativa tiene como presupuestos básicos los principios de legalidad y supremacía constitucional, entonces la disposición que haya sido dictada conforme a los criterios formales y materiales previstos, respetando lo dispuesto en las leyes y según los procedimientos constitucionalmente establecidos, será válida y no debe entrar en contradicción con otra u otras; lo que propiciará la coherencia del ordenamiento jurídico. En consecuencia, no solo se ratificaría la validez de la norma, sino también se garantizaría la seguridad jurídica y se evitaría la corrosión del orden normativo impuesto.

Como corolario de lo expresado, la creación de instrumentos y mecanismos de control de la validez jurídica de las disposiciones normativas contribuye con el cumplimiento y la realización de los postulados consagrados legalmente, según los cauces constitucionalmente previstos.

## 2. Los controles de validez: diversidad y necesidad

Partiendo de lo expuesto en líneas precedentes, para que la validez sea asegurada, sea efectiva, devengan eficaces los postulados contenidos en las normas y se garantice la coherencia del ordenamiento jurídico, se requiere de tutela a través de un procedimiento de control de validez, específicamente en su vertiente de control de constitucionalidad. Como acertadamente afirmó PRIETO VALDÉS:

(...) La función del control es asegurar la realización de lo dispuesto y comprobar el cumplimiento de los límites de la actuación de cada uno de los órganos del aparato estatal, de la Administración y del electo, así como también contribuye con la eficacia y validez de las disposiciones normativas; con lo que tributa a la legitimidad de las decisiones, del sistema y al aseguramiento de los derechos de los ciudadanos y de todos en general.<sup>31</sup>

Así entonces, cuando se habla de control de validez, se alude no solo al control de legalidad, sino también de constitucionalidad<sup>32</sup>. Es a este último al cual está dirigida esta investigación, al estudio doctrinal y normativo del control de constitucionalidad como mecanismo e instrumento cotidiano de defensa de la Constitución y de la sujeción a ella, como medio para afianzar su supremacía con respecto a las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico. De tal suerte, con este control se realiza un cuestionamiento de la validez de las inferiores contradictorias o restrictivas, lo que hace necesario el establecimiento de aparatos de vigilancia para afianzar la superioridad normativa y que, ante la presencia de leyes, actos y reglas que la vulneren, los puedan declarar inconstitucionales y, con ello, lograr una adecuada interpretación y aplicación de las regulaciones

---

<sup>31</sup> PRIETO VALDÉS, M., *El control como instrumento de aseguramiento de derechos y de la continuidad del diseño*, La Habana, Conferencia Magistral dictada en VIII Encuentro de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo, 2008, p. 1.

<sup>32</sup> Cfr. FRANCO CASTELLANOS, C., "La validez del Derecho y su control", *cit.*, p. 8, disponible en: [http://www.derechocambiosocial.com/revista041/LA\\_VALIDEZ\\_DEL\\_DERECHO\\_Y\\_SU\\_CONTROL.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista041/LA_VALIDEZ_DEL_DERECHO_Y_SU_CONTROL.pdf), (consultado: 13 de octubre de 2019).

constitucionales y la subordinación de los órganos y organismos estatales, organizaciones políticas, sociales y de masas, el Estado y la ciudadanía al imperio de la *Lex Superior*.

## 2.1. El principio de supremacía constitucional y el control de constitucionalidad

Según refiere GARCÍA BELAUNDE<sup>33</sup>, determinar la naturaleza de la Constitución constituye uno de los principales problemas con que se enfrenta la teoría cuando decide disertar acerca de la supremacía y defensa constitucional.

Como bien sostiene NARANJO MESA, en la concepción moderna de Constitución, ella constituye la “Ley Fundamental del Estado”<sup>34</sup>, para arribar a tal consideración cita algunos conceptos<sup>35</sup>: ARISTÓTELES hablaba de Constitución como el principio según el cual está ordenada la autoridad política. JELLINEK la consideraba como principio de ordenación conforme al cual el Estado se constituye y desarrolla su actividad. Para MARX, la Constitución es la organización del Estado como un modo de existencia y actividad de las cualidades sociales de los hombres. OYARTE MARTÍNEZ, por su parte, la califica como el “texto solemne a través del cual: es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y se establece un régimen de garantías a los Derechos Fundamentales”<sup>36</sup>. Según NINO, la Constitución es la “carta de navegación del país”<sup>37</sup>.

A partir de tales nociones, la Constitución se concibe como la Ley Fundamental de cualquier sociedad, no solo por los contenidos que refrenda, sino también por la forma en que estructura y atribuye potestades a los diferentes órganos estatales, razón por la cual goza de supremacía sobre el resto de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico.

Conforme a la concepción de KELSEN, “...la Constitución (*Grundnorm*) como norma positiva suprema, establece los procedimientos para la creación de las demás normas jurídicas y determina los contenidos a los que el resto del ordenamiento deberá ajustarse”<sup>38</sup>. Así, funge como “fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad”<sup>39</sup>, la que –a su vez- deriva su fuerza de la norma fundamental, que se encuentra por encima de ella y que representa una hipótesis metajurídica, un presupuesto lógico trascendental: “...esta

---

<sup>33</sup> GARCÍA BELAUNDE, D., *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Cuarta Edición, Ed. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003, p. 94.

<sup>34</sup> NARANJO MESA, V., *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Ed. Témis, 1990, p. 256.

<sup>35</sup> *Ídem*, pp. 256 y ss.

<sup>36</sup> OYARTE MARTÍNEZ, R., “La Supremacía Constitucional”, *Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional, 1999, p. 75.

<sup>37</sup> NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.

<sup>38</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho: introducción a la génesis del derecho*, Buenos Aires, Tercera Edición, Ed. Universitaria, 1963, p. 291.

<sup>39</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Quinta Edición, Ed. Universitaria, 1971, p. 294.

norma es una hipótesis básica que parte de una validez supuesta para, a su vez, validar el orden jurídico que le está subordinado. Esta premisa de validez de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios<sup>40</sup>. En tal sentido, el aseguramiento de la coherencia del ordenamiento jurídico depende de que no se produzca una inconstitucionalidad formal o material<sup>41</sup>, directa de los preceptos constitucionales o indirecta en algunos de los escalones del sistema<sup>42</sup>.

Luego, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que, en la Constitución, como fenómeno político-jurídico condicionado por circunstancias histórico-concretas, culturales, ideológicas y con vocación de eficacia directa, reside el fundamento de validez de toda regla jurídica y, por ende, se erige como norma máxima de todo ordenamiento. A partir de esta concepción, surge el dogma de la supremacía constitucional, pues no puede entenderse un ordenamiento jurídico en el que las disposiciones normativas o los actos administrativos contraríen su fundamento de validez formal y material, es decir, la Constitución. Con razón DERMIZAKY PEREDO señala que: “La supremacía de la Constitución establece claramente la diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos. Puesto que la Constitución expresa la voluntad del primero, los segundos se someten a ella de manera indiscutible”<sup>43</sup>; lo que refuerza LÓPEZ FREILE<sup>44</sup> cuando aduce que la Constitución debe prevalecer sobre el resto de las normas, pues la voluntad del pueblo debe prevalecer sobre la voluntad de sus regentes.

Amén de las diversas posturas doctrinales respecto a la *supremacía constitucional*, esta es entendida como un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Ley de Leyes de un país en la cúspide y centro de las fuentes del Derecho que le informan, a los efectos de propiciar la coherencia del orden normativo. En tal sentido, OYARTE MARTÍNEZ señala que: “(...) Se vive en un régimen constitucional cuando la Constitución es suprema, esto es, no solo que el código político sea la norma con la máxima jerarquía

---

<sup>40</sup> *Ídem*, p. 146.

<sup>41</sup> Cfr. KELSEN, H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, Milán, Ed. Giuffrè, 1981, p. 148.

<sup>42</sup> Para mayor profundización en el tema, Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La Jurisdicción Constitucional en la actualidad”, en *Ius et Praxis*, Perú, No. 16, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1990, p. 67.

<sup>43</sup> DERMIZAKY PEREDO, P., *Derecho Constitucional*, Cochabamba, Cuarta Edición, Editora J. V., 1998, p. 56.

<sup>44</sup> LÓPEZ FREILE, E., “Control constitucional y organismos de control”, *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo: Memorias del Seminario de Derecho Constitucional Comparado*, Quito, Projusticia y Coriem, 1998, p. 62. Como refiere TORRES, permite cuestionarse la legitimidad de la justicia constitucional y, en consecuencia, surge la interrogante con respecto a cuál es el fundamento para que jueces no elegidos directamente por el pueblo, invaliden actos de órganos cuyos miembros han sido elegidos por el pueblo. Se parte del criterio de que, si la justicia constitucional deviene de la propia Constitución, entonces el fundamento está precisamente en ese mandato primero del pueblo y que se encuentra contenido en ella, por lo que no cabría deslegitimarla, postura que se acoge en este artículo. TORRES, L. F., *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Quito, Ecuador, Librería Jurídica Cevallos, 2003, p. 55.

dispositiva dentro de un ordenamiento jurídico, sino que dicha mención sea efectiva (...)”<sup>45</sup>.

Cuando se habla de supremacía constitucional, inmediatamente se alude a que la Constitución es la norma de normas y se pretende que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley –en sentido formal- u otra disposición normativa inferior, siempre prevalecerá la preceptiva superior. Reforzando lo antes expuesto, VÁZQUEZ TURBAY plantea que:

(...) se acepta en los Estados de Derecho la posibilidad de que se expidan normas jurídicas por los órganos competentes que sean contrarias a la Constitución. La aceptación de este hecho es paradójicamente lo que explica los funcionamientos de los mecanismos de control de la constitucionalidad. Si se dicta una norma conforme a la preceptiva constitucional, esta entra en vigencia desde su aplicación o expedición, según el caso, y su eficacia puede demorar un corto o largo período, mientras no sea demandada su inconstitucionalidad y encontrada esta por el tribunal competente y, en consecuencia, declarada inexecutable (...)”<sup>46</sup>.

Además, de acuerdo con el citado principio, toda norma debe ser creada, interpretada, aplicada, modificada o derogada, tomando a la Constitución como condición de validez (toda norma debe fundamentar su validez en una norma superior) y unidad del ordenamiento jurídico (la pluralidad de normas encuentra su unidad en una sola norma: la Constitución). Así, en aplicación de este postulado, la Constitución ha de entenderse como la Ley de Leyes que organiza y delimita jurídicamente el espacio de acción del Estado, de otros entes políticos, sociales y privados y de los individuos, y sus previsiones habrán de ser consideradas como normas de eficacia directa, mandatos, ya provengan de los principios y valores objetivados o de las normas de Derecho. Al contener la regulación de las acciones, atribuciones, derechos y deberes de las partes de la relación jurídico-política, ha de definir jurídicamente las vías para la realización de las mismas, así como del *control*, a partir de la diferenciación orgánico-funcional entre los subsistemas que integran el aparato estatal y de la jerarquía y legitimidad democrática de sus componentes<sup>47</sup>.

Así, parece claramente determinada la posición que la Constitución ocupa dentro del ordenamiento jurídico de un Estado: no solo se encuentra en la cúspide por ser la norma fundamental, sino además por su eficacia normativa y fuerza derogatoria<sup>48</sup>. Por ello, la supremacía constitucional, conforme menciona OYARTE MARTÍNEZ<sup>49</sup>, se explica en dos sentidos: como supremacía material, es decir, la superioridad del contenido de la *Lex Superior*, que impide que las normas jurídicas inferiores alteren, modifiquen sustancialmente o coliden con sus preceptos y; como supremacía formal que, por un lado, impone que en la promulgación y revisión de la

---

<sup>45</sup> OYARTE MARTÍNEZ, R., *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Ecuador, Segunda Edición, Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 19.

<sup>46</sup> VÁZQUEZ TURBAY, C., *Derecho Constitucional*, Colombia, Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 66.

<sup>47</sup> Cfr. LÓPEZ FREILE, E., *op. cit.*, nota 39, p. 76.

<sup>48</sup> Cfr. HUERTA OCHOA, C., “Interpretación y Reforma: ¿dialéctica o dilema?”, en *Ochenta Aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México D. F., UNAM-IIJ, 1997, p. 164.

<sup>49</sup> OYARTE MARTÍNEZ, R.: *op. cit.*, nota 40, pp. 78-79.

*Lex Fundamentalis* se observen mecanismos y requisitos más estrictos que los previstos para la creación de las normas jurídicas ordinarias; por otro lado, supone que en la Carta Magna se establezcan los procedimientos a través de los cuales deben crearse, modificarse o derogarse las disposiciones normativas.

El dogma de la supremacía constitucional se ha enraizado profundamente en la Ciencia Política y la Teoría General del Derecho, de ahí que generalmente todas las Constituciones consagren, de algún modo, su superioridad con respecto al resto de las normas jurídicas y fuentes del Derecho. Luego, este principio no puede ser concebido por sí solo, sino que necesariamente va ligado con la correlativa defensa de la Constitución, que permite su control y, con ello, potencia el aseguramiento de dos aspectos básicos: la validez de las disposiciones normativas y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Según sostiene SAGÜÉS:

De poco vale el principio de supremacía constitucional (...) si no se planifica un aparato de control de esa supremacía. Esto es, una magistratura constitucional, que opere como órgano de control y, procesos constitucionales, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la Constitución cuando es infringida por normas, omisiones legislativas y actos de los poderes constituidos o de los particulares.<sup>50</sup>

Resulta necesario que exista un órgano facultado para ejecutar el control mediante procedimientos previamente establecidos, a fin de confrontar qué normas, actos o disposiciones colidan con el articulado constitucional y proceder a su invalidación, derogación o anulación.

Reforzando los criterios doctrinales esgrimidos, merece destacar a ROTH, para quien

...en miras a asegurar la supremacía de la Constitución es que se crea un procedimiento que permita, en toda circunstancia, la verificación de los actos jurídicos emanados de los cuerpos ejecutivo y legislativo, para evaluar si están conformes a la Constitución o, al menos, no opuestos a ella.<sup>51</sup>

En efecto, el control de constitucionalidad pretende que el conjunto normativo que forma parte o edifica el ordenamiento de un determinado Estado guarde armonía con la Constitución, ya que como bien sostenía SIEYÉS<sup>52</sup>, para vivir dentro de la Constitución, era necesario crear un mecanismo que la hiciera respetar.

De tal suerte que, a pesar de las diferentes formas de supervigilancia constitucional que puedan estar previstas en un ordenamiento jurídico, al decir de TORRES<sup>53</sup>, es criterio generalmente aceptado que el control de constitucionalidad es el mecanismo más dinámico y efectivo de defensa de la Constitución. En consecuencia, ella debe ser objeto de control y puede, a la vez, ser empleada como

---

<sup>50</sup> SAGÜÉS, N. P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 169.

<sup>51</sup> ROTH, J., "El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional", *Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, No. 12, 1996, p. 118.

<sup>52</sup> Vid. SIEYÉS, citado por LÓPEZ FREILE, E., *op. cit.*, nota 39, p. 59.

<sup>53</sup> TORRES, L. F., *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, Ecuador, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987, p. 38.

instrumento para el control jurídico<sup>54</sup> del juego de poder o, respecto al cumplimiento de facultades constitucionalmente previstas para cada uno de los órganos de poder estatal<sup>55</sup>, así como también en cuanto al nivel de desarrollo de las relaciones sociales en las esferas política y económica o, al ámbito de realización de la personalidad humana.

Si se parte de la idea de que la Constitución es la norma político-jurídica superior del ordenamiento estatal que protege y consagra los derechos, deberes y garantías fundamentales de los ciudadanos, así como las funciones y facultades de los órganos de poder, fuente de legitimación formal y material del orden jurídico, entonces ella debe gozar de supremacía, de medios efectivos que la garanticen, y su control resulta necesario<sup>56</sup> por cuanto significa para la validez de las disposiciones y la coherencia del sistema normativo.

Respecto al tema, el profesor FIX-ZAMUDIO señalaba que:

(...) El control constitucional comprende los instrumentos que se han establecido de manera paulatina a partir del constitucionalismo clásico y que se han perfeccionado en el contemporáneo, con el fin de tutelar las disposiciones de carácter constitucional y resolver con criterio objetivo las controversias que surgen de la aplicación de las normas fundamentales<sup>57</sup>.

En ese sentido, el control tiene, entre sus funciones, velar por la validez de las disposiciones normativas y la coherencia del ordenamiento jurídico; así como eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del aparato estatal y asegurar su sometimiento al Derecho.

Para PALLARES<sup>58</sup>, el control de constitucionalidad es entendido como el *sistema establecido por la ley*, la mayoría de las veces por los legisladores constituyentes, para mantener incólume el orden constitucional con el respeto debido a la *Lex Fundamental* de un país, así como su exacto cumplimiento; mientras que EKMEKDJIAN<sup>59</sup> lo califica como una *consecuencia necesaria de la afirmación de la supremacía constitucional*, ya que no existe esta si no hay un sistema de control, de

---

<sup>54</sup> Diversos autores abordan el tema del control para garantizar el cumplimiento de los postulados constitucionales y no al texto como pauta para el control: Cfr. ARAGÓN REYES, M., "El Control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, No. 19, CEC, 1987, pp. 15-52; KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 5.

<sup>55</sup> Aun cuando el reconocimiento de tal función tuvo como fundamento la división de poderes, como garantía de la libertad individual y reflejo de la existencia de una Constitución que estableciera los límites (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 16 y Constitución de EE.UU., artículo 3), nada niega que pueda ser utilizado en sistemas con diseños políticos diferentes. *N. del A.*

<sup>56</sup> Cfr. ARAGÓN REYES, M., *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 15.

<sup>57</sup> FIX-ZAMUDIO, H., "La justicia constitucional. Reflexiones comparativas", en *Segunda Jornada de Derecho Procesal Constitucional*, Santiago de Chile, 1990, pp. 8 y ss.

<sup>58</sup> Vid. PALLARES, citado por APUD ARELLANO GARCÍA, C., "El juicio de amparo", *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 270.

<sup>59</sup> EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, pp. 283 y ss.

manera que se propicie la coherencia del orden normativo y se realicen los preceptos constitucionales.

Según criterio de ARAGÓN REYES, el control constitucional consiste en una *revisión* de las normas jurídicas, actos administrativos y, en general, de todos los "...productos objetivados de la voluntad de los órganos u oficios públicos"<sup>60</sup> de un Estado para comprobar que su contenido guarde coherencia con lo establecido en la Constitución y los preceptos refrendados alcancen eficacia, o sea, se validen en el ordenamiento; lo cual refuerza HUERTA OCHOA cuando define al control constitucional desde un espectro amplio como el

conjunto de *medios* que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder; la *forma* en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano. (...) Es, pues, un *sistema de vigilancia* que asegura la observancia del sistema jurídico<sup>61</sup>.

Acentuando el principio de supremacía constitucional, RIVERA plantea que el control de constitucionalidad se refiere a una

*acción política o jurisdiccional* que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos de poder público, los gobernantes y gobernados, así como aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones.<sup>62</sup>

Este autor retoma aspectos interesantes, al introducir en su concepción en torno al mecanismo de supervigilancia *in commento* la polémica referente a su naturaleza, ya sea política o jurisdiccional<sup>63</sup>, cuestión no zanjada aún por la doctrina debido a la pluralidad de factores externos e internos que en tales consideraciones subyacen.

Al decir de GARCÍA RUIZ<sup>64</sup>, el control de constitucionalidad no es más que el *control de las leyes* y, se incardina hacia el veto de las disposiciones que contravengan la preceptiva constitucional, a partir de la declaración judicial de la irregularidad. También, PÉREZ PAREDES<sup>65</sup> lo considera como un mecanismo de defensa cuya finalidad es asegurar la adecuación de las normativas del ordenamiento a lo dispuesto en la Constitución, y la exigencia de que todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico se ajusten a ella.

Por su parte, desde una perspectiva orgánico-funcional, BOTTONI y NAVARRO señalan que:

---

<sup>60</sup> ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 72.

<sup>61</sup> HUERTA OCHOA, C., *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*, México, Segunda Edición, UNAM, 2001, pp. 36-37.

<sup>62</sup> RIVERA, J. A., *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004, p. 22.

<sup>63</sup> Respecto a la polémica de SCHMITT (órgano político) y KELSEN (órgano judicial independiente), Cfr. HERRERA, C. M., "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 86, Centro de Estudios Constitucionales, octubre-diciembre de 1994, pp. 205-208; GIANFORMAGGIO, L., *Estudios sobre Kelsen*, México, Ed. Fontamara, 2002.

<sup>64</sup> GARCÍA RUIZ, J. L., *Introducción al Derecho Constitucional*, España, Ed. Universidad de Cádiz, 2010, p. 31.

<sup>65</sup> PÉREZ PAREDES, M. G., *op. cit.*, nota 25, p. 26.

El control de constitucionalidad es la atribución conferida a un órgano del Estado para discernir si los actos de los restantes poderes públicos se ajustan al texto de la Carta Fundamental –que es el eje normativo en torno al cual debe desarrollarse la actividad de los distintos departamentos de gobierno- y, en su caso, ordenar su adecuación y resguardar la soberanía constitucional<sup>66</sup>.

A partir de esta concepción, cabe preguntarse: ¿el control de constitucionalidad solo debe realizarse por un órgano estatal o, por el contrario, pueden intervenir varios órganos estatales en su realización? Si una disposición normativa inferior colida con la preceptiva constitucional, ¿su contenido se adecua o, deberá decretarse su inaplicabilidad? ¿Mantiene su validez la normativa aun cuando sea declarada inaplicable a un caso concreto?

Teniendo en cuenta las consideraciones doctrinales expuestas en líneas precedentes, puede arribarse a la siguiente idea: *el control de constitucionalidad, en su función correctora-garantista, puede entenderse como el conjunto de procedimientos, métodos y mecanismos, que deben observar y cumplimentar los órganos y organismos, encargados de velar por la supremacía formal y material de la Constitución y, con ella, preservar la coherencia del ordenamiento jurídico.*

### 3. Un acercamiento a los modelos de control de constitucionalidad

En el plano doctrinal y práctico, los modelos encargados del control de constitucionalidad de las normas jurídicas presentan rasgos de los llamados *originarios* o, resultan *derivados* de estos, luego de adecuaciones.

Los *originarios* son aquellos que, históricamente, surgieron destinados a asegurar bien la defensa de derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, bien la letra y espíritu de la preceptiva constitucional y como corolario de ellos derivaron principios, reglas y categorías; los que se pueden realizar tanto a través de órgano político, como jurisdiccional<sup>67</sup>. En cambio, los denominados *derivados* son consecuencia de la adaptación de los modelos originarios, conforme a la necesidad o realidad político-constitucional específica, identificándose principalmente el control mixto y el control múltiple, dual o paralelo<sup>68</sup>.

Esta diferenciación de los modelos, en dependencia del órgano que tiene a su cargo la responsabilidad del control de constitucionalidad, resulta de utilidad para el presente estudio, por cuanto arroja la diversidad de entes que intervienen y de fórmulas para su realización, además de que posibilita analizar sus principales características y diseño teórico general. En tal sentido, se ha recurrido a ejemplificar

---

<sup>66</sup> BOTTONI, M. A. y NAVARRO, M. J., “El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la última década”, en *La Ley*, Argentina, Ponencia presentada en el II Congreso de Magistrados y Funcionarios, 2011, p. 1.

<sup>67</sup> Cfr. GARCÍA BELAUNDE, D., *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Ed. Témis, 2001, p. 19.

<sup>68</sup> Cfr. BARRUETO SALAS, E. M., *El control constitucional*, Tesis presentada en Opción al Título de Licenciado en Derecho, Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Cajamarca, 2013, p. 25. Esta autora señala que los controles jurisdiccionales de tipo concentrado y difuso cuando se fusionan conforman el control mixto o, por el contrario, el control múltiple, dual o paralelo que posibilita la coexistencia de las dos formas principales del modelo jurisdiccional, postura asumida en este artículo.



su regulación en las Constituciones de diversos ordenamientos jurídicos, con la finalidad de valorar la correspondencia entre el modelo teórico y la normativa imperante.

### 3.1. Modelo político

Conviene señalar que este modelo se fundamenta en que, siendo el Parlamento el órgano político de superior jerarquía dentro de la estructura estatal facultado para dictar las leyes en virtud del principio de soberanía popular, se presume que las normas que promulga nacen con un voto de legitimidad bajo la concepción de la omnipotencia de la ley. De tal suerte, su realización se confía a un órgano parlamentario, u otro de carácter político, en el que no se exige una calificación técnico-jurídica a quienes asumen esa función.

En el caso del control parlamentario, la fundamentación de su existencia radica esencialmente en el principio genérico de la autonomía legislativa, que impide el control judicial de la legislación parlamentaria, en atención a que la magistratura no proviene de la voluntad ciudadana, sino de la designación por un órgano estatal: de ahí que esté impedido de anular o abrogar una ley que es la expresión suma de aquella soberanía.

Sus antecedentes se encuentran en el jurado o magistratura constitucional –propuesto por el abate E. SIEYÉS durante los debates de la primera Constitución gala en 1791- y, de manera concreta, en las normas supremas de Francia de 1795 y 1852 respectivamente.

Del mismo modo, su expresión encontró cabida en la Constitución soviética de 1936<sup>69</sup> y –posteriormente- en el resto de las naciones de la otrora vigorosa órbita socialista, principalmente en aquellas que sostenían la doctrina del centralismo democrático, donde el órgano más representativo del pueblo es el que concentra el poder y, por lo tanto, desde su posición de ente que expresa la soberanía, asume el control político de las disposiciones normativas dictadas por los órganos que se le subordinan.

De conformidad con la regulación constitucional, se han observado varias modalidades. Así, se denomina *Parlamentario puro*, aquel modelo en el que el poder legislativo fiscaliza la constitucionalidad de sus propias leyes (autocontrol) y de las otras normas dictadas por órganos inferiores. Por ejemplo, la Constitución de Bulgaria de 1947<sup>70</sup> disponía que la suprema vigilancia del cumplimiento de aquella y de las leyes le correspondiera a la Asamblea Nacional; así como el Código Fundamental de la República Popular China de 1954<sup>71</sup>, en el que la Asamblea Popular Nacional era la encargada de controlar su aplicación.

También *Parlamentario*, pero acompañado de otros órganos, por ejemplo, *con órganos inferiores delegados o asesores*, era modalidad más aceptada en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y otros países socialistas. En la

---

<sup>69</sup> Cfr. Constitución de la URSS de 5 de diciembre de 1936. Artículos 14, inciso d) y 31.

<sup>70</sup> Cfr. Constitución de Bulgaria de 4 de diciembre de 1947. Artículo 25.

<sup>71</sup> Cfr. Constitución de la República Popular China de 20 de septiembre de 1954. Artículo 27, apartado 3).

Constitución de la URSS de 1977<sup>72</sup>, se estipulaba que el *Presídium* del *Soviet* Supremo (electo por el *Soviet* Supremo de entre sus miembros) era el encargado de controlar la observancia de la Carta Magna y asegurar la correspondencia de las normas supremas y las leyes de las Repúblicas Federadas con el magno texto y las leyes. Otra variante, pero *compartido entre el Ministerio Público y el Parlamento* fue el sistema seguido por la Constitución de Albania de 1946<sup>73</sup>, en la cual correspondía al *Presídium* de la Asamblea del Pueblo pronunciarse sobre la conformidad de las leyes con la Constitución y, el Fiscal General podía presentar, ante la Asamblea del Pueblo y el *Presídium*, casos en los que las leyes y decretos no concordaran con la norma superior.

La desventaja fundamental de este tipo de control parlamentario radica en que se confunden en un mismo órgano las cualidades de controlador y controlado, es decir, el Parlamento actúa como juez y parte, pues elabora las leyes y realiza el control de su constitucionalidad<sup>74</sup>. En tal sentido, cabe preguntarse: ¿qué se puede esperar de un control que se encuentra en las mismas manos del controlado?

También, *otro tipo de control político es el asignado al poder ejecutivo*, que opera cuando el titular de ese poder tiene la facultad de vetar una ley por considerarla inconstitucional y, cuyo ejemplo clásico lo constituye el sistema establecido por el régimen franquista en la Ley Orgánica del Estado español, donde el recurso de contrafuero contra todo acto legislativo o disposición del Gobierno, que vulneraba los principios del Movimiento Nacional o de las demás leyes fundamentales de la Monarquía, se interponía ante el Consejo del Reino, pero quien resolvía, en definitiva, era el Jefe de Estado<sup>75</sup>.

Esta modalidad de control también fue asumida por la Constitución del Imperio Alemán-Weimar de 11 de agosto de 1919<sup>76</sup>, la cual creó un tribunal encargado de resolver los conflictos entre los Estados individuales reunidos en el Estado Federal: la Corte Estatal de Justicia del *Reich*. En tal sentido, era competente para conocer, entre otras cuestiones, de los litigios surgidos entre el *Reich* y los Estados que lo integraban; litigios constitucionales en el interior de cada uno de los Estados individuales, siempre que no tuviesen carácter jurídico-privado y controversias constitucionales surgidas dentro de un Estado en el que no existiera tribunal competente para ello. De tal suerte que este órgano carecía de competencia para conocer cuestiones de constitucionalidad, puesto que el único control previsto al respecto era el de los *Länder*, atribuido al Tribunal Supremo del *Reich* y confiado

---

<sup>72</sup> Cfr. Constitución de la URSS de 7 de octubre de 1977. Artículo 121, apartado 4).

<sup>73</sup> Cfr. Constitución de Albania de 15 de marzo de 1946. Artículos 58, apartado 3) y 88.

<sup>74</sup> Cuestionando la legitimidad del control que se realiza por el mismo órgano que dicta la disposición normativa, Cfr. ETO CRUZ, G. y PALOMINO MANCHEGO, J., "La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano", en GARCÍA BELAUNDE, D. (dir.), *La Constitución y su defensa*, Lima, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 70 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. GARCÍA TOMÁS, V., "La justicia constitucional", en *Revista Aducadus*, Perú, No. 9, Nueva Época, 2006, p. 40.

<sup>76</sup> Cfr. Constitución del Imperio Alemán-Weimar de 11 de agosto de 1919. Artículos 19, 25 y 48, en CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1933)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1987, pp. 222 y 223.

al Parlamento, donde su Presidente gozaba de un poder neutral, en tanto, guía y representante unitario del pueblo, facultado para decidir si una normativa estaba o no acorde a la preceptiva superior.

Igualmente, se señala, dentro del modelo político, *el control* que efectúa *el Consejo Constitucional francés* –instituido por la Constitución de la Quinta República de 4 de octubre de 1958- y cuya función esencial es asegurar la constitucionalidad de las leyes<sup>77</sup>. Ante este órgano deben someterse los proyectos de leyes, los cuales serán avalados, en todo o en parte, teniendo carácter vinculante sus decisiones.

En América Latina, el modelo político de control de constitucionalidad se desarrolló en la primera mitad del siglo XIX, en los que el aseguramiento de la supremacía de la Constitución se concibió como quehacer de los propios órganos políticos. En normas supremas como la de Perú de 1933<sup>78</sup> y la de Ecuador de 1946<sup>79</sup>, se otorgaba al Congreso la atribución de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes.

Luego, se advierte entre las principales razones que han sustentado su aplicación las siguientes<sup>80</sup>: 1) concentración y unidad de las funciones de elaboración y control de la legislación en el órgano parlamentario, considerado como supremo de poder estatal, a partir de que esa estructura es portadora de la soberanía popular y, por ende, le corresponde exclusivamente el ejercicio del control de constitucionalidad; 2) defensa del principio de exonerabilidad, en virtud del cual los actos parlamentarios no pueden ser objeto de control por otros órganos estatales.

En este modelo, se trata de evitar que la supremacía constitucional dependa de los tribunales en general porque, siendo como es, esencialmente una cuestión política más que jurídica, se correría el riesgo de que los puntos de vista políticos permearan y enfermaran la administración de justicia<sup>81</sup>, de manera que la defensa constitucional se pone en manos de un órgano de carácter más político que jurídico; se concentra en ese órgano y se depura de formalidades jurídicas.

### 3.2. Modelo jurisdiccional

---

<sup>77</sup> Cfr. Constitución de la República Francesa, promulgada el 4 de octubre de 1958. Artículos 61 y 62. Disponible en el sitio *web* del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia: <http://www.diplomatie.gouv.fr/es/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>78</sup> Cfr. Constitución de Perú de 9 de abril de 1933. Artículo 123, apartado 4). Disponible en el sitio *web* oficial del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/> (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>79</sup> Cfr. Artículo 189 de la Constitución de Ecuador de 31 de diciembre de 1946, en VILLABELLA ARMENGOL, C. M., *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2000.

<sup>80</sup> Respecto a los fundamentos que sustentaron la asunción del modelo político de control de constitucionalidad, Cfr. RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., "Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad", en CASTAÑEDA OTSU, S. (comp.), *Derecho Procesal Constitucional*, T. I, Lima, Palestra Editores, 2004, pp. 59 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. GOZAÍNI, O. A., *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, pp. 22 y ss.; GORDILLO, M. A., *Control constitucional: Un posible cambio en Argentina*, Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, 2007, pp. 19-20.

Este modelo confía el control de la constitucionalidad, de manera directa o indirecta, a un ente administrador de justicia y, tiene entre los tipos de control más representativos al *difuso*, conocido por su origen como americano, revisión judicial o *judicial review* y, el *concentrado*, denominado también, austríaco-kelseniano o europeo.

*El control difuso o judicial review*: Nace en los Estados Unidos de América, aun cuando existen discrepancias con respecto a la fecha de su origen, ya que algunos estiman que se encuentra en “*El Federalista*”<sup>82</sup>, otro sector aduce que se halla en el fallo del Juez MARSHALL en el caso “*Marbury vs. Madison*”<sup>83</sup>. No obstante, la doctrina está conteste en que, aun cuando *El Federalista* sentó las bases del control difuso de constitucionalidad, fue el fallo de MARSHALL el que inició lo que teóricamente se denomina como *judicial review*.

Mediante este sistema, el juez tutela derechos subjetivos de las partes intervinientes en un litigio; en el que no se expulsa la normativa del ordenamiento jurídico, sino que se resuelve una situación particular que se reclama; de ahí que ZAGREBELSKY advirtiera que: “(...) *Se basa en la apreciación de las razones de los derechos, tal y como aparecen reflejados en los casos concretos...*”<sup>84</sup>. Al respecto, TRUJILLO FERNÁNDEZ<sup>85</sup> apunta que el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente a los efectos de asegurar la validez normativa y la coherencia del ordenamiento jurídico y, dado el carácter incidental de la demanda, sus efectos son limitados al caso concreto. Por tal motivo, la ley contraria a la Constitución no queda afectada en su vigencia general, sino simplemente su aplicación dentro del pleito generado. Su esencia radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en cuanto a que si hay actos que coliden con la norma superior, son nulos y –como tales- tienen que ser considerados por los tribunales, los que precisamente son los llamados a interpretar y aplicar las leyes.

No obstante, también estas decisiones pueden llegar a producir efectos generales, a través de su influencia sobre otros tribunales y jueces, a partir del imperio del *stare decisis*<sup>86</sup>. Se parte del criterio de que el juez es creativo en la solución del conflicto y, como hay una infinidad de jueces y tribunales, por razones de seguridad y unidad del Derecho, se vincula al juez con sus propias decisiones y las de los otros magistrados de igual o superior jerarquía, para no apartarse del Derecho vigente.

---

<sup>82</sup> Respecto a las posturas doctrinales acerca del origen del control jurisdiccional difuso, Cfr. ETO CRUZ, G., “John Marshall y la Sentencia Marbury vs. Madison”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999, pp. 639-665.

<sup>83</sup> MARSHALL, invocando la lógica jurídica, sostuvo en su fallo que sería ilógico afirmar la supremacía de la Constitución, sin poder al propio tiempo sancionar dicha supremacía. Cualquier ley que contrarie la Constitución, debe ser declarada nula, pues de permanecer válida, la Constitución perdería su carácter de norma fundamental. *Ídem*, pp. 639-665.

<sup>84</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Segunda Edición, Ed. Trotta S. A., 1997, p. 62.

<sup>85</sup> TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, México, Universidad de la Laguna, 1970, pp. 4 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. QUIROGA LEÓN, A., “¿El control difuso administrativo?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Perú, Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 220.

Siguiendo lo antes expuesto, en países latinoamericanos como México<sup>87</sup>, Guatemala<sup>88</sup> y Venezuela<sup>89</sup>, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes descansa en manos de los jueces, de tal modo que se ha consagrado como una norma de derecho positivo. Esto se justifica en el principio de supremacía constitucional y su debida garantía para la defensa de los derechos de la ciudadanía. Así, los magistrados están facultados para inaplicar la norma que consideran inconstitucional al caso concreto sometido a su conocimiento y, en su defecto, recurrir a la preceptiva constitucional, emitiendo un pronunciamiento con efectos *inter partes*.

Del estudio realizado, se ha apreciado que este tipo de control difuso descansa sobre las siguientes bases:

- ✓ En el supuesto de contradicción entre una norma jurídica ordinaria y la Constitución, se aplica la disposición normativa superior en jerarquía y se desecha la inferior. Esta es una regla de interpretación del Derecho que los magistrados están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y, por consiguiente, no hay una invasión del juez en la esfera legislativa.
- ✓ Cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley contraria a la Constitución, de oficio o a instancia de parte, en los casos sometidos a su conocimiento, puesto que no hay una tramitación especial para dilucidar la materia constitucional, ya que se discute y falla dentro del juicio en que se plantea y; pueden incoarse ante los tribunales superiores mediante los recursos ordinarios o extraordinarios previstos al efecto.
- ✓ La decisión que declara la no aplicación de la norma inferior vulneradora de la Constitución o, un precepto suyo, alcanza solamente a las partes y tiene efectos en relación con el caso concreto.

La mayoría de las críticas al sistema de control constitucional difuso provienen del excesivo poder que se otorga a los jueces, lo que puede llevar a la invasión en las restantes funciones del Estado –en particular- en la legislativa. Igualmente, ha sido cuestionado en razón de las llamadas *mutaciones constitucionales*<sup>90</sup>, al incorporar, mediante interpretaciones, principios o reglas no contenidos originalmente en el

---

<sup>87</sup> Cfr. Constitución Política de la República de México de 31 de enero de 1917. Artículo 133. Disponible en el sitio *web* del Senado de la República: <http://www.senado.gob.mx/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>88</sup> Cfr. Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de mayo de 1985, vigente a partir del 14 de enero de 1986 (reformada en 1993). Artículo 204. Disponible en el sitio *web* del Congreso de la República de Guatemala: <http://www.congreso.gob.gt/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>89</sup> Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 15 de diciembre de 1999. Artículo 334. Disponible en el sitio *web* de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela: <http://www.asambleanacional.gob.ve/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>90</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, G., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1987, p. 210. En cuanto a la interpretación constitucional y sus efectos, Cfr. BLUME ROCHA, A., *El principio de interpretación conforme a la Constitución como criterio hermenéutico del Tribunal Constitucional*, Tesis para optar al Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 38-47.

magno texto, en algunos casos de carácter contradictorio, que convierten a los jueces en el propio Constituyente norteamericano.

Sus principales desventajas radican fundamentalmente en sus efectos, ya que no invalida o retira la disposición normativa presuntamente inconstitucional del ordenamiento jurídico, sino que simplemente deja de aplicarla al caso judicial concreto. Además, ello puede generar pronunciamientos contrarios ante casos semejantes, así como de divergencia de jurisprudencia, que solo podrán resolverse si los fallos son revisados por un órgano jerárquicamente superior. En tal sentido, KELSEN afirma que: “Un sistema jurídico en el cual los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos –no pudiendo anular su inconstitucionalidad- equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”<sup>91</sup>.

*El control concentrado o austríaco-kelseniano:* A diferencia del anterior, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar en calidad de juez constitucional, con facultad para decidir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado, de rango y valor similar. Al decir de KELSEN, “...este control era –es- esencial para mantener la supremacía de la Constitución, no solo como regla procedimental, sino también como norma sustantiva”<sup>92</sup>.

Ese órgano, que puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país o, una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional, es creado especialmente por la Constitución –dentro o fuera del sistema judicial- para actuar como único juez constitucional. En todos los casos, estos entes tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, donde se les reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, *erga omnes*; así como el establecimiento de los mecanismos de corrección del acto inconstitucional, lo que constituye una garantía para el sistema jurídico.

Las primeras experiencias de este sistema se encuentran indisolublemente ligadas a la desmembración del Imperio Austro-Húngaro, tras su derrota en la Primera Guerra Mundial y la constitución de la Asamblea Nacional Provisional de la República de Austria el 21 de octubre de 1918, la cual en virtud de la Carta Magna de 1920<sup>93</sup>, instituyó un órgano de control de la constitucionalidad, nombrado Tribunal Constitucional. En tal creación, tuvo protagónica responsabilidad H. KELSEN, quien desestimó la capacidad de autocensura y moderación legislativa del Parlamento en lo relativo al resguardo de la jerarquía normativa del texto supremo y postuló las bondades de un órgano autónomo, con facultades para anular las leyes contrarias a los textos constitucionales.

---

<sup>91</sup> KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, trad. R. TAMAYO y SALMORÁN, en *Ius et Veritas*, Lima, No. 9, 1994, p. 31.

<sup>92</sup> *Vid.* KELSEN, H., citado por NINO, C. S.: *op. cit.*, nota 32, p. 660.

<sup>93</sup> *Cfr.* Constitución de la República de Austria de 1 de octubre de 1920. Artículo 140. Disponible en el sitio web: <http://hc.rediris.es/05/constituciones/html/caus1920.htm>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

Las funciones del Tribunal Constitucional fueron paralizadas en 1933; sin embargo, encontró grandísima fortuna en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial. Así, fuera de Austria, Checoslovaquia fue el primer país europeo en adoptar ese tipo de control de la constitucionalidad, en su Código Fundamental de 29 de febrero de 1921. Los argumentos esgrimidos para ello provinieron de una norma constitucional que estableció, de manera explícita, la supremacía de aquel en relación con el resto del ordenamiento legal, consagrando que: “*Todas las leyes contrarias a la Constitución o a una de sus partes, así como a las leyes que la modifican y la completan se consideran nulas*”.

Con posterioridad, la expansión de ese tipo de control de constitucionalidad se produjo en Europa en tres etapas: la primera, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en Estados que dictaron sus nuevas Constituciones, como Italia (Corte Constitucional)<sup>94</sup> y España (Tribunal Constitucional)<sup>95</sup>. Después, en los países del sur del continente que, en la década del setenta, salieron del régimen autoritario, entre ellos, Grecia (Tribunal Especial Superior)<sup>96</sup> y Portugal (Tribunal Constitucional)<sup>97</sup> y; finalmente, tras la caída del Muro de Berlín, en las naciones del este europeo (Polonia, República Checa, República Eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria y Rusia)<sup>98</sup>.

Es válido apuntar que, en buena parte de América Latina, el sistema de control constitucional es prácticamente similar al europeo de Tribunales Constitucionales especiales, aunque su establecimiento no implicó necesariamente la existencia de un órgano *ad hoc* de este tipo, concebido fuera del Poder Judicial. Han sido las Cortes Supremas de Justicia las que han ejercido el control y, en los casos en que se ha atribuido a Tribunales Constitucionales, estos han estado dentro del Poder Judicial

---

<sup>94</sup> Cfr. Constitución de Italia de 22 de diciembre de 1947. Artículo 134.

<sup>95</sup> Cfr. Constitución de España de 27 de diciembre de 1978. Artículo 161. Publicada en el *BOE*, No. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424. Disponible en el sitio *web*: [http://www.boe.es/diario\\_boe](http://www.boe.es/diario_boe), (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>96</sup> Cfr. Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975. Artículo 100, inciso e).

<sup>97</sup> Cfr. PÉREZ AYALA, A., “Tres décadas de evolución constitucional en Portugal”, en *Revista de Derecho Público*, No. 7, 2007, pp. 66-134.

<sup>98</sup> Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Europa y América”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, No. 4, 2000, pp. 243-307.

(Colombia<sup>99</sup>, Bolivia<sup>100</sup>), excepto Chile<sup>101</sup> y Perú<sup>102</sup>, cuyas Constituciones regularon a los Tribunales Constitucionales fuera de la magistratura ordinaria.

No obstante, los modelos de control constitucional que se han instrumentado en América Latina durante los últimos años se han ido orientando progresivamente hacia sistemas mixtos de supervigilancia constitucional. A pesar de ello, permanece concentrado en Uruguay<sup>103</sup> y Paraguay<sup>104</sup> donde la Corte Suprema de Justicia tiene una jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Del análisis de las diferentes formas en que se ha implementado el sistema concentrado de control de constitucionalidad, se han observado las siguientes características:

- ✓ La declaración de inconstitucionalidad ha de ser realizada, única y exclusivamente, por un órgano especializado en material constitucional.
- ✓ El pronunciamiento de inconstitucionalidad se produce cuando se plantea directamente ante el órgano especializado un proceso especial, reclamando la declaración de inconstitucionalidad, por lo que no es necesaria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial. Este pronunciamiento tiene efectos derogatorios y genéricos, y sus consecuencias afectan al Estado y a todos los ciudadanos y adscritos a él; por lo que se señala que la declaración oficial de inconstitucionalidad es de puro Derecho y tiene efectos *erga omnes* y abrogativo.

La principal crítica que se señala al tipo *in commento* se resume en los criterios de C. SCHMITT para referirse al Tribunal que, de manera concentrada, asumiera el control. A su juicio, aquel se transformaría “...en un tribunal sobre el Estado y contra

---

<sup>99</sup> Cfr. Constitución de Colombia de 7 de julio de 1991. Artículos 233, 239 y 241. Disponible en el sitio *web* oficial del Gobierno de Colombia: <http://www.presidencia.gov.co/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>100</sup> Cfr. Constitución de Bolivia de 7 de febrero de 2009. Artículos 179, 198 y 202, apartado 1). Disponible en el sitio *web* oficial del Honorable Congreso Nacional de la República de Bolivia: <http://www.congreso.gov.bo>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>101</sup> Cfr. Constitución de Chile de 21 de octubre de 1980. Artículos 81 y 82, apartados 1), 2), 3), 6) y 12). Disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, a través del sitio *web*: <http://www.congreso.cl>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>102</sup> Cfr. Constitución de Perú de 29 de diciembre de 1993. Artículos 201 y 202, apartado 1). Disponible en el sitio *web* oficial del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/> (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>103</sup> Cfr. Constitución de la República de Uruguay de 1997. Artículos 256 y 257. Disponible en el sitio *web* de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay: <http://www.presidencia.gub.uy/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>104</sup> Cfr. Constitución de la República de Paraguay de 20 de junio de 1992. Artículos 132, 258 y 260. Disponible en el sitio *web* de la Presidencia de la República del Paraguay: <http://www.presidencia.gov.py/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).



el Estado, toda violación de una ley sería al mismo tiempo violación de la Constitución”<sup>105</sup>.

Las principales desventajas que se apuntan son: un *tribunal político de constitucionalidad*<sup>106</sup> deviene en una fisura de la tripartición de poderes. Se trata de un cuarto poder que, declarándose depositario de la supremacía constitucional, se convierte en una suerte de arcángel mayor que se impone, no se diga ya contra el ejecutivo, sino incluso contra la casi intocable representatividad del legislativo. Además, es designado y no electo, ello lo convierte en el quebrantamiento de las bases dogmáticas del sistema representativo. También, se aduce que está plegado a los intereses de los operadores ejecutivos, con menoscabo del órgano legislativo que es, o debe ser al menos, por definición, representativo.

Así, respecto al modelo jurisdiccional de control de constitucionalidad, difuso y concentrado, puede apuntarse que son formas profundamente diferentes por sus mecanismos y por sus efectos. Al decir de CAPPELLETTI,

...ambos sistemas se diferencian sobre la base de que mientras, en el *difuso*, el control se atribuye a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico, que lo ejercitan incidentalmente, con ocasión de la decisión de una causa de su competencia; en el *concentrado*, el poder del control se concentra en un único órgano jurisdiccional<sup>107</sup>.

*Control mixto*: Se encuentra dentro de los llamados sistemas derivados y consiste en entregar o confiar el control de las leyes a un órgano del Poder Judicial, generalmente su órgano supremo o una Sala de este. Así, conforme a esta fórmula, se ejerce simultáneamente un control difuso y concentrado, conforme a la naturaleza del proceso objeto de su conocimiento, ya sea para la defensa de los derechos constitucionalmente consagrados o la normativa superior. Se aprecia en países como Venezuela y México, por solo citar dos ejemplos.

En Venezuela<sup>108</sup>, se observa el control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial, pero se cuenta con un control concentrado –en manos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema– que tiene facultades exclusivas y excluyentes para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de actos violatorios a la Constitución. Por su parte, en México<sup>109</sup>, además del control difuso, simultáneamente se le ha conferido por mandato constitucional a la Suprema Corte

---

<sup>105</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. F. AYALA, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1934, p. 136.

<sup>106</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, en MATILLA CORREA, A. (comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, México, Ed. Porrúa, 2009, p. 378.

<sup>107</sup> Vid. CAPPELLETTI, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Ed. Dykinson, 1992, pp. 1046-1047.

<sup>108</sup> Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 15 de diciembre de 1999. Artículos 266, apartado 1), 334 y 336. Disponible en el sitio *web* de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela: <http://www.asambleanacional.go/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>109</sup> Cfr. Constitución Política de la República de México de 31 de enero de 1917. Artículos 105 y 133. Disponible en el sitio *web* del Senado de la República: <http://www.senado.gob.mx/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

de Justicia, la competencia para conocer de las controversias que se susciten, entre los poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos.

A tenor de este modelo, en dependencia del proceso en que se plantee y del órgano que conozca, la inconstitucionalidad se declara a instancia de parte –en un caso concreto–, pero alcanza la nulidad o derogación total, *erga omnes*, del acto o de la norma impugnada, lo que resulta ventajoso si de coherencia del ordenamiento jurídico se trata.

Una fórmula intermedia es el denominado *control múltiple, dual o paralelo*: Este tipo surge de la aplicación de los sistemas difuso y concentrado, pero ambos mantienen independencia, autonomía y sus propias características; lo que resulta interesante puesto que a la defensa constitucional concurren diversos entes jurisdiccionales bien delimitados. Aquí cada Tribunal viene obligado a aplicar la Carta Magna sobre la ley que la contravenga, en todo caso que le sea sometido y, además se dispone de un Tribunal Constitucional que concentra los recursos contra actos y normativas inconstitucionales.

Al respecto, GARCÍA BELAUNDE señala: “...es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse o desnaturalizarse”<sup>110</sup>, de tal suerte que los denominados *controles originarios* mantienen sus rasgos particulares, funcionamiento orgánico-estructural independiente, pautas organizativas, efectos procesales y principios cardinales.

En Latinoamérica, pueden citarse de ejemplos a Perú<sup>111</sup> y Guatemala<sup>112</sup>; el primero, en lo relativo a su ámbito orgánico, habida cuenta que el Tribunal Constitucional – con carácter independiente- opera con facultades monopólicas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y resolver los conflictos de competencia. Fuera del continente, también puede referirse el caso de la República Popular de Angola<sup>113</sup>, donde los tribunales ordinarios tienen la obligación de garantizar y asegurar la observancia de la Constitución y, paralelamente, opera un Tribunal Constitucional, que se encarga de evaluar la constitucionalidad de cualquier norma y actos del Estado, pero con la particularidad de que se encuentra dentro del sistema jurisdiccional. En esta situación, los tribunales –en su labor judicial ordinaria- aplican la norma suprema, pero no derogan la norma que la contradice, lo que queda exclusivamente en manos del Tribunal Constitucional.

---

<sup>110</sup> GARCÍA BELAUNDE, D., *op. cit.*, nota 62, p. 122.

<sup>111</sup> *Cfr.* Constitución Política de la República del Perú de 29 de diciembre de 1993. Artículos 138, 201 y 202. Disponible en el sitio *web* oficial del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/> (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>112</sup> *Cfr.* Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de mayo de 1985, vigente a partir del 14 de enero de 1986 (reformada en 1993). Artículos 268 y 272, inciso a). Disponible en el sitio *web* del Congreso de la República de Guatemala: <http://www.congreso.gob.gt/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).

<sup>113</sup> *Cfr.* Constitución de la República Popular de Angola de 21 de enero de 2010. Artículos 176, 177 y 180.

En cuanto a esta investigación interesa, la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica puede alcanzar imperio *erga omnes*, según el proceso en que se ventile y el órgano que lo esté conociendo, aspecto que tributa a la coherencia del ordenamiento jurídico y a la verificación de validez normativa. Es de advertir que, en los controles mixto y múltiple, se conjugan las ventajas y desventajas que caracterizan a los sistemas matrices, por cuanto integran los denominados *modelos derivados*.

De los estudios efectuados sobre la naturaleza y características del control de constitucionalidad, se constata que, aun cuando en algunos países funciona un órgano especial para la realización del control, otros elementos del aparato de poder concurren a la defensa de la Constitución y su supremacía. No obstante, lo significativo de los modelos que se han analizado podría resumirse en que, a pesar de las peculiaridades que revisten en cada país y procedimientos que los conforman, surgieron y se desarrollaron con el objetivo común –directo o indirecto– de salvaguardar el principio de supremacía constitucional.

En consecuencia, puede decirse, sin temor a equívocos, que el control de constitucionalidad constituye *prima facie* el instrumento o mecanismo cotidiano de defensa de la Constitución, al anular o revocar aquellas normas, disposiciones o actos del Estado que no estén acordes con los contenidos superiores tutelados y servir como medio de aseguramiento de la supremacía constitucional. Con ello, no solo tributa a la coherencia del ordenamiento jurídico, sino también propicia la realización de los preceptos constitucionales y, a la vez, ratifica la validez de la normativa dentro del sistema en el cual se ha previsto.

## Conclusiones

Se han desarrollado tres posturas doctrinales en torno a la noción de validez del Derecho, enfatizando en uno u otro elemento para su determinación: sistemática, fáctica y axiológica. Empero, en este artículo, se asume una postura integradora, tomando aquellos elementos más relevantes, de manera tal que permitan sostener que una normativa jurídica se considera como válida cuando ha sido creada por el órgano estatal facultado para ello, conforme a un procedimiento previamente establecido y, en virtud de ciertos principios técnico-formales y valores predominantes en la sociedad, sin obviar que su contenido u objeto de regulación no debe contravenir los preceptos constitucionales o disposiciones normativas superiores, garantizando así la coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica a los destinatarios de las mismas.

En la ratificación de una norma jurídica como válida, se presenta de manera decisiva la observancia de los principios de legalidad y de constitucionalidad, y para su aseguramiento o verificación se estipulan controles diversos. En tal sentido, el control de constitucionalidad constituye el instrumento o mecanismo cotidiano de defensa de la Constitución, al anular o revocar aquellas normas jurídicas, disposiciones o actos del Estado que no estén acordes con los contenidos superiores tutelados y servir como medio de protección de la supremacía constitucional.

El análisis crítico revela que lo lógico y deseable sería la instrumentación de un modelo dual o paralelo de control de constitucionalidad, con la finalidad de

minimizar los efectos negativos de los modelos «puros», a la vez que contribuye con el acceso a la justicia constitucional como mecanismo cotidiano de defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía y efectivo cumplimiento de la letra y espíritu de la normativa constitucional.

## Referencias bibliográficas

### Fuentes doctrinales

- AGUIRRE BERMEO, A., *El control de legalidad en materia tributaria*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA GONZÁLEZ, M. A., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 601-622.
- APUD ARELLANO GARCÍA, C., “El juicio de amparo”, *Derecho Constitucional Mexicano*.
- ARAGÓN REYES, M., “El Control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, No. 19, CEC, 1987, pp. 15-52.
- ARAGÓN REYES, M., *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- BARRUETO SALAS, E. M., *El control constitucional*, Tesis presentada en Opción al Título de Licenciado en Derecho, Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Cajamarca, 2013.
- BIDART CAMPOS, G., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1987.
- BLUME ROCHA, A., *El principio de interpretación conforme a la Constitución como criterio hermenéutico del Tribunal Constitucional*, Tesis para optar al Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- BOTTONI, M. A. y NAVARRO, M. J., “El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la última década”, en *La Ley*, Argentina, Ponencia presentada en el II Congreso de Magistrados y Funcionarios, 2011, pp. 3-25.
- BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, No. 9, 1991, pp. 257-279.
- CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1933)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, 1987.
- CUENCA, P., “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 25, 2009, pp. 209-210.
- DELGADO PINTO, J., “La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

- DERMIZAKY PEREDO, P., *Derecho Constitucional*, Cochabamba, Cuarta Edición, Editora J. V., 1998.
- EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I.
- ESCUADERO ALDAY, R., "Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 22, 2005, p. 397-414.
- ETO CRUZ, G. y PALOMINO MANCHEGO, J., "La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano", en GARCÍA BELAUNDE, D. (dir.), *La Constitución y su defensa*, Lima, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 70-101.
- ETO CRUZ, G., "John Marshall y la Sentencia Marbury vs. Madison", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999, pp. 639-665.
- FARIÑAS DULCE, M. J., *El problema de la validez jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Derecho*, en *Teoría del Estado y del Derecho*, T. II, La Habana, Ed. Félix Varela, 2005.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., "Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy", en MATILLA CORREA, A. (comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, México, Ed. Porrúa, 2009, pp. 367-386.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La Jurisdicción Constitucional en la actualidad", en *Ius et Praxis*, Perú, No. 16, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1990, pp. 55-120.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Ed. Dykinson, 1992.
- FIX-ZAMUDIO, H., "La justicia constitucional. Reflexiones comparativas", en *Segunda Jornada de Derecho Procesal Constitucional*, Santiago de Chile, 1990, pp. 3-32.
- FRANCO CASTELLANOS, C., "Sobre la noción de validez del Derecho...", en *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos "CUBALEX"*, La Habana, No. 33, Año 16, Ed. Unijuris, enero-diciembre, 2013, pp. 372-401.
- FRANCO CASTELLANOS, C., "Sobre la noción de validez del derecho", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2015, disponible en: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2015/05/derecho.html>, (consultado: 13 de octubre de 2019).
- FRANCO CASTELLANOS, C., "La validez del Derecho y su control", en *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima, Perú, No. 41, Año XII, 2015, p. 8, disponible en: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista041/LA\\_VALIDEZ\\_DEL\\_DERECHO\\_Y\\_SU\\_CONTROL.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista041/LA_VALIDEZ_DEL_DERECHO_Y_SU_CONTROL.pdf), (consultado: 13 de octubre de 2019).
- GARCÍA BELAUNDE, D., *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Ed. Témis, 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, D., *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Cuarta Edición, Ed. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003.
- GARCÍA RUIZ, J. L., *Introducción al Derecho Constitucional*, España, Ed. Universidad de Cádiz, 2010.

- GARCÍA TOMÁS, V., "La justicia constitucional", en *Revista Aducaodus*, Perú, No. 9, Nueva Época, 2006, pp. 26-50.
- GIANFORMAGGIO, L., *Estudios sobre Kelsen*, México, Ed. Fontamara, 2002.
- GORDILLO, M. A., *Control constitucional: Un posible cambio en Argentina*, Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, 2007.
- GOZAÍNI, O. A., *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Segunda Edición, Ed. Abeledo-Perrot, 1963.
- HERRERA, C. M., "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 86, Centro de Estudios Constitucionales, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-228.
- HUERTA OCHOA, C., "Interpretación y Reforma: ¿dialéctica o dilema?", en *Ochenta Aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México D. F., UNAM-IIJ, 1997, pp. 159-177.
- HUERTA OCHOA, C., *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*, México, Segunda Edición, UNAM, 2001.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho: introducción a la génesis del derecho*, Buenos Aires, Tercera Edición, Ed. Universitaria, 1963.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Quinta Edición, Ed. Universitaria, 1971.
- KELSEN, H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, Milán, Ed. Giuffré, 1981.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2<sup>da</sup> Edición, México, Ed. Porrúa-UNAM, 1993.
- KELSEN, H., "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. R. TAMAYO y SALMORÁN, en *Ius et Veritas*, Lima, No. 9, 1994, pp. 17-43.
- KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. VERNENGO, México, Oncena Edición, Ed. Porrúa, 2000.
- KOPPEL VINTIMILLA, E., *La acción de lesividad*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.
- LÓPEZ FREILE, E., "Control constitucional y organismos de control", *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo: Memorias del Seminario de Derecho Constitucional Comparado*, Quito, Projusticia y Coriem, 1998.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., "La validez jurídica", en *Curso de Teoría del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.
- NARANJO MESA, V., *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Ed. Témis, 1990.
- NINO, C. S., *La validez del Derecho*, España, Ed. Ariel, 1987.

- NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Europa y América", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, No. 4, 2000, pp. 243-307.
- OYARTE MARTÍNEZ, R., "La Supremacía Constitucional", *Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional, 1999.
- OYARTE MARTÍNEZ, R., *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Ecuador, Segunda Edición, Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1983.
- PÉREZ AYALA, A., "Tres décadas de evolución constitucional en Portugal", en *Revista de Derecho Público*, No. 7, 2007, pp. 66-134.
- PÉREZ PAREDES, M. G., *El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.
- PRIETO VALDÉS, M., *Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción*, La Habana, 2001.
- PRIETO VALDÉS, M., *El control como instrumento de aseguramiento de derechos y de la continuidad del diseño*, La Habana, Conferencia Magistral dictada en VIII Encuentro de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo, 2008.
- QUIROGA LEÓN, A., "¿El control difuso administrativo?", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2010, pp. 205-236.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción al concepto de sistema*, trad. de R. TAMAYO y SALMORÁN, México, UNAM, 1986.
- REALE, M., *Introducción al Derecho*, Madrid, Octava Edición, Ed. Pirámide, 1987.
- RECASÉNS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Barcelona-Buenos Aires, Ed. Labor, 1929.
- RIVERA, J. A., *Jurisdicción Constitucional: Procesos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Kipus, 2004.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, J., "Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad", en CASTAÑEDA OTSU, S. (comp.), *Derecho Procesal Constitucional*, T. I, Lima, Palestra Editores, 2004, pp. 13-80.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Segunda Edición, Ed. Trotta S. A., 1997.
- ROSS, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. R. CARRIÓ y O. PASCHERO, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1994.

- ROTH, J., "El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional", *Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, No. 12, 1996, pp. 100-136.
- SAGÜÉS, N. P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. F. AYALA, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1934.
- SILVA IRARRÁZVAL, L. A., "Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos", *Estudios Constitucionales*, Chile, No. 1, Año 5, Universidad de Talca, 2007.
- SIMONE LASSO, C. A., *El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador*, Tesis de Maestría en Derecho, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- TORRES, L. F., *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, Ecuador, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987.
- TORRES, L. F., *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Quito, Ecuador, Librería Jurídica Cevallos, 2003.
- TORRUCO SALCEDO, S., *El principio de legalidad en el Ordenamiento Jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (consultado: 15 de septiembre de 2019).
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, México, Universidad de la Laguna, 1970.
- VÁZQUEZ TURBAY, C., *Derecho Constitucional*, Colombia, Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M., *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2000.
- WRÓBLEWSKI, J., "Tre concetti di validità", *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, No. 36, 1982, pp. 584-595.

### Fuentes legales

- Constitución Política de la República de México de 31 de enero de 1917. Disponible en el sitio *web* del Senado de la República: <http://www.senado.gob.mx/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de la República de Austria de 1 de octubre de 1920. Disponible en el sitio *web*: <http://hc.rediris.es/05/constituciones/html/caus1920.htm>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de Perú de 9 de abril de 1933. Disponible en el sitio *web* oficial del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/> (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de la URSS de 5 de diciembre de 1936.



- Constitución de Albania de 15 de marzo de 1946.
- Constitución de Bulgaria de 4 de diciembre de 1947.
- Constitución de Italia de 22 de diciembre de 1947.
- Constitución de la República Popular China de 20 de septiembre de 1954.
- Constitución de la República Francesa, promulgada el 4 de octubre de 1958. Disponible en el sitio *web* del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia: <http://www.diplomatie.gouv.fr/es/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975.
- Constitución de la URSS de 7 de octubre de 1977.
- Constitución de España de 27 de diciembre de 1978, publicada en el *BOE*, No. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424. Disponible en el sitio *web*: [http://www.boe.es/diario\\_boe](http://www.boe.es/diario_boe), (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de Chile de 21 de octubre de 1980. Disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, a través del sitio *web*: <http://www.congreso.cl>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de mayo de 1985, vigente a partir del 14 de enero de 1986 (reformada en 1993). Disponible en el sitio *web* del Congreso de la República de Guatemala: <http://www.congreso.gob.gt/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de Colombia de 7 de julio de 1991. Disponible en el sitio *web* oficial del Gobierno de Colombia: <http://www.presidencia.gov.co/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de la República de Paraguay de 20 de junio de 1992. Disponible en el sitio *web* de la Presidencia de la República del Paraguay: <http://www.presidencia.gov.py/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de Perú de 29 de diciembre de 1993. Disponible en el sitio *web* oficial del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de la República de Uruguay de 1997. Disponible en el sitio *web* de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay: <http://www.presidencia.gob.uy/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 15 de diciembre de 1999. Disponible en el sitio *web* de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela: <http://www.asambleanacional.go/>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de Bolivia de 7 de febrero de 2009. Disponible en el sitio *web* oficial del Honorable Congreso Nacional de la República de Bolivia: <http://www.congreso.gov.bo>, (consultado: 15 de diciembre de 2019).
- Constitución de la República Popular de Angola de 21 de enero de 2010.

## **Incidente de deslocamento de competência: A federalização das graves violações aos direitos humanos no Brasil**

### **Incident of competence displacement: The federalization of serious violations to human rights in Brazil**

### **Incidente de desplazamiento de competencia: La federalización de graves violaciones a los derechos humanos en Brasil**

**Érika de Abreu Cortat Proba<sup>1</sup>**

**Viviane Bastos Machado<sup>2</sup>**

---

**Sumário:** Introdução. **1.** A incorporação dos direitos humanos e retrospectivas históricas do ordenamento jurídico brasileiro **2.** Incidente de deslocamento de competência frente às graves violações aos direitos humanos. **3.** Críticas ao incidente de deslocamento de competência. **4.** Estudo de caso: Dorothy Stang e Manoel Mattos. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** O presente artigo trata do incidente de deslocamento de competência, ferramenta processual trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e tem por objetivo desenvolver, partindo da premissa histórica, uma análise dos requisitos necessários para sua configuração, bem como as críticas e problemáticas que envolvem o referido instituto. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa qualitativa baseando-se em texto de lei, análise dos entendimentos doutrinários e estudos de caso relativo à aplicabilidade da federalização. Inserido ao texto constitucional através pela reforma do judiciário, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a federalização das graves violações contra os direitos humanos consiste na possibilidade de deslocar a

---

(\*) Recibido: 12/01/2021 | Aceptado: 26/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu/Campus V.  
[erikaabreu08@gmail.com](mailto:erikaabreu08@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestra e doutoranda, professora Universitária e pesquisadora, Universidade Iguazu/Campus V.  
[vivianebastos@hotmail.com](mailto:vivianebastos@hotmail.com)

competência da justiça estadual para a justiça federal com a finalidade de prevenir possíveis responsabilizações da União por descumprimento de tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como fortalecer o combate à impunidade e morosidade. É de competência exclusiva do Procurador-Geral da República suscitar-lo perante o Superior Tribunal de Justiça, devendo demonstrar a ocorrência de grave violação de direitos humanos, a necessidade de assegurar o cumprimento das obrigações oriundas da ratificação de tratados internacionais e a incapacidade, inércia ou negligência do estado-membro, por suas instituições e autoridades, de assegurar a persecução penal em toda a sua extensão.

**Palavras-chave:** direitos humanos, incidente de deslocamento de competência, constituição, federalização

***Abstract:** The present article deals with the incident of displacement of competence, a procedural tool brought by Constitutional Amendment 45/2004 and aims to develop, based on the historical premise, an analysis of the necessary requirements for its configuration, as well as the criticisms and problems that involve the referred institute. For that, the qualitative research method is used, based on the text of the law, analysis of the doctrinaire understandings and case studies related to the applicability of federalization. Inserted in the constitutional text through the reform of the judiciary, by Constitutional Amendment no. 45 of 2004, the federalization of serious violations against human rights consists in the possibility of shifting the competence of state justice to federal justice with the purpose of preventing possible liability of the Union for noncompliance with human rights treaties ratified by Brazil, as well as strengthening the fight against impunity and slowness. It is the exclusive competence of the Attorney General to bring this matter before the Superior Court of Justice, and to demonstrate the occurrence of serious human rights violations, the need to ensure compliance with obligations arising from the ratification of international treaties, and the inability, inertia or negligence of the member state, by its institutions and authorities, to ensure criminal prosecution to the fullest extent.*

***Key words:** human rights, incident of displacement of competence, constitution, federalization.*

**Resumen:** El presente artículo trata del incidente de desplazamiento de competencia, herramienta procesal aportada por la Enmienda Constitucional 45/2004 y tiene por objeto desarrollar, a partir de la premisa histórica, un análisis de los requisitos necesarios para su configuración, así como de las críticas y problemas que afectan al referido instituto. Para ello se utiliza el método de investigación cualitativa, basado en el texto de la ley, el análisis de los entendimientos doctrinarios y los estudios de casos relativos a la aplicabilidad de la federalización. Insertada en el texto constitucional mediante la reforma del Poder Judicial, por la Enmienda Constitucional N° 45 de 2004, la federalización de las violaciones graves de los derechos humanos consiste en la posibilidad de trasladar la competencia de la justicia estatal a la justicia federal con el fin de prevenir la posible responsabilidad de la Unión por el incumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por el Brasil, así como de fortalecer la lucha contra la impunidade y la lentitud. Es competencia exclusiva del Fiscal General llevar el asunto ante el Tribunal Superior de Justicia, y

debe demostrar la existencia de graves violaciones de los derechos humanos, la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ratificación de los tratados internacionales y la incapacidad, inercia o negligencia del Estado miembro, por parte de sus instituciones y autoridades, para garantizar la persecución penal en toda su extensión.

**Palabras-clave:** derechos humanos, incidente de desplazamiento de competencia, constitución, federalización.

---

## Introdução

O incidente de deslocamento de competência, também conhecido como a federalização das graves violações aos direitos humanos foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 através da reforma do judiciário e é o instrumento processual que possibilita a transferência da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, na hipótese de ocorrência de grave violação aos direitos humanos perante a necessidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Tem por objetivo minorar a sensação de impunidade resultante da incapacidade e inércia das instituições dos Estados-membros da Federação. As inúmeras críticas que circundam a ferramenta processual em questão, resultaram na propositura de duas ações diretas de inconstitucionalidade, questionando se estaria então o incidente de deslocamento de competência das graves violações aos direitos humanos, introduzido pela EC nº 45/2004, de acordo com o bloco constitucional.

Através da metodologia qualitativa serão apresentadas questões acerca do instituto da federalização das graves violações aos direitos humanos. Para tanto, servirá de base os textos de lei, doutrinas, fontes jurisprudenciais e estudos de caso onde ocorreu sua aplicabilidade. Destacando-se dentre os autores que embasaram este estudo Flávia Piovesan (2013); Paulo Bonavides (2001); Ela Wiecko V. de Castilho (2005); Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso (2006).

### 1. A incorporação dos direitos humanos e retrospectivas históricas do ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 consolida o regime de democratização do Estado brasileiro, rompendo com o autoritarismo implantado pelo regime militar, com ampla participação popular, alargando indiscutivelmente a consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais, protegendo os mais vulneráveis. Segundo Piovesan (2013, p. 86), é a partir da CRFB/88 que os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, se tornando assim o documento mais vasto e pormenorizado a respeito do assunto já adotado no Brasil.

Visando o fortalecimento da nova ordem jurídica, dentre os fundamentos constitucionais que servem como base para o Estado Democrático de Direito,

destaca-se a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III da CRFB/88. Segundo Paulo Bonavides (2001, p. 233) “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Neste contexto, outro importante princípio-valor está estabelecido no art. 5º, §1º da CRFB/88, o princípio da aplicabilidade imediata das normas relativas a direitos e garantias fundamentais, evidenciando a autoridade do amparo e promoção dos direitos humanos no Brasil.

Já em seu art. 5º, § 2º, a CRFB de 1988, dispõe que: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988). Ou seja, é notória a preocupação do constituinte originário em resguardar o status normativo dos tratados e convenções internacionais que tratem a respeito de direitos e garantias fundamentais.

Contudo, mesmo diante ao disposto constitucional, intensas eram as discussões a respeito da posição hierárquica dos tratados de direito internacional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou, reiteradamente, não existir hierarquia-normativa dos tratados sobre o direito interno, limitando os tratados internacionais ao status de mera lei ordinária.

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, que, ao inserir ao artigo 5º da CRFB/88 o §3º, trouxe a possibilidade de conferir aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário e que forem aprovados pelo Congresso Nacional, em votação de dois turnos, por três quintos de seus membros, a equivalência às emendas constitucionais, ainda carecendo de controle de constitucionalidade.

Por tal razão, ainda que diante das críticas, a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 contribuiu para a mudança jurisprudencial quanto à proteção dos direitos humanos, pois, em meio aos novos debates a respeito da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 466.343, os ministros do STF passaram a reconhecer o status de norma supralegal aos tratados sobre direitos humanos, estando, assim, acima das leis infraconstitucionais e abaixo do bloco constitucional na pirâmide de Kelsen, se não incorporados como emenda constitucional por meio do rito especial.

Destarte, com a nova previsão legal, atribui-se ao Poder Judiciário um novo encargo, dado que, além de verificar a compatibilidade entre a norma ordinária e a Constituição, através do denominado controle de constitucionalidade, há de se conferir se a mesma é igualmente compatível com os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, por meio do chamado controle de convencionalidade, para só assim saber se a norma possui validade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, se faz necessária a análise do intitulado duplocontrole de verticalidade.

Consiste a teoria da dupla compatibilidade vertical em atribuir, através da análise de compatibilidade normativa, a validade das normas internas

infraconstitucionais, tendo como parâmetro de controle não apenas a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos com equivalência de Emendas Constitucionais, mas também os tratados e convenções internacionais com status de norma supralegal, conforme interpretação adotada pelo STF.

## **2. Incidente de deslocamento de competência frente às graves violações aos direitos humanos**

A reforma do judiciário, realizada através da Emenda Constitucional de nº 45, com publicação em 31 de dezembro de 2004, teve como objetivo a aproximação do Poder Judiciário com a sociedade, a fim de torná-lo um instrumento eficaz para a solução dos litígios, acabando com sua morosidade e buscando uma maior celeridade processual, além de ser um meio de combate à crise vivenciada pelo Judiciário brasileiro perante mazelas da impunidade.

A manifestação inicial referente à federalização da competência de graves violações aos direitos humanos se deu na edição do primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), ocorrido em 1996, com a finalidade de diagnosticar a situação dos direitos humanos no Brasil, bem como os obstáculos à promoção desses direitos, e estabelecer medidas para sua promoção e proteção.

Ainda no referido ano, frente às inúmeras e crescentes práticas violadoras de direitos humanos e da impunidade diante destas, surge a PEC nº 368/96, acrescentando ao art. 109 da Constituição Federal dois incisos:

Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

XII - os crimes praticados em detrimento de bens e interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos Direitos Humanos;

XIII - as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos Direitos Humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse.

Em 1999 a PEC nº 368/96 foi apensada à PEC nº 96/92, que, posteriormente a sua aprovação, originou a EC nº 45/04. Ao longo de diversos debates, a redação inicial passou por inúmeras alterações, principalmente no que tange à legitimidade ativa, que, inicialmente, por proposta da Deputada Zulaiê Cobra, caberia ao Ministério Público Federal suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, a ocorrência do incidente de deslocamento de competência (IDC) para a Justiça Federal. Posteriormente, prevaleceu na votação final da Câmara dos Deputados outra redação, restando um único legitimado: o Procurador-Geral da República.

A redação final, no que concerne à federalização, publicada pela Emenda Constitucional 45/04, é a seguinte:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...) V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela EC nº 45/2004)

(...) § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou

processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela EC nº 45/2004) (BRASIL, 1998).

Assim, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de deslocar da Justiça Estadual para a Justiça Federal a competência para investigação e julgamento de graves violações aos direitos humanos que se disponham contra as obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais, em qualquer fase do inquérito ou processo, mediante legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República para suscitá-la perante o STJ.

Nas palavras de Flávia Piovesan (2013, p. 412):

O novo mecanismo permite ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de grave violação a direitos humanos e com a finalidade de assegurar o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, requerer ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento da competência do caso para as instâncias federais, em qualquer fase do inquérito ou processo.

Contudo, a ocorrência de violação aos direitos humanos, isoladamente, não serve para ocasionar o deslocamento da competência, sendo necessário o preenchimento de 3 (três) requisitos, quais sejam: a ocorrência de grave violação aos direitos humanos; a possibilidade de responsabilização internacional da União; e a demonstração de omissão, inépcia, incapacidade, conivência ou até mesmo falta de das autoridades originalmente responsáveis pela persecução criminal.

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Ela Wiecko V. de Castilho (2005, p. 6) trata do assunto ao afirmar:

Quanto aos requisitos, o Superior Tribunal de Justiça explicitou que são três e cumulativos: (1) grave violação a Direitos Humanos; (2) necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; (3) incapacidade (oriunda de inépcia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal.

Para Flávia Piovesan (2013), a possibilidade da federalização das graves violações aos direitos humanos, cria um sistema capaz de salutar concorrência institucional a fim de combater as impunidades sofridas. Ao passo que a existência da possibilidade de haver configurado o deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, acaba por encorajar a firme atuação do Estado, por outro lado, a federalização também majora a responsabilidade das instâncias federais para que ocorra o efetivo combate à impunidade das graves violações aos direitos humanos.

Portanto, o incidente de deslocamento de competência é a ferramenta processual apropriada à necessidade de se assegurar a persecução e punição efetiva das graves violações aos direitos humanos, uma vez que os instrumentos até então existentes para tal finalidade se mostraram ineficientes.

### **3. Críticas ao incidente de deslocamento de competência**

Diversas são as discussões no que tange a constitucionalidade e a conveniência do incidente de deslocamento de competência, sendo essa questionada por duas ações diretas de inconstitucionalidade, a de nº 3486,

proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a de nº 3493, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), entretanto, as referidas ações ainda não tiveram seus méritos apreciados pelo STF.

Conforme dispõe Ela Wiecko V. de Castilho (2005, p. 7), as alegações feitas pela Associação dos Magistrados Brasileiros seguem nesse sentido:

Segundo a AMB, a mudança nos procedimentos para o julgamento de crimes contra os Direitos Humanos ampliou a competência da Justiça Federal, criando uma “competência penal absolutamente extravagante, caracterizada por uma flexibilidade insustentável” e criadora de insegurança quanto às decisões tomadas pela Justiça Estadual, atentatória ao art. 5º, XXIX da CF. A entidade alegou que a Emenda Constitucional não define o que é uma “grave lesão aos Direitos Humanos”, tampouco quais tipos de crimes deveriam ser relacionados a essa condição. Entende necessária lei regulamentadora para definir tais critérios. Também vê inconstitucionalidade na subtração da competência do júri popular para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Assim, importante salientar a constitucionalidade formal da EC nº 45/04, em razão de sua presunção de constitucionalidade relativa adquirida ao adentrar no ordenamento pátrio, podendo ser contestada ou confirmada por meio das regras de controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Portanto, a princípio, o art. 109, V-A, § 5º da CRFB/88, é compatível com o ordenamento jurídico, em virtude do cumprimento de todo o procedimento legislativo especial determinado pelo art. 60 da CRFB/88, respectivo às Emendas Constitucionais.

Todavia, como demonstrado, o incidente de deslocamento de competência das graves violações aos direitos humanos, previsto no art. 109, V-A, § 5º da CRFB/88, enfrenta críticas bastante fortes quanto sua constitucionalidade material, que vislumbram nele ofensas aos princípios da legalidade, do juiz natural, da segurança jurídica, do devido processo legal, ao pacto federativo, e a competência do júri.

Doutrinariamente, como forma de solucionar o conflito de direitos fundamentais, para interpretação dos requisitos do IDC, deverá ser utilizado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Nesse sentido lecionam Barcellos e Barroso (2003, p. 362-363):

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação) b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso) e c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

O princípio da legalidade colidiria com a ferramenta processual do incidente de deslocamento de competência, a considerar a inexistência de um rol típico explícito das graves violações aos direitos humanos, sendo objeto da ADIn nº 3486 (2005, p. 2) como fator de inconstitucionalidade da norma:



Como se pode observar, as alterações implementadas pela EC nº 45/2004 ampliaram a competência da Justiça Federal, possibilitando a sua extensão às hipóteses de crimes que impliquem “grave violação de direitos humanos.”

Os termos utilizados pelo legislador constituinte derivado já permitem a constatação de que não se trata de hipótese objetiva de competência, até porque a norma não definiu com precisão o seu âmbito de incidência, optando por adotar critério extremamente impreciso e elástico: a gravidade do crime. (STF, 2005)

Assim sendo, as ações diretas de inconstitucionalidade instauradas possuem como um de seus argumentos a falta de definição pelo poder constituinte reformador dos direitos abrangidos pelo incidente de deslocamento, isto é, o que caracterizaria explicitamente a expressão “graves violações de direitos humanos”, ocasionando tal ausência uma ofensa ao princípio da legalidade.

O julgamento do IDC nº 1, referente ao caso de homicídio de Dorothy Stang, estabeleceu que a ocorrência ou não de grave violação aos direitos humanos deve ser averiguada a depender do caso concreto, analisando-se suas particularidades e causas, uma vez que a ocorrência de delimitação na criação de um rol de crimes passíveis de deslocamento de competência limitaria excessivamente a incidência do dispositivo e impediria o cumprimento de seu objetivo, que é o de garantir efetivamente o cumprimento das obrigações contraídas em caráter internacional, *in verbis*:

Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (art. 109, §5º) afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há de falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições. (BRASIL, 2005)

Para Ela Wiecko V. de Castilho (2005, p. 9), a existência explícita de um rol de crimes, situações ou outros critérios objetivos “poderia não atender o princípio de proteção aos Direitos Humanos ou ultrapassar o limite constitucional. A melhor solução é deixar a ponderação de interesses ao exame do Poder Judiciário em procedimento contraditório.”

O princípio do juiz natural, tratado pelo art. 5º, XXXVII e LIII da CRFB/88 traz a seguinte redação:

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:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o princípio do juiz natural assegura ao indivíduo o julgamento perante um juiz ou tribunal competente, designado constitucionalmente e previamente estabelecido, capaz de julgar fatos delituosos, vedando, desta maneira, como previsto no inciso XXXI, os denominados tribunais de exceção.

Portanto, há a determinação antecipada da competência para julgar o caso concreto, fazendo com que o autor do delito tenha ciência do um juízo pré-estabelecido para seu julgamento.

Nesse mesmo sentido, afirma a AMB que a EC nº 45/04, ao subtrair do júri popular a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, estaria ferindo cláusula pétrea. Em sentido contrário ao alegado pela Associação, posiciona-se Ela Wiecko V. de Castilho (2005) ao afirmar que não há ofensa aos princípios do juiz natural e da vedação ao tribunal de exceção, uma vez que tanto os juízes, como a estrutura do Judiciário, e os órgãos do Ministério Público já existem e são determinados anteriormente à ocorrência de violação aos direitos humanos.

Dessa maneira, são afastadas as alegações contrárias à constitucionalidade do instituto do deslocamento de competência, considerando-se que os juízes federais já precedem ao fato, não havendo que se falar na criação de um juízo posterior a ocorrência da grave violação aos direitos humanos.

O artigo 5º, LXXXVIII da CRFB/88 traz a seguinte redação:

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:

LXXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

A morosidade processual é incômoda as partes e, portanto, tendo sido elevada a nível de princípio constitucional, em conformidade com o art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Dessa forma, é assegurado àquele que se sentir lesado pela morosidade da prestação jurisdicional, a possibilidade de propor diante das cortes internacionais reclamações contra os Estados por violarem o princípio da razoável duração do processo.

A crítica acerca do IDC quanto à violação a razoável duração do processo, encontra fundamento na alta demanda processual dirigida ao STJ, o que poderá acarretar em um longo tempo para decisão do deferimento ou não da suscitação da federalização.

No entanto, a federalização objetiva justamente o contrário. Tem como uma de suas finalidades a resolução rápida dos casos de ocorrência de grave violação aos direitos humanos que sofrem com a morosidade e ineficiência do tribunal ao tratar o caso de forma célere.

Isto posto, a possibilidade de federalização, que possui como um dos requisitos para ser suscitado a inércia ou omissão das instituições estaduais, é uma garantia individual de efetividade do Poder Judiciário, bem como do princípio da razoável duração do processo penal, já que tem como uma de suas finalidades, justamente proporcionar um julgamento mais célere.

No que corresponde a violação ao princípio do pacto federativo, a ANAMAGES sustenta que a federalização se trata na verdade de uma "intervenção federal branca", resultando em uma "discriminação odiosa", uma vez que, parece questionar a capacidade e a eficiência das instituições dos Estados-membros.

A CRFB/88 determina em seu art. 1º, caput, que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos (...)”. Ainda nesse sentido, versa em seu art. 18 que a República Federativa do Brasil compreende os seguintes entes autônomos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Assim, determina a existência de um pacto federativo, onde não existe hierarquia entre os entes, mas sim igualdade de tratamento, localizando-se de maneira horizontal e possuindo diferenciações quanto a determinação de suas competências, previstas no texto constitucional.

Os defensores da constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência argumentam que o instituto não promove qualquer tipo de ideia de hierarquia entre os entes, tanto na esfera técnica quanto na esfera ética das instâncias federais em relação às estaduais, uma vez que o que prevalece, na verdade, é o interesse nacional em assegurar a proteção aos direitos humanos. Ou seja, frente aos interesses em questão e da relevante importância dada pela Constituição à dignidade da pessoa humana, não há que se falar em violação ao princípio do pacto federativo, seja porque o IDC está de acordo com o ordenamento pátrio ou porque o pacto federativo, como princípio, pode vir a ser relativizado frente à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, lecionam Flávia Piovesan e Renato Vieira (2005, p. 8) ao afirmarem que o IDC “está em absoluta consonância com a sistemática constitucional vigente, que consagra, como princípio fundamental, a dignidade humana”.

Por fim, além das críticas acima apresentadas, diversas são as posições que versam a respeito da possibilidade de ampliação do rol de legitimados, que se encontra restrita ao PGR, sendo defendido por muitos doutrinadores.

O Senador Antônio Carlos Valadares, autor da proposta de emenda à constituição (PEC) nº 61/2011, visando ampliar o rol de legitimados ativos para a propositura do IDC, traz a possibilidade da federalização ser suscitada pelos mesmos legitimados para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 103, da CRFB/88.

Para Flávia Piovesan (2013, p. 415):

A emenda poderia ter previsto outros legitimados para o incidente de deslocamento (como o próprio Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana) e não ter optado por centrar tal legitimidade exclusivamente no Procurador-Geral da República. É de rigor que se democratize o acesso ao pedido de deslocamento a outros relevantes atores sociais.

Desse modo, para muitos, a possibilidade de ampliação ao rol de legitimados não geraria a banalização do instituto, mas sim buscaria ampliar a sua efetividade e capacidade de incidência, sobretudo por serem inúmeros os casos de violações aos direitos humanos ocorridos diariamente no Brasil.

#### **4. Estudo de caso: Dorothy Stang e Manoel Mattos**

O IDC nº 01 trata do homicídio da missionária Dorothy Stang, ocorrido em 12 de fevereiro de 2005, no município de Anapu, no estado do Pará. A região é conhecida pelos intensos conflitos pela posse de terras. Dorothy era norte-americana e foi naturalizada brasileira, era agente da Comissão Pastoral da Terra, órgão que atua junto a trabalhadores rurais e, defendia esses em terras públicas disputadas por grileiros, quando foi alvejada com seis tiros.

Frente à grande repercussão do caso e da inércia das autoridades locais para o combate dos conflitos da região, em 04 de março de 2005, o então Procurador-Geral da República (PGR) suscitou o primeiro IDC, sustentando que os requisitos para a ocorrência do instituto estavam presentes, considerando-se o grande destaque internacional de seu trabalho perante a defesa dos direitos dos inúmeros camponeses envolvidos em conflitos com grileiros, a necessidade de garantir que o Brasil cumprisse com as obrigações advindas da ratificação de pactos internacionais firmados sobre Direitos Humanos, apontando, para tanto, as omissões das autoridades estaduais, que inúmeras vezes foram alertadas sobre a prática de inúmeras atrocidades e violências envolvendo disputa pela posse e propriedade de terras no município de Anapu, no estado do Pará.

Em 8 de junho de 2005, por unanimidade, o STJ rejeitou a ocorrência da federalização. Contudo, o Tribunal fixou os requisitos e parâmetros para o IDC.

O STJ deixou explicitado que para o deferimento do incidente de deslocamento, são três os requisitos necessários, devendo estar presentes, cumulativamente: grave violação a direitos humanos, necessidade do Brasil assegurar o cumprimento, das obrigações decorrentes de tratados internacionais e a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal.

Quando ao cumprimento do primeiro requisito, afirmou-se:

Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural. (STJ, IDC nº 1, 2005).

Sucessivamente, descartou necessidade da existência de lei que contenha o rol de crimes que configurariam “graves violações aos direitos humanos”, devido ao risco de restringir o texto constitucional. A de deslocar a competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal deve ser observada sob ótica dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ressaltou ainda a semelhança do IDC com o de desaforamento, que, segundo jurisprudência do STF não ofende ao princípio do juiz natural ou sequer gera a formação de tribunal de exceção:

De fato, o IDC, principalmente na hipótese de homicídio doloso qualificado, de competência do Tribunal do Júri, guarda muita semelhança com o desaforamento, no qual o direito de o réu ser julgado pelos seus pares da comunidade, no chamado “distrito da culpa”, cede lugar ao objetivo maior, que é a realização da justiça em sua plenitude, finalidade última do processo, sem que isso represente violação ao

princípio do juiz e/ou promotor natural, nem se constitua em juízo ou tribunal de exceção, desde que presentes os pressupostos legais que a tanto autorizem. (STJ, IDC nº 1, 2005)

Tratou ainda do fato de que a federalização deve atender, como dito anteriormente, ao princípio da proporcionalidade, demonstrando o risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, perante inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais pelo estado-membro ou suas instituições, em proceder à devida persecução penal.

Ao analisar o mérito, o pedido do IDC foi indeferido sob o argumento de que as autoridades estaduais estariam de fato empenhadas no caso. Ela Wiecko V. de Castilho (2005, p. 6) trata a síntese do julgamento da seguinte maneira:

No exame do caso concreto, reconheceu a grave violação de direito humano e a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais. Rejeitou, porém, o risco de descumprimento, pois considerou demonstrado o empenho das autoridades estaduais, com o auxílio da Polícia Federal e do Exército, em dar resposta eficiente à violação. Frisou a irrelevância do deslocamento, pois o órgão judicante será sempre o júri popular, salientando que, em princípio, o juiz estadual tem maior vivência na condução de processos de crimes dolosos contra a vida. Lembrou que os recursos serão direcionados ao Tribunal de Justiça, mas as instâncias transordinárias (STJ e STF) são as mesmas para os processos da Justiça Estadual e Federal. Sem dúvida, pesou na decisão o fato de o processo penal já estar na fase de alegações finais.

Assim, o IDC nº 1, embora improcedente, foi de extremamente importância para as primeiras demarcações de aplicabilidade do instituto. Evidenciou-se a importância do requisito referente a ineficiência do estado-membro, suas instituições e autoridades, em realizar a persecução penal em toda sua extensão para apurar e combater a violação aos direitos humanos, o que não teria ocorrido no caso em tela.

Em análise de mérito contrária, está o IDC nº 2, sendo o primeiro caso de deslocamento de competência admitido pela justiça, desde sua criação pela EC 45/04. Trata-se do homicídio de Manoel Mattos, ocorrido em 24 de janeiro de 2009.

Manoel Mattos era advogado, ex-vereador e defensor de direitos humanos, conhecido por atuar no combate aos grupos de extermínio nos Estados de Pernambuco e da Paraíba. Enquanto exercia seu cargo no legislativo, foi responsável pela denúncia desses grupos, causadores de diversas execuções e cobrava, perante as autoridades públicas estaduais e federais para que tomassem as devidas providências.

Segundo informações trazidas pela Justiça Global (2019), organização não governamental de direitos humanos, ao decorrer dos anos, as ameaças contra Manoel aumentavam. Em 2002, seu caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que determinou que o Estado brasileiro protegesse sua vida através da polícia federal. A decisão da CIDH contemplou ainda outras três pessoas: Rosemary Souto Maior, então promotora de justiça do estado da Paraíba, Luiz Tomé da Silva Filho ex-pistoleiro que decidiu colaborar com as investigações e Josefa Ferreira da Silva.

Ainda assim, a exigência de proteção estatal não foi suficiente para impedir que homicídios ocorressem. O primeiro beneficiário da medida cautelar de urgência assassinado foi Luiz Tomé da Silva e, em 24 de janeiro de 2009, Manoel Mattos foi assassinado. Sua morte gerou imediata repercussão nacional e internacional. Organizações de direitos humanos pleitearam, juntamente com os familiares de Manoel, que as primeiras diligências de investigação contassem com a participação da Polícia Federal.

A medida deu ensejo a um imediato pedido junto à Procuradoria Geral da República para que o caso fosse investigado, processado e julgado junto à Justiça Federal. Suscitava-se a aplicação do artigo 109, V-A, §5º, o incidente de deslocamento de competência.

Em sentido contrário ao ocorrido no IDC nº 1, em que ocorreu o indeferimento do pedido de federalização do caso de Dorothy Stang, o IDC nº 2, foi de vasta aceitação.

Ao demonstrar a presença dos requisitos necessários e cumulativos para ocorrência da federalização, tratou-se, inicialmente, da existência da grave violação aos direitos humanos ao afirmar que:

Esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social.(BRASIL, STJ, IDC nº 2).

Posteriormente, ao tratar do risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais que o Brasil seja signatário alegou como sendo:

Bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, aos quais, no entanto, deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. (BRASIL, STJ, IDC nº 2).

Assim, esclarece a responsabilidade do Estado brasileiro que, além de não ter sido capaz de cumprir as determinações da CIDH que exigia a proteção à integridade física da vítima, ainda não foi eficiente ao combate da atuação dos grupos de extermínio.

Por fim, é notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, tendo inclusive sido reconhecido por elas próprias, também pelo Ministro da Justiça, Governador do Estado da Paraíba, o Governador do Estado de Pernambuco, a Secretaria Executiva de Justiça dos Direitos Humanos, a Ordem dos Advogados do Brasil e Procuradoria-Geral de Justiça do Estado da Paraíba se pronunciando favoravelmente do IDC e citados na ementa.

Ao analisar o voto proferido pela Ministra Laurita Vaz, a relatora enfatiza que o combate às violações de direitos humanos é uma tarefa difícil, sendo a possibilidade de ocorrência da federalização excepcional, devendo ser verificado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade em cada caso concreto. O crime

cometido em face Manoel Mattos está inserido em um contexto muito maior, uma vez que trata de um homicídio posterior a inúmeras ameaças, tendo como motivação do crime a participação ativa da vítima na defesa dos direitos humanos, bem como pela incapacidade e ineficácia do Estado de cumprir com as exigências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Ao final, a relatora acolheu o pleito ministerial quanto à federalização da ação penal de nº 022.2009.000.127.-8, instaurada para investigar a morte de Manoel Mattos, porém, entendeu que a competência para proceder com a investigação relativa à “pistolagem” na região não poderia ser deslocada de forma irrestrita:

Caberá a autoridade policial federal, com o acompanhamento do Ministério Público Federal, nesses limites, proceder a investigações preliminares com vistas a levantar elementos de prova que autorizem o eventual desarquivamento de autos de inquérito estadual arquivados por decisão judicial, observado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal. E, no caso de existirem fundadas suspeitas de envolvimento de autoridades públicas com prerrogativa de foro, deverá esta ser observada. (BRASIL, STJ, IDC nº 02)

Desta forma, há uma série de contextos envolvendo o Incidente de Deslocamento que, até o momento, soma-se a critérios específicos de julgamento, aguardando em sua defesa a proporcionalidade e a razoabilidade, em que o caso merece se respaldar.

## Conclusão

O incidente de deslocamento de competência, ferramenta processual introduzida ao texto constitucional pelo constituinte reformador, objetiva assegurar meios efetivos para solução de graves violações aos direitos humanos, deslocando a competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, a fim de evitar futura responsabilização no plano internacional. Para tanto, é necessária a ocorrência cumulativa dos três requisitos consoantes a federalização: existência de grave violação aos direitos humanos, o descumprimento de obrigação decorrente de tratado internacional ratificado pelo país e a incapacidade do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.

No que tange a constitucionalidade do IDC, e apesar de inúmeras críticas ao instituto, é fundamental a utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, valendo-se da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, é necessária uma análise do caso concreto para que seja possível ponderar se o que se perde com o deferimento da medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

A explicitação de um rol típico de crimes que caracterizariam as “graves violações aos direitos humanos”, de maneira objetiva, assumiria o risco de limitação excessiva a incidência do dispositivo e dificultaria o cumprimento de seu objetivo, qual seja o de garantir o cumprimento das obrigações contraídas em caráter internacional.

Compreensível, portanto, que o incidente de deslocamento de competência guarda consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e com

seus princípios, em concordância, principalmente, com o direito fundamental de destaque: a dignidade da pessoa humana.

É possível concluir, desta maneira, partindo do exposto até o presente momento, que ao analisar o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade propostas, considere-se o entendimento resultante da análise dos IDCs nº 1 e nº 2 pelo Superior Tribunal de Justiça, admitindo a constitucionalidade e a convencionalidade do instituto com o bloco constitucional

Assim, a federalização é mais um instrumento que visa assegurar a proteção aos direitos humanos, proporcionando às instituições federais o combate à impunidade e a garantia de observância pelo Estado brasileiro dos tratados internacionais sobre estes direitos.

## Referências

- BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2001.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 678/1992. **Ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Pacto São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 01**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005, DJ 10/10/2005, p. 217.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 02**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 22/11/2010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1**. Relator Ministro Cezar Peluso, São Paulo, 03 de dezembro de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3486**. Impugna a introdução feita pelo art. 1º da EC nº 45/2004, do inciso V-A e § 5º ao art. 109, da Constituição Federal. Movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 06 de novembro de 2020.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Federalização contra violações de direitos humanos**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/federalizacao-de-violacoes-contradireitos-humanos-ewvc>>. Acesso em: 6 de novembro de 2020.



DEZ anos do assassinato de Manoel Mattos: uma história de enfrentamento aos grupos de extermínio no Nordeste. **Justiça Global**, 2019. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/dez-anos-do-assassinato-de-manoel-mattos-uma-historia-de-enfrentamento-aos-grupos-de-exterminio-no-nordeste/>>. Acesso em: 09 de novembro de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

## Direitos Sociais Pós-pandêmicos no Brasil: da emergência ao oportunismo (\*)

### Post-pandemic Social Rights in Brazil: from emergency to opportunism

### Derechos Sociales Pos-pandémicos en Brasil: de la emergencia al oportunismo

Christiane Costa Assis<sup>1</sup>

Ana Cláudia Sousa Jácome<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1. Direitos sociais na teoria e no marco constitucional brasileiro de 1988. 2. A política austeritária permanente. 3. O pós-pandemia: um novo cenário? – Considerações finais. – Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a situação dos direitos sociais no cenário de pós-pandemia da Covid-19 no Brasil. Para tanto, adotou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Como conclusão o artigo destaca a existência de um processo de esvaziamento dos direitos sociais pela política austeritária anterior à pandemia. Assim sendo, a emergência de saúde pública iniciada no ano de 2020 serviu apenas como um novo argumento justificador para o retrocesso social gradativo pré-existente.

**Palavras-chave:** direitos sociais, austeridade, retrocesso social, pandemia.

---

(\*) Recibido: Recibido: 19/01/2021 | Aceptado: 24/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da graduação em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Crise Federativa e Narrativas Democráticas (CNPq).  
[christiane.assis@uemg.br](mailto:christiane.assis@uemg.br)

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Membro do Grupo de Pesquisa Crise Federativa e Narrativas Democráticas (CNPq).  
[ana\\_claudia00@hotmail.com](mailto:ana_claudia00@hotmail.com)

**Abstract:** *This article aims to analyze the situation of social rights in the post-pandemic scenario of Covid-19 in Brazil. To that end, the deductive method and the bibliographic research technique were used. As a conclusion, the article highlights the existence of a process of emptying social rights by the austerity policy prior to the pandemic. Therefore, the public health emergency started in 2020 served only as a new justifying argument for the pre-existing gradual social setback.*

**Key words:** *social rights, austerity, social setback, pandemic.*

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo analizar la situación de los derechos sociales en el escenario pospandémico del Covid-19 en Brasil. Por tanto, se adoptó el método deductivo y la técnica de investigación bibliográfica. En conclusión, el artículo destaca la existencia de un proceso de vaciamiento de derechos sociales por parte de la política de austeridad previa a la pandemia. Por tanto, la emergencia de salud pública iniciada en 2020 solo sirvió como un nuevo argumento justificativo del retroceso social gradual preexistente.

**Palabras clave:** derechos sociales, austeridad, retroceso social, pandemia.

---

## Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar o impacto da pandemia da Covid-19 no ano de 2020 nos direitos sociais no Brasil. Referidos direitos se enquadram na segunda dimensão dos direitos fundamentais e são marcados pelo caráter prestacional, exigindo do Estado políticas públicas norteadas pela igualdade material. Assim sendo, os direitos sociais demandam aportes orçamentários e estão sujeitos às vontades cambiantes do poder, podendo haver um maior ou menor investimento conforme o projeto político de governos eleitos no País.

O trabalho adota como problema de pesquisa o seguinte questionamento: no cenário pós-pandemia as restrições sofridas pelos direitos sociais serão um resultado real da emergência enfrentada? Como hipótese de trabalho aponta-se que as restrições já ocorriam anteriormente e, assim sendo, o agravamento da violação dos direitos sociais, embora também impactado pela pandemia, é resultado retilíneo de um oportunismo governamental.

Para o desenvolvimento metodológico do trabalho adotou-se o método dedutivo partindo-se de considerações teóricas e constitucionais dos direitos sociais no Brasil para então analisar a situação de tais direitos no contexto pós-pandemia. Como técnica de pesquisa adotou-se a pesquisa bibliográfica para formação do marco teórico e fundamentação do trabalho.

Inicialmente apresentar-se-á considerações fundamentais sobre a proteção dos direitos sociais na Constituição brasileira de 1988 e as construções doutrinárias na temática, especialmente sobre as características de tais direitos e a vedação do

retrocesso social. Após, o foco do trabalho desloca-se para a situação dos direitos sociais no Brasil anteriormente à pandemia, destacando-se os gradativos cortes orçamentários, as escusas estatais ao cumprimento desses direitos e ainda as teorias que problematizaram a situação dos direitos sociais no Brasil. Em um terceiro momento, o trabalho se dedicará à análise do quadro pós-pandemia no intuito de verificar se, de fato, inaugurou-se um novo cenário para os direitos sociais no Brasil.

## **1. Direitos sociais na teoria e no marco constitucional brasileiro de 1988**

No Direito Constitucional os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em gerações ou dimensões, sendo a primeira denominação criticada em função do reconhecimento progressivo de tais direitos em um processo cumulativo e de não substituição ou superação de uma geração por outra (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 400/401). As três primeiras dimensões de direitos fundamentais são consensos doutrinários; as demais dimensões são controversas.

Em linhas gerais, aponta-se as seguintes dimensões de direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 402 e ss.; PADILHA, 2020, p. 345 e ss.): a primeira dimensão engloba os direitos civis e políticos entendidos como direitos à prestação negativa do Estado, direitos de defesa marcados pelo individualismo e direitos às liberdades públicas; a segunda dimensão engloba os direitos sociais, culturais e econômicos entendidos como direitos à prestação positiva do Estado na busca pela igualdade material; a terceira dimensão abrange os direitos transindividuais, entendidos como direitos de fraternidade ou solidariedade; na quarta dimensão há divergência doutrinária, podendo compreender os direitos de engenharia genética ou os direitos de globalização tais como a democracia, a informação e o pluralismo; a quinta dimensão também apresenta divergência, podendo se referir ao direito à paz ou ao direito cibernético; a sexta dimensão, ainda em construção e com forte resistência doutrinária, consistiria no direito à felicidade.

O rótulo geral “direitos sociais” é frequentemente utilizado para se referir apenas aos direitos sociais “propriamente ditos”, ou seja, aos direitos necessários à participação plena na vida da sociedade e ao efetivo gozo dos direitos de primeira geração (SAMPAIO, 2013, p. 571). Entretanto, a segunda dimensão dos direitos fundamentais também engloba os direitos econômicos que “se destinam a garantir um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo a cada pessoa desenvolver suas potencialidades” (SAMPAIO, 2013, p. 571) e ainda os direitos culturais que se referem ao “[...] resgate, estímulo e preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias ou humanas” (SAMPAIO, 2013, p. 571).

Sob a rubrica “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” a Constituição Federal brasileira de 1988 apresentou um catálogo de direitos subdividido nas seguintes categorias: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos de Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos. Entretanto, verifica-se que outras dimensões dos direitos fundamentais foram consagradas ao longo do texto constitucional.

Os direitos sociais encontram previsão constitucional no Capítulo II do texto de 1988 que se estende do art. 6º ao art. 11. Na literalidade do art. 6º garante-se o

direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção da maternidade e da infância e assistência aos desamparados (BRASIL, 1988). Entretanto, os direitos sociais propriamente ditos, os direitos econômicos e os direitos culturais, bem como seus respectivos desdobramentos, permeiam literal e subjetivamente toda a sistemática constitucional de 1988.

Como espécie do gênero “direitos fundamentais”, os direitos sociais apresentam todas as características teóricas decorrentes de tal vínculo (SAMPAIO, 2013, p. 550 e ss.): a essencialidade, uma vez que sua afirmação e exercício são indispensáveis para a fruição dos demais direitos, sendo carregados de valores centrais para o sistema normativo; a universalidade, que no aspecto objetivo se relaciona à proteção no tempo e no espaço e no aspecto subjetivo se refere à generalidade de tais direitos que devem ser aplicados à todas as pessoas; a indisponibilidade, resultando na proibição de transferência, alienação, cessão ou anulação de tais direitos; a interdependência e a indivisibilidade, que se refere à complementariedade de todas as espécies de direitos fundamentais que não podem ser auto-excludentes. Assim sendo, “[...] os direitos sociais, por exemplo, realizam condições materiais para o pleno gozo dos direitos civis e políticos; ao mesmo tempo, os direitos civis e políticos reforçam o sistema de promoção dos direitos sociais” (SAMPAIO, 2013, p. 554). Não obstante, os direitos sociais, assim como os direitos fundamentais, são cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º, inciso IV) e, portanto, encontram-se protegidos como limites materiais ao poder de reforma constitucional, uma vez que sua abolição significaria a destruição da ordem constitucional (SARLET, p. 94, 2003).

Os direitos sociais nasceram das transformações econômicas e sociais do final do século XIX e início do século XX em função da “[...] necessidade de reequilibrar a liberdade com a igualdade, promovendo a incorporação de conteúdos sociais no discurso dos direitos” (SAMPAIO, 2013, p. 570). Cabe ao Estado promover tais direitos criando ou ampliando os serviços públicos, identificando as desigualdades e promovendo a igualdade para “[...] resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados (minorias, doentes, presos, mulher, criança e idoso)” (SAMPAIO, 2013, p. 570). Assim sendo, a realização desses direitos não depende apenas da aplicação do texto constitucional, mas “[...] depende também, e sobretudo, de condições econômico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais” (MIRANDA, 2010, p. 32).

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, BRASIL, 1988) alocando os direitos fundamentais no centro do sistema constitucional brasileiro. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil também definidos pela Constituição de 1988 evidenciam o papel decisivo dos direitos sociais, uma vez que são eles os “direito-chave” para o alcance do que é listado no art. 3º do texto constitucional: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e ainda promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O desenho constitucional da ordem econômica também afirma a preocupação social por estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, BRASIL, 1988), devendo a última ser entendida como uma exigência de superação das injustiças na repartição do produto econômico por qualquer política econômica capitalista (GRAU, 2010, p. 229). Dentre os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas no Brasil, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca pelo pleno emprego indubitavelmente se relacionam com os direitos sociais.

Na construção histórica dos direitos sociais a ampliação de tais direitos é desejada, mas o retrocesso é implicitamente vedado no sistema constitucional brasileiro de 1988 (SARLET, 2010, p. 25), uma vez que "[...] resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais" (SARLET, 2010, p. 27).

Por via de consequência, o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade (SARLET, 2010, p. 27).

Embora protegidos por um consistente aparato constitucional, o desafio contemporâneo para a implementação das prestações positivas dos direitos sociais consiste na existência – ou melhor: na ausência – de recursos orçamentários. A concretização de tais direitos vem sendo gradativamente obstaculizada por argumentos financeiros estatais, especialmente em países periféricos como o Brasil, como se verá adiante.

## **2. A política austeritária permanente**

No Brasil os cortes orçamentários feitos inclusive com modificação do texto constitucional afetam cada vez mais a efetividade dos direitos sociais. Nesse sentido, merece destaque a Emenda Constitucional nº 95/2016 que instituiu o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União que vigorará por vinte exercícios financeiros. Referida Emenda estabeleceu um “teto de gastos” ao criar limites individualizados para os poderes instituídos e instituições democráticas (BRASIL, 2016), significando cortes orçamentários que afetam diretamente os direitos sociais.

Casos como o da Emenda Constitucional nº 95/2016 revelam que o processo de reforma da Constituição tem servido de instrumento de aprovação de medidas que, na realidade, são contrárias à Constituição, resultando em “manobras desconstituintes” (PAIXÃO, 2020b). Tratam-se de impedimentos com efeito atual e prospectivo à atividade estatal em áreas que demandam políticas públicas, afetando

o aparato institucional necessário à efetividade por meio da desinstitucionalização e do desvirtuamento (PAIXÃO, 2020a)

As modificações textuais – e também interpretativas – possibilitaram que a centralidade dos direitos fundamentais no marco constitucional de 1988 sucumbisse em face da economia inaugurando um “constitucionalismo austeritário” (SAMPAIO, 2020). A política da austeridade deveria ser conjuntural significando um sacrifício temporário do bem-estar para a retomada do crescimento econômico (SAMPAIO, 2020, p. 22/25). Entretanto, a austeridade atual se converteu em uma política permanente que transforma a exceção em regra por meio de uma releitura do texto constitucional (SAMPAIO, 2020, p. 45). As adaptações ao novo contexto ocorrem por meio de uma gestão legislativa e administrativa das crises, porém o Poder Judiciário também é contaminado pelo receio do impacto econômico (SAMPAIO, 2020, p. 46).

Em face da ausência das prestações estatais os direitos sociais são cada vez mais judicializados, porém esbarram defesa do Estado para se esquivar do cumprimento dos direitos constitucionalmente garantidos, sendo a principal delas a reserva do possível. Trata-se de defesa com base em uma suposta incapacidade financeira do Estado, "a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico" (BARCELLOS, 2011, p. 277), que impossibilitaria a concretização do direito social judicialmente pleiteado e, portanto, afeta a efetividade de todo o sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. A reserva do possível fática se refere à exaustão orçamentária absoluta – o que pode ser questionando em função da arrecadação permanente do Estado – enquanto a reserva do possível jurídica se refere à ausência de autorização para determinado gasto orçamentário, ou seja, o recurso existe, mas não se encontra disponível para qualquer situação (BARCELLOS, 2011, p. 277/278).

O argumento financeiro estatal vem sendo desafiado por teorias como a do mínimo existencial que busca resguardar um núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais (SARLET; FIGUEIREDO, 2007). Assim sendo, a reserva do possível não poderia servir de defesa para o Estado quando o direito judicialmente pleiteado integrar o mínimo existencial. Embora sem pretensão exaustiva e definitiva, indicam-se como elementos integrantes do mínimo existencial a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (BARCELLOS, 2011, p. 197; p. 302). A educação consiste no "[...] pressuposto básico para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado produtivo" (BARCELLOS, 2011, p. 303/304). A educação básica que integra o mínimo existencial abrange todos os níveis até o ensino médio, independentemente da idade (BARCELLOS, 2011, p. 306/307). A saúde básica significa que o judiciário pode e deve determinar que o Poder Público forneça as prestações de que compõem o mínimo existencial independentemente da intermediação legislativa (BARCELLOS, 2011, p. 320/321). A assistência aos desamparados consiste no "último recurso na preservação da dignidade humana" (BARCELLOS, 2011, p. 337) cujo conteúdo amplo pode ser identificado com a alimentação, o vestuário e o abrigo (BARCELLOS, 2011, p. 337). Por fim, o acesso à justiça é o instrumento essencial de garantia dos três elementos já mencionados, uma vez que, para além da consagração normativa, "[...] é preciso existir uma

autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos" (BARCELLOS, 2011, p. 341). Referidos elementos do mínimo existencial estão em consonância com as prioridades constitucionalmente estabelecidas no texto de 1988.

A despesa pública é "[...] o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, procura realizar seus fins e atingir seus objetivos" (BARCELLOS, 2011, p. 282). A Constituição estabelece as metas prioritárias a serem atingidas e os gastos públicos devem ser direcionados para atender ao fixado pela Constituição (BARCELLOS, 2011, p. 283). As Constituições modernas, inclusive a brasileira de 1988, estabelecem como meta central o "bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência" (BARCELLOS, 2011, p. 287). Assim sendo, somente após a garantia dos elementos fundamentais da dignidade – a prioridade constitucional consubstanciada no mínimo existencial – seria possível discutir a aplicação dos recursos remanescentes em outras metas (BARCELLOS, 2011, p. 287). Caso o Estado suscite a reserva do possível como matéria de defesa diante de uma pretensão que integre o mínimo existencial, estar-se-ia diante de uma confissão de conduta inconstitucional por parte da autoridade pública (BARCELLOS, 2011, p. 290).

Nesse contexto, o descumprimento dos direitos sociais sob o fundamento de ausência de recursos é desafiado pela análise dos dados da execução do orçamento federal. No ano de 2019 o investimento em juros e amortizações da Dívida Pública foi de 38,27% (valor equivalente a 1,038 trilhão de reais) (ACD, 2020). Lado outro, os investimentos nas áreas afetas aos direitos sociais foram substancialmente inferiores: a previdência social recebeu 25,25%, a saúde recebeu 4,21%, a assistência social recebeu 3,42%, o trabalho recebeu 2,67%, a educação recebeu 2,48%, a segurança pública recebeu 0,33%, o transporte recebeu 0,32%, desporto e lazer receberam 0,01% e a habitação sequer atingiu percentual passível de medição (ACD, 2020). Verifica-se que no Brasil os direitos fundamentais não são "o centro de gravidade da ordem constitucional" (SAMPAIO, 2015, p. 233), uma vez que "[...] a política da dívida – e não a promoção dos direitos – é a ação prioritária do governo federal" (SAMPAIO, 2015, p. 233). Constata-se, portanto, que a prioridade dos gastos estatais está em desconformidade com os preceitos da Constituição de 1988, mas o Estado continua a negar efetividade aos direitos sociais com base em argumentos econômicos.

No contexto brasileiro os direitos sociais encontram-se em um processo gradativo de esvaziamento fundamentado por um argumento generalizado de déficit orçamentário que, na realidade, mascara uma política austeritária permanente. Entretanto, no ano de 2020 a decisão política da primazia econômica foi patrocinada pela pandemia do coronavírus que criou um "novo cenário" no Brasil.



### 3. O pós-pandemia: um novo cenário?

A pandemia mundial causada pelo vírus SARS-CoV2, o coronavírus, registrou seus primeiros casos de contaminação em dezembro de 2019 em Wuhan, cidade da China (JIANG et al, p. 1545, 2020). Em janeiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde reconheceu a situação de epidemia e declarou emergência de saúde pública de preocupação internacional (JIANG et al, p. 1545, 2020). O primeiro caso de contaminação no Brasil foi registrado no dia 25 de fevereiro de 2020 (RODRIGUEZ-MORALES et al, 2020, p. 01) e em janeiro de 2021 os casos confirmados ultrapassaram a marca de 7 milhões, sendo que mais de 197 mil óbitos ocorreram em decorrência da doença (BRASIL, 2020).

Durante a pandemia da Covid-19 observou-se o agravamento do descumprimento dos direitos sociais. Embora trate-se de emergência de saúde pública não foi possível constatar um aumento efetivo dos investimentos nem mesmo no direito à saúde que consiste em direito social. Embora o Conselho Nacional de Saúde aponte aumento orçamentário para aplicação direta no combate à Covid-19, o próprio Conselho reconhece que mais de 40% do orçamento não foi empenhado (CNS, 2020, p. 02) – o que se viu na realidade brasileira foi um caminho fértil para burlar regras de licitações, realizar compras irregulares de insumos hospitalares, reduzir direitos trabalhistas, atrasar salários do funcionalismo público, dentre outros.

Anteriormente à pandemia o Poder Público já se eximia de suas responsabilidades em face dos direitos sociais pela alocação indevida de recursos orçamentários privilegiando a dívida pública e outros objetivos em detrimento dos direitos fundamentais (SAMPALIO, 2015). Entretanto, apesar do alto investimento na dívida pública, o discurso estatal para justificar a ausência de investimento nos direitos sociais era (e ainda é) pautado por argumentos econômicos, mais especificamente a falta de recursos financeiros.

Com a emergência da pandemia os argumentos econômicos se tornaram absolutos e justificadores de toda e qualquer negativa ou omissão por parte do Estado. A “crise” anteriormente presente nos discursos oficiais foi substituída pela “emergência” em um jogo de palavras cujo refinamento retórico escapa do controle democrático. O que se oculta nessa retórica perlocucionária institucional é que a prioridade nunca foram os direitos sociais; apenas atualizou-se o argumento justificador para o contexto atual na tentativa de tornar suportável o descumprimento de direitos constitucionalmente garantidos em face de uma situação imprevisível e urgente.

Se a política austeritária pretende ser permanente os argumentos precisam ser reinventados para induzir a sensação de contemporaneidade perante a população, possibilitando que o Estado mantenha suas prioridades orçamentárias em desconformidade com o texto constitucional. Nesse contexto, os direitos sociais serão cada vez mais esvaziados em face do surgimento de “novas crises” e “novas emergências”, mas a “velha fuga estatal” perante tais direitos permanecerá. Conclui-se, portanto, que a pandemia da Covid-19 representa apenas um novo fato convertido em argumento em um cenário de retrocesso social gradativo pré-existente.

## Considerações finais

Os direitos sociais foram amplamente protegidos como direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, mas nem mesmo o arranjo constitucional acompanhado de sólidas construções doutrinárias têm se mostrado suficiente para garantir a implementação de tais direitos. Os cortes orçamentários cada vez mais presentes evidenciam que a centralidade dos direitos fundamentais e cedeu espaço para a centralidade econômica instaurando uma política austeritária permanente.

A pandemia da Covid-19 representa o cenário ideal para que projetos de governos avassaladores dos direitos fundamentais sociais imponham maiores restrições com argumentos pretensamente convincentes. Em meio a situação de emergência o oportunismo encontrou caminho para dar continuidade ao processo de retrocesso social que dificilmente será revertido.

Considerando a historicidade dos direitos fundamentais, sem o engajamento popular na luta pela preservação do grau de proteção social alcançado pelo texto constitucional de 1988 o esvaziamento dos direitos sociais poderá significar ainda mais óbitos mesmo quando a pandemia da Covid-19 já estiver controlada – e uma política governamental que promove a morte jamais será compatível com o Estado Democrático de Direito.

## Referências

- ASSIS, Christiane Costa; JÁCOME, Ana Cláudia Sousa. A responsividade federativa democrática no Brasil: uma análise a partir da pandemia da Covid-19 em 2020. **Anais do VI Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais, v. IV: Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão: Democracia, Informação & Pluralismo**. p. 32-43, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/44209587/A\\_Responsividade\\_Federativa\\_Democr%C3%A1tica\\_no\\_Brasil\\_uma\\_an%C3%A1lise\\_a\\_partir\\_da\\_pandemia\\_da\\_Covid\\_19\\_em\\_2020](https://www.academia.edu/44209587/A_Responsividade_Federativa_Democr%C3%A1tica_no_Brasil_uma_an%C3%A1lise_a_partir_da_pandemia_da_Covid_19_em_2020). Acesso em: 10 nov. 2020.
- AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA - ACD. **Gráfico do Orçamento Federal - 2019**. 29 mai. 2020. Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/grafico-do-orcamento-federal-2019-2/>. Acesso em: 14 set. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BRASI. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 09. out. 2020.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95**, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm). Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Painel Coronavírus**. Atualizado em 08/10/2020 às 18:30. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE - CNS. **Boletim Cofin 2020/10/07**. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/images/Boletim\\_2020\\_1007\\_Tab1-4\\_Graf1\\_ate\\_06\\_RB-FF-CO\\_vfinal.pdf](http://conselho.saude.gov.br/images/Boletim_2020_1007_Tab1-4_Graf1_ate_06_RB-FF-CO_vfinal.pdf). Acesso em: 09 out. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

JIANG, Fang. Review of the Clinical Characteristics of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). **Journal of General Internal Medicine**, v. 35, p. 1545-1549, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11606-020-05762-w>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496920>. Acesso em: 19 jan. 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2020.

PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. **GGN**, 06/11/2020b. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo. **GGN**, 13/07/2020b. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

RODRIGUEZ-MORALES, Alfonso et al. COVID-19 in Latin America: The implications of the first confirmed case in Brazil. **Travel Medicine and Infectious Disease**, v. 35, p. 01-03 mai./jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.tmaid.2020.101613>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Austeritária. **Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 21, n. 1, p. 39-58, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejil.20702>. Acesso em: 13 set. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais como trufas da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 226-234, 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02>. Acesso em: 13 set. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 21, mar./mai. 2010, p. 01-39.  
Disponível em:  
<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=428>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007.  
Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>. Acesso em: 14 set. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 3, nº 5, p. 78-97, jul./dez. 2003.  
Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/828>. Acesso em: 18 jan. 2021.

## **DERECHO CIVIL**

## O direito à morte digna e a autoridade parental: considerações ético-jurídicas sobre decisões de fim de vida à luz do caso Charlie Gard (\*)

The right to a dignified death and the parental authority: ethical-legal considerations on end-of-life decisions on the Charlie Gard case

El derecho a una muerte digna y la autoridad parental: consideraciones ético-legales sobre las decisiones sobre el final de la vida en el caso Charlie Gard

Margareth Vetis Zaganelli<sup>1</sup>

Mônica Pereira Rubert<sup>2</sup>

Rafaela Souza Tononi<sup>3</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** Bioética: noções preliminares. **2.** O direito à morte digna: ortotanásia e os cuidados paliativos do paciente. **3.** O caso Charlie Gard: embate ético-jurídico em solo britânico. **4.** O parecer da

---

(\*) Recibido: Recibido: 06/08/2020 | Aceptado: 10/01/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

- <sup>1</sup> Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano - Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" - cofinanciado pela União europeia.  
[mvetis@terra.com.br](mailto:mvetis@terra.com.br)
- <sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.  
[monicaprubert@gmail.com](mailto:monicaprubert@gmail.com)
- <sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.  
[rafaelatononi@outlook.com](mailto:rafaelatononi@outlook.com)

Suprema Corte de Londres. 5. Apelo público e político. 6. O viés ético na conduta médica: breve análise das determinações médicas brasileiras e britânicas. 7. A legislação britânica aplicada à bioética: análise jurisprudencial. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo analisa o conflito entre a soberania parental e a defesa do melhor interesse do incapaz presente no caso do bebê britânico Charles William Gard, conhecido como Charlie Gard, acometido de uma grave doença rara, que gerou uma intensa cobertura midiática e comoção social como consequência da disputa entre a vontade dos pais e as determinações médicas. Primeiramente, com o intuito de contextualizar o tema, o trabalho aborda noções de Bioética, obstinação terapêutica, ortotanásia e de cuidados paliativos do paciente. Seguidamente, será abordado o decorrer do apelo dos genitores na Suprema Corte de Londres sobre o caso supracitado. Por fim, este artigo irá ponderar sobre a conduta efetuada pelo hospital e a perspectiva da legislação britânica versus a decisão dos pais, acima de tudo em uma situação a qual demanda ação imediata pelo bem da criança. Este trabalho emprega como metodologia o modelo descritivo, segundo compreensão bioética, desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas e notícias veiculadas na internet.

**Palavras-chave:** Morte digna. Charlie Gard. Autoridade parental. Legislação britânica. Bioética.

**Abstract:** *This article analyses the conflict between parental soberany and the defense of the child's best interest given the case of British baby Charles William Gard, commonly known as Charlie Gard, stricken by a rare, serious disease, which attracted intense media coverage and international interest given the dispute between the parents' will and the medical determinations. Firstly, with the objective of contextualization, the article describes the concepts concerning bioethics, therapeutic obstinacy, orthothanasia, and the patient's palliative care. Subsequently, the process of the case and the parent's appeal in the London Supreme Court will be presented chronologically. Finally, this article will debate about the conduct taken by the hospital and the perspective of the British legislation versus the parental decision, especially in this situation which demands immediate action for the child's sake. The methodology used, given the prospect of bioethics, is the descriptive model, developed from bibliographical research and news articles found on the internet.*

**Keywords:** *Dignified death. Charlie Gard. Parental authority. British legislation. Bioethics.*

**Resumen:** Este artículo examina el conflicto entre la soberanía parental y la defensa de los mejores intereses de los incapacitados presentes en el caso del bebé británico Charles William Gard, conocido como Charlie Gard, que sufre de una enfermedad rara grave, que generó una intensa cobertura mediática y conmoción social, como consecuencia de la disputa entre la voluntad de los padres y las determinaciones médicas. En primer lugar, para contextualizar el tema, el trabajo aborda las nociones de Bioética, obstinación terapéutica, ortotanásia y cuidados paliativos del paciente. A continuación, se abordará el curso de la apelación de los padres en el Tribunal Superior de Londres. Por último, este artículo considerará la conducta llevada a cabo por el hospital y la perspectiva de

la legislación del Reino Unido frente a la decisión de los padres, sobre todo en una situación que requiere una acción inmediata por el bien del niño. Este trabajo utiliza como metodología el modelo descriptivo de acuerdo con la comprensión bioética, desarrollado a través de investigaciones bibliográficas y noticias publicadas en Internet.

**Palabras clave:** Muerte digna. Charlie Gard. Autoridad parental. Legislación británica. Bioética.

---

## Introdução

Acometido de uma enfermidade ocasionada por uma mutação genética rara, o bebê Charlie Gard foi o centro de uma batalha judicial em território britânico que atraiu atenção global. A Suprema Corte de Londres optou pelo desligamento dos aparelhos de suporte à vida do bebê, contrariando a vontade dos pais em buscar um tratamento alternativo experimental. Este presente artigo debaterá sobre o viés ético-jurídico do embate entre a supremacia parental e o direito à morte digna. Primeiramente, são ressaltados os conceitos envolvendo princípios bioéticos, obstinação terapêutica, ortotanásia e os cuidados paliativos do paciente, com o intuito de contextualizar o tema. Em seguida, será tratado de modo cronológico o decorrer do processo na Suprema Corte de Londres sobre o caso supracitado. Por fim, decorrerá sobre a posição da legislação britânica e a brasileira acerca do tema, com abordagem em casos concretos semelhantes ao de Charlie Gard. Este trabalho emprega como metodologia o modelo descritivo, segundo compreensão bioética, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e notícias veiculadas na internet.

### 1. Bioética: noções preliminares.

A exposição *a priori* dos conceitos envolvidos no processo em questão é fundamental para o entendimento do tema. Abrangendo o viés ético e médico, o caso de Charlie Gard gerou uma grande atenção acerca de concepções no âmbito da Bioética, conhecimento defasado por parte do público em geral, sendo um campo de estudo recente em desenvolvimento. Esse campo, segundo Giovanni Berlinguer, conecta as áreas da ciência, vida e moralidade e foca em sua maioria nas evoluções recentes das ciências biomédicas (BERLINGUER, 2004, p. 1086).

A Bioética configura-se, essencialmente, na análise da relação entre os conhecimentos biológicos e os valores sociais, priorizando a proteção do ser humano e promovendo a ação correta, profissional e humana dos atuantes de determinadas áreas. Os avanços na medicina mostraram ao público internacional a urgência pelo aprofundamento no contexto da bioética. Dessa forma, o desenvolvimento desse conhecimento é de extrema importância mediante os dilemas morais envolvendo os limites da conduta humana nas ciências biológicas diante dos progressos na área biotecnológica. Em suma, é diante desse ambiente



marcado por grandes evoluções que a Bioética emerge como novo domínio da reflexão e da prática, que tem como seu objeto de estudo as questões humanas na sua dimensão ética, no âmbito da prática clínica ou da investigação científica (NEVES, 1996, p. 8).

A relação entre a bioética e o direito tornou-se necessária diante do crescente número de experimentos com o intuito de descobrir sobre o funcionamento do corpo humano, visto que apenas contar com a conduta ética na abordagem dos pesquisadores revelou-se como insuficiente. A decisão por tratamentos para a preservação da vida e minimização do sofrimento são questões éticas importantes para o respeito à dignidade da vida em risco e no atendimento de crianças com problemas congênitos (PALHARES; SANTOS; CUNHA, 2016), desse modo, legislar sobre os limites dos estudos envolvendo o nascituro, paciente vivo, falecido ou incapaz no âmbito médico mostrou-se ser de extrema relevância para manter-se o respeito à dignidade humana.

### **1.1. Princípios bioéticos.**

Teorizados por Tom Beauchamp e James Childress, os princípios bioéticos são diretrizes gerais que deixam um espaço considerável para um julgamento em casos específicos e que proporcionam uma orientação substantiva para o desenvolvimento de regras e políticas mais detalhadas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 55). Nesse contexto, a Bioética é embasada a partir de quatro princípios norteadores: o princípio da autonomia, da justiça, da beneficência e não-maleficência.

O princípio da autonomia intenta ao respeito à liberdade do paciente capacitado. Atribui ao paciente o poder decidir sobre as práticas diagnósticas e terapêuticas as quais quer se submeter, quando não está em risco de morte (FILHO, 2017, p. 39). Isto é, o enfermo, em sua devida consciência, deve ponderar sobre os tratamentos médicos que será sujeito antes de serem realizados. Logo, cabe aos médicos fornecer ao paciente as informações necessárias sobre os procedimentos disponíveis para o caso específico, além de respeitarem as deliberações dos pacientes acerca de seus corpos e vidas. Tratando-se de um enfermo incapaz de exprimir seu arbítrio, a determinação deve ser executada pela família ou responsável. No entanto, em coerência com os demais fundamentos bioéticos, se a escolha feita por terceiro legal for danosa à qualidade de vida do paciente, compete aos profissionais capacitados interferir na decisão, de modo a defender o melhor interesse do enfermo.

Nesse contexto, as ações médicas dedicam-se segundo o fundamento da equidade, em conformidade com princípio da justiça. Por outras palavras, é compromisso moral dos profissionais da medicina tratarem todos os seus pacientes de forma igualitária, oferecendo-os mesmos cuidados, independentemente de gênero, ideologia, orientação sexual ou condição socioeconômica.

Por fim, os princípios da beneficência e da não-maleficência completam-se, ambicionando preservar a integridade física e mental do paciente. A beneficência consiste em sempre priorizar o tratamento benéfico ao enfermo, ou seja, aquele que menos apresenta ocorrências danosas. Em convergência, o preceito da não-

maleficência determina a redução dos riscos e intervenções penosas, pretendendo o alívio do sofrimento.

## **2. O direito à morte digna: ortotanásia e os cuidados paliativos do paciente.**

A ideia e a aceitação da morte são extremamente complexas, uma vez que envolvem crenças pessoais, cultura extrínseca ao indivíduo e seu modo de vida. Nos casos de enfermos em estado terminal ou com quadros irreversíveis, os médicos responsáveis questionam se, com a manutenção do tratamento, estão estendendo a vida do indivíduo ou apenas prolongando sua morte. O embate entre a regra moral de conduta da equipe médica e a escolha do paciente é controverso e requer uma análise minuciosa. No cenário exposto, o direito não se propõe a determinar o momento da morte, embora defina alguns princípios norteadores objetivando garantir o direito à morte digna.

Os cuidados paliativos buscam mitigar o sofrimento e proporcionar a máxima qualidade de vida aos doentes e seus familiares (LIMA; 2010; p. 136). Dessa forma, o cuidado paliativo assegura o direito fundamental da pessoa natural de possuir uma qualidade de vida, promovendo o alívio dos sintomas ocasionados pela enfermidade, sem o objetivo curativo. O paliativismo não busca acelerar ou adiar a morte, mas visa a garantir a dignidade humana através da assistência médica, psicológica e espiritual para pacientes com doenças em estágio avançado, incuráveis e fatais. Refletem a tentativa de prevenir o sofrimento e proporcionar a máxima qualidade de vida possível às pessoas doentes e a seus familiares.

A ortotanásia é a morte no momento certo, isto é, a morte não ocorre de modo apressado e forçado, como no caso da eutanásia, e nem é prolongada, como ocorre na distanásia (LIMA, 2010, p. 134). Configura-se como um procedimento a partir do qual opta-se por não sujeitar o enfermo em estado terminal a tratamentos invasivos e irracionais que possam causar-lhe algum sofrimento e, por consequência, comprometer sua qualidade de vida. Portanto, a ortotanásia consiste na cessão indolor das intervenções médicas e artificiais utilizadas para promover a sobrevivência do paciente, as quais o privam da morte natural e da garantia de um final de vida digno, de acordo com os princípios bioéticos da beneficência e não-maleficência. Tal recurso está estritamente relacionado aos cuidados paliativos, visto que, logo após efetuar-se a ortotanásia e o desligamento dos aparelhos de suporte extraordinários, o paciente recebe auxílio paliativo para a morte ocorrer da forma mais natural e confortável possível.

Já a eutanásia ocorre quando o paciente expressa deliberadamente a vontade de submeter-se a procedimentos para provocar sua morte, com o propósito de não prolongar seu tormento e sofrimento, optando pelo suicídio assistido. A eutanásia ativa constitui-se na execução de alguma ação que cause a morte imediata do indivíduo de forma indolor. Já a eutanásia passiva consiste na omissão de procedimentos essenciais para a sobrevivência do paciente, levando-o ao óbito. A eutanásia passiva se difere da ortotanásia porque o paciente que opta pelo método

em questão tem sua vida abreviada em vez de optar pelo falecimento natural, como ocorre na ortotanásia.

### **2.1. A distanásia ou obstinação terapêutica.**

Em contrapartida ao exposto, tem-se a distanásia, também conhecida como futilidade ou obstinação terapêutica. Trata-se de um procedimento antagônico à eutanásia. Nela, o enfermo incurável é submetido a todos os meios médicos e artificiais possíveis para que continue vivo, mesmo que esses tratamentos invasivos possam causar-lhe sofrimento, comprometendo, por conseguinte, sua qualidade de vida. Desse modo, o método pode ser compreendido como uma forma de prolongar a morte do paciente que não possui expectativa de melhora.

O grande impasse do caso abordado por este artigo se concentra no fato do *infans* não poder de expressar sua vontade e decidir acerca de seu futuro e sobre a sua saúde. Pela lógica comum, os responsáveis por essa decisão seriam os pais da criança, porém o emocional pode intervir na escolha racional, sendo benéfico o poder de escolha ser atribuído aos médicos responsáveis pelo bem-estar do paciente. Nesse sentido, surgem duas linhas de pensamento: a defesa do exercício da autoridade parental sem interferência do poder judiciário e a defesa do melhor interesse da criança, não sendo razoável a manutenção de crianças em situações degradantes em que não há possibilidade de melhora (OLIVEIRA; SÁ, 2017, p. 457). Nesse contexto, pondera-se sobre qual critério deve prevalecer na decisão: um dia a mais na vida da criança, que é algo inestimável; ou sua qualidade de vida (PALHARES; SANTOS; CUNHA, 2016, p. 570).

## **3. O caso Charlie Gard: embate ético-jurídico em solo britânico.**

Entre os meses de janeiro e julho de 2017, os olhares públicos estiveram voltados ao conflito ético e jurídico ocorrido na Inglaterra que cercava o questionamento: deve prevalecer a autoridade parental ou a opinião profissional dos médicos acerca do futuro de uma criança acometida de uma enfermidade?

Como descreveram notícias veiculadas na época do caso, Charles William Gard, nascido em Londres, Inglaterra, no dia 4 de agosto de 2016, era um bebê saudável até completar 2 meses de idade, quando, em outubro de 2016, foi internado no Great Ormond Street Hospital (GOSH), especializado em tratamento infantil e custeado pelo National Health Service, apresentando um ganho de peso relativamente baixo e respiração falha, sendo posteriormente diagnosticado com a genética Síndrome de Depleção do DNA Mitocondrial, em sua forma encefalomiopatia, apresentando como sintomas o enfraquecimento muscular e danos cerebrais. A condição da enfermidade desenvolvida por Charlie é considerada a mais agressiva e progressivamente degenerativa, acometendo o funcionamento de diversos órgãos e tecidos vitais do sistema humano, causando a morte prematura do doente. Por ser uma doença extremamente rara, os estudos e pesquisas nesse campo são recentes e pouco aprofundados, podendo ser classificada, portanto, como incurável.

Em dezembro de 2016, Christopher Gard e Constance Yates, pais de Charles, tiveram sua esperança restaurada na recuperação de seu filho após obterem conhecimento acerca de um tratamento experimental para doenças mitocondriais

nomeado “terapia de desvio de nucleosídeos” conduzido pelo professor do departamento de neurologia da Universidade de Columbia em Nova Iorque, Estados Unidos, Michio Hirano. Em primeiro plano, os médicos do Great Ormond Street Hospital concordaram em colaborar com Hirano para discutir as possibilidades de tratamento visando à recuperação plena de Charlie Gard. Apenas por meio de conversas telefônicas e correspondências eletrônicas, o doutor Hirano confirmou a teórica capacidade de o tratamento prover algum benefício para a qualidade de vida de Charlie Gard, mas não confirmou a completa recuperação do enfermo a partir da condução do tratamento. A equipe médica designada ao cuidado de Charlie Gard agendou uma audiência com o conselho ético do hospital GOSH para janeiro de 2017, visando aprovar o início da recuperação terapêutica.

Entretanto, nesse mesmo período, Charlie, que estava respirando estritamente com o auxílio de equipamentos de ventilação, incapacitado de realizar suas funções motoras e cognitivas voluntariamente, começou a apresentar convulsões contínuas e severas, as quais pioraram ainda mais seu estado psicossomático, tornando, então, ineficaz a posterior continuação do tratamento ou a introdução de novos métodos objetivando a recuperação de Charlie, considerada irreal de acordo com parecer médico diante de seu quadro irreversível.

No entanto, os pais de Charlie discordaram do parecer médico e decidiram propor uma ação judicial para autorizar a transferência do menino ao Hospital Presbiteriano de Nova Iorque, nos Estados Unidos, insistindo na busca pela terapia com o desvio de nucleosídeos para tratar seu filho. Para obter a quantia necessária para custear a ida do bebê à Nova Iorque em segurança, onde estaria sob cuidados do instituto de neurologia da Universidade de Columbia, Christopher Gard e Constance Yates recorreram a doações monetárias de terceiros. O montante arrecadado totalizou 1,3 milhões de libras, mas a transferência hospitalar foi impedida por decisão judicial.

#### **4. O parecer da Suprema Corte de Londres.**

Em fevereiro de 2017, o hospital Great Ormond Street apresentou à Alta Corte de Londres o pedido para desligar os aparelhos de ventilação artificial que auxiliavam Charlie Gard, continuando apenas com os cuidados paliativos, alegando ser a ação que melhor garantia o interesse da criança, incapaz de decidir por conta própria sobre seu tratamento médico. A posição do órgão de assistência médica foi discordante perante a vontade dos parentes em submeter Charlie à terapia com o desvio de nucleosídeos.

O caso foi para o tribunal em março do mesmo ano e, nesta audiência, foram ouvidas opiniões a favor e contra a realização da ortotanásia por parte de especialistas, médicos e juristas. Entretanto, a decisão final foi prolongada até abril para que, assim, os pais de Charlie Gard tivessem tempo hábil de compilar informações e evidências científicas que comprovassem a efetividade do tratamento estadunidense. Apesar disso, diante dos falhos indícios apresentados pela defesa dos pais, o juiz responsável concluiu sua sentença em prol do hospital, autorizando

os médicos a desativar os dispositivos que mantinham os sistemas vitais de Charlie em funcionamento.

Todavia, devastados com a decisão anterior, os pais de Gard recorreram à sentença e pediram um novo julgamento, mas essa solicitação foi negada. Apesar dessa instância determinar contrariamente, atendendo à comoção popular em apoio a autoridade parental, os médicos em questão foram orientados a postergar o ato de retirar os aparelhos, permitindo, desse modo, que os pais interpusessem outros recursos jurídicos.

Os pais de Charlie recorreram, em junho de 2017, à Corte Europeia de Direitos Humanos, que optou por não intervir no caso em respeito à posição adotada pela corte britânica. Ademais, em julho daquele ano, o hospital requisitou que a Alta Corte de Londres efetuasse um novo julgamento, possibilitando que Christopher Gard e Constance Yates apresentassem novos indicativos de efetividade na continuidade do tratamento conforme pesquisas realizadas no Vaticano. Ainda em julho, os pais, esgotados diante de uma extensa batalha judicial, retiraram a ação promovida para a realização do tratamento experimental e expressaram sua vontade para que Charlie retornasse para falecer em sua casa na companhia de seus familiares. Contrariando novamente a ânsia dos pais, o poder judiciário priorizou a permanência de Charlie na clínica, tendo em vista a estrutura necessária para a continuidade do cuidado paliativo ambicionando uma morte digna e indolor. Por fim, foi dessa forma que ocorreu, no dia 28 de julho de 2017, o falecimento de Charles William Gard, com 11 meses de idade, ao lado dos pais e familiares no hospital em que estava internado.

## **5. Apelo público e político.**

A longa e intensa batalha judicial travada entre o hospital e os pais de Charlie foi observada minuciosamente pela mídia, provocando excessiva comoção social por aqueles que defendiam a superioridade da autoridade parental em contraposto à opinião dos médicos e por indivíduos motivados pela fé católica.

As constantes perdas no âmbito judicial por parte da defesa dos pais de Charlie foram concomitantes a protestos em toda Grã-Bretanha, além de petições que recolheram milhares de assinaturas ao redor do globo requisitando a interferência no caso por parte de pessoas com poder, como o Primeiro-Ministro da Inglaterra. Diante do pedido de transferência para um hospital nos Estados Unidos, o presidente norte-americano Donald Trump expressou publicamente, por meio de suas redes sociais, seu apoio a Christopher Gard e Constance Yates para possibilitar o deslocamento e cuidado de Charlie em solo americano.

Outra figura pública que demonstrou empatia aos pais de Charlie foi o Papa Francisco, pontífice da Igreja Católica, defendendo a vida humana mesmo perante qualquer percalço, visto que a crença católica reconhece que a morte deve ser determinada somente por Deus. Posteriormente ao falecimento de Charlie Gard, o Papa utilizou as redes sociais para enviar palavras de conforto aos pais do bebê: “Confio ao Pai o pequeno Charlie e rezo pelos seus pais e as pessoas que o amaram.” (GREENFIELD, 2017)

Por outro lado, havia as argumentações contrárias que resguardavam a deliberação sobre a vida e o tratamento do *infans* por pessoas capacitadas sem envolvimento emocional com o processo além do domínio familiar, visando à tomada de decisão que mais preserva o melhor interesse do bebê.

## **6. O viés ético na conduta médica: breve análise das determinações médicas brasileiras e britânicas.**

A Ética Médica é o campo que trata da questão ética no contexto das decisões médicas. Historicamente, o Juramento de Hipócrates, nomeado em homenagem ao médico e filósofo grego considerado o “Pai da Medicina”, é reconhecido como o primeiro código de ética médica do qual se tem conhecimento, tendo origem no século V a.C., sendo modernizado em 1948 pela Associação Médica Mundial por meio da aprovação da Declaração de Genebra.

No Brasil, tal campo é regulamentado pelo Código de Ética Médica, instituído pelo Conselho Federal de Medicina em 30 de setembro de 1957 e com sua última atualização tendo entrado em vigor em 30 de abril de 2019, a qual reconhece as mudanças do mundo contemporâneo e incorpora temas como inovações tecnológicas e relações em sociedade.

Tratando-se do assunto da abreviação da vida e da morte digna, o Código de Ética Médica brasileiro aborda tanto a eutanásia quanto a ortotanásia e cuidados paliativos. O Código determina que o médico deve respeitar as escolhas do paciente em relação a procedimentos diagnósticos e terapêuticos, e que, em situações irreversíveis e terminais, deve-se evitar procedimentos desnecessários e priorizar os cuidados paliativos. A eutanásia é expressamente proibida pelo artigo 41 do Código, o qual veda ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”, mesmo em caso de doença incurável e terminal, no qual é retomado o dever do médico de oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis ao paciente, sempre considerando sua vontade ou a de representante legal. (BRASIL, 2019)

Em suma, verifica-se que o Conselho de Ética Médica brasileiro valoriza a vontade do paciente em primeiro lugar, assegurando-lhe o direito de aceitar ou recusar tratamento, o que demonstra essencialmente a garantia e a legalidade da ortotanásia. No entanto, a eutanásia é vedada.

Já tratando-se da legislação britânica, a Ética Médica é regulamentada pelo General Medical Council (Conselho Médico Geral), um órgão público instituído a partir do Medical Act de 1983 com o objetivo de promover o bem-estar público e garantir a conduta profissional própria dos médicos. Por meio desse Ato, o Conselho também reserva o direito de interferir na conduta de um médico quando se acreditar que há risco a um paciente.

O “Good Medical Practice” (“Boa Prática Médica”) é um guia geral para todos os médicos britânicos fornecido pelo órgão que articula sobre os deveres médicos do “bom doutor” e a desobediência ou negligência dos princípios e valores nele estabelecidos pode pôr a licença médica em risco. Além disso, são oferecidos

diversos guias complementares para a prática ética e profissional da medicina, tratando de assuntos como confidencialidade, consentimento e cuidados no fim da vida. (VIANNA; ROCHA, 2006)

O guia “Treatment and care towards the end of life” fornecido pelo Conselho Médico Geral e que entrou em vigor no dia 1º de julho de 2010, aborda a questão da morte digna e apresenta diretrizes para a ação médica em diversos casos, incluindo os de recém-nascidos, crianças e jovens. Defende-se o prolongamento da vida de forma ética, determinando que o médico deve sempre tomar as medidas razoáveis para prolongar a vida do paciente, mas que devem ser consideradas, em primeiro lugar, suas vontades e opiniões.

O guia em questão também compreende o cuidado de recém-nascidos, crianças e jovens. É determinado que, caso o paciente consiga expressar opiniões e participar na tomada de decisões, é obrigação do médico ouvi-lo e respeitar suas decisões. Afirma-se ainda que o médico tem o dever de considerar o papel e as responsabilidades dos pais e pessoas próximas da criança, mas que o dever primário é para com a criança ou jovem que é o paciente.

Também é determinado no guia que o médico deve sempre trabalhar em conjunto com a vontade dos pais e mantê-los envolvidos no tratamento, compartilhando com eles as informações que lhes interessam de uma forma a qual seja entendível por eles; além disso, as opiniões dos pais também devem ser consideradas na tomada de decisões. Finalmente, é expresso no guia que, quando for concluído que a administração de tratamentos à criança será mais prejudicial do que benéfica, no sentido de que causaria dores e sofrimento superiores a quaisquer benefícios, caso haja consenso entre os pais da criança e a equipe médica, a interrupção do tratamento é possível e permitida, se estiver nos melhores interesses do paciente.

O guia também prevê que, em caso de discordância entre a decisão médica e a vontade dos pais da criança, em última instância o caso deverá ser levado aos tribunais, a fim de obter opinião jurídica independente:

#### **Resolving disagreements**

§108. If disagreements arise about what course of action would be in a child or young person's best interests, it is usually possible to resolve them by, for example, involving an independent advocate; seeking advice from a more experienced colleague; obtaining a second opinion; by holding a case conference or ethics consultation; or by using local mediation services. If, after taking such steps, significant disagreement remains, you should seek legal advice on applying to the appropriate court for an independent ruling. Approaching the court should be seen as a constructive way of thoroughly exploring the issues and providing reassurance for the child and parents that the child's interests have been properly considered in the decision.<sup>4</sup> (REINO UNIDO, 2010)

---

<sup>4</sup>Tradução nossa:

#### **Resolvendo desentendimentos**

§108. Se surgirem desentendimentos acerca de qual curso de ação estaria nos melhores interesses de uma criança ou jovem, normalmente é possível resolvê-los ao, por exemplo, envolver um advogado independente; procurar conselho de um colega mais experiente; obter uma segunda

## 7. A legislação britânica aplicada à bioética: análise jurisprudencial.

Na mesma análise da jurisprudência e legislação britânica aplicada ao contexto bioético, observa-se um caso muito semelhante ao de Charlie Gard: o do bebê Alfie James Evans, nascido em 9 de maio de 2016 em Liverpool, na Inglaterra. Alfie possuía um distúrbio neurológico degenerativo de origem genética decorrente da deficiência do neurotransmissor GABA-transaminase, e estava internado no hospital infantil Alder Hey desde dezembro de 2016. Seus pais, Tom Evans e Kate James, queriam transferi-lo para o hospital infantil Bambino Gesù na Itália, onde Alfie receberia tratamento mais aprofundado, mas os médicos do hospital Alder Hey não concordaram com a escolha, afirmando que ela “não estaria de acordo com os melhores interesses de Alfie”, e que continuar com o tratamento seria não apenas “fútil” como também “cruel e desumano”.

O impasse levou a uma longa batalha judicial entre os pais de Alfie, os quais defendiam a decisão sobre o que seria melhor para seu filho deveria partir deles, e o hospital Alder Hey, que afirmava resguardar os melhores interesses da criança. A batalha legal resultou no respaldo dos chefes do hospital Alder Hey pela Suprema Corte inglesa, a qual aceitou as evidências médicas da incurabilidade da criança, afirmando a necessidade e a importância de cuidados paliativos feitos a Alfie. Os pais de Alfie recorreram diversas vezes, sem sucesso, à decisão no Tribunal de Apelação, na Suprema Corte e na Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR), sendo que esta determinou que a condição de Alfie era “catastrófica e intratável”. Os equipamentos de suporte à vida foram desativados em 23 de abril de 2018, e Alfie veio a falecer cinco dias depois, em 28 de abril, no hospital infantil Alder Hey.

O caso, assim como o de Charlie Gard, atraiu muita atenção do público tanto no Reino Unido quanto em outros países, conforme relatado pela rede de notícias britânica BBC News (ALFIE..., 2018). A decisão do hospital Alder Hey de manter Alfie sob seus cuidados, sobretudo de negar o pedido dos pais de que o bebê passasse seus últimos dias em casa, levantou numerosos debates acerca do direito parental sobre seus filhos e da influência das autoridades médicas e legais na vida individual. Também ocorreram diversos protestos na frente do hospital Alder Hey e comoção nas redes sociais, e a causa recebeu o apoio do Papa Francisco, que por meio de suas redes sociais manifestou-se: “Emocionado pelas orações e pela grande solidariedade em favor do pequeno Alfie Evans, renovo meu apelo para que seja ouvido o sofrimento de seus pais e seja satisfeito seu desejo de tentar novas possibilidades de tratamento.”

Sob outra perspectiva, fazendo um contraponto aos de Charlie Gard e Alfie Evans, é válido reconhecer, por exemplo, um caso ocorrido em 2006 de um bebê de 19 meses que sofria de uma forma severa de atrofia muscular espinhal, e,

---

opinião; ao realizar uma conferência de caso ou consulta de ética; ou ao utilizar serviços de mediação locais. Se, após a realização de tais etapas, um desentendimento significativo persistir, você deve procurar aconselhamento jurídico sobre a solicitação ao tribunal apropriado para uma decisão independente. A abordagem da corte deve ser vista como uma forma construtiva de se explorar completamente os problemas e assegurar à criança e a seus pais que os melhores interesses da criança foram adequadamente considerados na decisão.



consequentemente, era acometido de uma paralisia quase total, não respirava sem ajuda de aparelhos, além de não conseguir mastigar nem engolir. A identidade da criança, de sua família, do hospital e da equipe médica foram guardadas sob sigilo legal.

O hospital onde encontrava-se internado desde as suas sete semanas de vida defendia a ortotanásia por meio do desligamento do respirador artificial que o mantinha vivo, devido ao provável desconforto causado pelo tratamento e à baixa qualidade de vida de MB, que não tinha expectativa de melhora. Os pais do bebê não concordavam com o fim do tratamento e o impasse foi levado ao tribunal, onde foi afirmado que MB, por não possuir dano cerebral, poderia enxergar, ouvir e sentir, e que ele sentia prazer no tempo em que passava com a família. Dessa forma, foi decidido em favor da manutenção da respiração artificial de MB, atendendo às vontades dos pais. (SICK..., 2006)

A lei no Reino Unido está situada entre o favorecimento do hospital e equipe médica e o favorecimento dos pais no âmbito de decisões como as supracitadas. Pode-se citar o Children Act de 1989, o qual regulamenta as questões relativas à infância no Reino Unido. O Ato deixa claro que, quando uma criança se encontra em situação de risco, o Estado pode e deve intervir. Entretanto, o documento também determina explicitamente o conceito de responsabilidade parental, reconhecendo os direitos, deveres, poderes, responsabilidades e autoridade, garantidas por lei, as quais os pais têm em relação à criança. (REINO UNIDO, 1989)

O Conselho Médico Geral realiza ainda uma compilação dos pontos principais entendidos a partir da jurisprudência britânica dentro do guia “Treatment and care towards the end of life”. Entre eles, é interessante destacar: um ato pelo qual a intenção primária do médico é levar à morte do paciente seria ilegal; tratamentos de prolongamento de vida destinados a um paciente incapaz podem ser legalmente contidos ou cessados quando não estiverem em seus melhores interesses; os melhores interesses de um paciente podem ser interpretados como significando que o paciente não deve ser submetido a tratamentos além do necessário para que ocorra a morte pacífica e digna; se a equipe médica e a família da criança estiverem em desacordo acerca do tratamento da criança, as opiniões da corte devem ser buscadas; a corte determinará, de modo independente, se o tratamento ou não-tratamento está nos melhores interesses do paciente.

Dessa forma, é válido concluir que, enquanto a eutanásia ativa é vedada pelo primeiro tópico apresentado pela compilação do Conselho Médico Geral, a ortotanásia pode ser realizada a partir da vontade do paciente ou a partir da conclusão da equipe médica de que o tratamento de prolongamento da vida não está mais nos melhores interesses do paciente. Assim, observa-se certa garantia à morte digna pela jurisprudência e lei britânicas.

É possível ainda atestar semelhança entre a justiça britânica e a brasileira no âmbito da morte digna, na medida em que ambas proíbem a eutanásia ativa e permitem a recusa ao tratamento que leva à ortotanásia.

Em suma, é verificável na legislação britânica, tanto na parte positivada quanto na jurisprudência, que não é determinada automaticamente qual das partes (equipe médica ou pais da criança) tem o poder de decisão, e é claramente previsto que,

quando não houver acordo, o assunto seja levado à corte, onde observa-se, a partir da análise dos casos citados, uma não-uniformidade e subjetividade das decisões no âmbito da ortotanásia de incapazes.

## Conclusão

O campo da Bioética é relativamente recente e está sempre em transformação em razão das novas descobertas da medicina as quais ocorrem todos os dias. Em vista disso, a amplitude da presença da Bioética no mundo jurídico ainda é incerta, já que muitas vezes a legislação não prevê as situações reconhecidas pela Ética Médica. Dessa forma, a jurisprudência é formada e estabelecida gradualmente, à luz de cada caso, e é possível dizer que com o tempo as decisões da justiça em casos envolvendo a Ética Médica tornar-se-ão cada vez mais previsíveis.

A problemática da morte digna, da eutanásia e da ortotanásia, em particular, é especialmente sensível, pois envolve assuntos relativos a princípios, moral, ética, religião e lei, e por isso gera, naturalmente, amplo interesse público e variadas controvérsias. Isso é amplificado, ainda, quando se trata de bebês e crianças, também por trazer à tona o debate acerca da superioridade da autonomia familiar e vontade parental ou da opinião médica profissional na decisão pela interrupção ou não dos tratamentos de prolongamento de vida.

É necessário que sejam expressos na legislação os direitos relativos à autonomia do paciente, como seu direito à recusa de tratamento. Por outro lado, no âmbito do cuidado de menores, é impossível que seja determinado que, seja a equipe médica, seja os pais do paciente, terá o poder absoluto de decisão, e é interessante que as resoluções sejam sempre tomadas em conjunto e consenso. No entanto, é válida a interferência jurídica quando isso não é possível, a fim de que, por meio de opiniões independentes, se assegure o direito à dignidade humana e seja realizada a ação que atender aos melhores interesses do paciente.

Acima de tudo, é preciso considerar o que é sentido pela criança durante a batalha judicial. Ao se estender a tomada da decisão acerca da continuação ou não do tratamento, os melhores interesses do paciente, embora sejam o centro do impasse, acabam não sendo considerados, controversamente. Isso porque, mesmo que o ponto principal do conflito seja o fim do sofrimento da criança, o sofrimento é prolongado durante o longo espaço de tempo decorrido nos conflitos judiciais. Dessa forma, é imperante que a decisão de interromper ou não o tratamento de pacientes com chances pequenas de melhoria no quadro clínico, principalmente crianças, seja feita de forma rápida e racional, a fim de iniciar os cuidados paliativos imediatamente ou buscar formas de tratar a enfermidade que causa sofrimento ao *infans*.

## Referências

ALFIE Evans: Legal battle toddler dies. **BBC News**, 2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/uk-43933056>>. Acesso em 23/06/2019.

- ALFIE Evans: Pope Francis tweets support for sick child. **BBC News**, 2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/uk-england-merseyside-43647645>>. Acesso em 23/06/2019.
- BEAUCHAMP, TL.; CHILDRESS JF. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.
- BERLINGUER, Giovanni. Bioethics, health, and inequality. **The Lancet**. [S.I.] Vol. 364, n. 9439, p. 1086-1091, 18 de set. de 2004. Disponível em <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(04\)17066-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(04)17066-9/fulltext)>. Acesso em 19/06/2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(04\)17066-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(04)17066-9)
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília, DF, 2019, p. 15-28. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em 23/06/2019.
- FILHO, Carlindo de Souza Machado e Silva. **Os princípios bioéticos**. Resid Pediatr. 2017; p. 39-41 DOI: <https://doi.org/10.25060/residpediatr-2017.v7n1-09>.
- GREENFIELD, Patrick. **Charlie Gard: Pope shows solidarity with parents of critically ill 10-month old**. The Guardian. Londres, 03/07/2017. Disponível em <<https://goo.gl/HDvneN>>. Acesso em 22/06/2019.
- LIMA, CVTC; **Ortotanásia e Cuidados Paliativos: Instrumentos de Preservação da Dignidade Humana**. Rev. Med. Res. 2010; 12 (3 e 4); p. 134-136.
- NEVES, M. C. P. A fundamentação antropológica da bioética. Bioética, **Revista do Conselho Federal de Medicina**, Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 7-16, 1996.
- PALHARES, Dario; SANTOS, Íris Almeida dos; CUNHA, Antônio Carlos Rodrigues da. Limitação terapêutica para crianças portadoras de malformações cerebrais graves. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 3, p. 567-578, Dec. 2016. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422016000300567&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000300567&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 23/06/2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016243156>.
- REINO UNIDO. **Children Act 1989**. Reino Unido, 1989. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>>. Acesso em 23/06/2019.
- REINO UNIDO. General Medical Council. **Treatment and care towards the end of life: good practice in decision making**. Reino Unido, 2010, p. 12, 45-51. Disponível em <[https://www.gmc-uk.org/-/media/documents/treatment-and-care-towards-the-end-of-life---english-1015\\_pdf-48902105.pdf](https://www.gmc-uk.org/-/media/documents/treatment-and-care-towards-the-end-of-life---english-1015_pdf-48902105.pdf)>. Acesso em 23/06/2019.
- SICK baby's family thanks judge. **BBC News**, 2006. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/4808442.stm>>. Acesso em 23/06/2019.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; OLIVEIRA, Lucas Costa de. **O caso Charlie Gard: em busca da solução adequada**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 456-477, jul./dez. 2017.

VIANNA, Jayme Augusto Rocha; ROCHA, Lys Esther. **Comparação do código de ética médica do Brasil e de 11 países.** Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 52, n. 6, p. 435-440, Dec. 2006 Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-42302006000600025&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000600025&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 22/06/2019.

## Entre la coherencia moral y la lógica jurídica: la obligación de resarcir la muerte de una persona <sup>(\*)</sup>

### Between moral coherence and legal logic: the obligation to redress a person's death

Marco Antonio Toche Zevallos <sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. 1. Marco teórico. 2. El estado de la cuestión. – 3. Análisis. – Conclusiones – Referencias bibliográficas.

**Resumen:** Los bienes humanos reflejan su valía en todos los órdenes de la vida a través de las normas. En el Derecho, ese reflejo es la tutela jurídica. Como la vida humana es, según las convenciones vigentes, el bien más importante en todo aspecto debería gozar de la tutela jurídica más vigorosa en todos los campos del Derecho. No existe sobre la faz de la tierra derecho más importante que el de la vida, aun siendo esta un derecho relativo. El objetivo de este ensayo fue analizar la posibilidad jurídica de resarcir la muerte bajo el ordenamiento jurídico peruano. Para ello se revisó el estado de la cuestión en la jurisprudencia internacional, a saber: española, inglesa, estadounidense; también se graficó la realidad problemática a través de tres sentencias importantes emitidas en el Perú durante el último decenio: caso Ivo Dutra, caso Andrea Caldas y caso Jair Clavijo. Luego de ahondar en el problema se concluyó que el marco normativo vigente coloca dos barreras lógicas a la resarcibilidad de la muerte en el Perú y la vuelve jurídicamente imposible, pues o (i) la obligación de indemnizar la muerte no puede nacer, o (ii) si naciera no se podría transmitir. En consecuencia, sería impracticable jurídicamente.

**Palabras clave:** Responsabilidad Civil, daño, obligación, capacidad jurídica, transmisión, herencia y muerte.

**Abstract:** Human goods reflect their worth in all aspects of life through rules; in law, that reflection is what we call legal protection. Since human

---

(\*) Recibido: 18/01/2021 | Aceptado: 28/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad César Vallejo.  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7079-3980>  
[marcotoche40@gmail.com](mailto:marcotoche40@gmail.com)

life is, according to existing conventions, the most important good, it should have the most vigorous legal protection in all fields of law. It does not exist any right more important than life, even though it is still a relative right. The aim of this essay was to analyze the legal possibility of redressing for death under Peruvian law. To this end, the status of the issue was revised in international jurisprudence, namely: Spanish, English, and USA's; the problematic reality was also plotted and drew through three important case law decisions made in Peru during the past decade: Ivo Dutra's case, Andrea Caldas' case and Jair Clavijo's case. After delving into the problem, it was concluded that the existing legal framework imposes two logical barriers to the compensation of death in Peru and makes it legally impossible, since either (i) the obligation to redress for death cannot be born, or (ii) if it were born it could not be transmitted so it can be exercised. Consequently, it would be legally impracticable. Finally, we suggested formulating a legal fiction in order to overcome the legal impossibility that was identified as an outcome of the paper.

**Keywords:** civil liability, tort, obligation, legal capacity, transmission, heritage and death.

---

## Introducción

Según la teoría tridimensional del derecho, el núcleo de las normas que el hombre estatuye y acata es siempre un valor. La esencia de una regla, propone esta teoría, yace siempre en un valor que normativamente se puede expresar como permisión, prohibición o imposición de conductas. De modo que lo que la ley enuncia es la conversión de valor a derecho, de axioma a norma. Se permite lo apreciado, se prohíbe lo indeseado y se impone lo necesario. La propuesta de esta teoría entronca con el concepto de tutela jurídica, que es la herramienta del Derecho para proteger bienes humanos relevantes. La tutela jurídica es, en términos sencillos, la manifestación normativa del valor de un bien humano.

De acuerdo con la teoría liberal de los derechos, con la doctrina constitucional imperante, con la ley y, sobre todo, con el sentido común vigente en las sociedades, el bien matriz del orden moral y jurídico es la vida humana. Nos parece plausible la suposición de que, si la vida es el bien fundamental, la tutela jurídica de esta está— o debiera estar— garantizada en todos los dominios del derecho. El ejemplo más popular y sencillo es el del Derecho penal, que sanciona la ofensa o mella de ciertos bienes humanos de especial relevancia. Si el asesinato no conllevara una sanción para quien lo comete, entonces entre la ley y el valor habría una brecha de coherencia por falta de tutela jurídica. En general, si lo que el sentido común y la moral imperante dictan sobre el valor de un derecho riñe con las prescripciones normativas, tenemos un problema de coherencia.

Notemos que, en el Derecho Civil, particularmente en la disciplina de la Responsabilidad Civil extracontractual, que no es fuente de sanciones sino más bien de redenciones, es singular el caso de la tutela jurídica de la vida, habida cuenta de que no es absoluto en el Perú- al menos no por ahora- que a quien mata a otro pueda

condenársele al pago de un resarcimiento por la vida que arrebató. Somos conscientes de que la cuestión parece bastante obvia y hasta intuitiva, sin embargo, el tema amerita discusión.

El objetivo de este ensayo es analizar la posibilidad jurídica de resarcir la muerte bajo el ordenamiento jurídico peruano. ¿De dónde surge la duda? Imaginemos que un hombre A le dispara con un arma de fuego a un hombre B, quien afortunadamente solo queda herido y le toma unos meses recuperarse. No cabe duda de que A, además de enfrentarse a una pena, tendrá que resarcir a B por los daños causados a su físico, y quizás algún otro daño más. No hay mucho que preguntarse para caer en la cuenta de que la integridad física, que también es un derecho importantísimo, tiene tutela en la responsabilidad civil. Ahora supongamos que en un caso idéntico B no sobrevive, sino que fallece casi inmediatamente después de recibir el impacto de la bala. Naturalmente, los deudos de B solicitarán— sea en el proceso penal como actores civiles o en un proceso civil— una indemnización por el daño moral. Pero ¿pueden exigir adicionalmente el pago por la vida de B en sí misma, atendiendo a que es mucho más importante que el daño moral y que es el hecho principal del caso? Si puede concedérseles tal pretensión, ¿con qué justificación?; si no, ¿por qué? Ese es el meollo de este trabajo.

Nos encargaremos de diagnosticar, con estricto apego a la lógica jurídica, a responder a esas preguntas. Debemos advertir de antemano que cuando nos referimos a lógica jurídica queremos significar el procedimiento de extraer inferencias y conclusiones formalmente lógicas a partir de las premisas que el derecho prescribe, o sea, las normas jurídicas. Por lo tanto, sea cual fuere nuestra conclusión, sostendremos siempre que ella habrá sido un resultado inexorable de las premisas tomadas.

Como el fin no es profundizar en la teoría ni decidir si aceptamos o controvertimos definiciones doctrinarias, y como acaudalar el texto con demasiadas disquisiciones conceptuales implica un riesgo de tedio que no vale la pena asumir, propondremos un marco teórico sintético, ligero, elemental, que consiste en simplemente referir el significado más habitual y aceptado de cada una de las unidades conceptuales involucradas en el análisis: responsabilidad civil, daño, obligación, transmisión y muerte.

## 1. Marco teórico

La responsabilidad civil tiene más de una acepción; puede definírsela como un sistema de normas, como una disciplina del derecho civil y como una situación jurídica. En este documento, cuando mencionemos ese sintagma un tanto polisémico, estaremos refiriéndonos siempre a la situación de responsabilidad, que Díez Picazo conceptualiza como “la sujeción [...] a la obligación de reparar el daño producido” (2002, p. 539). Tener responsabilidad civil significa estar obligado a corregir con el propio patrimonio el efecto de un acto que conculcó a otra persona (Fernández, 2019, p. 25). Si bien hay contadas excepciones, la regla es que uno responde por los daños ocasionados con sus propios actos.

Es sencillo notar que el concepto de responsabilidad civil remite inexorablemente al del daño, cuya definición seguramente no genera mayor preocupación entre los académicos; aun así, debemos decir que no existe, por lo menos en la doctrina del derecho civil continental, un concepto claro y firme: se emplean sinónimos, como lesión, afectación, perjuicio, nocimiento, etcétera (García y de Carvalho, 2018, p. 9). Debido a la blandura de la conceptualización doctrinaria, preferimos recoger lo que dice la Real Academia Española, ya que, al fin y al cabo, los términos que empleamos en el derecho provienen de la lengua común: “efecto causado en alguien o en algo, y que supone una pérdida o un deterioro en su estado o en sus intereses” (2012, p. 194).

Respecto a la obligación, que es la esencia de la responsabilidad, basta con precisar que es la situación de quien, a causa de la propia voluntad (el contrato), de un hecho ilícito (acto dañino) cometido por él o simplemente por imperio de la ley (obligación *ex lege*), debe entregar a otro una prestación cuantificable o estimable en dinero (Schipiani, 2012, p. 38) para satisfacerlo, so pena de ser forzado judicialmente a hacerlo (Pesantes, 2017, p. 61). Es importante agregar que la doctrina mayoritaria ubica a la obligación dentro de la clase de situaciones jurídicas relativas (o intersubjetivas), pues para el surgimiento de una obligación en un sujeto A se requiere siempre la existencia de un derecho correlativo en un sujeto B y viceversa (Escobar, 1998, p. 21). Se puede enunciar como principio que no existe obligación ni sujeto obligado sin que al mismo tiempo haya un derecho y un sujeto cuyo interés deba satisfacerse honrándola; esta especie de simbiosis hace que una obligación y un derecho sean simultáneamente uno la causa y la consecuencia del otro: hay derecho porque hay obligación y hay obligación porque hay derecho; hay obligado porque hay un titular de un derecho y viceversa.

Sobre la muerte, la primera acepción de este sustantivo que consigna el Diccionario Oficial de la Real Academia Española es “término de la vida de una persona o de otro ser vivo” (2012, p. 476).

Por último, según el diccionario de la Real Academia Española, el verbo transmitir significa, en su primera acepción, “hacer que (algo) pase o se traslade de una cosa o de una persona a otra”; y en su quinta acepción, “ceder o dejar (algo o el derecho a ello) a otra persona” (2012, p. 706).

## **2. El estado de la cuestión**

En general, la pregunta de si un homicida debe responder civilmente por el arrebato de una vida ajena es antigua y no tiene respuesta definitiva. El sentido común dicta que la muerte es resarcible. ¿Es así? En el derecho romano se creía—casi como se confía en un principio—que matar solo traía consecuencias penales. La cuestión está aún abierta. Por ejemplo, se dice que “el momento de la adquisición del daño coincide con la extinción de la personalidad jurídica” (Rodríguez, 2015, p. 6). Asimismo, se ha dicho que “la pérdida de la vida, de acuerdo con la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos europeos —con tal vez Portugal como única excepción—, no tiene en sí misma un valor monetario cuantificable que el Derecho privado permita que el difunto transmita a sus herederos” (Martín-Casals, 2013, p. 14).



Hasta la década de 1970, en las causas penales por homicidios ventiladas en la jurisdicción española, el crédito resarcitorio por la muerte era transmitido a los sucesores de la víctima en virtud de una extinta norma del Código Penal español. Sin embargo, la tendencia actual niega que la muerte traiga consigo derecho alguno a reclamar una indemnización por la vida que se perdió. Hoy por hoy todo se agota en redimir el daño moral que afecta a las personas con quienes el fallecido tenía un lazo tal que su partida las aflige sobremanera, y en contados casos el monto se destina también para cubrir gastos de velatorio o entierro (Rodríguez, 2015, p. 5).<sup>2</sup>

A su turno, en el derecho inglés decimonónico se expidió la sentencia del caso *Baker v Bolton*, en la que se señaló que “the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages as to the plaintiff’s wife must stop with the period of her existence” (Waddams, 1984, p. 437). Es decir que la reparación por los daños que una persona sufría en vida no podía reclamarla una tercera persona si la víctima fallecía, pues regía la idea de que los perjuicios de los vivos cesan con la vida misma. Afortunadamente, desde la emisión del *Lord Campbell’s Act* y del *Fatal Accidents Act*, la muerte de una persona ocasionada por otra puede acarrear que se indemnice a los deudos por el daño moral infligido o, si la muerte advino tras el sufrimiento por lesiones, que se transmita la acción para reclamar el resarcimiento de los daños somáticos (Hay, 1893, p. 172).

En el derecho estadounidense, aunque inicialmente la muerte era un asunto de incumbencia civil más que de tramitación penal, durante un largo tiempo los efectos de la recepción del caso *Baker v Bolton*, proveniente de Inglaterra, y de un conocido caso en Massachusetts, provocaron que el derecho civil no tuviera cómo atender las demandas de los familiares o dependientes de alguien que murió por dolo o culpa de otro. Además del evidente hecho de que la vida no se puede cuantificar porque es inmaterial y extra-patrimonial, ello se debía a que los jueces asumían la existencia de una suerte de principio que rezaba que, como los daños solo se reparan en favor de quien los sufre, en el caso de la muerte el dañado no puede reclamar indemnización alguna (Waddams, 1984, p. 437).

La jurisprudencia peruana de la última década emitió tres sentencias que defendieron criterios sustancialmente diferentes acerca de la posibilidad de imputarle responsabilidad civil a un homicida estrictamente por la muerte que provocó. Aunque en las sentencias que reseñaremos no se tomó con determinación o claridad una postura acerca de la *resarcibilidad* de la muerte, sus subtextos son elocuentes. Veamos.

---

<sup>2</sup>Tanto en el sistema inglés como en el español se afirma de modo mayoritario que la privación de la vida en sí misma no es un daño moral que sea reparable y, por consiguiente, el derecho a exigir su indemnización no es transmisible a los herederos. En el Common Law tradicional se sostiene que la muerte a consecuencia de un acto negligente no puede dar lugar a una acción por tort, respecto a la propia muerte, ni a favor del fallecido mismo ni a favor de otras personas distintas. Así, en *Baker v. Bolton*, Lord Ellenborough mantiene que “[i]n a civil court the death of a human being could not be complained of as an injury”. En la actualidad esta regla tradicional se ha visto resquebrajada de modo parcial, permitiéndose por ley que se pueda accionar reclamando la reparación de ciertos daños por parte de algunas personas (dependientes y herederos del fallecido), pero en todo caso se trata de daños distintos a los generados por el hecho mismo de la privación de la vida (Rodríguez, 2015, p. 5).

Por un lado, está el caso *Ivo Dutra*: un joven fotógrafo, padre de un niño pequeño todavía, que trabajaba para una conocida editorial periodística, falleció minutos después de ser embestido por un vehículo en Jesús María debido a la negligencia de quien lo conducía. Indudablemente, se condenó al homicida, y nadie discutió que al hijo de Dutra y a sus padres les correspondía una indemnización por el daño moral derivado de la muerte, que para ellos era una gran pérdida. Luego de que los progenitores del joven apelaran la sentencia por el bajo monto que se había fijado como reparación, los jueces que resolvieron el recurso aumentaron considerablemente la cuantía, argumentando que

en el presente caso conforme bien se señala en la resolución apelada el bien jurídico infringido (VIDA HUMANA), es el de mayor magnitud dentro del sistema de jerarquía y valoración de los bienes jurídicos y cualquier daño que se infrinja [sic] sobre la misma debe ser considerado como daño moral (Primera sala penal para procesos con reos en cárcel, Expediente N° 18707-11, 2012, p. 8).

Para los jueces que resolvieron la apelación del caso *Ivo Dutra*, matar a un ser humano ocasiona un daño moral sobre su vida que debe contarse y tratarse independientemente del dolor de los familiares del extinguido. Esto es lo mismo que decir que la muerte era, en consideración de dichos magistrados, un daño resarcible. Vale advertir que no quedó claro en la sentencia citada si el daño moral que el arrebato de la vida significa genera un derecho a ser resarcido en la propia víctima del acto que la mató o si, por el contrario, se origina en sus deudos, o quizás si se transmite.

También se sabe de la sentencia del caso de *Andrea Caldas*, una menor que fue atropellada y murió tras cincuenta y cinco días en un nosocomio. Nuevamente, el litigio llegó hasta la Corte Suprema por la impugnación del diminuto resarcimiento concedido en la sentencia de primera instancia. En aquella oportunidad, los magistrados que analizaron el recurso de nulidad planteado señalaron que, en lo que concernía a la muerte de Andrea,

el análisis de la reparación civil, en ese sentido, no puede efectuarse en este nivel –el del daño eventual–, pues la persona afectada directamente falleció; empero, el daño consecuencia es valorado sobre la base de la afectación sufrida por los familiares directos de la agraviada (Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de nulidad N° 1487-2018, Lima Norte, 2019, p. 6).

Es decir que, a criterio de los jueces encargados de ese caso, el arrebato de la vida no era resarcible, sino solo las consecuencias que ello desencadena, como el clásico daño moral de la esposa que enviuda o el de los padres privados de seguir criando a un hijo. Tenemos aquí una oposición concreta de criterios: o la privación de la vida es un daño resarcible o no lo es.

Por otro lado, en la resolución del caso Yair Clavijo se dejó entrever con cierto disimulo que la muerte sí es un concepto indemnizable, pues se sugirió que en los supuestos de muerte de trabajador el derecho de exigir el pago de un resarcimiento se transmitía de la víctima hacia los sucesores, lo que determinaba el mantenimiento del vínculo laboral para accionar. La Corte Suprema sostuvo que el daño que los padres de un prometedor futbolista muerto durante un partido debido a la falta de un instrumento de provisión de oxígeno no era propio sino traspasado; o sea, que no se trataba de un daño moral en el sentido de tristeza o aflicción, sino del cese intempestivo de la vida.

Ese razonamiento solo puede explicarse a partir de la creencia de que la muerte es un daño que se le inflige a aquella persona cuya vida se desvanece a causa del accidente, y que por lo tanto el crédito indemnizatorio por la muerte nace siendo de titularidad de quien sufrió el infortunio laboral, pero que, como este no puede ya accionar para conseguir la enmienda del daño, la acreencia se transmite a sus sucesores (Séptima Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 13704-2015-0-1801-JR-LA-09, fundamento jurídico 3.2).<sup>3</sup> A diferencia del caso Ivo Dutra, en esta ocasión la sentencia no dejó mayores dudas acerca del criterio empleado.

Finalmente, se encontró una sentencia de casación que puso punto final a un proceso tramitado por el delito de feminicidio. El autor del crimen había dado muerte a una mujer en edad laboral que trabajaba en un casino, tenía dos hijos menores y un ritmo de vida relativamente bueno. El caso llegó hasta la Corte Suprema porque, por un lado, la defensa cuestionaba la valoración de los medios probatorios, y los padres de la occisa, por su parte, solicitaban una reparación civil mucho mayor a la concedida, ya que solo se había ordenado el pago de cien mil soles. Uno de los argumentos del abogado de los progenitores de la fallecida fue que ella tenía un proyecto de vida normal, promedio, pero que la muerte forzada por el victimario lo detuvo injustamente; en consecuencia, pidió que se destinaran trescientos mil soles más por el proyecto de vida de la mujer, que fue frustrado injustamente. También argumentaron que se ocasionó lucro cesante.

Los jueces supremos advirtieron que era justo elevar la cuantía del resarcimiento porque el delito provocó el lucro cesante de la víctima, además le ocasionó un daño irreparable, o sea, la muerte. Esas consideraciones, sumadas al daño moral de sus familiares y al desamparo de sus hijos, fueron los motivos de los magistrados para finalmente duplicar el monto y pagárselo a los padres, representantes de la parte civil. Veamos literalmente lo que expusieron:

La instancia de mérito tuvo en cuenta para su imposición la proporcionalidad que debe guardar con el daño causado así como el proyecto de vida de la víctima; sin embargo, en el cálculo indemnizatorio, no consideró el lucro cesante ocasionado a la agraviada [...]. [Y que] En este caso, corresponde determinar el monto indemnizatorio por el daño a la persona, el daño moral y el lucro cesante. Por consiguiente, corresponde a este

---

<sup>3</sup> Cabe señalar Pleno Jurisdiccional del año 2000, faculta a los jueces laborales para conocer demandas de indemnización por daños y perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato de trabajo; debe señalarse que cuando el trabajador fallece su esposa y/o conviviente junto a sus hijos pasan a ser los titulares de sus derechos laborales; en el presente caso los sucesores del futbolista fallecido YAIR JOSE CLAVIJO PANTA se encuentran plenamente identificados y son: JOSE ANTONIO CLAVIJO NUÑEZ y MAURA ELENA PANTA GANBOA en su condición de padres del referido trabajador, conforme se acredita del Acta de Protocolización de la sucesión intestada e inscripción, obrante a fojas 03 a 07; en consecuencia la indemnización por daños y perjuicios causados por accidente de trabajo, es un tema que concierne al derecho laboral debido a que tiene como punto de partida el contrato de trabajo; si bien la responsabilidad civil se encuentra normada en el Código Civil; en el presente caso, la responsabilidad civil nace del incumplimiento de obligaciones laborales, con lo que se ubica dentro del ámbito laboral y no civil; máxime si el artículo 2° numeral 1) de la Ley N° 29497 refiere: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio. (...)” (énfasis nuestro); por lo que debe desestimarse el agravio alegado.

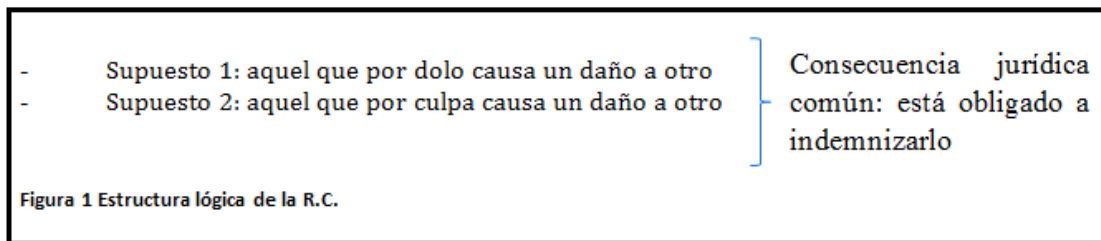
Supremo Tribunal incrementar el monto de la reparación civil (Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de nulidad N° 405-2018-Lima, 2019, pp. 13-15).

¿Cómo comprender que se haya duplicado la indemnización por el daño en el proyecto de vida y al lucro cesante, sin conjugar ello con la idea de que la muerte genera en la víctima un derecho a recibir la reparación civil? Es evidente que en el fondo del razonamiento judicial que considera resarcibles el proyecto de vida y el lucro cesante de un fallecido yace la idea de que, de alguna manera, hay un derecho a la indemnización que adquiere la propia víctima y que se traslada a sus deudos. ¿De quién son el lucro cesante y el proyecto de vida frustrado? Del sujeto pasivo del delito. ¿Quién es el dañado y, por lo tanto, el que tiene derecho a recibir una reparación? Nuevamente, el sujeto pasivo. Simplemente se traslada porque no puede ejercerlo.

### 3. Análisis

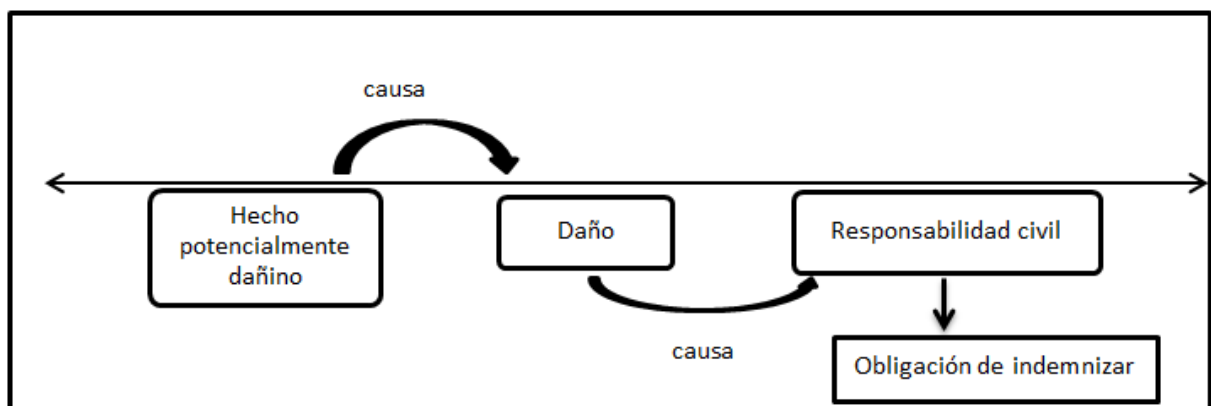
#### 3.1. La estructura lógica de la Responsabilidad Civil

Revisemos el artículo 1969 del Código Civil peruano, que establece que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo [...]” (1984). Este enunciado comprende dos supuestos de hecho ligerísimamente diferentes a los que se les aplica la misma consecuencia jurídica:



Fuente: elaboración propia

No provoca mayor inconveniente, polémica o desacuerdo decir que, salvo la culpa o el dolo— que son términos empleados para calificar la acción de quien causa un daño—, los dos supuestos son esencialmente iguales en su estructura lógica: causa-consecuencia, en la que dañar es la causa de la obligación de indemnizar. Aunque parezca laberíntico afirmar que el daño, que es consecuencia de un hecho que lo precede (el hecho dañino), es al mismo tiempo la causa de que quien provocó el daño esté obligado a indemnizarlo, es una aseveración relevante que permite ver mejor la secuencia: un hecho H causa un daño D, y D es, a su vez, la causa de una obligación O.



Fuente: elaboración propia

De lo dicho es posible inferir que si la provocación de un daño es la causa de la responsabilidad— que consiste en estar obligado a resarcir—ergo, el daño debe ser necesariamente un hecho o condición antecedente a la imputación de la responsabilidad. O sea que solamente puede achacarse una obligación de indemnizar una vez que el daño se ha producido. En sentido práctico, primero fue el daño y después la obligación. Por muy evidente y palmaria que pudiera resultarles a muchos esta deducción, es importante asentarla como la premisa lógica principal del razonamiento que pretendemos exponer, habida cuenta de que rechazar su veracidad—o si se quiere, su corrección— implicaría tener que aceptar que quien atropella a alguien no responda por los daños que su acción genera, sino solamente por el mero atropello. En otras palabras, desconocer la veracidad de la máxima ensayada conllevaría aceptar que alguien resarza sin haber dañado. Descreer de que el daño antecede a la obligación de resarcir es negar que resarcir es una consecuencia lógica (a nivel jurídico) que solo se sigue de dañar.

Dado que la consecuencia de una causa no puede antecederla ni ser simultánea a ella, sino más bien y únicamente sucederla, es importante hacer hincapié en que la obligación de resarcir no puede existir antes de la verificación del daño y mucho menos antes de la ejecución del hecho que provocó el daño. De la secuencia lógica explicada nos permitimos extraer un enunciado que permita sintetizar, a manera de idea general, la explicación esgrimida: Nadie está obligado a resarcir un daño que todavía no se ha producido.

### **3.2. La muerte como daño a la vida**

Ahora bien, vivir es, para el hombre, mucho más que simplemente existir y subsistir, pues los seres humanos somos capaces de dar significado a la existencia. Sería un desafortunado error reducir la vida humana al hecho, ya que también es acción. Vivir como hecho es la existencia del cuerpo, de sus funciones primordiales; es vivir en sentido biológico, es llanamente estar. Mientras que vivir como acción es ser, es vivir en sentido biográfico, con un valor adicional imprimido. Por supuesto que, aunque la vida biográfica sea la que se siente y se goza, la vida biológica, mero hecho, pura circunstancia, es valiosa porque sin ella la biografía no tendría lugar. Por lo tanto, mellar el sentido de la vida podría ser una de las variadas maneras de dañarla. A fin de encausar el tramo final del análisis, es crucial precisar que, más allá de toda tendencia de la concepción dual de la vida que sugiera que se la puede dañar de muchas formas que no consisten solo en matar, el daño a la vida por antonomasia es su privación, su interrupción definitiva, el homicidio.

Cuando al acto de una persona contra otra le sobreviene casi inmediatamente la muerte de esta última—como en el ejemplo de la introducción—, es difícil hacerse con una idea clara de en qué momento la acción desemboca en la muerte, lo cual impide definir en qué punto se separan la acción y su consecuencia. Como el curso de la vida es continuo, el momento en que se define el paso hacia la muerte es inasible ante la mera observación. Con esto no queremos decir, de ninguna manera, que no podamos indicar con certeza cuándo se entiende que alguien ha muerto, ya que la ciencia sí proporciona respuestas para el problema de distinguir vida de

muerte; antes bien, lo que pretendemos es mostrar que es enrevesado, dificultoso diferenciar al acto de matar-*causa* de la muerte-*consecuencia*.

Veámoslo con un ejemplo. Acuchillar en el pecho a alguien no es matarlo si la muerte no ocurre luego del acuchillamiento. Así pues, el acto de acuchillar solo sería una acción de matar-*causa*, mientras que solamente la muerte misma, como hecho y como consecuencia de una acción previa, es el acto de matar. Es curioso que en este caso la acción de matar, que acaece como un mero hecho, se califique como acción debido a que es una consecuencia enlazada a un acto humano previo. La acción de matar se define por su consecuencia, no por su esencia. A diferencia de acciones que se definen en sí mismas mediante la ejecución, como masticar, correr o escribir, matar es más bien ejecución más resultado. Si intentáramos dividir imaginariamente el hecho de morir a manos de otro y el de matar, sería abstruso si no imposible. Así las cosas, la secuencia entre matar y morir está completamente disuelta.

Consideramos sensato proponer que todo acto que causa la muerte, es decir, un acto de matar-*causa*, no es más que un potencial causante de muerte, esto es, un acto dañino, pero no un daño en sí. Esta heterodoxa formulación, aunque sea una perogrullada, se justifica porque no se mata sin quitar la vida, y sirve para resaltar que solamente la muerte sobrevenida del acto que la causa es el auténtico acto de matar, pues no se puede afirmar que alguien ha matado a otro sino hasta que este último está efectivamente muerto.

Poner en riesgo la vida no es lo mismo que privarla, por lo tanto, solo se puede decir que alguien ha arrebatado a otro de la vida cuando efectivamente este último ha muerto a consecuencia de la acción. ¿Cuándo adviene la muerte? Ni cuando se está a punto de morir ni después de estar muerto, sino exacta y únicamente cuando la vida cesa. Si la muerte es el cese de la vida, lo que se les inflige a los vivos no es el daño a la vida—o sea la muerte—sino solamente el acto potencial causante de muerte, esto es, el acuchillamiento; ya que la muerte, como daño a la vida, no ocurre mientras se está vivo, sino en el instante en el que se pasa de la vida a la muerte; antes de que la muerte se consume no hay muerte y, por lo tanto, no hay daño a la vida. Salvo por el doloroso proceso—a veces casi imperceptible—que es el tránsito de vida a muerte, no puede sostenerse con sensatez que la muerte dañe al sujeto. En síntesis, el daño a la vida no ocurre en vida, sino cuando la vida se ha extinguido; dañar la vida es un resultado que se verifica con la muerte. Una trampa lógica.

### 3.3. Capacidad jurídica, vida y muerte

El artículo 1 del *Código Civil* peruano establece que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento [...]” (1984). Como *sujeto de derecho* es un sintagma nominal que proviene de construcciones conceptuales y convenciones teóricas que la norma escrita no enuncia, para entender su significado es necesario recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia. Según el Tribunal Constitucional peruano, el concepto de sujeto de derecho está asociado con el de capacidad jurídica, tanto que casi se confunde con este último, que consiste en la “aptitud e idoneidad para adquirir derechos y obligaciones de naturaleza jurídica [...]” (Tribunal Constitucional, 2004, p. 2).

Salvando las excepciones y matices<sup>4</sup>, de la definición que ofrece el TC y del artículo citado se sigue lógicamente la idea de que ser sujeto de derecho significa ser jurídicamente capaz, que no es otra cosa que la condición de quien puede adquirir derechos y asumir obligaciones. Luego, en el caso de los seres humanos, para ser sujeto de derecho hay que haber nacido; aunque vale precisar que ese estatus se porta incluso antes del nacimiento, pero su conservación y goce pleno dependen de que haya vida luego del alumbramiento<sup>5</sup>.

Si convenimos en que el nacimiento es el inicio de la vida independiente y a la vez la consolidación del estatus de sujeto de derecho, estaremos de acuerdo también en que vivir independientemente es estar en la constante capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.

Por otro lado, el artículo 61 del *Código Civil* peruano establece que “la muerte pone fin a la persona” (1984). Es decir que quien muere cesa de ser persona en el sentido jurídico, de tal suerte que la existencia jurídica del ser humano como persona dura lo mismo que tarda en extinguirse su vida. Si acertamos al aseverar que vivir independientemente significa al mismo tiempo ser sujeto de derecho, y que esto, a su vez, conlleva ser (o, en todo caso, poder ser) titular de derechos y obligaciones, entonces es igualmente certero considerar que dejar de ser persona resulta en la pérdida de la capacidad jurídica para adquirir derechos y asumir obligaciones. La muerte, además de ser el daño a la vida, es la causa de que se extinga la personalidad jurídica.

En otras palabras, como en un dominó, con el fin de la vida advienen también el fin de la personalidad y el de la capacidad jurídica. Esta inferencia está lejos de la originalidad, ya que la Corte Suprema de Justicia de la República también arribó a ella hace varios años, al sentenciar que “[...] sólo [sic] heredan quienes sobreviven al causante, de ahí que no es posible declarar heredero de un muerto a otro que lo premurió, porque ya no es sujeto de derecho” (Casación N° 746-1996-Lima). En ese orden de ideas, es correcto sostener que a un muerto no pueden adjudicársele derechos ni obligaciones. Y, como no hay derecho sin que exista un obligado a respetarlo, ni obligación sin que alguien tenga derecho a exigirla, la segunda gran premisa es que frente a un muerto nadie está obligado y que un muerto no está obligado a nada.

Como se explicó que nadie está obligado a resarcir un daño que todavía no se ha producido, la hipotética obligación de resarcir por el daño a la vida, que ocurre al matar, solo tendría existencia una vez verificada la muerte, que es la materialización del daño a la vida. Si lo dicho es correcto, la eventual obligación de resarcir, que solo puede surgir con posterioridad a la ocurrencia del daño, tendría que originarse

---

<sup>4</sup> Artículo 3º.- Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley (Código Civil peruano de 1984).

<sup>5</sup> Este es un enunciado general empleado para hilvanar el razonamiento, pues en el Perú el concebido también es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (no para obligaciones o sujeciones) y goza de derechos patrimoniales, con la condición de que nazca vivo, es decir, de que se convierta en vida independiente. Léase el segundo párrafo del artículo 1: la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo (Código Civil peruano de 1984).

necesariamente después de la muerte. El obstáculo que dicha obligación tiene para nacer es que no tiene acreedor a favor de quien deba procurarse su cumplimiento, pues acabamos de establecer que a un muerto no se le puede deber ni exigir una prestación. Solamente los vivos pueden ser titulares de derechos y obligaciones y, sin un sujeto a quien le corresponda el derecho de recibir la indemnización, no tiene sentido hablar de la obligación de indemnizar.

Sería suficiente con lo expuesto hasta este punto para sostener que la muerte no es resarcible debido a seis premisas; a saber:

- (i) La obligación de resarcir nace luego del daño
- (ii) La muerte es el daño estudiado,
- (iii) La obligación nacería después de la muerte
- (iv) El muerto no es sujeto de derechos
- (v) La obligación de resarcir no puede existir frente a un muerto
- (vi) El derecho a recibir el resarcimiento no lo puede tener un muerto.

Sin embargo, el análisis podría estar errado y, suponiendo que alguien pueda demostrarlo e imponer lógicamente la hipótesis de que la obligación de resarcir por causa de la muerte sí naciera, habría que cuestionar nuestra conclusión, que seguramente contraviene el sentido común de muchos. En ese caso, algún ágil lector podría ofrecer el argumento de que sería coherente que los herederos del fallecido sí tengan derecho al pago del resarcimiento por la muerte, dado el efecto de la sucesión que el artículo 660 del *Código Civil* establece. El problema es profundo, toda vez que el hecho de que con la muerte fenezcan la personalidad del ser humano y su capacidad jurídica no acarrea necesariamente que se volatilicen los derechos y obligaciones de los cuales una persona era titular mientras vivía; no desaparecen. Analicemos.

El artículo 660 del *Código Civil* peruano establece que “desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Para evitar malos entendidos, vale la pena aclarar que lo que no existe no se puede tener, pues lo irreal es inaprehensible. El fenómeno de la existencia es complicado porque es dual: materialidad e idealidad. Así como existe una roca que se puede percibir sensorialmente, existen las ideas, sean solitarias (una ocurrencia) o convencionales (las normas de toda clase).

Teniendo en cuenta que derecho y obligación— que, además de los bienes, son los elementos que pueden conformar una herencia—son representaciones ideales convencionales, esto es, que no pertenecen a la existencia perceptible por los sentidos sino a la idealidad, es pertinente convenir en que se consideran existentes, reales, desde que se cumplen los requisitos que el conglomerado de convenciones al cual pertenecen (en nuestro caso, el *Código Civil*) exige para su existencia. Palabras más, palabras menos, existe derecho u obligación desde que se verifican los presupuestos que la ley dispone para que existan.

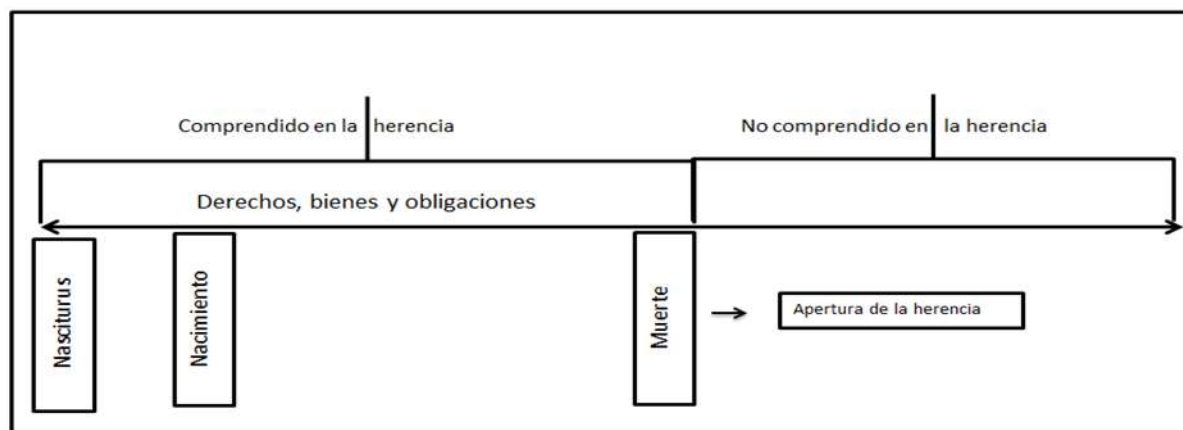
También es necesario advertir que si—como se dejó asentado en el marco teórico—transmitir es hacer pasar *algo* de una mano a otra, el fenómeno de la



transmisión requiere un objeto, ese *algo*, que puede ser material o ideal. Entonces, lo que no reúne las cualidades para ser *algo*, o que simplemente no lo es todavía, no se puede transmitir. O sea que solo se da la transmisión de lo que tiene entidad actual y real, pues el ser de lo transmitido es, por imperio de la lógica, una condición que debe anteceder al hecho de la transmisión.

Por esa razón nadie puede transmitir hoy un derecho o una obligación que todavía no tiene pero que tendrá mañana, debido a que el hecho de la transmisión es necesariamente posterior al hecho de la existencia de aquello que se transmite<sup>6</sup>. Del mismo modo, si hay un hecho que determina el inicio de una transmisión—como la muerte, que abre la herencia—, la existencia de lo que se transmite debe ser también previa a la realización de tal hecho. Las condiciones precedentes a un hecho no pueden, por regla lógica, ser al mismo tiempo parte de sus consecuencias; por lo tanto, lo que se transmite a causa de la muerte no puede ser al mismo tiempo aquello que sea efecto de ella, como la obligación de indemnizar. ¿Problema resuelto? Veamos

Tiene sentido ensayar la idea de que la muerte es la causa de la herencia y que el patrimonio que conforma a esta debe existir con anterioridad a la llegada de aquella. Por lo tanto, para que determinados bienes, derechos y obligaciones sean parte de la herencia, su existencia debe ser una circunstancia previa a la muerte; esto equivale a afirmar que para deberles a los sucesores de un fallecido hay que haberle debido a él antes de que acaeciera su muerte, que es el hecho que media entre la existencia de un derecho u obligación y la transmisión de estos mediante la herencia. Véase el siguiente gráfico.



Fuente: elaboración propia

Nótese que lo que no existe antes de la muerte no puede transmitirse a consecuencia de esta como parte del patrimonio que la antecede. Si la obligación de resarcir (y el correlativo derecho de ser resarcido) no surge sino hasta después de ocurrida la muerte, y si la muerte es la causa de la herencia, habría que derogar la

<sup>6</sup> Nótese que con esto no queremos significar que figuras como la venta de bien futuro o la transferencia de derechos *expectaticios* no tengan lugar en nuestra tradición jurídica, sino simplemente que cualquier transferencia o transmisión, incluso cuando se trata de bienes o derechos de existencia futura, solo acaece y únicamente se consume una vez que el objeto de la transferencia exista.

lógica para incluir a tal obligación en la herencia que se transfiere a causa de la muerte. Es descabellado pretender que lo que sobreviene a un hecho—la obligación de resarcir que nace tras la muerte—sea al mismo tiempo una circunstancia preexistente (derecho) a su causa (la muerte). Si A (muerte) causa B (obligación de resarcir y correlativo derecho de recibir el resarcimiento), B no formar parte de la circunstancia que preceda a A (patrimonio).

## Conclusiones

1. El marco normativo vigente coloca dos barreras lógicas a la resarcibilidad de la muerte en el Perú y la vuelve jurídicamente imposible, pues o (i) la obligación de indemnizar no puede nacer, o (ii) si naciera no se podría transmitir. La imposibilidad que le diagnosticamos a resarcir la muerte refuta al sentido común, pues no es coherente con el valor moral que tiene la vida.
2. Que el peso que tiene la vida en el ordenamiento moral no se refleje en la ley - porque es el marco legal el que impone la conclusión a la que llegamos- y transgreda el sentido común limita con lo absurdo: ¿cómo pueden ser ciertas, al mismo tiempo, las proposiciones de que (i) la vida es el bien humano más importante y (ii) la vida no tiene tutela jurídica en la responsabilidad civil?
3. Lo disonantes que son la lógica jurídica y el razonamiento moral hace imperiosa la necesidad de reflexionar para decidir si, para conseguir coherencia y unidad entre razón moral y razón jurídica, podemos darnos la licencia de derogar la lógica. La cuestión es clara. O ante la muerte que una persona da a otra respondemos, como sociedad, redimiendo la vida dañada, aunque nos cueste una tradición teórica y una estructura legal dada, o nos conformamos con concentrar el valor de la vida solamente en el sufrimiento de quien ve muerto a su ser querido.

## Referencias

- Castillo, M. y Osterling, F. (2008). Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima: Palestra Editores.
- Chirinos, F. (2012). Código Penal Comentado-Concordado-Anotado-Sumillado-Jurisprudencia. Lima: Rodhas.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel (2011, 21 de septiembre). Sentencia de segunda instancia, Exp. N° 18707-2011 – Lima. Recuperado de <https://bit.ly/2M2XL0M>
- Corte Superior de Justicia de Lima, Séptima Sala Laboral (2018, 24 de mayo). Sentencia de segunda instancia, Exp. N° 13704-2015-Lima. Recuperado de <https://bit.ly/2LT1sG5>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 11 de marzo). Recurso de Nulidad N° 1487-2018 – Lima Norte. Recuperado de <https://bit.ly/3quaRTG>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 14 de enero). Recurso de nulidad N° 405-2018-Lima. Recuperado de <https://bit.ly/35NWbqx>

- Corte Suprema de Justicia de la República (1996, 30 de septiembre). Casación N° 746-1996-Lima.
- Decreto Legislativo N° 295. Código Civil. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 25 de julio de 1984.
- Díez Picazo, L., y Gullón, A. (2002). Sistema De Derecho Civil. (9na. ed.). Madrid: Tecnos.
- Escobar, F. (1998). Contribución al estudio de la relación jurídica- intersubjetiva. THEMIS Revista De Derecho, (38), 15-30. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10307>
- Fernández, C. (mayo, 2003), Deslinde Conceptual entre " Daño a la Persona", " Daño al Provento de Vida" y " Daño Moral". Foro Jurídico (2). Recuperado de <https://bit.ly/2G1Xyri>
- Fernández, C. (junio-diciembre, 2015). ¿Es la "antijuridicidad" una categoría jurídica? ¿Existen las llamadas "penas privativas" de la libertad? THEMIS: Revista de Derecho (68). Recuperado de <https://bit.ly/3kAOWqF>
- Fernández Cruz, G. (2019). Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Fernández, G. (junio, 2015). La dimensión omnicomprendiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. Advocatus (31). Recuperado de <https://bit.ly/3cjnue6>
- Galgano, F. García, J., & de Carvalho Leal, V. (2018). Daño ambiental y encrucijadas de la teoría del derecho de daños. Revista Brasileira de Direito, 14(2), 7-21. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v4i2.2492>
- Hay, G. (1893). Death as a Civil Cause of Action in Massachusetts. Harvard Law Review, 170-176. Recuperado de <https://bit.ly/3rHCaLv>
- Martín-Casals, M. (abril, 2013). Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa (Heads of Damage in the Compensation for Death and Personal Injury in Europe). InDret (2). Recuperado de <https://bit.ly/2LImDKX>
- Pesantes, G. (2017). Las obligaciones civiles y sus fuentes. Sur Academia: Revista Académica-Investigativa de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, 4(7). Recuperado de <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/view/479>
- Real Academia Española & Asociación de Academias de la Lengua Española. (2010). Diccionario práctico del estudiante Nueva edición actualizada. España: Prisa Ediciones.
- Rodríguez, A. M. (abril, 2015). Indemnización Por Causa De Muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español (Compensation for Death: Analysis of English and Spanish Legal Systems). InDret, (2). Recuperado de <https://bit.ly/3hGbd6s>

Schipiani, S. (2012). Relectura de las fuentes sobre algunos problemas de la obligación. En: De las obligaciones en general Coloquio de iusprivatistas de Roma y América cuarta reunión de trabajo (pp. 37-52). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tribunal Constitucional (2004, 12 de julio). Sentencia recaída en el Expediente N° 518-2004-AA/TC. TC Principal Jurisprudencia.

Waddams SM., Damages for Wrongful Death: Has Lord Campbell's Act Outlived Its Usefulness?, *The Modern Law Review*, 1984, p. 437. Recuperado de <https://bit.ly/3pGcCMU>

**DERECHO COMERCIAL -  
EMPRESARIAL - FINANCIERO**

## A intervenção estatal para a proteção do consumidor intelectualmente vulnerável no e-commerce (\*)

State intervention to protect the intellectually vulnerable  
consumer in e-commerce

Intervención del estado para proteger al consumidor  
intelectualmente vulnerable en el comercio electrónico

**Karine Corrêa de Oliveira<sup>1</sup>**

**Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral<sup>2</sup>**

**Gilberto Fachetti Silvestre<sup>3</sup>**

**Rafael Breda Cremonini<sup>4</sup>**

---

(\*) Recibido: Recibido: 09/11/2020 | Aceptado: 10/01/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

- <sup>1</sup> Bacharelada em Direito (UNIG) e membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana (GEPBIDH).  
[karine11156@gmail.com](mailto:karine11156@gmail.com)
- <sup>2</sup> Pós-doutoranda em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo” (UFES). Doutora e mestra em Cognição e Linguagem (UENF). Líder do grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana. Professora dos cursos de Direito e Medicina. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/3000681744460902>.  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9871-8867>.  
[hildeboechat@gmail.com](mailto:hildeboechat@gmail.com)
- <sup>3</sup> Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva”; Advogado. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>.  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.  
[gilberto.silvestre@ufes.br](mailto:gilberto.silvestre@ufes.br)
- <sup>4</sup> Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/6101799476431318>.  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-4146-6395>  
[rafaelbcremonini@gmail.com](mailto:rafaelbcremonini@gmail.com)

**Sumário:** Introdução. **1.** As relações consumeristas no *e-commerce*. **2.** A vulnerabilidade do consumidor no *e-commerce*. **3.** A tutela especial do consumidor intelectualmente vulnerável no *e-commerce*. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

**Resumo:** Trata-se de pesquisa que resultou artigo de opinião, que investigou os tipos danos que podem ser causados pela vulnerabilidade intelectual do consumidor no contexto do *e-commerce*. Formulada a hipótese de que o consumidor, em regra, que não possui capacidade intelectual para se atender as especificidades do comércio eletrônico, carecendo de discernimento para evitar e se proteger de eventuais fraudes, estando exposto a prejuízos de ordem moral e patrimonial, carecendo de tutela estatal. Para isso, analisou-se a relações de consumo no contexto do *e-commerce*, os tipos de vulnerabilidade que afetam o consumidor, os possíveis danos decorrentes da vulnerabilidade intelectual. Na metodologia, a pesquisa realizou revisão bibliográfica e análise dos documentos legislativos para, dedutivamente, conceber os riscos decorrentes dessa relação caracterizada pela vulnerabilidade intelectual. Ao final, conclui-se que a situação de vulnerabilidade intelectual os consumidores, podem dar causa a danos de ordem patrimonial e moral.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade intelectual, *E-commerce*, Proteção estatal.

**Abstract:** *This is a survey that resulted in an opinion article, which investigated the types of damage that can be caused by the intellectual vulnerability of the consumer in the context of e-commerce. Formulated the hypothesis that the consumer, as a rule, that does not possess intellectual capacity to attend the specificities of the electronic commerce, lacking discernment to avoid and to protect itself of eventual frauds, being exposed to damages of moral and patrimonial order, lacking state guardianship. For this, we analyzed consumer relations in the context of e-commerce, the types of vulnerability that affect the consumer, the possible damages resulting from intellectual vulnerability. In the methodology, the research carried out a bibliographical review and analysis of the legislative documents in order to, deductively, conceive the risks resulting from this relationship characterized by intellectual vulnerability. In the end, it is concluded that the situation of intellectual vulnerability consumers may cause damage to property and morals.*

**Keywords:** *Intellectual vulnerability, E-commerce, State protection.*

**Resumen:** Esta es una investigación que dio lugar a un artículo de opinión, en el que se investigaron los tipos de daños que puede causar la vulnerabilidad intelectual del consumidor en el contexto del comercio electrónico. Se formuló la hipótesis de que el consumidor, por regla general, que no tiene la capacidad intelectual para responder a las especificidades del comercio electrónico, carece de discernimiento para evitar y protegerse de eventuales fraudes, quedando expuesto a daños morales y patrimoniales, al carecer de tutela estatal. Para ello, analizamos las relaciones de consumo en el contexto del comercio electrónico, los

tipos de vulnerabilidad que afectan al consumidor, los posibles daños derivados de la vulnerabilidad intelectual. En la metodología, la investigación realizó un examen bibliográfico y un análisis de los documentos legislativos a fin de concebir deductivamente los riesgos resultantes de esta relación caracterizada por la vulnerabilidad intelectual. Al final, se concluye que la situación de vulnerabilidad intelectual de los consumidores puede causar daños a la propiedad y a la moral.

**Palabras clave:** Vulnerabilidad intelectual, Comercio electrónico, Protección estatal.

---

## Introdução.

Trata-se de pesquisa que enseja a produção de um artigo de opinião, expondo uma tese opinativa sobre os prejuízos causados pela vulnerabilidade intelectual do consumidor no *e-commerce*.

Partindo da premissa que a relação jurídica consumerista é marcada pela vulnerabilidade, sendo este um traço universal dos consumidores. Também, parte-se da premissa de que, além das quatro espécies de vulnerabilidades mais comuns, quais sejam: (i) técnica; (ii) fática; (iii) jurídica; e (iv) informacional, estas reconhecidas por parte da doutrina jurídica brasileira, a relação consumerista realizada pelo *e-commerce* apresenta uma nova espécie: a intelectual.

Sendo assim, a *problemática* do trabalho, reside na constatação de que nas relações de consumo estabelecidas pela *internet* no denominado *e-commerce*, a vulnerabilidade do consumidor é agravada pela circunstância do consumidor estar contratando com uma parte sem o auxílio direto de um ser humano e sem o contato direto com o produto.

Embora explore como pressupostos, essa pesquisa não dissertou sobre os elementos configuradores da relação jurídica consumerista, já partindo da compreensão de que o *e-commerce* é uma relação de consumo. Isso decorre do emprego de uma metodologia que delimita o mais precisamente possível o corte metodológico e o objeto efetivo de análise.

Por sua vez, o objetivo deste estudo é analisar os danos causados pela vulnerabilidade intelectual, no que se refere às operações realizadas no *e-commerce*. Desse contexto surge o *problema* desta pesquisa: Quais riscos decorrem da vulnerabilidade intelectual do consumidor no contexto do comércio eletrônico?

A *hipótese* é que o consumidor, em regra, que não possui capacidade intelectual para se atender as especificidades do comércio eletrônico, carecendo de discernimento para evitar e se proteger de eventuais fraudes, estando exposto a prejuízos de ordem moral e patrimonial.

Logo, o *corte metodológico* traçado se restringe a análise da matéria às relações de consumo no contexto do comércio eletrônico de produtos e serviços, para que se



pudesse traçar uma tese específica que não fosse prejudicada pelas peculiaridades de outras relações consumeristas, nas quais o consumidor é caracterizado pela hipossuficiência intelectual.

A pesquisa adotou a *metodologia* de revisão de parte da literatura jurídica sobre a vulnerabilidade intelectual no contexto da relação de consumo, bem como análise de *lege ferenda*, observando quais são os possíveis danos que podem advir dessa vulnerabilidade.

Nesse sentido, utiliza-se de uma abordagem de caráter quali-quantitativa da revisão da literatura jurídica, no intuito de aprofundar os conceitos e teorias de direito material, no que concerne especificamente a essa matéria. O método utilizado é o dedutivo, buscando estabelecer referências gerais, para referências singulares, para a elaboração de uma conclusão de cunho genérico.

Espera-se que com a opinião aqui exposta seja possível demonstrar a existência de danos decorrentes da hipossuficiência intelectual, com o intuito de fomentar a proteção do consumidor e contribuir com a pesquisa científica em âmbito nacional.

## **1. As relações consumeristas no e-commerce.**

Em consequência do desenvolvimento eletrônico mundial e ante a facilidade decorrente desse meio, a contratação por meio do comércio eletrônico está cada vez mais presente na rotina das pessoas devido à celeridade, agilidade e conforto dessa forma de aquisição de bens e serviços. Assim, o comércio convencional, mediante o uso da tecnologia, expandiu seus negócios, dando origem a uma nova forma de relação comercial (SALIB, 2014, p. 55 e ss.).

Apesar da tecnologia inerente a essa modalidade de contrato, fato é que ele apresenta uma série de fragilidades, que vão desde problemas com produtos até ao frete, passando pelo pagamento e pelas dificuldades pessoais de interpretação dos *sites* pelo consumidor. Daí a necessidade de analisar as garantias do consumidor derivadas da boa-fé e a necessidade de proteção da parte adquirente vulnerável, de forma a se reduzir a desigualdade técnica nessa relação. Enfim, trata-se de analisar medidas que possibilitem do equilíbrio da sinalagmaticidade entre o fornecedor e o adquirente final do produto de *e-commerce*.

Salib (2014, p. 35 e ss.) conceitua a relação jurídica de consumo como um contrato firmado entre consumidor e fornecedor com o intuito de se adquirir ou utilizar determinado produto ou uma prestação de serviço, sendo o consumidor o destinatário final.

O comércio eletrônico é uma extensão do comércio convencional, realizado à distância e valendo-se de meios tecnológicos (TEIXEIRA, 2015, p. 27 e ss.). Essa modalidade de contrato, realizada pelo meio eletrônico, perfaz-se à distância e se vale da *internet* como ferramenta principal. A contratação poderá ocorrer mediante a oferta, imediatamente, ou realizada entre ausentes, de forma mediata. Daí que, quanto à formação do contrato, a sistemática é semelhante àquela dos arts. 427 e 428 do Código Civil.

Como em todo contrato, a aquisição do produto via *e-commerce* deve ocorrer mediante acordo de vontades entre as partes. A partir disso, esses contratos podem ser como intersistêmicos, interpessoais e interativos (SALIB, 2014, p. 35 e ss.):

- *Intersistêmicos*: quando a ação da pessoa (natural ou jurídica) é dispensada, sendo a vontade das partes expressa via meio eletrônico, através de um sistema único, geralmente ocorrendo entre sistemas de aplicativos previamente programados;
- *Interpessoais*: são aqueles em que sempre existirá a presença da pessoa, sendo geralmente aquelas transações que ocorrem por videoconferências, *e-mails*, *chats*, entre outros meios, ou seja, a comunicação entre as partes sempre ocorrerá de forma eletrônica; logo, a vontade das partes pode sofrer algum tipo de alteração. Essa modalidade de contrato se subdivide em:
  - *contratos eletrônicos interpessoais simultâneos*: equiparado aos contratos realizados entre presentes, ou seja, ocorre de forma *online*; e
  - *contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos*: são similares aos contratos entre ausentes, pois ocorrem dentro de um período de tempo maior;
- *Interativos*: são os realizados entre uma pessoa e um sistema informacional, por meio de aplicativo que é previamente programado, sendo as cláusulas contratuais pré-estabelecidas, como, por exemplo, compras em algum *website*.

Os contratos celebrados por meio eletrônico, seguem regras superiores peculiares, além daquelas tradicionais. Segundo Ventura (2010, p. 18 e ss.), são as seguintes:

- *Identificação*: pressupõe como requisito de validade a devida identificação das partes contratantes;
- *Autenticação*: diz respeito à confirmação, realizada por meios competentes, da identificação das partes;
- *Impedimento de rejeição*: é a impossibilidade de as partes alegarem a invalidade do contrato simplesmente por ter sido realizado de forma eletrônica;
- *Verificação*: refere-se ao armazenamento dos contratos para acesso e uma eventual auditoria e controle; e
- *Privacidade*: garantia de que as partes não tenham seus dados violados.

Os contratos eletrônicos estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, em virtude da existência de um consumidor e de uma relação de consumo. De forma a se complementar a legislação, foi instituído o Decreto nº. 7.962/2013 para regulamentar os requisitos para a criação de um *site* comercial. Entretanto, observa-se um grande déficit no que diz respeito à regulamentação e legislação concernente aos contratos eletrônicos, ocasionando por vezes uma insegurança sobre as relações advindas pelos meios eletrônicos.

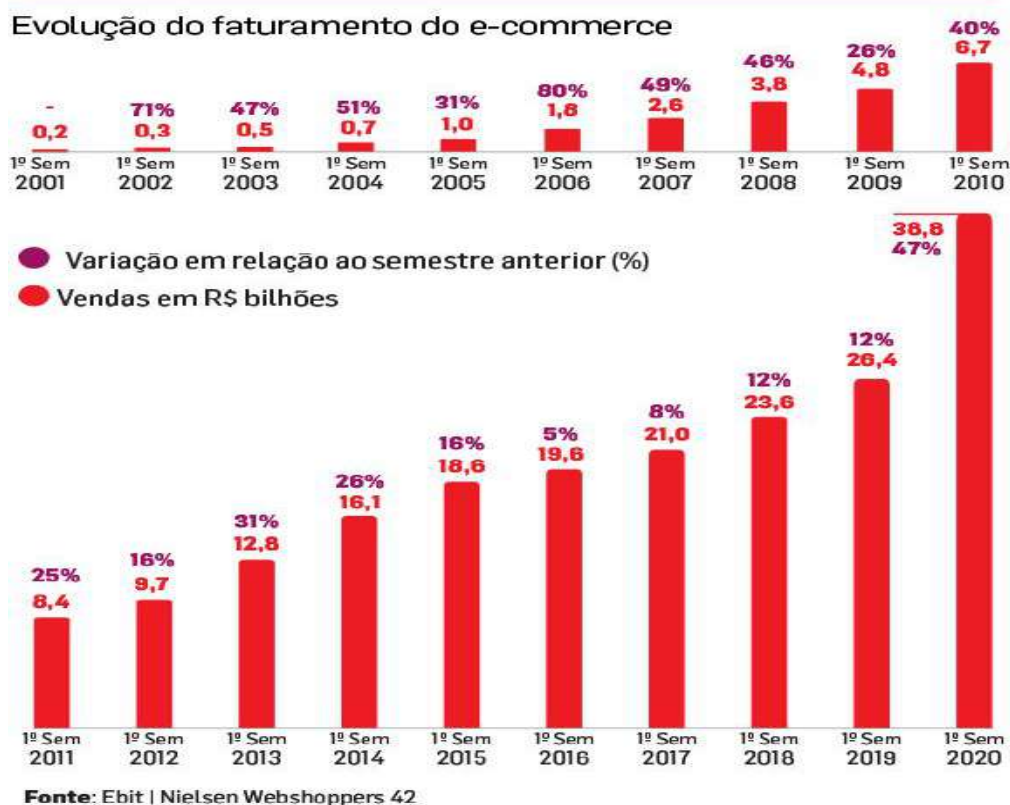
Pois bem. Com o advento da *internet* como espaço possível para a aquisição de produtos e serviços, o comércio eletrônico prosperou exponencialmente. Só para se ter uma ideia, segundo o portal de notícias Terra (PESQUISA, 2019), a PayPal e a BigData Corp realizaram o estudo “*Perfil do E-commerce Brasileiro*”, que constatou os seguintes níveis de crescimento do comércio eletrônico nos últimos anos:

Ano	Índice de crescimento
2016	9,23%
2017	12,50%
2018	37,59%

Em 2019, segundo a Fecomercio-SP, o crescimento foi, em média, de 12%. A mesma entidade estimava um crescimento entre 12% e 18% para o ano de 2020 (APÓS, 2019).

Mas, apesar da pandemia de *Covid-19*, o aumento do comércio eletrônico no primeiro semestre de 2020 chegou a índices próximos a 50% (COM ALTA, 2020).

Pesquisa realizada em parceria entre Ebit/Nielsen e Elo revelou o seguinte gráfico comparativo de aumento de relações *e-commerce* nos primeiros semestres dos últimos anos (COM ALTA, 2020):



Divulgação: Consumidor Moderno (COM ALTA, 2020).

Entretanto, constata-se que essa modalidade de negociação agravou, nos últimos anos, a vulnerabilidade do consumidor, a qual decorre de falhas e de lacunas que necessitam de correção.

O contrato firmado eletronicamente é baseado numa relação de confiança entre o consumidor e o fornecedor, pois o primeiro, ao efetuar a compra, confia, que o segundo, o fornecedor, irá realizar a entrega. Nessa relação, milita em favor do fornecedor uma presunção de superioridade contratual em relação ao consumidor, pois o consumidor se sujeita demais aos riscos de danos materiais e morais (CABRAL, 2016, p. 221 e ss.).

A base do contrato é a boa-fé, pela qual se espera que o contratante, em curso da Nas relações de consumo celebradas por meio eletrônico, tem-se uma vulnerabilidade especial do consumidor, sendo necessária uma proteção mais efetiva, haja vista a maior utilização desse meio no cotidiano. execução da prestação contratada, seja leal e cumpra aquilo que foi pré-estabelecido entre as partes, de forma a se obter e satisfazer a confiança e a expectativa exprimidas na celebração da contratação efetuada. No *e-commerce*, a cláusula geral de boa-fé (art. 422 do Código Civil) é primordial ante a ausência de legislação específica que regulamente o cumprimento da lealdade demandada pelo comércio eletrônico, uma vez que as partes desse contrato nem chegam a se encontrar.

Há a necessidade de proteção contra a imposição de cláusulas abusivas nos contratos de adesão (cláusulas contratuais são pré-estabelecidas unilateralmente), pois elas também geram uma grande fragilidade no *e-commerce*.

As cláusulas abusivas estão previstas nos artigos 51 ao 54 do CDC e são nulas de pleno direito, pois violam diversos princípios inerentes aos contratos, como a boa-fé e transparência (CABRAL, 2016, p. 221 e ss.). Logo, deve-se reprimir esses abusos de forma a não ocorrer ônus exagerados a nenhuma das partes.

Além disso, uma das grandes fragilidades decorrentes desse tipo de contratação é a dificuldade na interpretação e acesso dos *sites*. O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor prescreve a obrigatoriedade de transparência, pela qual o consumidor deve, de forma livre, exprimir sua vontade ao ingressar em um *site*. Através desse princípio, tem-se que as informações constantes nos *sites* dos fornecedores devem ser claras, precisas, de forma a se evitar as publicidades abusivas intrusas ou ocultas (CANTO, 2015, p. 78 e ss.).

Essa fragilidade decorre da dificuldade do uso da tecnologia, sendo um dever dos *websites* detectar as dificuldades de acesso e solucioná-las, de forma a fornecer um *site* que funcione bem e garanta ao consumidor uma boa experiência e satisfação, de modo que não fiquem perdidos em suas compras.

Além disso, o consumidor, em decorrência da insegura e incerteza geradas pela ausência de contato próximo ao fornecedor, mantém-se em um nível de desconfiança relativa à essa modalidade de comércio, pois é possível que o fornecedor se valha de artifícios que causam ao consumidor dificuldades de acesso a informações, quando não as omite, quanto ao seu endereço físico, seu CNPJ ou seu CPF (CANTO, 2015, p. 95 e ss.).

Nesse caso, sendo a confiança um elemento fundamental para esse tipo de comércio, faz-se necessário tutelar de forma mais eficiente a parte mais vulnerável na relação jurídica firmada.

## 2. A vulnerabilidade do consumidor no e-commerce.

A tutela dos vulneráveis se justifica pela existência de uma parte frágil nas relações jurídicas. O termo vulnerabilidade advém da palavra latina *vulnus*, que significa machucado, frágil (MARQUES, 2016, p. 251 e ss.). Logo entende-se como sendo aquele que se fere facilmente (SCHMITT, 2014, p. 207 e ss.).

A proteção do vulnerável decorre do *favor debitoris* ou *favor debilis* ou *favor deboli*, o qual pode ser assim caracterizado (SILVESTRE, 2020, p. 8):

Embora originalmente concebido para a proteção da parte devedora, a abrangência do princípio desde o medievo tem sido sobre qualquer das partes que se encontre em situação de vulnerabilidade. (Por esse motivo, deixou de ser *debitoris* para ser *debilis* ou *deboli*). A *causa favorabilis* do *favor debitoris* é a proteção da parte débil de uma obrigação. Entenda-se por contratante débil aquele que se encontra em uma posição de fragilidade, vulnerabilidade, cuja suportabilidade ultrapassa os padrões do *bonus pater familiae* (“homem médio”). A vulnerabilidade (*causa favorabilis*) decorre da *vis fatale cui resisti non potest* (força à qual não se pode resistir), que independente da vontade do sujeito e que é imprevisível.

O entendimento da vulnerabilidade do consumidor se iniciou no século XX, surgindo contra práticas entendidas como abusos e realizadas pelo mercado de consumo, que colocava os consumidores em situação de desequilíbrio na relação contratual. Diante disso, surgiu necessidade de intervenção estatal nas relações de consumo (CANTO, 2015, p. 103 e ss).

O termo vulnerabilidade tem um amplo significado no que diz respeito à sua aplicação nas relações consumeristas e no âmbito do comércio eletrônico é visto que o consumidor é desprotegido, haja vista que essa modalidade de contratação gera uma relação desigual, pois o consumidor, por vezes, não conhece o fornecedor. Isto é capaz de gerar uma insegurança jurídica, ocasionando por vezes, a impossibilidade de citação em ação judicial, por exemplo (MORAES, 2009, p. 13 e ss.). Nas contratações realizadas pela *internet*, a vulnerabilidade do consumidor é agravada, pois essa modalidade de contrato oportuniza a contratação em massa, além de o consumidor enfrentar dificuldades relativas a vício ou defeito do produto diante distância entre o fornecedor e o consumidor, quando o fornecedor estiver localizado em local remoto (CANTO, 2015, p. 103 e ss).

Cumpra salientar que há uma distinção entre *vulnerabilidade* e *hipossuficiência*, ambas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A vulnerabilidade do consumidor é reconhecida pelo inciso I do art. 4º da Lei nº. 8.078/1990. Moraes (2009, p. 13 e ss.) define vulnerabilidade como sendo a qualidade ou condição inerente ao sujeito mais fraco na relação de consumo, decorrendo esse conceito do ideal de igualdade.

Na mesma linha de pensamento, Canto (2015, p. 78 e ss), afirma que a vulnerabilidade é o resultado da relação entre desiguais desde a constituição das

sociedades de consumo. E Schmitt (2014, p. 207 e ss.) explica o vulnerável como sujeito fraco diante de outro perante uma relação de consumo.

*A priori*, é indispensável distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência. A hipossuficiência é verificada no caso concreto, no processo, pelo juízo, estando intrinsecamente ligada à figura do necessitado, ou seja, quando a situação econômica da parte não lhe permite condições para o pagamento de custas processuais e honorários sem que isso interfira no sustento próprio e de sua família. Já a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, independentemente de sua condição socioeconômica (MORAES, 2009, p. 13 e ss.). A hipossuficiência decorre de lei processual e se caracteriza por adversidades de caráter financeiro ou processual; já a vulnerabilidade decorre de lei material, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor afirma que todo consumidor é vulnerável. Assim, tem-se que “todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente” (CABRAL, 2016, p. 109).

Para Rizzato Nunes (2012, p. 56 e ss.), a vulnerabilidade decorre de dois aspectos: um proveniente de ordem técnica, ou seja, ligado ao conhecimento específico do consumidor sobre o produto ou serviço; e outro proveniente de ordem econômica, pois quase sempre o fornecedor terá uma maior capacidade econômica em relação ao consumidor, sendo raras as exceções. Tem-se ainda que o consumidor possui uma capacidade de escolha reduzida, pois só poderá optar por algo já existente e que esteja inserido no mercado; desta forma, a oferta é realizada de forma unilateral pelo fornecedor, que visa apenas ao lucro (NUNES, 2012, p. 56 e ss.).

Em uma relação de consumo, o consumidor será considerado a parte mais frágil, pois presume-se que ele não detenha o conhecimento específico sobre o produto ou serviço contratado e não conhece as normas que se aplicariam ao caso concreto. Assim, explica Schmitt que a vulnerabilidade está intrinsecamente ligada ao consumidor, haja vista indicar sua fragilidade diante do mercado de consumo. Desta forma, não se pode separar a vulnerabilidade da noção de consumidor (SCHMITT, 2014, p. 207 e ss.).

Assim sendo, ao se observar a desvantagem de uma parte sobre a outra em uma relação de consumo, faz-se necessária a intervenção estatal, também denominada tutela dos desiguais, visando a colocar as partes no mesmo nível de comutatividade, equiparando-as na relação contratual, sendo a vulnerabilidade presumida em relação ao consumidor (CABRAL, 2016, p. 221 e ss.).

Marques (2016, p. 251 e ss.) identifica quatro espécies de vulnerabilidade do consumidor, quais sejam: vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. Ainda, consoante Moraes (2009, p. 13 e ss.), essa distinção tem por objetivo realizar uma análise profunda sobre os motivos do necessário reconhecimento pelo Estado da condição de vulnerável intrínseca ao consumidor.

A *vulnerabilidade técnica* se caracteriza pela ausência do conhecimento por parte do consumidor sobre os produtos e serviços adquiridos, ficando o sujeito à mercê do fornecedor, que se presume possuir o conhecimento sobre a qualidade, propriedade e atributos do produto ou serviço que fornece e dominar a técnica específica (CANTO, 2015, p. 26 e ss.). Dessa forma, tem-se que a vulnerabilidade

técnica decorre do fato de que o consumidor não possui o conhecimento sobre os meios empregados para a produção ou concepção dos serviços; logo, não conhece seus efeitos colaterais, gerando uma situação em que é necessária confiança por parte do consumidor que o fornecedor agir de boa-fé (MORAES, 2009, p. 13 e ss.). Assim, salienta-se que da limitação técnico-científica ou desconhecimento acerca do bem ou serviço contratado, emerge a vulnerabilidade técnica (SCHMITT, 2014, p. 207 e ss.). Nessa linha de ideias, Moraes esclarece que: “A vulnerabilidade técnica se configura por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação” (MORAES, 2009, p. 142).

A *vulnerabilidade jurídica* se refere à falta de conhecimento jurídico, que se faz presente quando se estabelece uma lide, pois o consumidor não possui o conhecimento inerente aos direitos e deveres decorrentes de uma relação de consumo (CANTO, 2015, p. 95 e ss.). Esse tipo de vulnerabilidade se mostra em face das dificuldades do consumidor em defender seus direitos, podendo acontecer na fase pré-processual ou na fase judicial e, ainda, na esfera extrajudicial. Esse tipo de vulnerabilidade é evidenciado pela demora na solução do litígio ocasionada pelo protelamento do fornecedor, que geralmente se beneficia da extemporaneidade da solução (MORAES, 2009, p. 13 e ss.). Schmitt (2014, p. 207 e ss.) salienta que essa vulnerabilidade é derivada das contratações em massa, como os contratos de adesão, pois estes se apresentam muito técnicos e complexos, tendo por intuito a incompreensão do consumidor. Essa fragilidade tem embasamento no fato de que as empresas, no âmbito dos conflitos judiciais, possuem mais experiência, estando acostumadas a disputas judiciais.

A *vulnerabilidade fática* tem estreita relação com a desigualdade financeira entre o consumidor e o fornecedor, tendo em vista a superioridade de poder econômico do fornecedor, sendo raras as exceções. Assevera Canto (2015, p. 78 e ss) que este tipo de vulnerabilidade abrangeria inúmeras situações no caso concreto, sendo um resultado do desequilíbrio dos objetivos de celebração do contrato de consumo, buscando o fornecedor o crescimento econômico e o consumidor a mera satisfação de um interesse pessoal. Tal representaria um desequilíbrio socioeconômico que se apresenta na relação de consumo, pois o fornecedor se encontra em situação de superioridade de poder econômico em face daqueles que os contratam (SCHMITT, 2014, p. 207 e ss.). Nesse raciocínio, a hipossuficiência se encontra na seara da vulnerabilidade fática, pois é uma característica das pessoas com pouco poder econômico, conseqüentemente estando mais suscetíveis às adversidades decorrentes desse tipo de vulnerabilidade.

Já a *vulnerabilidade informacional* é uma característica inerente ao consumidor e é decorrente do papel por ele ocupado na sociedade. Pressupõe-se que esse tipo de vulnerabilidade como intrinsecamente ligada à figura do consumidor em virtude de idade, estado de saúde, de suas necessidades especiais ou de seu nível de escolaridade, ocasionando concessões sob pressão empregada pelo fornecedor (CANTO, 2015, p. 78 e ss.). Logo, é incumbência do fornecedor compartilhar com o consumidor tudo aquilo que sabe acerca do produto ou serviço oferecido, desde a elaboração até as regras contratuais estabelecidas (SCHMITT, 2014, p. 207 e ss.).

É possível identificar todas as classificações de vulnerabilidade no âmbito do comércio eletrônico, seja em decorrência de insuficiência de conhecimento técnico ou jurídico, seja por falta de recursos intelectuais ou financeiros.

Nessa linha de pensamento, é essencial a compreensão de que o consumidor é realmente vulnerável ante o fornecedor, sendo importante estabelecer um controle sobre este, de forma a se encontrar uma isonomia nas relações negociais de consumo (SCHMITT, 2014, p. 207 e ss.).

Nos contratos firmados eletronicamente observa-se uma vulnerabilidade especial do consumidor, o que gera uma necessidade maior de proteção, visto que essa modalidade de contratação vem se tornando cada vez mais comum no dia a dia.

Chaves (2015) afirma que o agravo da vulnerabilidade no âmbito eletrônico é derivado da desmaterialização do negócio jurídico, o que ocasiona maior insegurança ao consumidor, pois não há como realizar a identificação precisa do fornecedor. Além disso, a contratação realizada pelo meio eletrônico também apresenta o espaço como sendo um fator que agrava a vulnerabilidade do consumidor, visto que despessoaliza o contrato e o banaliza (MARQUES, 2016, p. 251 e ss.). Os consumidores no contrato eletrônico são mais frágeis e suscetíveis de serem lesionados por causa dessa despessoalização, desmaterialização, desterritorialização e atemporalidade dessa modalidade de contrato (CANTO, 2015, p. 78 e ss).

Dessa forma, a vulnerabilidade no âmbito do comércio eletrônico possui contornos peculiaridades, quando comparado ao comércio tradicional, em relação à insegurança, à dificuldade na interpretação do conteúdo dos sites, às questões afetas à identificação e à localização do fornecedor.

Para se alcançar o equilíbrio nesse tipo de relação contratual, Chaves (2015) apresenta como solução a transparência de informações, a fim de minimizar a fragilidade do consumidor, o qual deve ser informado sobre todos os detalhes do negócio jurídico realizado, de forma a efetivar a compensação sobre os fatores que o tornam vulnerável, quais sejam: distância física (desterritorialização), desconhecimento exato do fornecedor (despessoalização), banalização contratual (desmaterialização) e insegurança quanto a entrega do produto ou serviço contratado.

A elucidação sobre as cláusulas contratuais e demais informações relevantes devem ser realizadas de forma clara e objetiva, para que o consumidor entenda todos as particularidades da negociação (CHAVES, 2015).

Portanto, a efetivação da tutela dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, demonstra-se necessária para que ocorra a diminuição dos riscos pertinentes a esse meio, objetivando a criação de legislação que proporcione um clima de confiança e segurança jurídica na esfera consumeristas.

### **3. A tutela especial do consumidor intelectualmente vulnerável no e-commerce.**

Pesquisando de forma cautelosa a modalidade de contratação realizada em ambientes virtuais, exsurge uma nova espécie de vulnerabilidade inerente ao



consumidor — a *intelectual* —, que é derivada de uma série de fatores impostos por uma contratação virtual, como por exemplo pouca idade ou idade avançada, o estado de saúde em que o consumidor se encontra ou ainda a falta de informações prestadas adequadamente, mas principalmente a condição socioeconômica, que acarreta várias outras fragilidades. Assim, além das vulnerabilidades técnica, jurídica, fática e informacional, desponta uma nova espécie de vulnerabilidade a merecer especial atenção: a vulnerabilidade intelectual do consumidor.

Esse novo tipo de vulnerabilidade identificado nas relações de consumo e, em especial, no *e-commerce*, decorre de alguns fatores que tornam o adquirente de bens e produtos intelectualmente suscetível de ser lesado no âmbito do comércio eletrônico. Entre os fatores que ocasionam essa vulnerabilidade especial, pode-se destacar a condição econômica e social do consumidor, que desencadeia uma série de fragilidades em razão, por exemplo, de limitações de ordem econômica, privação de itens necessários à subsistência, baixa escolaridade, dificuldades de acesso a estímulos capazes de desenvolver o raciocínio lógico, dentre outras causas.

Marques (2016, p. 251 e ss.) explica o agravamento da vulnerabilidade decorrente de estado de saúde, idade, conhecimento específico e condição socioeconômica. Nesse aspecto, é possível inferir que a vulnerabilidade intelectual pode advir de estado de saúde inerente aos consumidores doentes e pessoas com deficiência, que têm a vulnerabilidade agravada, tornando-se mais propensos a danos que cerceiam sua capacidade decisória.

Chalfun (2017, p. 17 e ss.) entende que a vulnerabilidade especial inerente aos idosos decorre da fragilidade psíquica, sendo acentuada graças às características físicas e desconhecimento técnico.

Schmitt (2014, p. 151 e ss.) adverte que o consumidor idoso não raro perde sua autonomia de decisão e não considera as consequências jurídicas de seus atos. Além disso, os infantes podem ser vítimas de relação de consumo no mercado que visa apenas ao lucro.

Moraes (2009, p. 13 e ss.) esclarece a vulnerabilidade decorrente de fatores sociais e econômicos identificando imensa discrepância de forças entre o consumidor e o fornecedor, pela imposição de sua vontade ao outro. Destaca-se ainda não somente a vontade, mas ainda as condições de venda, valendo-se de superioridade econômica que gera a vulnerabilidade especial do consumidor.

Diante da carência intelectual ocasionada pelas deficiências de educação e informação, o consumidor no ambiente eletrônico torna-se vulnerável face aos contratos celebrados, pois não terão a correta compreensão dos termos negociais. No comércio eletrônico não há a facilidade de um vendedor presencial que possa sanar dúvidas e prestar esclarecimentos e informações; o consumidor exerce um papel mais autônomo nesse processo.

Chaves (2015) distingue níveis socioeducativos no Brasil em três diferentes estamentos: parcela da população com superior (considerada mais culta), a que possui ensino médio (maioria) e uma minoria (analfabetos), fato que resulta de fatores históricos, pois o analfabetismo ocasiona dificuldade de acesso à educação, gerando uma sociedade com baixos níveis intelectuais e culturais.

A principal consequência da fragilidade do consumidor é derivada da falta de informação e de educação (OLIVEIRA, 2002). Na ótica socioeconômica, evidencia-se a fragilidade do consumidor perante a posição de superioridade do fornecedor, já que este dispõe de conhecimento técnico especializado, além de ser profissionalmente apto para a relação contratual, enquanto o consumidor, não possui tais qualificações, ficando dependente da boa-fé do fornecedor, restando apenas confiar (CHAVES, 2015).

Marques (2016, p. 251 e ss.) constata a vulnerabilidade especial inerente ao analfabeto, haja vista o fato de que ele não detém habilidades que propiciem a compreensão do conteúdo escrito no contrato, assim como não compreende as responsabilidades dele decorrentes.

Além disso, no ambiente virtual, o simples fato de realizar os negócios sozinho proporciona ao consumidor a falsa sensação de controle da situação (CHAVES, 2015). Consoante Moraes (2009, p. 13 e ss.), o consumidor, no ambiente virtual, com o intuito de mascarar sua vulnerabilidade, oculta seus medos de forma a aparentarem serem fortes, seguros de si. Entretanto, quando confrontados no mundo físico, não têm a mesma reação, pois demonstra seu real estado psíquico.

Quando se considera o termo deficiência informacional, deve-se levar em conta a dificuldade de entendimento do consumidor quanto à maneira de comunicação da rede, pois esta possui particularidades, tais como abreviações, termos em língua estrangeira, gírias e ciberlinguagem, que nada mais são do que palavras com baixo vocabulário da língua portuguesa. São encontrados, no ambiente cibernético, erros ortográficos graves de português, além de termos específicos e abreviações que são desconhecidas a alguns consumidores. Logo, tem-se o empobrecimento da língua portuguesa (CHAVES, 2015).

Percebe-se ainda o agravamento da vulnerabilidade do consumidor pela excessiva publicidade que passa a receber em seu *e-mail*, que é fornecido por ele ao fornecedor no ato da compra, sendo alvo de uma verdadeira avalanche de propagandas indesejadas.

Segundo Marques (2016, p. 251 e ss.), no comércio eletrônico o fornecedor faz uso de artifícios de imagens e linguagens visando à indução da compra, sendo possível, por vezes, que apenas ao clicar o consumidor, involuntariamente, realiza uma contratação indesejada.

É equivocado o entendimento de que no ambiente virtual a liberdade de escolha do consumidor seja mais ampla que no físico, pois os *sites* acabam levando o consumidor a contratar serviços ou produtos sem essa intenção, mediante a interposição de *links* (CHAVES, 2015).

Desta forma, a vulnerabilidade intelectual surge nessa modalidade de comércio decorrente de novas tecnologias, situação na qual o consumidor não possui capacidade de discernimento sobre o que é ofertado, fato que gera certa desconfiança e muitas dificuldades de interpretação para o consumidor nas conclusões de contratos virtuais.

É necessário levar em consideração o fato de que o agravo da vulnerabilidade do consumidor é decorrente de aspectos referentes à educação, uma vez que o

consumidor não possui conhecimento sobre seus direitos, nem possui a capacidade de discernimento quanto aos métodos utilizados nas negociações que se estabelecem pelos *sites*. Logo, não conseguem realizar a melhor escolha na relação qualidade *versus* preço do produto (OLIVEIRA, 2002).

Consequentemente, é pressuposto que o consumidor está sob a influência do fornecedor, pois aquele não possui a capacidade de avaliação sobre o produto ou serviço oferecido, ou seja, não possui compreensão quanto à oferta e à procura, se o preço está adequado ou não. Para os consumidores intelectualmente vulneráveis, a contratação mediada pela *internet*, no espaço virtual é uma nova forma de contratar, desconhecida por ele. Além disso, cada *site* possui um procedimento diferenciado para a celebração da compra, não sendo, portanto, uniforme o processo de contratação no *e-commerce* (CHAVES, 2015). A multiplicidade de formato e de apresentação dos *sites*, dificulta a localização das funções que o consumidor deseja acessar, tornando-se maior sua dificuldade de intelecção e de compreensão dos atos que deve praticar a fim de procurar o melhor produto e adquiri-lo com segurança.

Portanto, percebe-se que o consumidor, que não possui a capacidade intelectual decorrente de fatores como idade, estado de saúde e condições socioeconômicas, torna-se um “iletrado virtual”, possuindo um déficit informacional muito grande em relação aos demais consumidores e sendo considerado leigo (CHAVES, 2015).

Dessa forma, é possível verificar que o consumidor está exposto e vulnerável a fraudes virtuais, pois muitas vezes os fornecedores não disponibilizam loja física e o consumidor, ao realizar a compra, precisa informar seus dados, acarretando o agravamento da sua vulnerabilidade (CHAVES, 2015).

Na contratação celebrada no ambiente virtual, o consumidor, ao efetuar uma compra, informa ou confirma seus dados pessoais e financeiros, sendo esse o fator que gera a maior insegurança ao consumidor, pois o sistema, de posse desses dados, expõe o consumidor a risco de fraudes. Explica Salib (2014, p. 55 e ss.) que os sistemas de compras virtuais apresentam grande fragilidade quanto à exposição de dados do usuário, ocasionando eventuais fraudes e adulteração informacional e documental. Desta forma, encontra-se o consumidor exposto a lesões tanto materiais quanto morais.

Ao realizar uma compra virtualmente, fazem-se necessárias informações cadastrais a respeito de dados pessoais, tais como nome completo, *e-mail*, número de telefone, número de cartão de crédito, entre outros dados (CHAVES, 2015), o que possibilita uma eventual fraude, pois aqueles que são intelectualmente vulneráveis não conseguem identificar adequadamente o outro polo na relação de consumo, não discernindo se este é ou não confiável.

Tem-se também que a vulnerabilidade é agravada em função do método que se utiliza nas compras *online*, pois o consumidor expressa sua vontade através de cliques muito rápidos, não possuindo tempo hábil para examinar sobre o oferecido ou proposto (CHAVES, 2015).

Diante disso, o consumidor que não possui a capacidade intelectual para se atender às especificidades do comércio eletrônico e não possui o discernimento para evitar e se proteger de eventuais fraudes, deve ser tutelado de forma especial.

Há uma necessidade de intervenção maior como forma a tutelar essa classe de consumidores tão vulneráveis diante da modalidade virtual de aquisição de produtos e serviços, a fim de que fraudes sejam evitadas, danos sejam minimizados e que seja promovido o equilíbrio dos interesses comerciais.

## **Conclusão**

As investigações traçadas no presente trabalho, confirmam a tese aventada no sentido de que é consumidor, em regra, que não possui capacidade intelectual para se atender as especificidades do comércio eletrônico, carecendo de discernimento para evitar e se proteger de eventuais fraudes, estando exposto a prejuízos de ordem moral e patrimonial.

A proteção do consumidor é de ordem pública e direito fundamental, pois inspirada em comando constitucional deve ser mais ampla possível, alcançando os limites mais extremos do significado da palavra.

Vulnerabilidade intelectual é, portanto, inerente ao consumidor que apresenta uma dificuldade de inteligência na interpretação das informações contidas nos *sites*, seja em decorrência de fatores econômicos ou sociais, como o analfabetismo, baixa escolaridade e limitações de ordem econômica, ou em virtude de características específicas, tais como a pouca ou avançada idade, debilitado estado de saúde e deficiências de informação. Em razão desse déficit intelectual, é inegável a necessidade de se tutelar o consumidor de forma mais efetiva, haja vista a impossibilidade de compreender o que está contratando, celebrando aquisições involuntárias.

Dessa forma, tem-se que o consumidor intelectualmente vulnerável está mais exposto à ocorrência de fraudes, ocasionando danos materiais e morais, já que nas contratações via internet há a necessidade de apresentação de dados pessoais e financeiros, acarretando grande insegurança ao contratante, reforçando a noção de necessidade de criação de mecanismos específicos ou mesmo lei capaz de proteger os consumidores intelectualmente vulneráveis, de forma obter um patamar de igualdade entre as partes contratantes no *e-commerce*.

Portanto, a vulnerabilidade intelectual se mostra um fator capaz de causar danos ao consumidor, em especial considerando que as contratações realizadas no *e-commerce* cresceram de forma expressiva nos últimos anos e muitos produtos já não são mais disponibilizados em lojas físicas, ocasionando danos morais e materiais.

Pelo exposto, conclui-se que os consumidores carecem de tutela estatal, tanto preventiva quanto repressiva, acompanhando o avanço tecnológico e as atualizações nas relações de consumo, afetando em especial aquele acometido de vulnerabilidades intelectuais capazes de torna-lo vulnerável no âmbito das contratações virtuais.

### Referências bibliográficas.

APÓS faturar R\$ 20,7 bilhões em 2019, comércio eletrônico deve crescer 12% em 2020. **Fecomércio**. 26 dez. 2019. Disponível em <<https://www.fecomercio.com.br/noticia/apos-faturar-r-20-7-bilhoes-em-2019-comercio-eletronico-deve-crescer-12-em-2020>>. Acesso em 28 out. 2020.

BRASIL. CCB. Lei Federal Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 09set. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 7.962, de 15 de março de 2013. **Regulamenta a Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm)>. Acesso em 09set. 2020.

BRASIL. Lei Federal Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em 09set. 2020.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Síntese de direito do consumidor**. Campos dos Goytacazes, RJ: Brasil Multicultural, 2.ed. rev., 2016.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: a reconstrução da confiança na atualização do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHALFUN, Gustavo. **Situação jurídica do consumidor idoso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

CHAVES, Silvia Fernandes. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. Barueri, SP: Manole, 2015.

COM ALTA de 47%, e-commerce alcança o melhor resultado dos últimos 20 anos. **Consumidor Moderno**. 28 ago. 2020. Disponível em <[https://www.consumidormoderno.com.br/2020/08/28/e-commerce-cresce-47-no-1o-semester-maior-alta-em-20-anos/?cli\\_action=1603888619.109](https://www.consumidormoderno.com.br/2020/08/28/e-commerce-cresce-47-no-1o-semester-maior-alta-em-20-anos/?cli_action=1603888619.109)>. Acesso em 28 out. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8. ed., 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3. ed., 2009.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 7 ed., 2012.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

PESQUISA mostra que e-commerce cresceu quase 40% no Brasil em um ano. **Terra**. 15 jul. 2019. Disponível em <<https://www.terra.com.br/noticias/dino/pesquisa-mostra-que-e-commerce-cresceu-quase-40-no-brasil-em-um-ano,86620018836048185f689ea3bb91d2c7d7q6snyz.html>>. Acesso em 28 out. 2020.

SALIB, Marta Luiza Leszczynski. **Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado**. Curitiba: Juruá, 2014.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Novos problemas, antigas soluções: o amplo significado da cláusula *rebus sic stantibus* e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos cíveis e mercantis. **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 9 n. 1, p. 1-26, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VENTURA, Luis Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos**. Bauru, SP: EDIPRO, 2. ed., 2010.

## Aquisições Hostis: métodos de execução e mecanismos defensivos (\*)

### Hostile Takeovers: execution methods and defensive mechanisms

### Adquisición hostil de una empresa de capital abierto: métodos de aplicación y mecanismos de defensa

Matteo Ferraz Ungarelli<sup>1</sup>

Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1** – Aquisições hostis. **2** – Mecanismos de defesa contra as aquisições hostis. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** Este trabalho investiga os dois principais meios de realização de uma aquisição hostil de uma companhia aberta (*hostile takeover*), sendo eles: (I) a realização de uma Oferta Pública de Aquisição (OPA) para controle de companhia aberta; (II) por intermédio da chamada escalada acionária na Bolsa de Valores. Este artigo analisa ainda, o mecanismo defensivo preventivo contra aquisições hostis batizado como *poison pill*, assim como, os seguintes mecanismos repressivos de defesa: (I) *greenmail*; (II) *standstill agreement*; (III) *white knight*; (IV) *white squire*; (V) *Capital structure changes*; (VI) *litigation*; (VII) *pac-man defense*; (VIII) *Crown Jewel*. Almejando atingir os objetivos descritos, este artigo faz uso da pesquisa bibliográfica e documental.

---

(\*) Recibido: 11/11/2020 | Aceptado: 20/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.  
[matteoungarelli2@gmail.com](mailto:matteoungarelli2@gmail.com)

<sup>2</sup> Advogada atuante na área Empresarial: Societário, Empresas Familiares, Negociação, Compliance, Propriedade Industrial, Recuperação de Empresas. Professora de Direito Empresarial da Faculdade de Direito de Vitória - FDV - Coach Life and Professional- Membro da Sociedade Brasileira de Coaching - SBC com enfoque na área jurídica. Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV - Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.  
[alessandralmsa@gmail.com](mailto:alessandralmsa@gmail.com)

**Palavras-chave:** Aquisição hostil, companhia aberta, mecanismos defensivos.

**Abstract:** *This paper investigates the two main means of carrying out a hostile takeover of a publicly-held company (Hostile takeover), namely: (I) the holding of a Public Tender Offer to control a publicly-held company; (II) through the so-called stock escalation on the Stock Exchange. This article also analyzes the preventive defensive mechanism against hostile takeovers called poison pill, as well as the following repressive defense mechanisms: (I) greenmail; (II) standstill agreement; (III) white knight; (IV) white squire; (V) Capital structure changes; (VI) litigation; (VII) pac-man defense; (VIII) Crown Jewel. Aiming to achieve the objectives described, this article makes use of bibliographic and documentary research.*

**Keywords:** *Hostile takeover, publicly held company, defensive mechanisms.*

**Resumen:** Este documento investiga los dos medios principales para llevar a cabo una adquisición hostil de una empresa de capital abierto (*hostile takeover*), a saber: (I) la realización de una Oferta Pública de Licitación para controlar una empresa que cotiza en bolsa; (II) a través de la denominada escalada bursátil en Bolsa. Este artículo también analiza el mecanismo defensivo preventivo contra adquisiciones hostiles denominado *poison pills*, así como los siguientes mecanismos defensivos represivos: (I) *greenmail*; (II) *standstill agreement*; (III) *white knight*; (IV) *white squire*; (V) *Capital structure changes*; (VI) *litigation*; (VII) *pac-man defense*; (VIII) *Crown Jewel*. Con el objetivo de alcanzar los objetivos descritos, este artículo hace uso de la investigación bibliográfica y documental.

**Palabras-clave:** Adquisición hostil, empresa de capital abierto, mecanismos defensivos.

---

## Introdução

Perante companhias com capital aberto e pulverizado, inexistindo um acionista ou grupo de acionistas que detenham mais da metade das ações com direito à voto, teremos a confecção de uma companhia suscetível a ter seu poder de controle adquirido mediante uma aquisição hostil. Essa operação societária independe do consentimento dos administradores e controladores da companhia-alvo.

Surge então o seguinte questionamento, norteador deste estudo: quais são os métodos de execução e defesa ante uma aquisição hostil?

Objetivando responder à pergunta exposta, o presente artigo se compromete em apresentar as mais tradicionais formas de execução de uma aquisição hostil, bem como os mecanismos defensivos tradicionalmente utilizados pelas companhias ao redor do globo.



## 1. Aquisições hostis

As aquisições hostis, também batizadas como tomada de controle e *hostile takeovers*, constituem operações societárias em que uma companhia ou investidor adquire o controle efetivo de uma companhia de capital aberto ao obter mais de 50% das ações com direito à voto. Importante frisar que a utilização do termo “hostil” se dá, pois os administradores e controladores da companhia alvo que tem seu controle “tomado” não estavam de acordo ou conscientes quanto à realização dessa operação. Em outras palavras, aquisição hostil pode ser entendida como quando uma companhia (ou investidor) “toma à força” o controle de outra, ou simplesmente quando se verifica uma oferta sem negociação prévia.

No entanto, a nomenclatura “hostil”, na verdade, deve ser vista como meramente a apresentação de uma oferta sem que tenha ocorrido antes uma negociação, o que não pode, por si só, ensejar a interpretação de ser uma oferta agressiva.<sup>3</sup>

A aquisição hostil apenas é possível em face de sociedades anônimas com capital pulverizado, existindo um alto *free float* (ações em negociação no mercado), de modo que o poder de controle da companhia esteja assumido por menos da metade das ações com direito à voto.

O primeiro passo para a efetivação de uma aquisição hostil é a realização de uma Oferta Pública de Aquisição (OPA) – *tender offer*, direcionada aos demais acionistas detentores de ações com direito à voto, não sendo necessária a prévia informação à administração da sociedade alvo. O artigo 257 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas – LSA)<sup>4</sup> exige que para realização da OPA é imprescindível a participação de instituição financeira, que será responsável pela garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante. Além disso, o artigo 258 da LSA dispõe as indicações a serem contidas pelo ofertante e instituição financeira no instrumento de oferta de compra, tratando-se de:

- I - o número mínimo de ações que o ofertante se propõe a adquirir e, se for o caso, o número máximo;
- II - o preço e as condições de pagamento;
- III - a subordinação da oferta ao número mínimo de aceitantes e a forma de rateio entre os aceitantes, se o número deles ultrapassar o máximo fixado;
- IV - o procedimento que deverá ser adotado pelos acionistas aceitantes para manifestar a sua aceitação e efetivar a transferência das ações;
- V - o prazo de validade da oferta, que não poderá ser inferior a 20 (vinte) dias;
- VI - informações sobre o ofertante.

---

<sup>3</sup> DA SILVA, Diego Yago Rodrigues. **Hostile Takeovers & Shark Repellents: Reflexões Sobre a Dispersão Acionária no Brasil e Medidas Defensivas Contra a Tomada Hostil do Poder de Controle.** 2017. 64 f. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Societário – LLM) - Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2017. p. 33.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

Parágrafo único. A oferta será comunicada à Comissão de Valores Mobiliários dentro de 24 (vinte e quatro) horas da primeira publicação.<sup>5</sup>

Por estarmos diante de companhias abertas que negociam seus respectivos valores mobiliários no mercado de capitais, é de suma importância que a oferta de aquisição seja mantida em sigilo antes de sua publicação.<sup>6</sup> Essa foi a lógica respeitada pelos legisladores ante a confecção do artigo 260 da LSA, que dispõe:

“Art. 260. Até a publicação da oferta, o ofertante, a instituição financeira intermediária e a Comissão de Valores Mobiliários devem manter sigilo sobre a oferta projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar”.<sup>7</sup>

Teremos aqui uma situação de OPA para aquisição de companhia aberta. O artigo 2º, V da Instrução CVM número 361/2002 sustenta que esse tipo de OPA “é a OPA voluntária de que trata o art. 257 da Lei 6.404/76”<sup>8</sup> (LSA). Não sendo o caso de aplicabilidade do disposto no artigo 254-A da LSA<sup>9</sup>, que por sua vez trata das hipóteses de OPA por alienação de controle. Esse outro tipo de OPA é “obrigatória, realizada como condição de eficácia de negócio jurídico de alienação de controle de companhia aberta, por força do art. 254-A da Lei 6.404/76”<sup>10</sup>.

A LSA no parágrafo 4º, ainda do artigo 254-A, garante a possibilidade de o adquirente do controle acionário da companhia aberta “oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle”,<sup>11</sup> todavia, caso seja esse o caso, configurar-se-á uma hipótese de OPA obrigatória, prescindindo seu registro na

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>6</sup> CRUZ, André Santa. **Direito empresarial - Volume Único**. 10 ed. São Paulo: Gen/Editora Método. 2020. p. 430.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>8</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 361 de 5 de março de 2002**. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002.

<sup>9</sup> Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020).

<sup>10</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 361 de 5 de março de 2002**. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

Comissão de Valores Mobiliários (CVM).<sup>12</sup> Oportuno se torna dizer que são de registro mandatório na CVM as seguintes modalidades de OPA: (I) OPA para cancelamento de registro; (II) OPA por aumento de participação; (III) OPA por alienação de controle; essas formas de OPA são de natureza obrigatória, ao passo que a (IV) OPA voluntária; (V) OPA para controle de companhia aberta; (VI) OPA concorrente; por possuírem natureza voluntária, apenas terão registro mandatório na CVM caso envolvam permuta por valores mobiliários, assim dispõe o parágrafo 1º do artigo 2º da Instrução CVM n. 361/2002.<sup>13</sup>

Outro mecanismo existente de formação originária do controle majoritário diz respeito à escalada acionária na Bolsa de Valores. Essa forma de aquisição hostil é efetivada por intermédio da realização de várias ofertas privadas de compra aos acionistas individualmente. De acordo com Roberta Nioac Prado, constitui:

Mecanismo de aquisição de controle acionário, que consiste na aquisição progressiva, em Bolsa de Valores (mercado secundário) e, eventualmente, em contratações privadas com acionistas minoritários, de participações acionárias votantes de emissão da companhia aberta cujo controle se pretende adquirir, pela pessoa, ou grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, até que esta(s) adquira(m) número suficiente de ações com direito a voto para efetivamente exercer o controle desta companhia aberta.<sup>14</sup>

Quanto às vantagens da escalada acionária cabe salientar: (a) a possibilidade de o ofertante adquirir as ações necessitadas mediante pagamento de valor de cotação no mercado; (b) tendo em vista que tais ofertas não são públicas, será mais forçoso aos administradores e acionistas da companhia-alvo em estabelecerem medidas contrárias à transferência do controle, bem como impede a execução de ofertas concorrentes (fator esse que, fatalmente, levaria a uma elevação do custo de aquisição inicial do ofertante).<sup>15</sup> Apesar das vantagens expostas, não se pode olvidar que o ofertante estará sujeito às oscilações do mercado acionário, ilustrando dessa maneira, uma modalidade de compra de controle instável.

O ordenamento pátrio adota o princípio da não surpresa. Esse princípio “tem por objetivo impedir a adoção de estratégia de aquisição de controle pelo método de escalada sem o prévio conhecimento do mercado”.<sup>16</sup> Esse mandamento está disposto no artigo 12 da Instrução CVM n. 358/2002, vejamos:

---

<sup>12</sup> VIEIRA, Jorge, MARTINS, Eliseu, FAVERO, Luiz Paulo Lopes. *Poison pills no Brasil: um estudo exploratório*. Rev. contab. finanç. vol.20 no.50 São Paulo May/Aug. 2009. Disponível em:

<[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-70772009000200002#snota10](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772009000200002#snota10)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>13</sup> Art. 2º [...] § 1º Somente estarão sujeitas a registro perante a CVM as modalidades de OPA referidas nos incisos I a III do caput e aquelas de que tratam os incisos IV, V e VI, quando envolverem permuta por

valores mobiliários. (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 361 de 5 de março de 2002**. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002).

<sup>14</sup> PRADO, Roberta Nioac. **Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S.A. – Tag Along**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 70.

<sup>15</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

<sup>16</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

Art. 12. Os acionistas controladores, diretos ou indiretos, e os acionistas que elegerem membros do conselho de administração ou do conselho fiscal, bem como qualquer pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas, agindo em conjunto ou representando um mesmo interesse, **que realizarem negociações relevantes** deverão enviar à companhia as seguintes informações:

I - nome e qualificação, indicando o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas ou no Cadastro de Pessoas Físicas;

II - objetivo da participação e quantidade visada, contendo, se for o caso, declaração de que os negócios não objetivam alterar a composição do controle ou a estrutura administrativa da sociedade;

III - número de ações e de outros valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos referenciados em tais ações, sejam de liquidação física ou financeira, explicitando a quantidade, a classe e a espécie das ações referenciadas;

IV - REVOGADO;

V - indicação de qualquer acordo ou contrato regulando o exercício do direito de voto ou a compra e venda de valores mobiliários de emissão da companhia; e

VI - se o acionista for residente ou domiciliado no exterior, o nome ou denominação social e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do seu mandatário ou representante legal no País para os efeitos do art. 119 da Lei nº 6.404, de 1976. (grifo nosso)<sup>17</sup>

A definição do termo “negociações relevantes”, mencionado no *caput* do artigo, está presente no parágrafo 1º do dispositivo em pauta, dizendo respeito ao(s) negócio(s) em que a participação direta e indireta daqueles elencados no *caput* do dispositivo “ultrapassa, para cima ou para baixo, os patamares de 5%, 10%, 15%, e assim sucessivamente, de espécie ou classe de ações representativas do capital social de companhia aberta”.<sup>18</sup>

À vista do exposto, um natural questionamento pode emergir: como uma companhia pode se proteger de uma aquisição hostil? O capítulo seguinte do presente estudo se destina a responder essa indagação.

## 2. Mecanismos de defesa contra as aquisições hostis

Os mecanismos de defesa contra as aquisições hostis podem se divididos em dois grupos, a saber: (a) os criados como medida preventiva, atuando antes da execução de uma OPA para controle de companhia aberta, ou antes da tentativa de tomada de controle mediante escalada (escalada acionária); (b) aqueles idealizados com o almejo de impedir o processo de aquisição de controle quando já em curso uma oferta de valores mobiliários de uma companhia aberta.<sup>19</sup>

No Brasil utiliza-se da expressão *poison pills* (pílulas de veneno) para caracterizar os mecanismos englobados pelo primeiro grupo. As *poison pills* outorgam direitos aos acionistas de uma companhia, objetivando

---

<sup>17</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 358** de 3 de janeiro de 2002. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002.

<sup>18</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 358** de 3 de janeiro de 2002. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002.

<sup>19</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

dificultar/desestimular a aquisição do controle e estabelecer ferramentas de proteção aos acionistas, inclusive garantindo, em algumas ocasiões, procedimentos que conferem uma elevada lacuna temporal de resposta pela companhia, possibilitando uma análise exauriente da oferta formulada. As *poison pills* comumente terão natureza estatutária (estando inseridas nos estatutos das companhias), sendo a cláusula mais comum desse tipo a de *fair price provision* (preço justo). Essa cláusula estabelece que havendo a aquisição de certo percentual de ações de emissão da companhia (10%, 15%, etc.) será dever de o adquirente realizar Oferta Pública de Aquisição de ações direcionada perante todos os demais acionistas. De igual maneira, essa cláusula comumente prevê critérios de avaliação que elevam o preço de aquisições das ações.<sup>20</sup> Normalmente, o preço terá como base de cálculo a média das cotações do mercado em período determinado (90 dias) somado a um soberbo prêmio, sendo o piso o valor das ações no último aumento de capital efetivado pela companhia.<sup>21</sup>

Aliás, existe outro tipo de *poison pill* utilizada pelas companhias no cenário nacional. Esse outro tipo prevê que quando adquirido o percentual de ações estabelecido (acionando-se o gatilho), deverá o adquirente comunicar ao Diretor de Relações com Investidores e ao Diretor de Pregão da bolsa sua intenção de adquirir controle da companhia para que então um leilão de compra seja organizado, sendo proibidas as aquisições privadas ou em mercado de balcão.<sup>22</sup>

Mediante a observância de estudo realizado por Érica Gorga, divulgado em artigo autoral de Carlos Klein Zanini, resta evidente que “a maioria das *poison pills brasileiras* adota o alcance de percentual próximo a *tranche* de 15 a 20% do capital social como gatilho para deflagrar a obrigatoriedade de realização de oferta pública”.<sup>23</sup> Esse estudo foi desempenhado com base nas companhias listadas no segmento do “Novo Mercado” da Bolsa de Valores do Brasil (B3). Vejamos:

Companhias Listadas no Novo Mercado	Percentual detido pelo acionista controlador ou bloco de controle	Percentual de participação a partir do qual é acionada a <i>poison pill</i> brasileira
Agra Empreendimentos Imobiliários S/A	46,33%	20%
American Banknote S/A	32,79%	20%
Brasilagro -Cia. Brasileira de Propriedades Agrícolas		

---

<sup>20</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

<sup>21</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

<sup>22</sup> GORGA, Érica. **As *poison pills* americanas e as supostas *poison pills* brasileiras**. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/67358/as-poison-pills-americanas-e-as-supostas-poison-pills-brasileiras>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>23</sup> ZANINI, Carlos Klein, **A *poison pill* brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência**, in *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneo*, coord. M. V. ADAMEK, São Paulo, Malheiros, 2011. P. 265.

	21,14%	20%
Cyrela Commercial Properties S/A	37,80%	15%
Construtora Tenda S/A	60%	20%
Even Construtora e Incorporadora S/A	40,1%	20%
EZ TEC Empreend. e Part. S/A	71,62%	15%
GVT Holding S/A	31,1%	15%
Helbor Empreendimentos S/A	43,59%	20%
Indústrias Romi S/A	36,3%	15%
Inpar S/A	75,6%	20%
LPS Consultoria de Imóveis S/A	49,34%	20%
Lupatech S/A	25,14%	20%
Medial Saúde S/A	50%	20%
Natura Cosméticos S/A	73,42%	15%
Odontoprev S/A	15,8%	15%
Perdigão S/A	36,03%	20%
Positivo Informática S/A	70,72%	10%
Profarma Distr. de Produtos Farmacêuticos S/A	50,9%	20%
Redecard S/A	50%	26%
Rodobens Negócios Imobiliários S/A	25,25%	15%
São Martinho S/A	25,23%	10%
SLC Agrícola S/A	29,3%	20%

Da análise do estudo apresentado nos é possível perceber que a vasta maioria das companhias apresentadas detêm um bloco de controle definido, tendo esses acionistas participação societária que excede em larga escala os percentuais em que a aquisição suscita o estabelecimento da oferta.<sup>24</sup> Apesar disso, devemos ter em mente que o estudo exposto observou as companhias do novo mercado, sendo esse o nível mais elevado de governança corporativa da bolsa de valores. Logo, não

<sup>24</sup> ZANINI, Carlos Klein, **A poison pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência**, in *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneo*, coord. M. V. ADAMEK, São Paulo, Malheiros, 2011. P. 265/267.

obstante a atenção aos resultados obtidos seja oportuna, essas informações não podem ser consideradas como parâmetro nacional. A título de curiosidade, no novo mercado exige-se (a) somente a existência de ações ordinárias; (b) concessão de *tag along* de 100%; (c) demonstrações financeiras traduzidas para a língua inglesa; (d) ao menos 25% de *free float* (ou 15% caso o volume de negociação diária supere 25 milhões de reais); dentre outras exigências completamente destoantes da realidade das demais companhias listadas na B3.

Quanto ao tipo de *poison pill* mais comum no cenário pátrio, uma pesquisa envolvendo 84 companhias listada na B3, classificadas nos níveis de governança corporativa de “Nível 1”, “Nível 2” e “Novo Mercado”, nos informa que: 56% dessas companhias possuem em seus respectivos estatutos defesas contra potenciais tomadas de controle; sendo dois tipos de defesas identificadas, o “tipo A” (cláusula de *fair price provision*/preço justo), e do “tipo B” (aquelas que exigem a realização de leilão de compra); concluiu-se que aproximadamente 37% das companhias estudadas adotam, unicamente, o “tipo A” de defesa, enquanto que 14% adotam os dois tipos em conjunto, e finalmente, apenas quatro companhias (aproximadamente 3%) adotam exclusivamente o “tipo B”.<sup>25</sup>

Segundo Sérgio Botrel<sup>26</sup>, muitas companhias nacionais, pretendendo conferir uma espécie de “imutabilidade” da cláusula estatutária implementadora de medida de proteção à dispersão acionária, inserem em seus estatutos cláusulas que equiparam as *poison pills* à verdadeiras “cláusulas pétreas”. De modo que essas cláusulas, geralmente, preveem a obrigatoriedade de realização de Oferta Pública de Aquisição da totalidade de ações de emissão da companhia aos acionistas que votarem pela alteração ou exclusão da *poison pill*; impondo também ao acionista adquirente que de alguma maneira desprezar a *poison pill* estabelecida (tendo como exemplo a não realização da OPA), a suspensão do direito de voto (sendo o fundamento legal o artigo 120 da LSA<sup>27</sup>).

Quanto à legalidade de uma cláusula que prevê a imutabilidade de uma *poison pill* a CVM, no Parecer de Orientação número 36/2009, se pronunciou no sentido de que:

Nos últimos anos, os estatutos de diversas companhias passaram a conter cláusulas de proteção à dispersão acionária que obrigam o investidor que adquirir determinado percentual das ações em circulação a realizar uma oferta pública de compra das ações remanescentes.

Além disso, alguns estatutos incluem disposições acessórias a essas cláusulas, impondo um ônus substancial aos acionistas que votarem favoravelmente à supressão ou à

---

<sup>25</sup> GORGA, Érica. **As poison pills americanas e as supostas poison pills brasileiras**. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/67358/as-poison-pills-americanas-e-as-supostas-poison-pills-brasileiras>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>26</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

<sup>27</sup> Art. 120. A assembléia-geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação. (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020)

alteração das cláusulas, qual seja, a obrigação de realizar a oferta pública anteriormente prevista no estatuto.

A CVM entende que a aplicação concreta dessas disposições acessórias não se compatibiliza com diversos princípios e normas da legislação societária em vigor, em especial os previstos nos arts. 115, 121, 122, I, e 129 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Por esse motivo, a CVM não aplicará penalidades, em processos administrativos sancionadores, aos acionistas que, nos termos da legislação em vigor, votarem pela supressão ou alteração da cláusula de proteção à dispersão acionária, ainda que não realizem a oferta pública prevista na disposição acessória.<sup>28</sup>

Assim sendo, a CVM é manifestamente contrária quanto a confecção de disposições que punem os acionistas que votarem pela supressão ou alteração da cláusula de proteção à dispersão acionária, não aplicando forma alguma de penalidade. No entanto, acionistas ou companhias que se entendam lesados podem sempre buscar o poder judiciário, ou uma câmara/tribunal arbitral.

Ademais, imperioso se faz destacar que a percepção brasileira das *poison pills* é fundamentalmente distinta do conceito original norte-americano do que vem a ser esse mecanismo. As *posion pills* americanas, também conhecidas como “*shareholder rights plan*” (plano de direitos dos acionistas), ao serem ativadas, contemporizam aos acionistas a possibilidade de obtenção de ações da companhia por preço significativamente inferior ao de mercado. Tal como no caso das *poison pills* brasileiras, as americanas igualmente possuem um gatilho acionável perante a aquisição de certo montante do capital da companhia. A grande diferença diz respeito aos efeitos após acionado esse gatilho; no caso das americanas, a companhia emitirá novas ações (garantindo, como dito alhures, direito de preferência aos acionistas antigos) visando desestimular a compra de grandes blocos de ações não autorizada pelo conselho de administração da companhia alvo. Assim, pelo fato do adquirente hostil estar excluído do plano de direitos dos acionistas, esse sofrerá uma diluição de suas ações, sendo a tomada de controle reprimida.<sup>29</sup>

Em suma, uma *shareholder rights plan*, por vezes referida como uma *poison pill*, impede os adquirentes de fazer ofertas públicas sem o apoio do conselho de administração, ameaçando esses adquirentes com um prospecto de diluição maciça de suas posições de ações ordinárias se eles excederem certo limite de propriedade. Normalmente, um *shareholder rights plan* assume a forma de emissão de participações em ações preferenciais que, quando um adquirente compra ações-alvo acima de um limite especificado (normalmente, 10% -15%), permite que todos os titulares, exceto o adquirente, comprem as ações ordinárias da empresa pela metade do preço, a menos que antes de acionar o gatilho, o adquirente tenha obtido o apoio do conselho de administração para sua oferta ou outra negociação para a empresa. (tradução livre)<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Parecer de Orientação nº 036**, de 23 de junho de 2009. DOU, Brasília, 29 de junho de 2009.

<sup>29</sup> GORGA, Érica. **As *poison pills* americanas e as supostas *poison pills* brasileiras**. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/67358/as-poison-pills-americanas-e-as-supostas-poison-pills-brasileiras>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>30</sup> Original em inglês: In a nutshell, a shareholder rights plan, sometimes referred to as a “poison pill,” deters bidders from making takeover bids without the support of the board of directors by threatening these bidders with the prospect of massive dilution of their common stock positions if



Em resumo, teremos que: no modelo norte-americano as *poison pills* geram um real aumento de capital e garantem aos acionistas antigos direito de preferência ante as novas ações emitidas; ao passo que as *poison pills* brasileiras obrigam o adquirente a comprar as ações dos demais acionistas. Vale destacar que a única similaridade entre os dois modelos diz respeito à existência de uma porcentagem determinada de ações que quando adquiridas ativam a *poison pill*.

Como já mencionado, as *poison pills* configuram um mecanismo preventivo de defesa contra as aquisições hostis. Perante aquisições hostis em curso, outros meios são utilizados, sendo os mais populares: (I) *greenmail*; (II) *standstill agreement*; (III) *white knight*; (IV) *white squire*; (V) *Capital structure changes*; (VI) *litigation*; (VII) *pac-man defense*; (VIII) *Crown Jewel*.

O mecanismo (I) *greenmail* poderá ser invocado perante a existência de um grupo de acionistas (ou acionista individual) em detenção de significativa participação acionária. Nessa situação, a companhia poderá estabelecer com esse grupo/acionista um acordo em que estes se comprometem a não realizarem uma oferta pública pelo controle da companhia, recebendo, como recompensa, um substancial valor (prêmio) pela venda das ações direcionadas (*targeted share repurchases*) para a companhia-alvo.<sup>31</sup> Por conseguinte, diante da realidade do ordenamento pátrio que impõe restrições à recompra de ações, destaca-se de observância fundamental a Instrução CVM n.10, de 14 de fevereiro de 1980, de igual forma o art. 30 da LSA.<sup>32</sup>

O (II) *Standstill agreement* (acordo de paralisação), é um acordo em que a companhia-alvo e o potencial adquirente determinam que o último não poderá elevar sua participação em determinado espaço de tempo, gerando assim, uma verdadeira paralisação. Como contraprestação, o potencial adquirente fará jus ao recebimento de compensação pecuniária.

Na psicologia, indivíduos portadores da Síndrome do Cavaleiro Branco sentem uma necessidade compulsiva de salvar e ajudar outras pessoas, essa necessidade se manifesta na constante tentativa de ajudar o próximo, mesmo que essa ajuda seja por vezes inapropriada e indevida. A síndrome carrega esse nome fazendo alusão aos romances medievais clássicos, em que uma dama indefesa é resgatada por um

---

they exceed a certain ownership threshold. Typically, a shareholder rights plan takes the form of the issuance of interests in preferred stock that, when a bidder buys target stock in excess of a specified threshold (usually, 10%-15%), allow all holders except the bidder to buy the company's common stock at half-price unless before crossing the threshold the bidder has won the support of the board of directors for its bid or other plans for the company.(DAVID, Oscar A., JUNEWICZ, James J., WEBER, Karen A., SHAKE, Lindsay C. **Is Now the Time for Companies to Adopt a Shareholder Rights Plan?** Winston & Straw LLP. Disponível em: <<https://www.winston.com/en/capital-markets-and-securities-law-watch/is-now-the-time-for-companies-to-adopt-a-shareholder-rights-plan.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>31</sup> GAUGHAN, Patrick A. **Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings**. 6 ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2015. p. 216.

<sup>32</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

nobre cavaleiro em uma reluzente armadura.<sup>33</sup> Nesse mesmo sentido, o mecanismo de defesa batizado como (III) *White Knight* (Cavaleiro Branco) se configura quando a companhia alvo da aquisição hostil busca um adquirente, que melhor compactue com seus interesses fundamentais, disposto a realizar uma oferta mais atrativa que a feita pelo primeiro ofertante. Esse novo ofertante terá pleno apoio da companhia-alvo, e desempenhará um papel de salvador (Cavaleiro Branco) ao proteger a donzela em perigo (companhia-alvo).

O mecanismo (IV) *White Squire* (Escudeiro Branco), como o próprio nome sugere, é similar ao *White Knight*. A diferença consiste no fato de que aqui a companhia-alvo busca um interessado em adquirir ações do capital social decorrentes de uma futura emissão, preservando, desse modo, a independência da companhia-alvo, já que o Escudeiro Branco não obterá o controle da empresa como o Cavaleiro Branco.

Outro mecanismo de defesa muito utilizado por companhias-alvo consiste no (V) *Capital structure changes*, que se baseia na alteração da estrutura do capital ou reestruturação societária. Esse método de defesa atua por intermédio da desestimulação do ofertante em adquirir o controle da companhia.

A companhia-alvo pode promover alterações na estrutura de seu capital ou reestruturações societárias, mediante a emissão de novas ações decorrentes de um aumento de capital, por meio do aumento de seu endividamento (por meio da emissão de debêntures, p. ex.), por intermédio da recompra das ações emitidas (observadas as limitações do art. 30 da LSA e da Instrução CVM n. 10, de 14-2-1980), mediante alienação de ativos estratégicos, da aquisição de outras empresas etc.<sup>34</sup>

A (VI) *litigation* (instauração de litígio) representa uma estratégia bastante tradicional. Nela, a companhia-alvo ajuíza uma ação em face do adquirente, sendo uma manobra legal comum o requerimento de liminar que obrigue a suspensão do processo de aquisição. Com a instauração de ação judicial, a companhia-alvo ganha tempo para confeccionar estratégias defensivas (como a busca por um *White Knight* ou *White Squire*). Como fundamentação jurídica para motivar a ação judicial, Patrick A. Gaughan<sup>35</sup> nos explica que o Requerente poderá: (a) invocar o direito concorrencial, sustentando que o adquirente praticou medidas anticoncorreciais ao decorrer do procedimento da oferta pública; (b) alegar a existência de divulgação inadequada (*Inadequate disclosure*), sustentando que o adquirente, ao efetuar a oferta pública de aquisição, não forneceu ao mercado as informações exigidas pela lei local (na realidade pátria, o artigo 258 da LSA dispõe a respeito das indicações imprescindíveis à OPA); (c) acusar a ocorrência de fraude por parte do adquirente, se tratando de uma acusação grave e difícil de ser provada, que poderá gerar repercussões nas esferas criminal, cível, e administrativa.

---

<sup>33</sup>EXPLORING YOUR MIND. **White Knight Syndrome and Saviors**. Disponível em: <<https://exploringyourmind.com/white-knight-syndrome-and-saviors/>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

<sup>34</sup> BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Arquivo Kindle.

<sup>35</sup> GAUGHAN, Patrick A. **Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings**. 6 ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2015. p. 244.

A (VII) *pac-man defense* (defesa Pac-Man) faz referência ao jogo eletrônico “Pac-Man”. Nesse videogame os personagens tentam comer uns aos outros antes de serem comidos. Tendo em vista a natureza extrema desse meio defensivo, a estratégia é classificada pela doutrina norte-americana como uma “*doomsday machine*” (máquina do fim do mundo).<sup>36</sup> Perante uma oferta pública para aquisição do controle, a companhia-alvo se defende realizando uma oferta pública de aquisição em face da companhia que a está tentando adquirir, nessa situação estará configurada a *pac-man defense*.

Por fim, o método defensivo denominado (VIII) *Crown Jewel* (Joia da Coroa) é amplamente popular. Esse mecanismo é adotado por diversas companhias ao redor do planeta. Nele a companhia-alvo se livra de seus primordiais ativos, desencorajando a ofertante quanto à manutenção da tentativa de aquisição hostil.

Imaginemos a situação onde é lançada uma oferta pública para aquisição de controle da Microsoft. Caso exista uma *Crown Jewel* protegendo a companhia, no sentido de alienar o seu departamento de desenvolvimento de tecnologia e propriedade dos softwares a um terceiro, ficará latente que a aquisição da companhia não mais fará sentido, uma vez que os seus principais ativos já não mais farão parte da companhia alvo.<sup>37</sup>

A decisão de alienação dos ativos relevantes da companhia deve ser meticulosamente analisada pelos administradores e controladores, já que nos termos do art. 116, parágrafo único, da LSA:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.<sup>38</sup>

Dessa maneira, existe o risco de ao promover a venda dos ativos em questão os controles e administradores da companhia serem acusados de abusar do poder de controle, visto ter sido violado o artigo supracitado que preza pela utilização do poder de controle como recurso para a efetivação do objeto social.

Destacamos aqui os principais mecanismos utilizados para proteção quando já em curso a tentativa de aquisição hostil, se tratando de mecanismos repressivos. As estratégias ressaltadas nesse estudo representam as mais comumente utilizadas pelas companhias, porém, principalmente na realidade norte-americana e europeia, diversos outros métodos defensivos são aplicados. O grande desafio dos empresários, contadores, advogados que trabalham com Direito Empresarial, e demais profissionais atuantes na área, se transparece na percepção do mercado de *M&A* de países desenvolvidos, e adaptação das técnicas lá utilizadas ante o ordenamento brasileiro.

---

<sup>36</sup> GAUGHAN, Patrick A. **Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings**. 6 ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2015. p. 245.

<sup>37</sup> DA SILVA, Diego Yago Rodrigues. **Hostile Takeovers & Shark Repellents: Reflexões Sobre a Dispersão Acionária no Brasil e Medidas Defensivas Contra a Tomada Hostil do Poder de Controle**. 2017. 64 f. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Societário – LLM) - Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2017. p.48.

<sup>38</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

## Conclusão

Aquisição Hostil (*Hostile Takeover*) constitui um método de aquisição do controle de uma companhia de capital aberto sem a anuência da companhia-alvo. Existem dois meios de executar uma aquisição hostil. A primeira forma diz respeito à realização de uma OPA para controle de companhia aberta, direcionada aos acionistas detentores de ações com direito à voto. Outra estratégia utilizada para obter o controle de uma companhia aberta consiste na escalada acionária, técnica essa em que o adquirente negocia individualmente com os acionistas a compra de suas ações dispostas no mercado secundário, gerando uma aquisição progressiva de ações até que se garanta o poder de controle da companhia-alvo.

Quanto aos mecanismos de defesa contra as aquisições hostis estudamos os mais tradicionais instrumentos preventivos e repressivos.

No que tange ao método preventivo teremos as *poison pills* (pílulas de veneno). Normalmente as *poison pills* tem natureza estatutária, estando inseridas nos estatutos sociais das companhias; seus efeitos serão ativados quando um adquirente obtiver uma determinada percentagem de ações da companhia (15%, 20%, etc.), ao ter seu gatilho acionado, a *poison pill* obriga o adquirente a efetuar uma Oferta Pública de Aquisição de ações aos demais acionistas, bem como, pode estabelecer a obrigatoriedade de comunicação ao Diretor de Relações com Investidores e ao Diretor de Pregão da bolsa seu objetivo de adquirir controle da companhia, desse modo um leilão de compra haverá de ser estabelecido, tornando-se vetadas as aquisições privadas ou em mercado de balcão.

Quanto aos mecanismos de defesa repressivos, os mais populares são: (I) *greenmail* – recompra de ações em troca de um prêmio; (II) *Standstill agreement* – adquirente se compromete em não mais comprar ações em troca do recebimento de uma contraprestação; (III) *White Knight* – companhia-alvo busca um investidor interessado para adquirir o controle no lugar do ofertante inicial; (IV) *White Squire* - companhia-alvo busca um investidor interessado em adquirir ações do capital social decorrentes de uma futura emissão; (V) *litigation* – instauração de ação judicial; (VI) *Capital structure changes* - alteração na estrutura do capital ou reestruturação societária; (VII) *Pac-man defense* – execução de uma contraproposta pela companhia-alvo; (VIII) *Crown Jewel* – alienação de importantes ativos da companhia-alvo.

Os tipos de *poison pills* e métodos defensivos apresentados ilustram os mais populares perante uma perspectiva global, contudo, não são de forma alguma taxativos, existindo, sobretudo em países desenvolvidos, uma vasta gama de técnicas ainda não adaptadas à realidade nacional.

## Referências

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

- BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 358 de 3 de janeiro de 2002**. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 361 de 5 de março de 2002**. DOU, Brasília, 28 de janeiro de 2002.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Parecer de Orientação n. 036, de 23 de junho de 2009**. DOU, Brasília, 29 de junho de 2009.
- CRUZ, André Santa. **Direito empresarial – Volume Único**. 10 ed. São Paulo: Gen/Editora Método. 2020.
- DA SILVA, Diego Yago Rodrigues. **Hostile Takeovers & Shark Repellents: Reflexões Sobre a Dispersão Acionária no Brasil e Medidas Defensivas Contra a Tomada Hostil do Poder de Controle**. 2017. 64 f. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Societário – LLM) - Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2017.
- DAVID, Oscar A., JUNEWICZ, James J., WEBER, Karen A., SHAKE, Lindsay C. **Is Now the Time for Companies to Adopt a Shareholder Rights Plan?** Winston & Straw LLP. Disponível em: <<https://www.winston.com/en/capital-markets-and-securities-law-watch/is-now-the-time-for-companies-to-adopt-a-shareholder-rights-plan.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.
- EXPLORING YOUR MIND. **White Knight Syndrome and Saviors**. Disponível em: <<https://exploringyourmind.com/white-knight-syndrome-and-saviors/>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.
- GAUGHAN, Patrick A. **Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings**. 6 ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2015.
- GORGA, Érica. **As poison pills americanas e as supostas poison pills brasileiras**. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/67358/as-poison-pills-americanas-e-as-supostas-poison-pills-brasileiras.>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.
- PRADO, Roberta Nioac. **Oferta Pública de Ações Obrigatória nas S.A. – Tag Along**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VIEIRA, Jorge, MARTINS, Eliseu, FAVERO, Luiz Paulo Lopes. **Poison pills no Brasil: um estudo exploratório**. Rev. contab. finanç. vol.20 no.50 São Paulo May/Aug. 2009. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-70772009000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772009000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.
- ZANINI, Carlos Klein, **A poison pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência**, in Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneo, coord. M. V. ADAMEK, São Paulo, Malheiros, 2011.

## **DERECHO DE FAMILIA**

## Responsabilidad del Estado en la formación integral de los menores albergados: una revisión desde las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (\*)

### Responsibility of the State in the integral formation of sheltered minors: a review from the guidelines on alternative child care modalities

Laura G. Zaragoza Contreras <sup>1</sup>

Pablo Antonio Domínguez Sánchez <sup>2</sup>

---

**Sumario:** Introducción. 1. Nota metodológica y muestra 2. La fenomenología de Alfred Schütz. 3. Principales hallazgos. 4. Condición de los Albergues del DIF Estado de México. - Reflexiones finales. - Referencias.

**Resumen:** En el Estado mexicano, la formación integral y armónica de los menores sin cuidados parentales está a cargo del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y para evaluar los programas implementados para tal fin se debe dar seguimiento a los egresados de los albergues y así verificar el cumplimiento de los programas orientados en formar seres humanos que han de insertarse a la sociedad. A partir de las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del niño respecto de la aplicación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de las y los menores albergados y desde la fenomenología de Alfred Schütz, se escuchan las voces de quienes, siendo menores fueron formados en los albergues del DIF Estado de México y no

---

(\*) Recibido: 26/12/2020 | Aceptado: 04/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

- <sup>1</sup> Doctora en Ciencias Sociales y Políticas, profesora en la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del Comité Técnico del Consejo Editorial de la Administración Pública del Estado de México.  
[laurazaragozacontreras@live.com.mx](mailto:laurazaragozacontreras@live.com.mx)
- <sup>2</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Estudios de Maestría en Derechos Humanos en el Colegio de Estudios Jurídicos de México (CEJUM).  
[pabloantoniod229@gmail.com.mx](mailto:pabloantoniod229@gmail.com.mx)

fueron adoptados, así como la de quienes tuvieron la responsabilidad del cuidado y de su atención.

**Palabras clave:** Menores albergados, Formación integral y armoniosa de menores, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

**Abstract:** In the Mexican State, the comprehensive and harmonious education of minors without parental care is in charge of the System for the Integral Development of the Family (DIF), and to evaluate the programs implemented for this purpose, the graduates of the shelters have to be evaluated and in that manner verify compliance with programs aimed at training human beings that have to be inserted into society. Based on the recommendations made by the Committee on the Rights of the Child regarding the application of the Guidelines on alternative care modalities for sheltered minors and from the phenomenology of Alfred Schütz, the voices of those who, being minors were trained in the shelters of the DIF Estado de México and were not adopted are heard as well as those who had the responsibility of their care and attention.

**Key words:** Shelter minors, Guidelines for the Alternative Care of Children, Comprehensive and harmonious education of Children, Children deprived of a family environment.

---

## Introducción

Hace treinta años el Estado mexicano ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup> (CDN) y, al hacerlo, entre otras cosas, se obligó a proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado, así como considerar el origen cultural del menor<sup>4</sup>, velar por el interés superior entendido como el de adoptar todas las medidas que deben estar basadas en el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, mismo que corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.<sup>5</sup> Cabe recordar que, a partir de la reforma constitucional de 2011<sup>6</sup>, este instrumento

---

<sup>3</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

<sup>4</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF (2006) Consultado el 13 de diciembre de 2020 en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> p. 17

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 10

<sup>6</sup> Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.



internacional forma parte integral del orden jurídico mexicano y es obligatorio el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el mismo.

El órgano encargado de supervisar que los Estados parte interpreten y apliquen de forma correcta y armónica los preceptos contenidos en la CDN es el Comité de los Derechos del Niño, integrado por un grupo de 18 expertos independientes, quienes realizan recomendaciones a cada Estado parte, en lo individual o bien convoca a todos los Estados cuando se trata de preocupaciones comunes<sup>7</sup>.

También como tema particular, en 2005, el Comité instó a los Estados parte, a unirse al Día de Debate General sobre el tema de los niños sin cuidado parental y el trabajo culminó cuando las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños fueron formalmente adoptadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre 2009, durante el 20 aniversario de la CDN.

Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños<sup>8</sup> son producto del reconocimiento de las lagunas que, a nivel mundial, se han advertido al intentar efectivizar las normas contenidas en la CDN, respecto de la situación de las y los menores sin cuidado parental, o en riesgo de perderlo<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> El abordaje de los Derechos de la Niña y Los Derechos del Niño, como temas específicos constan en las resoluciones A/RES/62/140 y A/RES/63/241, respectivamente.

Naciones Unidas, Asamblea General. Sexagésimo segundo período de sesiones.

Resolución A/RES/62/140, de 18 de diciembre de 2007. Disponible en [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/62/140&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/140&Lang=S)

Naciones Unidas, Asamblea General. Sexagésimo tercer período de sesiones.

Resolución A/RES/63/241, de 24 de diciembre de 2008. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/63/241>

<sup>8</sup> Cfr. Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños. Un marco de Naciones Unidas. Aldeas Infantiles SOS Internacional (2009) consultado el 14 de diciembre de 2020, en

[https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3836\\_d\\_SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3836_d_SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf)

<sup>9</sup> Naciones Unidas, Asamblea General. Sexagésimo cuarto período de sesiones.

Resolución A/RES/64/142, de 18 de diciembre de 2009. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/64/142>

Dentro de la vasta regulación que pretenden las Directrices, solo por mencionar algunas respecto del motivo del presente estudio se pueden citar:

- Las Directrices tienen por objeto promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.
- La finalidad es velar porque, mientras se buscan esas soluciones permanentes, o en los casos en que estas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se determinen y adopten, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, así como las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo.

La comunidad internacional, consciente de las consecuencias que la deficiente implementación de acciones en el caso de los menores sin cuidados parentales pueden tener en la edad adulta, logró acuerdos y desarrolló estas directrices, las cuales son el resultado de cinco años de debates y negociaciones entre el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, los gobiernos de los Estados parte, todos ellos encabezados por Brasil, UNICEF, expertos y académicos, representantes

---

- Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones a este respecto, teniendo presentes las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado.
- Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada.
- Los Estados deberían velar por que todas las personas físicas y jurídicas participantes en el acogimiento alternativo de niños sean debidamente habilitadas para ello por las autoridades competentes y estén sujetas a la revisión y el control regulares de estas últimas de conformidad con las presentes Directrices.
- La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo... y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario...
- Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento...
- Debería establecerse en la legislación que todas las agencias y centros de acogida deben ser inscritos en el registro y habilitados para desempeñar sus actividades por los servicios de asistencia social u otra autoridad competente, y que el incumplimiento de esas disposiciones legales constituye un delito castigado por la ley.
- Las agencias y centros de acogida y los profesionales que intervienen en la provisión de cuidado deberían ser responsables ante una autoridad pública determinada, que debería velar, entre otras cosas, porque se efectuaran inspecciones frecuentes, en particular visitas tanto programadas como no anunciadas, que comprendiesen la observación del personal y los niños y entrevistas con ellos.
- En todo cuanto sea posible y apropiado, las funciones de inspección deberían incluir un componente de capacitación y fomento de la capacidad de los cuidadores.
- Las agencias y los centros de acogida deberían aplicar unas políticas claras y ejecutar los procedimientos acordados relativos a la conclusión programada o no de su trabajo con los niños con objeto de velar por la reinserción social o el seguimiento adecuados. Durante todo el período de acogida, dichas agencias y centros deberían fijarse sistemáticamente como objetivo la preparación del niño para asumir su independencia e integrarse plenamente en la comunidad, en particular su preparación para la vida cotidiana y el trato social, que se fomenta mediante la participación en la vida de la comunidad local.
- El proceso de transición del acogimiento a la reinserción social debería tener en cuenta el género, la edad, el grado de madurez y las circunstancias particulares del niño...
- Se debería alentar a los niños cuyo acogimiento llegue a su fin a que participen en la planificación de su reinserción social. Los niños con necesidades especiales, como discapacidades, deberían poder acogerse a un sistema de asistencia apropiado, que entre otras cosas les permita eludir una institucionalización innecesaria. Debería alentarse a los sectores público y privado, entre otras cosas, mediante incentivos, a emplear a niños de diferentes servicios de acogida, especialmente niños con necesidades especiales. La reinserción social debería prepararse lo más pronto posible en el entorno de acogida y, en cualquier caso, mucho antes de que el niño lo abandone.

de organizaciones de la sociedad civil, instancias gubernamentales, así como por los expertos en la materia de tutela de menores.

Todos los Estados parte, adquieren la obligación de presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y posteriormente lo deben presentar cada cinco años<sup>10</sup>. Al ratificar la CDN, el Estado mexicano asumió la obligación de presentar al Comité, los informes periódicos sobre la forma en que se dinamizan los derechos de las y los menores. El Comité revisa en forma detallada cada informe y, en sus *observaciones finales*, manifiesta sus preocupaciones y recomendaciones a cada Estado parte.

El 19 y 20 de mayo de 2015, México presentó al Comité sus informes periódicos cuarto y quinto<sup>11</sup> respecto de la situación de la niñez en el Estado mexicano, así como del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la propia CDN. Respecto de estos informes, el Comité de los Derechos del Niño, examinó las medidas y acciones que se han llevado a cabo en México y, en respuesta, emitió sus Observaciones Finales<sup>12</sup> con el propósito de que estas se implementen en

---

<sup>10</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. (1989)

Artículo 44

1. Los Estados Parte se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

- a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
- b) En lo sucesivo, cada cinco años.

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas. (2015) Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México. Observaciones Finales CRC/C/MEX/CO/4-5. Consultado el 10 de diciembre de 2020 en [https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/CRC\\_C\\_MEX\\_CO\\_4-5.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf)

<sup>12</sup> *Idem*.

Dentro de las Recomendaciones que el Comité realiza al Estado mexicano, se encuentran, entre otras:

- Que todas las leyes federales y estatales estén armonizadas con los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño y con la LGDNNA.
- A la luz de su observación general N°14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos para velar porque ese derecho sea debidamente integrado y consistentemente aplicado en todos los procedimientos y decisiones de carácter legislativo, administrativo y judicial, así como en todas las políticas, programas y proyectos, que tengan pertinencia para los niños y los afecten. Se alienta al Estado parte a que elabore criterios para ayudar a todas las autoridades competentes a determinar el interés superior del niño en todas las esferas y a darle la debida importancia como consideración primordial.

El Comité recomienda al Estado parte tomar en cuenta las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (Resolución 64/142 de la Asamblea General, anexo) y, en particular:

- (a) Adoptar nuevas políticas para dar apoyo a las familias en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales, con el fin de asegurar de manera efectiva que niñas y niños no sean separados de sus familias por razones de pobreza o financieras;

concordancia con las disposiciones y principios de la CDN y así cumplir con la obligación de respeto y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En noviembre de 2009, Yanghee Lee, entonces Presidente del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señaló que millones de niños en el mundo están sin cuidado parental o en riesgo de perderlo y se enfrentan con retos importantes en su vida diaria que **en muchas ocasiones tiene implicaciones a largo plazo una vez que ya son adultos**<sup>13</sup> y, este es precisamente el objeto del presente estudio, ya que en México se carece de información proporcionada por los propios actores formados en instituciones residenciales. Solo así se contará con información de corte cualitativo para evaluar las acciones institucionales que al efecto se propongan, en este caso particular, el Estado de México y así identificar el cumplimiento del gobierno estatal en la responsabilidad de formar de manera integral y armoniosa a los menores albergados en las instalaciones del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México (DIFEM).

## 1. Nota metodológica y muestra

Para el desarrollo del presente estudio se realizaron 9 entrevistas a profundidad con personas involucradas en el proceso<sup>14</sup>, las cuales convivieron en Albergues del DIF Estado de México, durante 2000 y 2005<sup>15</sup>. Las entrevistas guardan la siguiente distribución: seis jóvenes ex albergados y que no fueron adoptados (ahora tienen más de 25 años) la psicóloga del albergue durante el periodo que los jóvenes se encontraban bajo la responsabilidad del Estado, una trabajadora social y el subdirector del albergue.

---

(b) Adoptar una estrategia para la desinstitutionalización de niñas y niños y establecer un sistema de cuidado para la infancia en todos los estados que dé preferencia al cuidado a cargo de familiares;

(c) Proveer a las familias de acogida y al personal que trabajen en instituciones de cuidado, capacitación sobre derechos de la infancia, y en especial sobre las necesidades particulares de las niñas y niños privados de un entorno familiar;

(d) Recopilar datos sobre y garantizar la revisión periódica de la colocación de niñas y niños en hogares e instituciones de acogida, supervisar la calidad de la atención, incluyendo la asignación de recursos suficientes a las Procuradurías de Protección a nivel federal y estatal y la creación del Registro Nacional de Instituciones de Cuidado Alternativo conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la LGDNNA;

(e) Investigar y procesar a los presuntos autores de actos de violencia contra niñas y niños en las instituciones de cuidado alternativo y compensar a niñas y niños víctimas.

<sup>13</sup> Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños. Un marco de Naciones Unidas. Aldeas Infantiles SOS Internacional (2009) consultado el 14 de diciembre de 2020, en [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3836\\_d\\_SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3836_d_SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf) p. 4

<sup>14</sup> En atención a lo dispuesto en la Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de Sujetos Obligados, se les hizo saber a los entrevistados que la información proporcionada se maneja en forma confidencial impidiendo la identificación de los participantes.

<sup>15</sup> Se realizó una selección aleatoria, con base en la posibilidad de localizar a ex albergados, por lo que no hay cuotas de género.

La información recabada se revisó a partir de la técnica de análisis de contenido ya que esta técnica de investigación está destinada a formular, a partir de datos específicos, inferencias reproducibles y válidas que puedan aplicarse a su propio contenido<sup>16</sup>. Con esta técnica se desarrolla un procedimiento que permite analizar y clasificar toda la información obtenida de los participantes entrevistados y así mantener distancia de las generalizaciones.

La construcción se materializa a partir de las interpretaciones realizadas por los propios informantes y, en cuanto a la codificación se determinó manejar la información en forma abierta para efectos de descomponer, comparar y manejar la agrupación en categorías, acorde a las variables materia de revisión.<sup>17</sup>

## 2. La fenomenología de Alfred Schütz.

El presente estudio toma como eje teórico la fenomenología de Alfred Schütz, donde la comprensión de los significados que dan los actores implicados da cuenta que la realidad se construye socialmente y a partir de esta construcción se determina la importancia a las experiencias, al margen que centra el interés en el mundo de los individuos, lo que permite mirar desde el momento histórico donde ellos se encontraban.

Schütz, pretende establecer un fundamento metodológico para las ciencias sociales, a partir de retomar el uso de los tipos ideales de Weber, además del enfoque que utilizaba para el concepto de *significado*. Su búsqueda de una teoría coherente lo llevó a Husserl, en quien encontró la posibilidad de dar un enfoque fenomenológico a sus estudios, así como al pragmatista Mead quien centra el interés del análisis y el significado de la interacción social.

Schütz profundiza en el análisis de la estructura de la vida cotidiana, donde la aplicación del método fenomenológico se dirige a la comprensión de la estructura y toma como una de sus principales características el hacer explícito lo que en el mundo cotidiano da por evidente, debido al sentido común que las personas aplican en la vida diaria, por lo que la existencia del mundo en el que se desenvuelven resulta incuestionable.

Schütz es un pionero del abordaje de la *subjetividad*; propone una lectura de la realidad social en el mundo de la vida cotidiana y lo convierte en el tema central de reflexión ya que considera el escenario de la acción social, el lugar donde se desarrolla la vida. Su propuesta fenomenológica permite comprender la percepción y los significados que otorgan distintos actores al mismo proceso, buscando coincidencias, divergencias o rupturas en su relato, lo que conduce a comparar los diferentes puntos de vista; la realidad es significativa e intencional.

---

<sup>16</sup> Krippendorff, Klaus. (1990). Metodología de análisis de contenido. Teoría y Práctica. Barcelona, Paidós. p. 28.

<sup>17</sup> Zaragoza Contreras, L. (2020). Tratándose de la familia, ¿por qué los gobernados llegan ante un tribunal?. Derecho Y Cambio Social, (61), 266-282. Recuperado a partir de <https://lnx.derechoycambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechoycambiosocial/article/view/404>

Schütz, en su propuesta de interpretación de la realidad examinó el papel que desempeña la objetividad respecto de la subjetividad en las ciencias sociales, siendo el objeto de análisis las experiencias y la naturaleza de la acción humana. Para él, la sociología comprensiva consiste en describir los procesos de establecimiento e interpretación de significado tal como los realizan los individuos que viven en el mundo social<sup>18</sup>; su enfoque puede encontrarse en el individuo o en situaciones concretas de la vida cotidiana y, desde su perspectiva, los fundamentos sociales se sitúan en la acción a partir de la experiencia del actor en el mundo de la vida cotidiana, para captar los significados subjetivos que se asignan a las acciones y, así comprender cómo los seres humanos construyen la realidad social. Analizar la vida cotidiana adquiere importancia, al ser donde se construyen los significados, lo que es independiente del actor debido a que se cuenta con pautas socialmente construidas que definen el actuar, principalmente a partir del sentido común.

Schütz definió al mundo de la vida cotidiana, como la realidad experimentada dentro de la actitud natural por un adulto alerta que actúa entre y sobre ese mundo y entre los demás seres humanos<sup>19</sup>, lo que se entrelaza con el sentido común, que estudia el mundo social como un mundo dado, organizado y ordenado, además de incuestionable debido a que, a partir de esta perspectiva, las personas ya no se preguntan cómo o por qué se realizan las cosas; lo que conduce a un análisis de la experiencia social de cada uno de los actores, los cuales cuentan con experiencias propias que los hacen dar sentido al mundo.

Schütz señala que cada persona da significado a los fenómenos a partir de percepciones individuales, el mundo entero es conservado dentro de la esfera reducida, pero solo en la medida en que es el correlato intencional de mi vida consciente, aunque con la radical modificación de que estos objetos intencionales ya no son las cosas del mundo externo tal como existen y tal como son realmente, sino los fenómenos tal como se me aparecen<sup>20</sup> ya que las percepciones que parecieran juicios individuales, se verán conformadas a partir del entorno donde fueron adquiridas, es decir, a partir de la experiencia y la realidad social de las personas; para Schütz<sup>21</sup> existe la importante distinción entre la experiencia originaria de lo experimentado y las experiencias derivadas, tales como las que se basan en el recuerdo o la retención de experiencias previas. Las experiencias son vistas como el conjunto de vivencias que tiene cada sujeto y estas conforman la manera en que se mira la realidad.

Una percepción conforma solamente un aspecto de las cosas o de los fenómenos, apareciendo otras miradas si se toman en cuenta diferentes perspectivas, lo cual se denomina como el “horizonte interior” del objeto percibido. En este sentido, el retomar diversos actores, permite dar voz a los distintos puntos

---

<sup>18</sup> Schütz, Alfred. (1932). *Fenomenología del mundo social: introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires: Paidós. p. 275.

<sup>19</sup> Cfr. Dreher, Jochen. (2012). Fenomenología: Alfred Schütz y Thomas Luckmann, en: De la Garza Toledo, Enrique y Leyva, Gustavo (Eds.), *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales* (pp. 96 - 133). México: UAM-FCE.

<sup>20</sup> Schütz, Alfred. (2015). *El problema de la realidad social*, 3a ed., Buenos Aires: Amorrortu. p. 127.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 129

de vista y con ello contar con una visión más completa acerca de la situación. Al retomar Schütz los postulados weberianos<sup>22</sup> acerca del objeto de estudio de las ciencias sociales se de la acción social, define el concepto “social” en función de una relación entre la conducta de dos o más personas, y el concepto de “acción” como conducta a la cual se adjudica un significado subjetivo.

Schütz<sup>23</sup> también planteó que: mis propias acciones y conductas se me dan como mis vivencias, mientras que las acciones y conducta de los otros se dan como secuencias de hechos que ocurren en el mundo físico, por tanto, va a existir un significado a partir de lo que descubro en ellos y que no tiene por qué ser en absoluto idéntico al que tenía en su mente la persona que los produjo, a esto lo nombró como *objetivaciones de significado*, debido a que solamente son indicaciones del significado que ha querido ofrecer el actor.

Las acciones que se ven en las personas suelen interpretarse como una expresión de su vivencia, sin embargo, Schütz<sup>24</sup> aclaró que las acciones pueden tener dos significados principales: a) que la conducta externa de la otra persona funcione como una indicación de su vivencia íntima, o b) que trate deliberadamente de expresar algo por ejemplo, las reacciones agresivas reflejan enojo, por otro lado, una reacción que incluya llanto puede significar tristeza; su aporte recae en que permite realizar una reflexión y análisis acerca del significado de las reacciones corporales.

Desde la perspectiva de Schütz, el significado subjetivo es una construcción individual y se refiere a los procesos que ocurren en la conciencia de la persona y que produjo lo que es objetivamente significativo, es decir, la construcción mental que se hace de ciertos componentes de la realidad. El significado subjetivo que tenga la conducta de una persona no siempre coincidirá con el significado que un observador pueda percibir de esa conducta externa, por tanto, se debe tener cuidado al realizar juicios de valor ya que las vivencias de otra persona no resultan accesibles como las propias. Se pueden realizar interpretaciones acerca de los significados de los otros, sin embargo, resultará conveniente acercarse a las personas para así comprender, desde sus relatos cuáles son las construcciones mentales que las han llevado para tomar decisiones y realizar determinadas acciones.

Los significados subjetivos no se revelan de forma directa, más que como un estado objetivo de cosas. Por lo tanto, lo subjetivo se revela a través de la interpretación, pues reside en la mente del actor; es posible captar el significado subjetivo sólo si se establece una relación “nosotros”, al buscar comprender a la otra persona; esto se distingue de los significados objetivos que consisten en un contexto de significado dentro de la mente del intérprete.

El significado objetivo, se refiere a contextos amplios de significados que existen en la cultura y que son compartidos socialmente basados en el sentido común; es atribuible a ciertas objetividades ideales como los signos y las expresiones y es una unidad de significado considerada como objeto ideal; en la medida en que una expresión puede ser considerada en función de lo que significa,

---

<sup>22</sup> Schütz, (1932) *Ob. cit.* p.17.

<sup>23</sup> Schütz, (1932) *Ob. cit.* p.51.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 52

se le puede tener como verdaderamente objetiva<sup>25</sup>. Los significados objetivos, son interpretados como parciales debido a que implican relaciones de poder y envuelven procesos de negociación o de imposición; la cultura, por ejemplo, es construida socialmente a partir de los significados objetivos y cuenta con un carácter temporal y abierto.

Schütz dio cuenta de la transición del significado subjetivo al significado objetivo a través de la descripción de un camino que va de la experiencia interna de la pura duración al concepto de tiempo y espacio.<sup>26</sup> En este tenor, las personas no son conscientes de la propia subjetividad, sólo se es consciente de la objetividad o significado objetivo, es por ello que las acciones cuentan con un significado subjetivo, aquel que le otorga el actor mismo y que es individual, se busca investigar la esencia, no estudiando los objetos mismos, sino lo que interesa es su significado.

Investigar los significados brinda la oportunidad de comprender cómo se construyen las diferencias o similitudes dentro de los discursos, a partir de los elementos a los que se les otorgue mayor o menor importancia, es preciso señalar que los significados se construyen en el mundo de la vida cotidiana, utilizando supuestos acerca de que el mundo que yo acepto como dado es también aceptado por mis semejantes; existiendo así significados socialmente establecidos que hemos interiorizado, sobre todo por medio de la socialización, pues se aprende a nombrar las cosas de acuerdo con ciertos tipos formulados en la sociedad; por ello, resulta pertinente tomar en cuenta que sólo una parte de los significados son resultado de una construcción personal, la mayoría son construcciones sociales.

El mundo de la vida cotidiana es intersubjetivo ya que todos los seres humanos estamos conectados con otros seres humanos en los diversos escenarios de las relaciones sociales. La intersubjetividad se forma a partir de la interacción social.

Las vivencias carecen de significado *per sé*; solo adquieren significado cuando estas se captan en forma reflexiva. El significado será la manera en que el yo considera su vivencia, por lo tanto, para una persona no le son significativas o relevantes todas sus vivencias pues no sobre todas se reflexiona.

Schütz describió dos sistemas de relevancia<sup>27</sup> de acuerdo con los cuales el conocimiento se encuentra estructurado: las significatividades intrínsecas y las significatividades impuestas. Las primeras son el resultado de los intereses elegidos, establecidos por la decisión espontánea de resolver un problema o de alcanzar un objetivo mediante la acción; en oposición, las significatividades impuestas no se vinculan con intereses elegidos, no derivan de actos de albedrío, se toman tal como se presentan sin el poder de modificarlas por actividades espontáneas.

Desde la fenomenología de Schütz se descarta el conocimiento que pareciera como evidente por sí mismo, debido a que se trata de llevar todo a un grado de evidencia, a partir de observar a los *Otros* como semejantes o *alter ego*. Darles voz a los actores involucrados en el presente estudio, emana del hecho de comprender el

---

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 63

<sup>26</sup> Dreher, *Ob. cit.* p.101.

<sup>27</sup> *Ibid.* p.109.



mundo natural desde ellos o ellas, observar y develar la experiencia que tienen, al establecer una mutua interrelación y tomar en cuenta que una persona comprende el significado de otra cuando está interactuando directamente con ella.

El participante debe volverse intencionalmente consciente de la persona frente a la cual está, y asumir una orientación-otro cara a cara hacia el partícipe<sup>28</sup>, esta actitud se entiende como “orientación-tú”, en esta se está consciente de otro ser humano como persona, se le reconoce como un congénere y se le atribuye vida y conciencia, el objetivo es dirigirse en forma intencional hacia ese otro. Al observar en forma científica el mundo de la vida significa decidir dejar de lado la propia condición de interés como centro de este mundo, y adoptar otras coordenadas para la orientación de los fenómenos del mundo de la vida<sup>29</sup>. Dentro de este concepto el autor, precisó que, más allá de cuestionar la existencia del mundo de la vida diaria, se van a representar las creencias sedimentadas, ese conocimiento dado como obvio y que se encuentra conformado por experiencias previas, representa la subjetividad; el conocimiento que se tenga acerca del mundo, en realidad dependen del contexto en el que se encuentre.

Schütz consideró que un motivo es una configuración o contexto del significado que a un actor o a un observador se le aparece como fundamento significativo de una determinada conducta<sup>30</sup>; la acción al ser subjetiva va a depender del aquí y del ahora en que se formule. Para explicar las razones que explican la acción de los actores, retoma de Weber los “motivos - para” y los “motivos - porque”. El “motivo-para” de la acción, se refiere a su orientación hacia un hecho futuro, es decir, es el acto mismo proyectado en el futuro perfecto; la motivación para, es un contexto de significado que se construye sobre el contexto de experiencia disponible en el momento de la proyección<sup>31</sup>, se refiere a la meta final que tiene la acción, o aquello que motiva el acto.

Por su parte, el “motivo-porque” se basa en las convicciones resultantes de las circunstancias socio históricas en las que se desarrolla el actor individual; estos motivos influyen en la decisión de realizar un proyecto y pueden ser sólo descubiertos mediante la investigación y la exploración<sup>32</sup>, los proyectos se explican en función de las vivencias pasadas del actor que lo llevan a proyectar un acto particular, así, el factor motivante será la vivencia anterior al proyecto.

La fenomenología de Schütz permite poner nuevamente frente a frente a los seis jóvenes ex albergados, a la psicóloga responsable del albergue durante el periodo que los jóvenes se encontraban bajo la responsabilidad del Estado, a una trabajadora social, así como al subdirector del albergue para conocer sus percepciones, ahora a partir de la razonable distancia que da el tiempo y sabe si

---

<sup>28</sup> Schütz, (1932) *Ob. cit.* p.192.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 154

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 115

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 119

<sup>32</sup> Dreher, *Ob. cit.* p.102.

realmente se lograron los objetivos que en su momento se plantearon para lograr la formación integral de los menores albergados.

### 3. Principales hallazgos

#### *Punto de partida*

El bienestar de los niños, niñas y adolescentes debe entenderse como la satisfacción de necesidades básicas de supervivencia del menor: alimentos, salud, vestido, educación, desarrollo de habilidades para la convivencia social, recreación y salud emocional, todo esto en un entorno de amor, contención y seguridad, que les permita desarrollarse de manera integral para incorporarse de manera eficaz y productiva en el entorno social.

Maslow<sup>33</sup> formula una jerarquía de necesidades humanas, las cuales describe como una pirámide de 5 niveles: Fisiológicas, Seguridad y Protección, Sociales o de Afiliación, de Autoestima y Reconocimiento y de Autorrealización.

Es comprensible que las y los menores que llegan a los albergues distan de tener resueltas, en muchos casos, ni siquiera el primer escalón de la pirámide que corresponde a las necesidades básicas o fisiológicas (alimentación, descanso, vestido o prevención del dolor) y es sin duda, la primera labor en la que el personal de los albergues comienza o debe comenzar a trabajar.

Pero esto resulta insuficiente, ya que, a partir de ahí, en el segundo peldaño, se encuentran las necesidades de protección y seguridad, que implica asegurar la integridad física de su propio cuerpo, aislarlo de agresiones físicas y procurar un buen estado de salud. En este caso, los albergues proporcionan techo, comida, abrigo, etc.

Las necesidades sociales o de afiliación, es el tercer nivel de la pirámide, lo que se refiere a la adaptación al entorno, las relaciones con la autoridad y con sus pares. En este caso, el albergue es un medio de contención, pues las figuras que participan representan la autoridad, son orientadores y consejeros y regulan la armonía de los espacios de convivencia con sus pares.

En el cuarto nivel de reconocimiento, Maslow señala dos tipos de autoestima: alta que es la confianza y aceptación de uno mismo y la baja que es la búsqueda de atención y reconocimiento a los logros. Para llegar a satisfacer el último y más complejo nivel de la pirámide de autorrealización, que es cuando el sujeto introyecta conceptos morales, desarrolla la creatividad, la espontaneidad, resolución de conflictos, Maslow sostiene que deben estar satisfechas las necesidades anteriores.

Es posible, lograr que los albergues proporcionen satisfactores en los primeros 4 niveles de la pirámide, pero para ello se requieren recursos económicos, personal capacitado y comprometido, un programa de adaptación. Pero, sobre todo, crear un ambiente que controle el mayor número de variables que pudieran afectar a las y los menores y así favorecer su autorrealización.

---

<sup>33</sup> Cfr. Maslow, Abraham H. (1999). *La personalidad creadora*. Sexta ed. Barcelona, Kairós.

#### 4. Condición de los Albergues del DIF Estado de México.

*¿Qué dicen los actores involucrados?*

Desde la perspectiva de los **ex albergados**, las condiciones y la calidad de vida dentro del albergue son óptimas. Consideran que es lo más parecido a un hogar donde hay reglas, responsabilidades, pero también hay beneficios y gratificaciones.

Afectivamente el entorno genera impacto pues asignan a las figuras participantes roles equiparables a los de la familia, así identifican a un tutor “padre” (que puede ser un auxiliar, un profesor y/o el propio director); una tutora “madre”, que suele ser alguna auxiliar de albergue; “hermanos”, que son los compañeros más cercanos y amigos y compañeros que son todos aquellos menores con los que comparten actividades.

Los **espacios** (instalaciones) se consideran adecuadas. Antes de los 11 años, comparten instalaciones generales niñas y niños, a partir de los 11 años los mueven a instalaciones separadas por sexo. Cada casa tiene su propio comedor, sala de estar, cocina y las habitaciones cuentan con cuatro camas por lo que no viven en hacinamiento. Las casas para varones y mujeres pueden estar en el mismo predio, pero en cada una hay reglas y obligaciones propias.

Cuentan con los recursos económicos suficientes para cubrir lo básico (que en ocasiones es más vasto que en sus hogares de origen), pues es suficiente para alimentación, techo, educación, servicios médicos, recreación, entre otros.

Al decir de la **trabajadora social** y en la experiencia de los propios albergados, la casa para menores de 11 años, los alimentos y en general los recursos económicos, están más limitados. La **trabajadora social** menciona que, en administraciones anteriores, el presupuesto asignado era mayor y suficiente para atender alimentación, vestido, educación, etc.

*“Antes podíamos comprarles ropa con mayor frecuencia, ahora, les enseñamos a cuidarla y repararla cuando es necesario porque ya no nos alcanza...”*

#### **El pasado y la llegada al albergue**

Los albergados llegan principalmente del centro del país y por lo regular entre los 5 y 6 años, por lo que los recuerdos de su primera infancia son incipientes. Sin embargo, cargan una huella mnémica de maltrato, carencias (económicas y afectivas) que a lo largo de su desarrollo puede traducirse en rebeldía y autoagresión.

No saben exactamente qué pasaba en sus hogares, pero sí recuerdan la necesidad de salir de ahí. Algunos simplemente escaparon del seno familiar huyendo de las agresiones, de la violencia. Otros fueron criados por algún familiar que por razones diversas optaron por dejarlos en el albergue y otros simplemente se extraviaron y sus padres no aparecieron.

Ahora, en su vida adulta y tras el apoyo psicológico de los trabajadores del albergue, han logrado racionalizar las emociones y resolver a partir del perdón y la justificación, pero siempre en el entendido de mantener distancia para evitar

vincularse nuevamente con el resentimiento e incluso con el odio hacia las figuras paternas.

Recuerdan sus nombres completos, pero saben que en el albergue les tramitaron un acta de nacimiento, a algunos les genera conflicto pues sienten trastocada su identidad. Sin embargo, se han adaptado al uso de dicha acta de nacimiento en la cual no figuran los nombres de los padres biológicos, los testigos que aparecen son del personal del albergue e incluso su nombre puede no ser el mismo y/o estar incompleto.

El desarrollo de los individuos que han crecido en un albergue es complejo pues hay una fuerte barrera para enfrentar el pasado, los recuerdos están bloqueados, sin embargo, identifican emociones de situaciones dolorosas que los llevan a construir sus propias vivencias, mismas que les permiten compartir como experiencias. A partir de ellas, se relacionan con las figuras del pasado.

En el albergue aprenden y se adaptan a una forma de relacionarse emocional y socialmente. Pero para ellos es un microcosmos, es decir, durante su estadía en el albergue no dimensionan lo que significa enfrentarse al mundo real. Al salir, se enfrentan a una cotidianidad compleja, dolorosa y poco agradable. Su realidad es individual, incomparable a la de otros independientemente de los hechos que hayan dado origen a su situación.

### **La vinculación dentro del albergue.**

Existen varios elementos y figuras dentro del albergue que generan vinculación afectiva, pero primordialmente:

a). **Auxiliares de albergue:** No solo se generan vínculos emocionales y afectivos con ellas, sino que generan una dependencia para su supervivencia. Son las que se encargan de inculcar hábitos y de hacerlos incorporar la disciplina como un estilo de vida. A pesar de ser figuras de autoridad, se vinculan desde el afecto y juegan el rol de las *buenas madres*<sup>34</sup>. Esta figura sustituta minimiza el dolor por el rechazo de las *malas madres*<sup>35</sup> a quienes racionalmente logran inhibir pero que emocionalmente siempre están presentes en su vida.

b). **Los amigos verdaderos:** Saben que todos sus compañeros están en las mismas circunstancias, pero son selectivos con sus verdaderos amigos a los que llaman *HERMANOS* y a los que actualmente, a varios años de haber dejado el albergue, siguen frecuentando. Incluso, algunos de ellos lograron tener una relación de pareja con quien han construido una familia.

c). **Psicóloga:** Saben que la función de la psicóloga fue ayudarlos a enfrentar y entender el pasado para vivir en armonía con su presente. Sin embargo, refieren que muchas veces tenían un vacío, que les costaba trabajo hablar de sus emociones y que no siempre tenían la oportunidad de hablar con ella.

---

<sup>34</sup> Palomar Vera, Cristina, "*Malas madres*": la construcción social de la Maternidad, Debate Feminista, Maternidades. (Volumen 30, 2004). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, p. 19. Consultado el 29 de octubre de 2020, en

[https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/1046/935](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1046/935)

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 20

d). **Maestros:** especialmente importantes para quienes cursaban dentro del albergue. Algunos de los niños los inscribían en escuelas públicas. Se les dificultaba la adaptación pues, aunque los compañeros no les hicieran *bullying*, siempre se sentían rechazados por no tener padres biológicos que hicieran acto de presencia en los eventos escolares o cuando les daban un reporte de mala conducta o bajo aprovechamiento escolar y llamaban a los padres ignorando que ellos tenían tutores. Los jóvenes perciben un constante rechazo de la sociedad, lo que en su momento se traduce en conductas agresivas de autodefensa.

De acuerdo con el subdirector del albergue, cuyo acercamiento con ellos fue eventual y principalmente de control, son niños funcionales a quienes se les ha procurado cierta calidad de vida.

*“Procuro visitarlos o llamarlos a platicar con ellos de vez en cuando para ver cómo están”*

Los informantes ex albergados manifiestan que a pesar de reconocer que tuvieron sus necesidades básicas plenamente satisfechas vivieron siempre con temor al abandono, es decir, no lograron satisfacer la necesidad de sentirse protegidos y seguros.

Por un lado, generan resistencia a involucrarse de más con otros compañeros (dificultad para relacionarse), pues en cualquier momento, alguno de ellos puede abandonar a los otros, ya sea porque sea cambiado de ubicación, porque sea adoptado, porque decida escaparse o simplemente porque a los 18 años deben abandonar el albergue.

La posibilidad de adopción es una esperanza latente, pues representa la posibilidad de tener un nuevo hogar y se alimenta día con día, pero también saben que en la medida que crecen, las posibilidades se disminuyen pues los padres adoptivos buscan niños muy pequeños.

Además, es también una amenaza pues muchas familias ya cuentan con hijos propios o adoptados y saben que pueden llegar a tener preferencias por estos hijos y mostrar rechazo por el nuevo integrante de la familia e incluso los nuevos hermanos podrían favorecer la creación de conflictos de convivencia.

A sus ojos aparece un nuevo escenario: Regresar al albergue, lo que significa no solo un golpe más a su autoestima sino la frustración de tener que volver a empezar.

Los albergues para jóvenes llegan a hospedar hasta 45 niños, pero en la actualidad, a partir de la nueva ley, el promedio es de 26 niños, pues según las autoridades, las posibilidades de integrar a los chicos a familias de acogida (parientes en segundo grado, padrinos, amigos cercanos) han aumentado. Esto ha hecho que la población albergada se haya reducido.

### **La forma en que ingresan a los albergues sigue un proceso:**

**1. Casa de inducción,** donde llegan principalmente los pequeños que vienen de familias con maltrato infantil, acoso y/o abuso sexual. En esta se establece la situación jurídica del menor independientemente de la edad de ingreso y se

determina la permanencia definitiva en el albergue. Se quedan principalmente las niñas y pueden permanecer hasta los 18 años.

2. De ahí pasan a una casa donde permanecen hasta los 11 años, mixta. En esta etapa, la trabajadora social que labora en los albergues se hace cargo de fortalecer su seguridad y elevar su autoestima. Es un ambiente generador de confianza. Favorecen a través del juego, los valores, el compañerismo, el amor por la vida, el desarrollo de las competencias personales. Es la infancia, sin duda, el momento en que las experiencias y las relaciones afectivas que se establezcan marcaran la forma en que el adolescente /adulto se va a relacionar en el futuro.

3. Existen además albergues especializados en niños con discapacidad y otros llamados albergues puente, que trabajan de forma independiente al DIF estatal.

### **La familia biológica y la familia adquirida.**

Los niños albergados han perdido total contacto con los padres biológicos y en su mayoría con el resto de la familia en segundo grado (hermanos, tíos, abuelos). Algunos de ellos llegaron al albergue con sus hermanos, pero por ser de diferente sexo y por no pertenecer al mismo grupo de edad son separados. Procuran mantener comunicación entre ellos, pero la distancia los ha obligado a construir su propio concepto de familia en el que la consanguinidad se vuelve irrelevante.

Ellos, por elección, adoptan figuras sustitutas de la madre, el padre y los hermanos, personas con las que se vinculan por amor y que son depositarias de su confianza. Procuran, respetan y conservan estas relaciones pues son elegidas con conciencia. En estos rubros se comprenden a cabalidad las diferencias entre “motivos - para” y los “motivos - de base” weberiana.

Es importante considerar que a pesar del beneficio de tener un hogar (con todos los satisfactores) la reconstrucción de un concepto de familia, acceso a la educación básica e incluso posibilidad de aprender oficios, también prevalece la necesidad de sentirse libres, pues en muchas ocasiones se sienten cautivos y controlados.

Cuando llegan a sentirse lastimados o vulnerados, reaccionan con rebeldía, enojo y huyen, buscando libertad.

Crecen como adultos funcionales, pero no logran liberarse del resentimiento hacia sus padres biológicos, ya sea por los recuerdos dolorosos almacenados a partir de la dinámica familiar o por haberlos dejado crecer en el albergue, sin hacer un esfuerzo por buscarlos o recuperarlos. Todos los jóvenes albergados dijeron que las autoridades de la institución nunca les informaron si ellos en algún momento intentaron localizar a sus familiares consanguíneos.

### **Experiencias lúdicas, recreativas.**

El juego, particularmente el fútbol, se convierte no sólo en un entretenimiento sino en un espacio catártico donde descargan sus emociones y frustraciones. Aprenden a trabajar en equipo con respeto a las reglas persiguiendo objetivos en común.

Se realizan otras actividades recreativas que sirven de relajamiento, distracción y que favorecen la sociabilidad entre ellos. Salidas de las instalaciones a visitar museos y periodos vacacionales.

Otras actividades que favorecen la vinculación entre grupos son las festividades y el rescate de las tradiciones. Además, ayudan a recrear un ambiente de familia (Navidad, Día de muertos, Día del niño, etc.).

### **Educación.**

La educación básica (primaria, secundaria y preparatoria), la cursan durante su estancia en el albergue. La mayoría son inscritos en alguna escuela pública cercana y se deben alinear como cualquier niño a las normas de la escuela (cumplir horarios, uso de uniformes, materiales escolares, etc.) Es el tutor, el encargado de realizar los trámites de inscripción y en el albergue las auxiliares los apoyan con tareas, trabajos y/o actividades extraescolares. Hay casos en los que pueden cursar la educación básica dentro del albergue.

Al salir del albergue, a los 18 años, algunos han ingresado a una carrera técnica, pero con sus propios recursos. Sólo algunos (muy pocos) logran cursar una carrera universitaria y en esos casos, el albergue puede apoyarlos hasta que la concluyan.

### **La vida después del Albergue.**

Invariablemente, los albergados deben salir e independizarse al cumplir 18 años, momento que les genera grandes conflictos:

Se revive la sensación de estar expuesto a un mundo agresivo, desconocido y sin protección

Se enfrentan a una realidad desconocida y dolorosa donde están a su suerte y tienen que poner en práctica todo lo aprendido en el albergue como su mundo de la vida cotidiana, el cual según Schütz explica es ámbito de la realidad en el cual el hombre participa continuamente en formas que son al mismo tiempo inevitables y pautadas, en las que se puede intervenir y modificar. Sin embargo, también se ve limitada su libertad de acción por las objetividades, sucesos, así como por las acciones de los *otros* (tal como se describió en el apartado correspondiente) por lo que muchos de ellos sienten que no los prepararon lo suficientemente bien para esta nueva realidad y viven la transición con angustia, temor y mucho dolor. Sin embargo, se hacen conscientes del valor de las herramientas adquiridas y buscan la manera de salir adelante.

Su vida laboral puede comenzar durante su estancia en el albergue con trabajos simples, de tiempos parciales, que no comprometan sus tiempos de estudio y recreación pero que les enseñen a valorar su esfuerzo y a dignificar su actividad. Algunos de ellos salen del albergue con un trabajo, formal o informal, suficiente para salir adelante. Otros lo han conseguido fuera y algunos optaron por hacer trabajo comunitario para recibir una beca. En cualquier caso, se sienten autosuficientes, responsables, orgullosos y realizados de haberlo logrado.

*“En CONAFE en Oaxaca allá estaba. Es ahí donde, consiguen a menores de edad, que quieren acabar su preparatoria o su universidad, entonces si tú*

*das un año de servicio ellos te becan 3, y si tú das dos años de servicio ellos te becan 6 hasta ahí llega”.*

El privilegio de cursar una carrera universitaria no está disponible para todos. Pero, si han sido alumnos ejemplares, es posible que puedan seguir apoyados por el albergue.

Para establecer nuevas relaciones fuera del albergue, buscan personas con las que se identifiquen, que compartan la misma historia, que no los juzguen para que puedan entender su presente a partir del pasado y que sepan apreciar el fondo más allá de la forma; subjetividad y significados en términos de Schütz.

Saben que han pasado por una historia de altibajos, con mucho sufrimiento, pero con satisfacciones y en la mayoría de los casos con agradecimiento. Lo que buscan ahora que son independientes es la estabilidad emocional, social, laboral y familiar y el albergue les ha dado herramientas para lograrlo. Incluso, hay parejas dentro del albergue que han formado una familia<sup>36</sup> y tienen hijos.

### **Visualización de la familia esperada.**

Construyen y desarrollan su identidad a partir de la interacción con sus pares (ex compañeros de albergue y cuidadores) pero se les dificulta la interacción con el entorno social. Lo que buscan es evitar ser lastimados y/o abandonados y eso es lo que pretenden garantizar a su propia familia actual.

Quienes ya cuentan con una familia integrada consideran que el amor, la hermandad y la solidaridad son los ingredientes más importantes.

Esperan poder dar a los hijos la seguridad, estabilidad y la contención de auténticos *PADRES*, poder dar el ejemplo que ellos no tuvieron. Es prioridad formarlos por el buen camino, aunque eso implique reprenderlos ocasionalmente.

*“Es mejor una nalgada a tiempo porque el dolor de la nalgada se les quita, pero evitas el sufrimiento psicológico que al final te daña más”*

La relación de pareja supone una interacción en tiempo y espacio que incluye la semántica social y las expectativas: normas, valores, asimetrías genéricas de lo que es el amor y la pareja amorosa. En su propia situación y la posibilidad de retomar la semántica social, para reformularla o generar nuevos significados, entablan un vínculo amoroso donde “la reciprocidad del amor significa que ambos quieren a la vez, lo que es importante para cada uno. La individualización distingue, da valor a las diferencias, hace de ellas valores absolutos, de modo que las preferencias del amado sean para el otro modelo ideal y ley, de modo que mis preferencias adquieran a mis ojos un valor ejemplar.”<sup>37</sup>, lo cual llena de contenidos vivenciales que generan un propio mundo *significativo* relacionado con la propia historización.

---

<sup>36</sup> Dentro de los informantes ex albergados, participó un matrimonio que se conocieron en el albergue, siendo niños.

<sup>37</sup> Alberoni, Francesco. (1996) *Enamoramiento y amor*. Sexta edición, Barcelona, España, Gedisa. p. 41



### **Autopercepción como seres sociales.**

Son jóvenes que han aceptado su condición y se asumen diferentes. Reconocen tener limitaciones para la convivencia social. Ante el temor al rechazo o al abandono prefieren encapsularse para protegerse de un medio ambiente hostil. Así, refieren que tienen pocos amigos, pero los pocos que tienen son verdaderamente íntimos amigos, son como hermanos.

Se asumen tranquilos y solitarios, lo que les agrada porque eso les da la paz emocional y espiritual que ellos han elegido y es como se quieren mostrar a su entorno y a sus futuras generaciones.

### **Identidad.**

Han aceptado los datos de registro en su acta de nacimiento. Sin embargo, saben que no es la original. A algunos incluso les cambiaron nombres y/o apellidos. En esos casos resulta lastimoso y se sienten vulnerados pues no comparten los mismos datos de sus hermanos biológicos.

El cambio de datos en su acta de nacimiento también les aleja de la posibilidad de encontrar a su familia e incluso a sus padres biológicos que, aunque no es su objetivo principal, sí sería una forma de recuperar su identidad, de tener claridad respecto de su origen y dar certidumbre a sus descendientes.

### **Los Valores.**

Los jóvenes que han vivido en los albergues se ven envueltos en una inercia de agradecimiento hacia aquellos sujetos sociales que los perciben como desprotegidos (desde los auxiliares, profesionales, autoridades e incluso los voluntarios).

Los ex albergados, al salir incorporan en su actuar diario los valores aprendidos, aunque prevalece el sentimiento de haber preferido recibirlos de los padres. Hoy se dan cuenta del valor de ciertas cosas, como el tener acceso a tres comidas diarias. En su momento, no eran conscientes del esfuerzo que se requiere para tener cubiertas las necesidades básicas de alimentación, vestido, limpieza, pero ahora lo revalorizan y lo agradecen.

La felicidad se construye a partir de momentos alejados de las reglas institucionales, que pueden relacionarse con situaciones de familia. Así, las salidas a vacacionar, los juegos, las festividades, se vuelven momentos memorables.

Escaparse del albergue puede significar dos cosas:

a) La necesidad de sentirse libre, de explorar el mundo real, sobre todo llegada la adolescencia puede detonar la necesidad de salir del albergue. Buscan no hacerlo solos. En la mayoría de los casos, al enfrentarse a una realidad poco amigable, regresan voluntariamente al albergue.

b) Otro detonante es cuando entran en conflicto con compañeros y/o autoridades, resurge el resentimiento y lo hacen como una expresión de rebeldía.

### **Principales carencias dentro del albergue.**

Falta de entendimiento de los auxiliares de las razones por las que ingresaron. No todos los niños son iguales, tienen diferentes historias de vida y llegaron en circunstancias distintas. Por lo tanto, el trato debe ser diferenciado.

Falta información para el personal involucrado sobre la psicología del menor que ha sido lastimado y/o abandonado. Se siguen los protocolos casi al pie de la letra, pero no consideran que son seres humanos que deben aprender a vivir en libertad, a sentir confianza en el entorno ya que éste forma y formará parte de su cotidianidad.

Las autoridades dentro del albergue reconocen debilidades, por un lado, mencionan que efectivamente se hace todo por conocer y evaluar a los pequeños desde que ingresan, médica, psicológica y académicamente, pero no se les enseña a tener un plan de vida a futuro.

Las terapias psicológicas que reciben los niños en el albergue son individuales, los ayudan a enfrentar su pasado y los preparan para vivir el presente. Pero a decir de la psicóloga que los atiende, no es suficiente, sería importante que también que participara en el proceso de adaptación al mundo real, al llegar a la mayoría de edad y deben dejar el albergue.

Consideran que es necesario que exista un área de investigación permanente que les ayude a encontrar la mejor manera de conectarse con ellos para apoyarlos mejor y siempre desde la perspectiva de ellos mismos.

Por otro lado, el personal auxiliar llega a ser insuficiente pues cubren turnos demasiado largos y hay mucho desgaste, además de que no están debidamente capacitados para atender los diferentes trastornos con los que puede llegar un pequeño. Esto es contraproducente pues los niños, al dejar de sentir la empatía y el soporte adecuados, dejan de confiar y se alejan.

A nivel dirección también sienten que el cambio frecuente de las administraciones provoca que no haya planes o programas a largo plazo que se les dé continuidad y seguimiento.

El sujeto social (servidor público) manifiesta que la corrección a la conducta de los menores es con sanciones, pero estas siempre en forma moderada, evitando los golpes. En cuanto a la atención médica y psicológica es deficiente e incierta, cuando se tiene conciencia que al albergue llegan menores con conductas delictivas o adictivas. Por ejemplo, en el caso de los agresores sexuales, no son atendidos debidamente esos trastornos disociales.

La acción significativa que los ex albergados realizan se refiere a las conductas agresivas o disruptivas ya que sus actos están basados en los actos de sus compañeros, en los actos de los *otros*<sup>38</sup>, es decir en su subjetividad donde ellos aprendieron a vincular en su corriente temporal interna el uso de la violencia para resolver los conflictos con los *otros* y lo más grave es influenciar a otros menores a realizar ese tipo de conductas. Con lo cual los albergados se van construyendo y

---

<sup>38</sup> Cfr. Schutz, Alfred. (1993) *La construcción significativa del mundo social, Introducción a la sociología comprensiva*. Paidós, Barcelona, España.

formando una identidad en esta compleja gama de relaciones con el medio, más aún cuando algunos de los actores sociales o cuidadores de los albergues pueden o no considerar el uso del castigo físico para corregirlos, se observa que también ellos tienen normalizadas algunas prácticas violentas en los estilos de crianza.

El número de niños albergados que requieren atención hace que el personal asignado sea insuficiente. La psicóloga se encarga de hacer valoraciones en los niños recién ingresados, debe atender los conflictos que surgen cotidianamente. Esto hace que no haya continuidad en los tratamientos y los niños pierdan la confianza en los profesionales y eventualmente se alejen.

Las autoridades dentro del albergue están conscientes de la falta de continuidad en las acciones, planes, programas, entre otros, para ayudarles a conseguir becas, enseñarles un oficio (carpintería, deportes, etc.) pero dar seguimiento a los jóvenes ex albergados una vez que egresan del albergue. Ayudarlos a conseguir empleos desde los 15 años. Además, no existe un programa de seguimiento para después de los 18 años, por lo que se tienen que enfrentar a la vida real por su cuenta.

Por diversas razones, ya sea, en su momento, sobrepoblación en los albergues, escasez de personal o grupos de niños conflictivos, los trasladan a otros albergues (Mamá Rosa)<sup>39</sup>, lo que provoca confusión, desapego y eleva los niveles de ansiedad.

Otra limitante está en el área infantil (desde lactantes hasta los 6 años), pues son niños que deben tener un desarrollo emocional estable, requieren que la cuidadora sea siempre la misma, que les de seguridad y los ayude a socializar, a manejar su propio enojo y saber reaccionar al enojo de los demás.

La inestabilidad emocional se relaciona directamente con la inseguridad, el retraimiento y ausencia de vínculo afectivo. La conducta de apego canaliza la afectividad y su ausencia tiene una gran importancia en la aparición de trastornos emocionales, especialmente la depresión. Existen dos aspectos del ámbito familiar que se han relacionado sistemáticamente con la autoestima de los menores; una, la importancia del apego con el cuidador principal y dos, los estilos de socialización parental así, los niños se convierten en personas emocionalmente apegadas a sus primeros cuidadores, así como los efectos emocionales que resultan de la separación<sup>40</sup>.

Hay tipos de apego en los menores que son desorientados a su inseguridad como individuos. Este tipo de apego de niños en situación de riesgo de sufrir trastornos emocionales. Se trata de niños que muestran la mayor inseguridad y cuando se reúnen con la madre o el cuidador principal tras la separación, muestran una variedad de conductas confusas y contradictorias<sup>41</sup>; los menores albergados

---

<sup>39</sup> Dos de los jóvenes ex albergados fueron trasladados al Albergue conocido como La Gran Familia, Mamá Rosa, ubicado en la ciudad de Zamora, Estado de Michoacán y durante la entrevista narraron sus experiencias durante su estancia en ese lugar.

<sup>40</sup> Cfr. Oliva Delgado, Alfredo. (2004) *Estado Actual de la Teoría del Apego*, *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*. pp. 65-81. Consultado el 17 de diciembre de 2020 en <https://psiquiatriainfantil.org/numero4/Apego.pdf>

<sup>41</sup> *Idem*.

pasan por una situación de colapso de sus estrategias conductuales. Es decir, aunque el temperamento difícil del niño no lleva directamente a la formación de un vínculo afectivo inseguro, sí limita las posibilidades de que desarrolle un apego seguro<sup>42</sup>. El estilo de apego depende del trato recibido por las principales figuras afectivas que a su vez deriva de las características personales de las mismas<sup>43</sup>.

Aunque la actitud y disponibilidad de las auxiliares es buena, la circunstancia de trabajar con niños que interactúan de manera agresiva, confusa y contradictoria es compleja y difícil de manejar.

Según los especialistas, los niños albergados que fueron maltratados es complicado que se recuperen emocionalmente en su totalidad, no logran incorporar un esquema de valores pues su significado les genera confusión, no obstante, generan su propio esquema de valores.

Aunque el ambiente institucional del albergue pudiera ser un marco de contención, que enseña hábitos, reglas de convivencia, y propicia un ambiente sano y cálido, algunos de ellos no logran fortalecer sus estructuras emocionales para enfrentarse al mundo real que les resulta incierto y agresivo.

### **Adopción.**

Se necesita tener la situación jurídica del menor, resuelta: anteriormente, resolver la situación jurídica podía tardar hasta 5 años, por lo que los recién nacidos (expósitos) llegaban a los hogares de acogida ya con 5 años de haber sido albergados. Además, para los padres que buscan adoptar, prefieren a un recién nacido.

Otra dificultad que se presentaba era que algunos menores llegaban con sus hermanos y el proceso de separación es difícil. Actualmente se está trabajando en la forma de agilizar los procesos. Incluso, se establecen los medios para que entre hermanos se visiten con frecuencia. En la medida que el niño crece, sus posibilidades de ser adoptados se reducen, esto es una realidad que además los menores perciben.

Para los menores dentro del albergue, la posibilidad de ser adoptados es un “sueño”. Sin embargo, también representa una cadena de frustraciones ya sea cuando un amigo cercano se va (se revive el abandono) cuando no se resuelve su caso en particular, es decir, no es adoptado (se revive el rechazo) y cuando se logra la adopción, pero no “embona” en el nuevo círculo familiar y es devuelto al albergue<sup>44</sup> se golpea la autoestima del menor, se revive el resentimiento y se alimenta el sentimiento de soledad.

---

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 74

<sup>43</sup> Cfr. Lafuente Benaches, Ma. Josefa, *Patrones de Apego, pautas de interacción familiar y funcionamiento cognitivo (de los 70 a los 90)*. Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología. Vol. 53, N.º. 1, 2000, España. pp. 165-190. Consultado el 18 de diciembre de 2020 en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2356868>

<sup>44</sup> Las reformas al Código Civil para el Estado de México derogaron la revocabilidad de la adopción, así como los tipos de adopción, subsistiendo solo la figura de la adopción plena que se equipara a parentesco por consanguinidad.

*"Pues pensé que ya iba a tener una familia que iba a estar bien y todo...les daban preferencia a sus hijas o sea a mí me tenían como a un lado"*

Las leyes en el Estado de México están cambiando para facilitar la reintegrar a los menores con sus familiares o con alguna familia que genuinamente se comprometa a hacerse cargo de él, aunque no existan lazos de consanguinidad con la intención de que cada vez sean menos los niños que se queden en el albergue.

Caravanas por la Justicia es una iniciativa del Gobierno del Estado de México para facilitar los procesos de adopción, a través de foros en línea se proporciona información sobre los procedimientos legales para concretar la adopción de manera más eficiente, incluso durante la pandemia.

La situación de no tener un hogar permanente y seguro donde vivir genera crisis de identidad y no puede consolidarse un sentido de pertenencia, el cual es indispensable para el desarrollo funcional en sociedad, lo cual en términos de Schütz lleva a recordar que la conducta de todos los seres humanos es resultado de la interacción, de los procesos cognitivos básicos, como son la percepción, la atención, la memoria, el pensamiento, el lenguaje, entre otros, más las emociones de cada individuo en lo particular cuando registran la información en la memoria, así como la interpretación de las mismas, es decir, el significado que se asigna a las mismas. En este proceso se identifican elementos como la conciencia, el raciocinio y la individualidad, ya que son los que determinan la esencia de cada persona y que, al momento de interactuar con los *otros* se da como resultado la conducta individual.

### **Reflexiones finales.**

El Gobierno del Estado de México realiza su mejor esfuerzo por preparar a las niñas, niños y adolescentes que ingresan a los albergues del DIF para llevar una vida digna y funcional.

La formación integral de los menores albergados implica brindarles herramientas para que se incorporen a la sociedad y se enfrenten a la vida cuando sean adultos y esto solo se puede evaluar cuando se encuentran fuera de la institución y se llega al punto considerado como meta. Todos los programas, planes y acciones institucionales encaminados a fortalecer la formación de los menores albergados deben considerar la opinión de los ex albergados para que, desde su experiencia, coadyuven a la armónica formación integral de quienes se encuentran en proceso de formación en los albergues del DIF.

Al respecto, en la formación integral de seres humanos, desde la experiencia de ex albergados, se debe considerar:

- Implementar programas a través de los cuales, los jóvenes comiencen a tener actividades y responsabilidades fuera del albergue (SIPINNA<sup>45</sup>)

---

<sup>45</sup> Secretaría de Gobernación. Sesión de instalación del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. 2 de diciembre de 2015. Disponible en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/141416/Acta-24-02-16-Sin\\_firmas.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/141416/Acta-24-02-16-Sin_firmas.pdf)

- Contar con personal suficiente para dar tiempo de calidad a cada niño, es decir evitar que las auxiliares se sobrecarguen y en consecuencia desatiendan a los menores.
- Incorporar en las jornadas diarias espacios para talleres grupales donde participen profesionales y niños y sirvan para canalizar emociones y conductas negativas y autodestructivas.
- Dar acceso a talleres a los jóvenes para que aprendan un oficio desde los 15 años y puedan empezar a ganarse la vida y proyectar su futuro antes de salir del albergue.
- Crear programas de seguimiento con los jóvenes que dejan el albergue. Comprometerlos a participar en alguna labor social dentro de la Institución por al menos por unas horas a la semana para que desde su experiencia puedan apoyar en la confianza y solidarizarse con los menores recién ingresados.
- Respecto a la adopción, aprovechar las nuevas disposiciones legales que facilitan dar al menor en adopción para que se inserten en hogares de acogida lo más temprano posible.
- Hacer jornadas de supervisión de niños en hogares adoptivos para asegurar que las condiciones, no solo económicas, sino fundamentalmente las emocionales y sociales sean las adecuadas para su desarrollo.
- Promover siempre que las relaciones entre hermanos y hermanas biológicos se mantengan estrechas, considerando que pueden ser los únicos vínculos con su origen biológico.
- Intentar una efectiva búsqueda de familiares donde eventualmente pudieran insertarse.
- Dar seguimiento y mantener lazos con los ex albergados para así, efectivamente evaluar los planes y acciones orientadas a la formación integral de menores albergados, lo cual solo se puede realizar cuando ya son adultos, tienen formada su personalidad y se puede evaluar lo que hicieron con su vida.

---

El Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) se creó, como una respuesta al mandato de la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) y, en este se formaliza un mecanismo que tiene como una de sus principales atribuciones, generar una nueva manera de realizar políticas públicas desde el más alto nivel de decisión gubernamental donde todas las niñas, niños y adolescentes puedan exigir y ejercer sus derechos humanos, ya no como objetos de protección, sino como responsables de decidir y opinar lo que consideran mejor para ellas y ellos.

Aun cuando cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 2002, ya se había pronunciado al respecto, al considerar a los menores verdaderos sujetos titulares de derechos y no solo objeto de protección. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consultada el 2 de noviembre de 2020, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Algunos programas para niños albergados como los que desarrolla el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA), proponen nuevos modelos de intervención, los cuales aún no se aplican en los albergues del Estado de México. Dentro de estos se propone un esquema en que los jóvenes puedan entrar y salir del albergue de forma supervisada, pero cotidiana para que, de forma gradual se familiaricen con la vida independiente fuera del albergue y adquieran responsabilidades.

## Referencias

- Alberoni, Francesco. (1996) *Enamoramiento y amor*. Sexta edición, Barcelona, España, Gedisa.
- Dreher, Jochen. (2012). *Fenomenología: Alfred Schütz y Thomas Luckmann*, en De la Garza Toledo, Enrique y Leyva, Gustavo (Eds.), *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales* (pp. 96 - 133). México: UAM-FCE.
- Krippendorff, Klaus. (1990). *Metodología de análisis de contenido. Teoría y Práctica*. Barcelona, Paidós.
- Lafuente Benaches, Ma. Josefa, *Patrones de Apego, pautas de interacción familiar y funcionamiento cognitivo (de los 70 a los 90)*. Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología. Vol. 53, N.º. 1, 2000, España. pp. 165-190. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2356868>
- Maslow, Abraham H. (1999). *La personalidad creadora*. Sexta ed. Barcelona, Kairós.
- Oliva Delgado, Alfredo. (2004) *Estado Actual de la Teoría del Apego, Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*. pp. 65-81. Disponible en <https://psiquiatriainfantil.org/numero4/Apego.pdf>
- Palomar Vera, Cristina. *Malas madres: la construcción social de la Maternidad*, Debate Feminista, Maternidades. (Volumen 30, 2004). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, p. 19. Disponible en [https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/1046/935](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1046/935)
- Schütz, Alfred. (2015). *El problema de la realidad social*, 3a ed., Buenos Aires: Amorrortu.
- Schütz, Alfred. (1993) *La construcción significativa del mundo social, Introducción a la sociología comprensiva*. Paidós, Barcelona, España.
- Schütz, Alfred. (1932). *Fenomenología del mundo social: introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires: Paidós.

## Otras referencias

- Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas. (2015) Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México. Observaciones Finales CRC/C/MEX/CO/4-5.

Disponible en

[https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/CRC\\_C\\_MEX\\_CO\\_4-5.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf)

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. Disponible en

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consultada el 2 de noviembre de 2020, disponible en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños. Un marco de Naciones Unidas. Aldeas Infantiles SOS Internacional (2009) Disponible en [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3836\\_d\\_SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3836_d_SOSDirectrices-Cuidado-Alternativo-Ninos.pdf.pdf)

Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Diario Oficial de la Federación de 4 de diciembre de 2014. Disponible en

[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdonna/LGDNNA\\_orig\\_04dic14.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdonna/LGDNNA_orig_04dic14.pdf)

Naciones Unidas, Asamblea General. Sexagésimo cuarto período de sesiones.

Naciones Unidas, Asamblea General. Sexagésimo segundo período de sesiones.

Naciones Unidas, Asamblea General. Sexagésimo tercer período de sesiones.

Resolución A/RES/62/140, de 18 de diciembre de 2007. Disponible en

[https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/62/140&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/140&Lang=S)

Resolución A/RES/63/241, de 24 de diciembre de 2008. Disponible en

<https://undocs.org/es/A/RES/63/241>

Resolución A/RES/64/142, de 18 de diciembre de 2009. Disponible en

<https://undocs.org/es/A/RES/64/142>

Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

Secretaría de Gobernación. Sesión de instalación del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. 2 de diciembre de 2015. Disponible en

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/141416/Acta-24-02-16-Sin\\_firmas.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/141416/Acta-24-02-16-Sin_firmas.pdf)



## **DERECHO PENAL**

## Estupro virtual e sua tipificação penal: um estudo comparado (\*)

### Virtual rape and its criminal typification: a comparative study

### Violación por internet y su tipificación criminal: un estudio comparativo

Cristina Machado<sup>1</sup>

Eduarda Prado<sup>2</sup>

Margareth Vetis Zaganelli<sup>3</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1. O estupro realizado no meio virtual. 2. As mudanças na tipificação do crime de estupro por advento da Lei nº 12.015/09. 3. O ato libidinoso praticado através do meio virtual. 4. Os avanços no entendimento do estupro de vulnerável. 5. Direito comparado. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

---

(\*) Recibido: 04/01/2021 | Aceptado: 20/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

- <sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2755591924093942>  
[cristinafcaiado@gmail.com](mailto:cristinafcaiado@gmail.com)
- <sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8037448912584520>  
[eduardaprado07@gmail.com](mailto:eduardaprado07@gmail.com)
- <sup>3</sup> 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 “Direito, tecnologias e inovação” (UFES). Colaboradora no projeto Erasmus+ Jean Monnet Module ‘Le tecnologie ‘morali’ emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività’ e é membro dell’*Erasmus+KA107 Learning Mobility of Individuals*, entre a Università di Milano-Bicocca (UNIMIB) e a Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).  
[mvetis@terra.com.br](mailto:mvetis@terra.com.br)

**Resumo:** Hodiernamente, em razão do avanço tecnológico vivenciado pela sociedade, tem-se que a utilização maliciosa do meio virtual pode o transformar em instrumento para o cometimento de crimes, como o do estupro virtual. O artigo trata do crime do estupro virtual, estabelecendo como objetivo geral a análise deste tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 213 do Código Penal, cujo *caput* foi alterado pela Lei nº 12.015 em 2009, além do estudo de casos concretos internacionais no que concerne à temática do estupro virtual, como dos Estados Unidos, Suécia e Canadá. Para atingir esse objetivo, foi utilizada metodologia descritiva qualitativa à luz do Direito Comparado, com base em pesquisa bibliográfica, além de material veiculado na mídia. Essa análise buscou demonstrar como a percepção da possibilidade de que o estupro seja praticado virtualmente é recente não apenas no regime jurídico brasileiro, mas bem como no de outros países, evidenciando-se a importância do estudo dessa matéria de modo que haja tratamento jurídico mais uniforme dessa conduta, facilitando o enquadramento jurídico do crime do estupro virtual e, também, ampliando o conhecimento público acerca de sua existência.

**Palavras-chave:** Estupro virtual, Lei nº 12.015/2009, Crimes virtuais, Direito Comparado.

**Abstract:** *Nowadays, due to the technological advance experienced by society, the malicious use of the virtual environment can transform it in an instrument to commit crimes, such as the virtual rape one. This paper is about the crime of virtual rape, establishing as a general aim the analysis of this criminal type in the Brazilian legal system, through of the article 213 of the Penal Code, whose caput was changed by the brazilian Law nº 12.015 in 2009, and also the study of concrete cases in the international legal systems regarding the theme of virtual rape, such as in the United States of America, Sweden and Canada. In order to accomplish this goal, a qualitative descriptive methodology in a Comparative Law perspective was used, based on bibliographic research, in addition to material published in the media. This analysis sought to demonstrate how the perception on the possibility that the crime of rape can be committed virtually is not only recent in the Brazilian legal system, but also in other countries, highlighting the importance in studying this matter so that there is a more uniform legal treatment of this conduct, facilitating the legal framework of the crime of virtual rape and, besides that, expanding the public knowledge about its existence.*

**Keywords:** *Virtual rape, Law nº 12.015/2009, Virtual crimes, Comparative Law.*

**Resumen:** En los días actuales, debido al avance tecnológico experimentado por la sociedad, se sabe que el uso malintencionado del entorno virtual termina transformándolo en un instrumento para la comisión de delitos, como el de la violación por internet. El artículo trata del delito de violación virtual, estableciendo como objetivo general el análisis de este tipo delictivo en el ordenamiento jurídico brasileño a través del artículo 213 del Código Penal, cuyo texto fue modificado por la Ley brasileña nº 12.015 de 2009, además del estudio de casos concretos internacionales sobre el tema de la violación por internet, como de los Estados Unidos, de Suecia y de Canadá. Para lograr este objetivo, se utilizó metodología descriptiva cualitativa a la luz del Derecho Comparado,

basada en la investigación bibliográfica, además de material publicado en los medios de comunicación. Este análisis buscó demostrar cómo la percepción de la posibilidad de que la violación se practique virtualmente es reciente no solo en el régimen legal brasileño, sino también en otros países, evidenciando la importancia de estudiar este asunto para que exista un tratamiento legal más uniforme de esta conducta, facilitando el marco legal del delito de violación virtual y, además, ampliando el conocimiento público sobre su existencia.

**Palabras clave:** Violación por internet, Ley nº 12.015/2009, Delitos virtuales, Derecho Comparado.

---

## Introdução

É notório que a globalização e o avanço das tecnologias geraram enormes impactos positivos na contemporaneidade, tal como a maior e mais rápida difusão de informação, além de ser mecanismo que intensifica a liberdade de expressão e a comunicação. Há enormes benefícios e vantagens, sendo novos dispositivos e plataformas *online* constantemente criados. No entanto, concomitantemente a isso, surgem novas formas de propagação de violência através dos meios digitais, tal como o estupro virtual, objeto de análise deste estudo.

A modalidade do crime de estupro se ampliou em razão das alterações promovidas pela Lei nº 12.015 de 2009 no artigo 213 do Código Penal, o que tornou possível a configuração do crime de estupro virtual em face da utilização do ambiente virtual de maneira errônea e perigosa, em clara violação ao direito da privacidade e da dignidade humana, estes constitucionalmente garantidos. A propagação do machismo ocorre, inclusive, nos meios eletrônicos, sendo irrefutável a constatação de que há inegável correlação entre o machismo e a violência cometida contra mulheres no ciberespaço por meio do estupro virtual, ainda que o cometimento do crime não seja restrito ao gênero feminino.

No estupro virtual, o agressor pode ser uma pessoa conhecida da vítima, alguém com quem esta já se relacionou no passado ou que conheceu virtualmente, que abusa da confiança depositada pela vítima, constringendo-a a praticar atos libidinosos sob ameaça de publicação de fotos íntimas em rede social, ou ainda ser alguém que a vítima nem ao menos conhece, tal como um hacker, sendo visível o fato de que esse crime definitivamente não possui barreiras geográficas, podendo ocorrer até mesmo com pessoas situadas em países diferentes de seu agressor.

O presente artigo objetiva evidenciar a propagação da cultura do estupro no meio digital, demonstrando como o avanço dos meios tecnológicos ampliou as maneiras de cometimento de crimes. Busca-se demonstrar a complexidade do estupro virtual, que ainda possui pouca notoriedade pública, e como possui consequências impactantes na vida da vítima.

Pretende-se realizar um estudo comparado da prática do estupro virtual em diferentes ordenamentos jurídicos, com foco no brasileiro, mas com análise de como a prática é regulada e se é tipificada nos sistemas legais estadunidense, sueco e canadense. Para isso, será utilizada uma metodologia descritiva qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica, através de artigos científicos, legislações penais, reportagens jornalísticas sobre a temática e casos concretos, bem como os principais bancos de dados disponíveis.

## **1. O estupro realizado no meio virtual**

A cultura do estupro está presente na sociedade desde os tempos imemoriais. Essa cultura permanece vigente atualmente pela perpetuação e manutenção de uma sociedade patriarcal e repressora que normaliza comportamentos violentos e machistas e, ao mesmo tempo, busca culpabilizar a vítima do crime (SOMMACAL; TAGLIARI, 2017), o que gera inúmeras repercussões negativas em sua vida, pois além de ter sido vítima do agressor, também é da própria sociedade, em razão da postura adotada por esta em face da ocorrência do delito. Sob esse viés, ocorre, na realidade, uma violência duplicada (LIMA, 2012, p. 20, apud SOMMACAL; TAGLIARI, 2017).

É evidente que o crime de estupro é um crime de gênero, haja vista que a maior parte das vítimas é do sexo feminino (SOMMACAL; TAGLIARI, 2017), fator que não pode ser ignorado nesta análise, pois é claramente visível a incidência de “valores e convenções de gênero que invertem a vitimização feminina” (ROST; VIEIRA, 2015). A diferença de tratamento de gênero advém de uma construção social que reiteradamente visualiza e situa o homem em uma posição de poder, e a mulher em uma posição de subordinação e de objetificação (DIOTTO; SOUTO, 2016).

Diante disso, percebe-se como o crime de estupro está, indubitavelmente, associado a uma noção de poder, tal como registra Soares (1999, p. 125 apud DIOTTO; SOUTO, 2016), sendo “uma violência masculina que se exerce contra as mulheres pela necessidade dos homens de controlá-las e de exercer sobre elas o seu poder”, e que atenta contra a liberdade sexual da vítima. A ideia de que o estupro está, na realidade, associado à vontade do homem de possuir poder sobre os outros, e que nega que seja movido por desejo sexual masculino, supostamente “incontrolável” em razão de pré-determinação biológica, foi desenvolvida a partir dos anos 1960 e 1970 em movimento ativista formado por mulheres nos Estados Unidos e na França (ROST; VIEIRA, 2015).

O crime do estupro tipificado no Código Penal, anteriormente à modificação realizada pela Lei nº 12.015/2009, exigia a necessidade de conjunção carnal para que houvesse sua tipificação. No entanto, de modo a acompanhar a realidade social e as mudanças ocorridas na sociedade, houve a ressignificação da noção “clássica” do ilícito penal do estupro, que não restringe mais a tipificação do crime à ocorrência da conjunção carnal. Dessa maneira, é cabível visualizar uma nova modalidade desse crime, o estupro virtual.

A necessidade dessa nova modalidade está diretamente atrelada ao uso das inovações tecnológicas para além de sua utilização de maneira positiva. Principalmente após o uso da rede de computadores mundial ser popularizado nos

anos 80, os meios digitais passaram a ser utilizados de maneira errônea com maior frequência, visando ao cometimento de crimes anteriormente apenas possíveis de serem praticados fisicamente (CAMARGO, SANTOS, 2019), como o do estupro por meio de um mecanismo virtual, o que reflete o grande impacto causado pelas novas tecnologias.

Segundo Camargo e Santos (2019), “toda atividade onde um computador ou uma rede de computadores é utilizada como uma ferramenta, base de ataque ou como meio de crime é conhecido como cibercrime”, podendo ser chamado, dentre outras denominações, como crime digital também. Nota-se, portanto, que por meio da rede mundial de computadores foi possível a ampliação das maneiras de como os ilícitos penais podem ser realizados, havendo inclusive uma maior dificuldade de identificação dos agressores quando a conduta é praticada virtualmente (VIGNOTO; SILVA, 2019).

O agressor do crime de estupro virtual, normalmente hacker ou alguém com o qual a vítima já se relacionou, possui fotos íntimas da vítima e, através da utilização de um computador, celular, ou qualquer outro meio digital, a constrange, por meio de grave ameaça ou violência, a praticar atos libidinosos ou até mesmo a inserir objetos em suas partes íntimas, enviando fotografias e vídeos dos atos para seu agressor. A vítima, receando que o criminoso libere as fotos íntimas que possui, é coagida a praticar os atos, numa tentativa de preservar sua imagem e sua dignidade perante a sociedade e família (NUNES; COSTA, 2019 e ALVES NETO, 2019).

Ainda que o cometimento do estupro virtual se dê em ambiente digital, não é possível desatrelar sua ocorrência ao que já foi exposto atinente à cultura do estupro. Portanto, tem-se a propagação dessa mesma cultura que se refere à forma “clássica” do ilícito, que se dá através de conjunção carnal, no que tange a sua realização em meio virtual, de modo que é possível visualizar pela ocorrência desse crime como o sistema patriarcal está impregnado nas raízes da sociedade, pois até mesmo no meio digital ocorre essa violência contra a mulher. Assim, é perceptível que o ambiente virtual se tornou palco para disseminação dessa violência, reforçando-a (GRECO; GRECO, 2020).

O primeiro caso julgado no Brasil enquadrado como estupro virtual ocorreu em Teresina, Piauí, no qual o juiz Luiz de Moura Correia da Central de Inquéritos de Teresina decretou a prisão de homem que cometeu o crime de estupro praticado através da Internet contra sua ex-namorada. Ainda que não tenha tido contato físico com a vítima, o agressor, através do uso de perfil falso na rede social Facebook, a constrangia a praticar atos libidinosos em si mesma e a lhe enviar novas fotografias e vídeos sexuais, mediante ameaça de divulgar fotos íntimas que já possuía da vítima (ALENCAR, 2017).

Na decisão em que foi decretada a prisão temporária e autorizada a busca e apreensão domiciliar, disponibilizada com as devidas restrições para preservar a intimidade da vítima, o juiz reconhece a indispensabilidade da Internet na contemporaneidade, mas também os novos problemas provenientes de seu uso, os quais podem acarretar em violações aos direitos das pessoas. Em sua fundamentação, o magistrado dispõe que a conduta praticada pelo agressor é conhecida como sextorsão (*sextortion*), termo que teve origem nos Estados Unidos (ALENCAR, 2017), com a agregação das palavras “sexo” e “extorsão”, e que diz

respeito a uma forma de obtenção de vantagens sexuais por meio da ameaça que se dá em uma relação de poder (SYDOW; CASTRO, 2015).

O termo *sextortion* foi utilizado oficialmente pela primeira vez em uma declaração do Federal Bureau of Investigation (FBI) em 2010, em um caso em que o investigado havia hackeado a webcam e o microfone da vítima, e passou a ameaçar de expô-la caso ela não o obedecesse (ALENCAR, 2017). À vista disso, o estupro virtual é uma das diversas modalidades de *sextortion*, em que o agente ameaça expor na Internet supostas fotos ou vídeos de conteúdo sexual da vítima para que esta pratique, contra a sua vontade, a automasturbação.

Nesse sentido, a decisão tomada pelo juiz Luiz de Moura Correia reconheceu que a vítima do estupro virtual, *in casu*, sofreu coação moral irresistível, atuando como *longa manus* do agressor (ALENCAR, 2017), ou seja, como seu instrumento para prática da infração penal, sendo que o domínio de fato, em outros termos, o controle da situação, pertence ao agressor, que é o autor mediato do delito (GRECO, 2019, p. 557-558).

Ante o exposto, é visível como o crime do estupro virtual é algo que ocorre na sociedade contemporânea, possibilitado em razão dos inúmeros meios tecnológicos presentes e à disposição das pessoas para que os utilizem. Diante disso, é de incontestável importância a tipificação e o estudo desse tipo penal, principalmente pelo fato de que é matéria que ainda possui pouca notoriedade pública, por ser recente no Brasil, vez que o primeiro caso enquadrado como estupro virtual ocorreu apenas em 2017.

## **2. As mudanças na tipificação do crime de estupro por advento da Lei nº 12.015/09**

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, trouxe significativas mudanças ao Título VI da Parte Especial do Código Penal vigente (Decreto-Lei nº 2.848/1940), a começar pela substituição de sua rubrica, anteriormente intitulada “Dos crimes contra os costumes”, para “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Dessa forma, sendo a dignidade sexual o bem jurídico tutelado, pretende-se proteger a liberdade sexual e o direito de escolha do indivíduo.

Em respeito à personalidade e dignidade humanas, a liberdade sexual individual garante a todas as pessoas o direito de manifestar suas necessidades sexuais da forma que melhor entender. Portanto, o exercício da sexualidade deve ser pautado apenas na vontade consciente do sujeito, em que somente este pode dispor sobre como, quando, onde e com quem a relação se concretizará (BITENCOURT, 2018, p. 45-46).

Para tanto, o referido diploma legal ampliou o conceito de estupro ao unir os artigos 213 e 214 que tratavam, respectivamente, sobre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, de modo que o crime de estupro começou a ser definido como a prática de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 2009).

O estupro, na acepção instituída originalmente pelo Código Penal de 1940, era o ato de constranger uma mulher, por meio de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, no qual se exigia para a configuração do crime que a vítima fosse do sexo feminino e que o constrangimento decorresse da cópula vagínica. Com as alterações realizadas neste tipo penal, além da interpretação de estupro ter sido ampliada com a inclusão das figuras delitivas previstas no antigo delito de atentado violento ao pudor, este se tornou crime comum, em que homens e mulheres, indistintamente, podem figurar como sujeito ativo ou passivo (BITENCOURT, 2018, p. 52).

Portanto, o crime de estupro passou a ser considerado como a prática forçada de atos libidinosos no geral, entendidos como todo ato lascivo e voluptuoso que, movido pela concupiscência sexual, tem por objetivo o prazer carnal (JESUS, 2020, p. 141).

Com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/09, a norma penal passou a prever duas espécies distintas de estupro: de constrangimento à conjugação carnal e de constrangimento à prática de outro ato libidinoso.

No que tange à primeira modalidade de estupro, trata-se da cópula vagínica não consentida, que corresponde à relação heterossexual, entre um homem e uma mulher, no qual ocorre a penetração total ou parcial do órgão masculino na cavidade vaginal da mulher (BITENCOURT, 2018, p. 53).

Já a segunda modalidade típica de estupro, de maneira mais ampla, corresponde aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como o sexo oral, o coito anal, o uso de instrumentos ou dos dedos para a penetração no órgão sexual, bem como a cópula vestibular, em que não ocorre a penetração. Em tais casos, a relação interpessoal não é necessariamente heterossexual, podendo perfeitamente ocorrer entre dois indivíduos do mesmo sexo (BITENCOURT, 2018, p. 50).

Nessa última espécie de estupro, o delito se configura quando alguém é constrangido a praticar ou a permitir que se pratique ato libidinoso. Na forma 'praticar' a vítima é obrigada a executar o ato, ou seja, a assumir uma posição ativa; e na forma 'permitir' esta é submetida à violência passivamente, em que a iniciativa compete exclusivamente ao autor do crime ou de terceiro (JESUS, 2020, p. 129-130).

A intervenção, ativa ou passiva, do ofendido para a consumação do ato libidinoso é imprescindível. O estupro deve violar o corpo da vítima, o que não significa dizer que este contato deva ser realizado necessariamente com o autor do crime, assim como dispõe Rogério Greco (2020):

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito do estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar (GRECO, 2020, p. 50).

Destaca-se que sem a intervenção material do ofendido, o ato delitivo não se configura como libidinoso, podendo, a depender das particularidades do caso concreto, ser tipificado como satisfação de lascívia na presença de criança ou



adolescente, descrito no artigo 218-A do Código Penal, ou do constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do mesmo diploma legal (JESUS, 2020, p. 131).

Portanto, a atual definição de estupro possibilita que o ato libidinoso seja consumado mesmo sem o contato físico entre o agente e o ofendido, podendo ocorrer por meio de terceiro ou mesmo nos casos em que a vítima, através de violência ou grave ameaça, é forçada a realizar a automasturbação, o que ocorre no estupro realizado no meio virtual.

### **3. O ato libidinoso praticado através do meio virtual**

Conforme o exposto, a disseminação do uso de ferramentas tecnológicas no cotidiano social trouxe inúmeras benesses para os mais diversos campos da sociedade, mas o seu mau uso, por outro lado, gerou novos atos ilícitos até então não tipificados e possibilitou que crimes anteriormente praticados apenas na forma física fossem também realizados através do meio virtual.

À vista disso, dentre as diversas formas de classificação desenvolvidas por Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2016), os denominados crimes informáticos podem ser divididos como próprios ou impróprios.

Nos crimes próprios, a tecnologia é o bem jurídico violado. Contudo, o Código Penal vigente, em sua redação original, não previu tais crimes uma vez que este diploma legal fora desenvolvido no final da década de 1930, momento anterior à ascensão dos meios virtuais como forma de comunicação e de difusão de informações. Dessa forma, sem tipo penal próprio, muitos desses delitos não podem ser enquadrados criminalmente.

Nos crimes impróprios, por sua vez, a tecnologia é utilizada como instrumento para ferir bens jurídicos tutelados pelo Código Penal. Ou seja, neste caso o ambiente digital apenas ampliou a forma com que as condutas delitivas previstas na legislação criminal vigente são realizadas (JESUS; MILAGRE, 2016, p. 54).

Portanto, o denominado estupro virtual é um crime informático impróprio que em nada se difere do estupro tipificado no Código Penal, pois o ato delitivo possui todos os requisitos necessários previstos no artigo 213, quais sejam: a vontade consciente do agente de constranger alguém a praticar ou permitir que se pratique a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso; a diminuição da capacidade de resistência da vítima através do emprego de violência ou grave ameaça; e a violação de seu corpo através do contato físico ou corpóreo.

À vista disso, o elemento subjetivo necessário para o reconhecimento do crime de estupro é o dolo, composto pela vontade consciente de compelir o ofendido à prática de ato libidinoso ou permitir que com ele se pratique, não importando a motivação.

O dolo exige um processo intelectual-volitivo no qual o agente deve agir, necessariamente, com consciência da ilicitude de seus atos e de acordo com suas próprias vontades. O agir consciente importa no conhecimento prévio de todos os elementos do tipo, antevendo, principalmente, o resultado a ser produzido pela ação e os seus possíveis desdobramentos. Já o elemento volitivo consiste na prática da ação delitiva pautada pela vontade do agente, o que inclui o resultado obtido, os

meios por ele utilizados e as consequências secundárias de sua atuação (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., 2019, p. 130-131).

Assim, ciente de que não possui o consentimento da vítima, o autor age com vontade de constrangê-la à prática do ato sexual. De igual modo, no estupro através dos meios virtuais o agente age dolosamente contra a vontade da vítima que, apesar de estar geograficamente distante de seu ofensor, tem a sua capacidade de reação por ele reduzida.

Destaca-se que a resistência no crime de estupro deve ser verdadeira e evidente. A vítima tem que exteriorizar a sua vontade de evitar o ato ilícito, sendo tal manifestação anulada pela violência ou grave ameaça empregada pelo agente (JESUS, 2020, p. 128). Contudo, não é necessário que o ofendido arrisque sua vida para se defender, mas apenas que se oponha durante todo o ato, devendo a resistência ser verdadeira e autônoma (MESTIERI, 1982, p. 82-83).

Na modalidade virtual, o agressor, ainda que distante fisicamente, impede que a vítima atue de acordo com seus pensamentos, escolhas e vontades, amedrontando-a de tal forma que esta não consegue ignorar ou denunciar aos órgãos competentes, como ocorre na ameaça de vazamento de vídeos íntimos na internet.

Assim, o agressor, conscientemente, utiliza da violência ou da grave ameaça para suprimir a capacidade de resistência da vítima a ponto desta não conseguir se proteger ou se desobrigar da prática forçada do ato sexual. No emprego da violência como *modus operandi*, aplica-se a força física, *vis corporalis*, podendo o agente se valer tanto da própria força corporal, como de meios externos para praticá-lo. Já a grave ameaça decorre da violência moral, em que o agente utiliza gestos, atos, escritos ou qualquer outra forma capaz de afetar o ofendido de tal maneira que o leve a pensar que não há outra opção senão realizar as vontades de seu agressor (BITENCOURT, 2016, p. 56).

Insta destacar que a violência moral não precisa ocorrer contra a própria vítima, podendo o agente ameaçar de dano pessoas ou coisas queridas pela vítima a fim de obrigá-la a cometer um ato libidinoso (MESTIERI, 1982, p. 74-75). Nesse sentido, o estupro virtual pode perfeitamente ocorrer através desta modalidade, nos casos em que o ofensor sequestra um familiar do ofendido ou ameaça destruir algo que lhe é extremamente estimado, obrigando-o se masturbar diante de uma câmera de vídeo.

Portanto, torna-se plenamente possível o estupro na modalidade virtual, uma vez que o ciberespaço é somente o meio utilizado pelo agente para efetivar o constrangimento da vítima, no qual esta é forçada a realizar um dos diversos tipos de ato libidinoso, que não a conjunção carnal. Nesse sentido, é possível observar que o caso de Teresina possui todos os elementos do tipo penal, no qual o agente constrangeu a vítima (sua ex-namorada), mediante grave ameaça (ao ameaçar divulgar imagens íntimas da vítima na internet) a praticar um ato libidinoso (automasturbação).

Logo, ainda que o constrangimento da vítima ocorra no meio virtual, o ato ilícito se concretiza no mundo real com a efetiva violação do corpo da vítima. Dessa forma, em razão do crime de estupro necessitar da moléstia física para ser consumado, mas não do contato físico entre agente e vítima, o uso da internet para

suprimir a capacidade de resistência da vítima em nada interfere na tipificação da conduta.

#### 4. Os avanços no entendimento do estupro de vulnerável

Em consonância com a doutrina majoritária, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a contemplação lasciva é suficiente para a configuração dos tipos penais previstos nos artigos 213 e 217-A do Código Penal, que tratam sobre estupro e estupro de vulnerável, respectivamente. Desse modo, em tais crimes, o contato físico entre o agente e a vítima é irrelevante.

A Corte Superior chegou nesta conclusão ao julgar o recurso em *habeas corpus* de nº 70.976/MS, em que o agente conduziu a vítima, uma menina de dez anos de idade, a um motel, obrigando-a se despir perante um adulto que pagou para contemplar a sua nudez, sem haver a prática sexual forçada (BRASIL, 2016).

Cumprido destacar que as vítimas de estupro de vulnerável, em especial aquelas menores de catorze anos, também estão sujeitas ao estupro na modalidade virtual. Isto ocorre em razão de muitas crianças e adolescentes possuem acesso irrestrito à Internet, podendo ser induzidas a praticar atos libidinosos consigo mesmas, gravar tais atos e os enviarem para um adulto, o agente do crime, que, por vezes, utiliza este conteúdo como arma para obter ainda mais (SOARES; MARTINS, 2017, p. 225).

São inúmeras as situações em que a vítima é levada, por meio dos ambientes virtuais, à prática de atos libidinosos, de modo que a tipicidade neste tipo de estupro deve ser reconhecida e igualmente punida, pois fere a dignidade e a liberdade sexual do indivíduo.

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei de nº 3.628/2020, de autoria do deputado Lucas Redecker, que propõe a tipificação do estupro virtual de vulnerável. A proposta pretende adicionar ao Código Penal vigente o artigo 217-B, que teria a seguinte redação: “Assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, menor de catorze anos a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita”, sendo a pena de reclusão, de quatro a doze anos (PROJETO DE LEI, 2020).

O projeto deseja mover para o Código Penal a conduta tipificada no artigo 241-D, parágrafo único, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990), que consiste em assediar, instigar ou constranger, através de qualquer meio de comunicação, criança menor de catorze anos, para que esta se exponha de forma pornográfica ou sexualmente explícita. Nesse caso, a proposta quer ainda estender a aplicação de tal diploma legal para todos aqueles considerados vulneráveis, em razão de enfermidade ou deficiência mental.

Portanto, ainda que parte da doutrina se oponha à equiparação do estupro virtual com o estupro real, o Poder Legislativo, bem como o Judiciário, está caminhando para tal interpretação em face das necessidades da sociedade atual, que está sujeita à prática de ilícitos no meio tecnológico.

## 5. Direito Comparado

Conforme foi demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro não limita a tipificação do crime de estupro à exigência de contato físico entre a vítima e o agressor, o que foi possível devido à modificação realizada no dispositivo referente ao delito pela Lei nº 12.015/2009, que possibilitou essa ampliação. Diante dessa constatação, é possível a interpretação de jeito que se reconheça o estupro virtual como crime enquadrado no artigo 213, de maneira que essa conduta ilícita, de recorrente ocorrência nos dias atuais, seja tratada pelo Código Penal.

Percebe-se, entretanto, por meio de estudo de casos concretos de outros países, que existe disparidade na percepção e, por conseguinte, no tratamento jurídico dessa conduta por outras legislações penais, pois nem todas entendem que há configuração do crime de estupro quando não há contato físico, além de que existe notória dificuldade de seu enquadramento como crime de estupro virtual, haja vista a ausência de lei expressa nesse sentido, sendo uma temática pouco estudada e de insuficiente notoriedade pública.

Sob essa ótica, cabe destacar que até mesmo o ordenamento jurídico dos Estados Unidos, país no qual o termo sextorsão (*sextortion*) foi usado pela primeira vez em investigação pelo Federal Bureau of Investigation (FBI), possui dificuldade no enquadramento penal do ilícito, que acaba sendo tipificado como pornografia infantil, extorsão, hacking, entre outros, mas não como sextorsão (NILSSON; PEPELASI; IOANNOU; LESTER, 2019). Essa prática, ainda que legalmente não exista, é definida como uma “nova maneira de extorsão através de uma rede de computadores, envolvendo alguma ameaça - geralmente, mas não sempre, a ameaça de liberar fotos íntimas da vítima - se a vítima não praticar algum tipo de atividade sexual” (WITTES; POPLIN; JURECIC; SPERA, 2016b, *tradução nossa*).

Existem diversos casos nos Estados Unidos que envolvem situações equivalentes a de estupro virtual, no entanto, tal como registra o Brookings Institution, não existe legislação em nível federal ou estadual para tratar a sextorsão (WITTES et al, 2016b), motivo pelo qual há enorme discrepância no tratamento jurídico relativo a essa conduta, principalmente no que diz respeito a idade das vítimas, visto que as leis de pornografia infantil, as quais são extremamente rigorosas, deixam de ser aplicáveis em vítimas maiores de idade (SMITH, 2016).

Essa falta de uniformidade quanto às leis estaduais e federal pode ser observada a partir dos casos analisados pelo Brookings Institution dos agressores Blankenship e Simone. Ambos ameaçaram expor as fotos íntimas de suas vítimas caso elas não realizassem os atos sexuais demandados virtualmente. Simone, com vinte e duas vítimas, foi condenado em corte estadual a apenas um ano de prisão e a dois anos de prisão domiciliar (*home confinement*), enquanto Blankenship, que tinha uma vítima, foi condenado em âmbito federal a doze anos de prisão (WITTES; POPLIN; JURECIC; SPERA, 2016a e MALINOWSKI, 2014). É irrefutável, a partir desses casos, como a corte federal estadunidense é mais rígida do que as estaduais quanto a casos que envolvem exploração sexual por meio da Internet, principalmente quando a vítima é menor de idade.

No caso *Hutchinson v. United States of America*, o americano Tremain Hutchinson utilizava um website no qual criou perfis falsos fingindo ser um

adolescente, com intuito de enganar menores e convencê-los a mandarem fotos íntimas. A partir do momento em que Hutchinson tinha sucesso, ele demandava que as vítimas mandassem fotos e vídeos praticando atos sexuais através da inserção de objetos em suas genitálias, ou até mesmo que realizassem com outras pessoas, tal como fez quando coagiu adolescente de quinze anos a praticar sexo oral em seu irmão de treze, sob ameaça de exposição ou de violência física (ESTADOS UNIDOS, 2014).

*In casu*, há relatos dos familiares das vítimas expondo os danos psicológicos causados pela conduta do agressor, os quais reportam que as vítimas precisaram de acompanhamento psicológico, passaram a ter tendências suicidas e, em alguns casos, tentaram se suicidar. Diante das particulares desse caso, Hutchinson foi condenado à prisão perpétua por acusações envolvendo aliciamento e exploração sexual de menores, e entre os fundamentos que embasaram a sentença de condenação, ressalta-se o da necessidade de “refletir a seriedade da prática dessa conduta” (ESTADOS UNIDOS, 2014).

A intensa repercussão negativa que o cometimento da prática de sextorsão causa na vida das vítimas é um dos motivos para essa necessidade, vez que é um dos fatores que levam as vítimas a se suicidarem, além de causar diversos outros problemas psicológicos (NILSSON et al, 2019) que impactam suas vidas e de seus familiares de modo permanente. Segundo o Brookings Institution, as vítimas desses casos “sentem uma justificada sensação de impotência e vulnerabilidade: elas estão a mercê de seus hackers. As vítimas descreveram que se sentiram como um “escravo” dos hackers durante o esquema da sextorsão” (WITTES et al, 2016b, tradução nossa).

Em outro caso americano, *United States v. Jared James Abrahams*, o agressor, um estudante de ciências da computação e morador de Temecula, cidade do estado da Califórnia, foi preso em 2013 e condenado em 2014 a dezoito meses em prisão federal por fraude de computador e por extorsão (WITTES et al, 2016b). Abrahams hackeava o computador de suas vítimas e as assistia por meio da webcam sem que elas tivessem conhecimento, tirando fotos íntimas e as usando para obter mais conteúdos, ou cinco minutos de Skype com as vítimas, tempo durante o qual elas deveriam fazer o que o agressor demandava, sob ameaça de publicar o material íntimo que já possuía em suas redes sociais (EIMILLER, 2013 e UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 2014).

Suas vítimas não se restringiam à localidade de sua cidade Temecula, tendo praticado a conduta da sextorsão também contra mulheres em Woodland Hills, Maryland, Canadá, Irlanda e Rússia (HARTLEY, 2014), o que permite visualizar o alcance que a violação pela Internet pode atingir. Segundo dados disponibilizados pelo promotor federal do Governo dos Estados Unidos Vibhav Mittal, estima-se que “Abrahams hackeou entre 100 a 150 computadores de mulheres, e extorquiu entre 10 a 12 delas, várias das quais eram menores de idade” (HARTLEY, 2014, tradução nossa).

Diante desses casos e da visível diferença de tratamento jurídico dado a eles, o Brookings Institution sugere a criação de lei federal que regule todas as situações de sextorsão, de maneira a solucionar a desconformidade de tratamento jurídico nesta matéria nos Estados Unidos. Sob esse viés, sustenta que “há um valor cívico em dar

um nome a um crime” e que “ajudaria as vítimas a saber o que está acontecendo com elas, e a saber que é ilegal” (WITTES et al, 2016a, *tradução nossa*).

Ante a facilidade que os meios tecnológicos proporcionam, conforme já exposto, os agressores podem realizar condutas criminosas, como a do estupro na modalidade virtual, mesmo que fisicamente longe de suas vítimas, abrangendo também os casos em que a vítima e seu agressor se localizam em países diferentes durante a agressão (WITTES; POPLIN; JURECIC; SPERA, 2016b). Exemplo disso pode ser visualizado na Suécia em delito praticado entre 2015 e 2017 pelo sueco Bjorn Samstrom que obrigou vinte e sete vítimas, dentre elas vinte e seis do sexo feminino, a realizarem atos sexuais em frente à webcam, sob ameaça de liberar fotos íntimas delas em sites pornográficos e de que iria machucá-las ou seus entes familiares (BBC, 2017).

As vítimas desse caso, ao tempo do cometimento do crime, nem ao menos se situavam no mesmo país que seu agressor, mas sim nos Estados Unidos, no Canadá e no Reino Unido (BBC, 2017). É evidente, pois bem, que esse crime não possui barreiras geográficas. Samstrom foi condenado a 10 anos de prisão por estupro virtual (*online rape*), entre outras acusações, devido seus atos realizados em meio digital. Segundo a promotora do caso Annika Wennerstrom, o “veredito estabelece novo precedente para crimes sexuais cometidos pela Internet” (MCQUIGGE, 2017, *tradução nossa*).

Essa foi a primeira vez que alguém foi condenado por estupro pela Internet na Suécia. A legislação sueca não exige que haja conjunção carnal para tipificação do crime de estupro (OLSEN, 2017), o que permite que haja a ampliação de modo a reconhecer o estupro virtual, tal como foi feito no caso de Samstrom. Cabe ressaltar que, desde julho de 2018, o ordenamento jurídico sueco não exige nem mais o uso de ameaça ou violência para a configuração do crime de estupro, tendo havido a criminalização do “sexo sem consentimento” (HOLMSTRÖM; PLANTIN; ELMERSTIG, 2020), da mesma maneira como já foi feito em outros países europeus, dentre eles Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Alemanha, Luxemburgo e Chipre (BBC, 2018).

No caso *Samstrom*, duas das vítimas são do Canadá, país no qual para configuração de agressão sexual é preciso ter contato físico entre o agressor e a vítima (BARRANCO, 2015. p. 817). Constatou-se que na hipótese do ofensor do referido caso ser canadense, não sueco, sua condenação teria sido diferente, pois não haveria embasamento legal na legislação canadense para o enquadramento do crime de estupro virtual, tal qual foi feito na Suécia, ante a necessidade que haja contato físico.

Ademais, cabe ressalva à legislação penal canadense (*The Criminal Code*), que substituiu o termo estupro (*rape*) por agressão sexual (*sexual assault*) em 1983 (BARRANCO, 2015. p. 817), atualmente tipificado nas seções 271, 272 e 273 do Código. Os três principais intuitos para essa mudança foram “refletir que o crime é uma agressão física na vítima”; “encorajar as vítimas da agressão sexual a reportarem o ocorrido para a polícia” e “limitar a discricção judicial” (BARRANCO, 2015, p. 817, *tradução nossa*).

No caso do canadense Mark G. Bedford de 2006, é possível visualizar conduta equivalente a do estupro virtual, pois o agressor foi condenado devido a acusações

relacionadas ao uso da Internet para intimidação de menores de idade visando à realização de atos sexuais por suas vítimas diante da webcam (YANAGISAWA, 2020). Bedford, no entanto, não foi condenado pelo crime de estupro virtual, além de que, conforme já mencionado, o crime de agressão sexual no Canadá exige para sua tipificação o contato físico entre o agressor e a vítima, o que não ocorreu no caso.

Em face ao exposto no que concerne às legislações penais dos Estados Unidos, da Suécia e do Canadá, por meio da análise de casos concretos, nota-se que o crime de estupro virtual não possui aceitação em todas legislações penais, e que essa percepção da possibilidade de cometimento do estupro por meio da Internet ainda é uma temática muito recente no mundo, o que evidencia a grande necessidade de seu estudo e de maior conhecimento público de sua existência, pois muitas vítimas ainda não compreendem que são vítimas de estupro quando o crime é cometido virtualmente.

Além de ser uma conduta que em certas legislações nem ao menos possui amparo legal, tal como a sextorsão nos Estados Unidos, o que dificulta o enquadramento da prática, que recai em outros tipos penais, há países como o Canadá que sequer admitem essa nova modalidade, como já é feito no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a legislação penal daquele ainda exige o contato físico para configuração da agressão sexual.

No entanto, diante de recente reconhecimento da possibilidade do estupro na modalidade virtual por países como o Brasil e a Suécia, por exemplo, percebe-se como a sociedade tem mudado sua percepção quanto a esse assunto de indiscutível importância, podendo esses casos serem exemplos para os demais ordenamentos jurídicos do mundo, e precedentes em seus próprios países, de maneira que haja um tratamento jurídico mais uniforme no tocante à ocorrência de situações similares.

### **Conclusões finais**

A difusão de ferramentas tecnológicas no cotidiano social possibilitou que indivíduos geograficamente distantes pudessem se comunicar de modo instantâneo e facilitou a transmissão de informações e opiniões. Contudo, esses avanços vieram acompanhados de novos problemas, uma vez que ciberespaço não possui protocolos de segurança capazes de evitar invasões, bem como permite que seus usuários ocultem suas verdadeiras identidades, o que facilita a atuação de criminosos, que utilizam tais ferramentas para a prática dos mais diversos atos ilícitos.

Nesse cenário surge o denominado estupro virtual, no qual o agressor se vale do ambiente virtual para constranger a vítima a praticar atos libidinosos consigo mesma, podendo ocorrer até mesmo com os sujeitos ativo e passivo situados em países distintos. Tal crime, por vezes, ocorre entre pessoas conhecidas, no qual o ofensor se aproveita de fotos ou vídeos íntimos que já possui do ofendido, ameaçando de expô-lo nas redes sociais caso este não realize a automasturbação.

À vista disso, com as alterações realizadas pela Lei nº 12.015/09 no artigo 213 do Código Penal vigente, ampliou-se o conceito de estupro, possibilitando que o ato libidinoso seja consumado mesmo sem o contato físico entre o agente e a vítima, o

que permite compreender que a conduta ilícita praticada no meio virtual pode ser enquadrada na hipótese tipificada.

Contudo, parte da doutrina ainda resiste em aceitar tal entendimento, bem como ocorre em outros países, no qual o tratamento jurídico dado a esta conduta em muito se difere a depender do caso concreto, uma vez que nem todas as legislações penais entendem que o crime de estupro pode ser configurado sem o contato físico, como a canadense.

Destaca-se que o estupro realizado através do ambiente virtual é um crime informático impróprio, idêntico ao estupro tipificado no Código Penal, no qual o ato delitivo possui todos os requisitos necessários previstos no artigo 213. O agente, conscientemente, constrange a vítima, através da grave ameaça, à prática da automasturbação, o que efetivamente viola o seu corpo.

A prática do crime de estupro é real, sendo o meio virtual o *modus operandi* escolhido pelo agente para constranger a vítima, que se consuma com o ato libidinoso praticado fisicamente. Portanto, ao negar a tipificação da conduta praticada através da Internet, está se propagando a impunidade de um crime grave e negligenciando os direitos de liberdade e dignidade sexuais dos indivíduos.

### Referências bibliográficas

- ALENCAR, Telsírio. Juiz que decretou a 1ª prisão por estupro virtual fala sobre o crime. **Pauta Judicial**. 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.pautajudicial.com.br/noticia/juiz-que-decretou-a-1a-prisao-por-estupro-virtual-fala-sobre-o-crime.html>. Acesso em: 04 out. 2020.
- ALVES NETO, Veríssimo. **Considerações acerca do estupro virtual**. 2019. 64 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2019. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1866/1/Ver%C3%ADssimo%20Alves%20Neto%20%E2%80%93%20TCC%20Monografia%20%E2%80%93%20Direito.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020
- BARRANCO, Kyla. Canadian Sexual Assault Laws: a model for affirmative consent on college campuses?. **Michigan State International Law Review**, Detroit, v. 24, n. 3, p. 801-840. 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.law.msu.edu/ilr/vol24/iss3/6/>. Acesso em: 08 out. 2020
- BBC. El caso del primer hombre en el mundo condenado a prisión por "violación por internet". BBC Mundo, 6 dez. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-42252461>. Acesso em: 08 out. 2020
- BBC. Sweden approves new law recognising sex without consent as rape. BBC Europa, 24 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-44230786>. Acesso em: 08 out. 2020
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.628, de 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1909909&filename=PL+3628/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909909&filename=PL+3628/2020). Acesso em: 20 out. 2020.



- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#parteespecialtitulovi](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#parteespecialtitulovi). Acesso em: 04 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI do Código Penal, o art. 1º da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, e revoga a Lei nº 2.252/54, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, 10 ago. 2009. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=Alterar%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20menores..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=Alterar%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20menores..) Acesso em: 04 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 70.976/MS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 02 ago. 2016. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em: 10 ago. 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAMARGO, Coriolano Almeida; SANTOS, Cleórbete. Crimes digitais no ordenamento brasileiro. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 2, jan./mar., 2019. Disponível em:  
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017514d675d57320a890&docguid=Ic9072980461811e9a06301000000000&hitguid=Ic9072980461811e9a06301000000000&spos=1&epos=1&td=465&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 out. 2020.
- DIOTTO, Nariel; SOUTO, Raquel Buzatti. Aspectos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil. **Seminário Internacional**: Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 4. 2016. Anual. Disponível em:  
<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15867/3764>. Acesso em: 19 set. 2020
- EIMILLER, Laura. Temecula Student Arrested in Sextortion Case Involving Multiple Victims. **The Federal Bureau Of Investigation**: Los Angeles Division. Los Angeles. 26 set. 2013. Disponível em:  
<https://archives.fbi.gov/archives/losangeles/press-releases/2013/temecula-student-arrested-in-sex-tortion-case-involving-multiple-victims>. Acesso em: 09 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS. Eleventh Circuit Court Of Appeals. USA V. Tremain Hutchinson nº 14-10161. **Justia Us Law**. Atlanta, Georgia, 2014. Disponível em:  
<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/14-10161/14-10161-2014-10-08.html>. Acesso em: 07 out. 2020

- GRECO, Gianpiero; GRECO, Fulvio. Developments in Italian criminal law on cyber-violence against women. **European Journal Of Social Sciences Studies**, Bucareste, România, v. 5, n. 2. 2020. Disponível em: <https://oapub.org/soc/index.php/EJSSS/article/view/816>. Acesso em: 10 out. 2020
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 21. ed. Niterói: Impetus, 2019. 1 v.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 17. ed. Niterói: Impetus, 2020. 3 v.
- HARTLEY, Eric. Man gets 18 months for 'sextortion' of Miss Teen USA, others. **The Orange County Register**. Anaheim, California. 18 mar. 2014. Disponível em: <https://www.ocregister.com/2014/03/18/man-gets-18-months-for-sextortion-of-miss-teen-usa-others/>. Acesso em: 09 out. 2020.
- HOLMSTRÖM, Charlotta; PLANTIN, Lars; ELMERSTIG, Eva. Complexities of sexual consent: young people's reasoning in a Swedish context. **Psychology & Sexuality**, v. 11, n. 4, p. 342-357, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/19419899.2020.1769163?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 8 out. 2020
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública. Atualização de André Estefam. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MALINOWSKI, W. Zachary. Former Moses Brown wrestling coach gets jail time on child pornography charges. **Providence Journal**. Providence. 12 dez. 2014. Disponível em: <https://www.providencejournal.com/article/20141212/NEWS/312129915>. Acesso em: 07 out. 2020.
- MCQUIGGE, Michelle. Swedish man convicted of 'online' rape for coercing teens in Canada, U.S., U.K. **The Globe And Mail**. Toronto, Canadá. 30 nov. 2017. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/news/world/swedish-man-convicted-of-online-rape-for-coercing-teens-in-canada-us-uk/article37137690/>. Acesso em: 6 out. 2020.
- MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral: arts 1º a 120 do CP. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NILSSON, Mirjana Gavrilovic; PEPELASI, Kalliopi Tzani; IOANNOU, Maria; LESTER, David. Understanding the link between Sextortion and Suicide. **International Journal Of Cyber Criminology**, Huddersfield, v. 13, n. 1, p. 55-69, jun. 2019. Disponível em: <https://pure.hud.ac.uk/en/publications/understanding-the-link-between-sextortion-and-suicide>. Acesso em: 07 out. 2020.
- NUNES, Karine Lopes; COSTA, Larissa Aparecida. O surgimento de um novo crime: estupro virtual. **Etic**: Encontro de iniciação científica, Presidente Prudente, v.

15, n. 15. 2019. Disponível em:  
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/773>  
9. Acesso em: 20 set. 2020.

OLSEN, Jan M. Swede convicted of 'online' rape for coercing young teens. **Seattle Times**. Seattle. 30 nov. 2017. Disponível em:  
<https://www.seattletimes.com/nation-world/swede-convicted-of-online-rape-handed-10-year-sentence/>. Acesso em: 08 out. 2020

ROST, Mariana; VIEIRA, Miriam Steffen. Convenções de gênero e violência sexual: a cultura do estupro no ciberespaço. **Contemporânea: Revista de Comunicação e cultura**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 261-276, maio 2015. Semestral.

SOARES, Gabriella Ribeiro; MARTINS, Mikely Dayane Freire. Frente às novas tecnologias: a configuração do crime de estupro em meio virtual. In: I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO, 1., 2017, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Conpedi, 2018. p. 220-227. Disponível em:  
<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/6rie284y/t3m9n6k4/aX082puAZFS1117y.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

SOMMACAL, Clariana Leal; TAGLIARI, Priscila de Azambuja. A cultura de estupro: o arcabouço da desigualdade, da tolerância à violência, da objetificação da mulher e da culpabilização da vítima. **Revista da Esmesc**, Santa Catarina, v. 24, n. 30, p. 245-268, 2017. Anual.

SMITH, Jada F. As 'Sextortion' Proliferates, Victims Find Precarious Place in Legal System. **New York Times**. Nova York. 10 maio 2016. Disponível em:  
<https://www.nytimes.com/2016/05/11/us/sextortion-victims-brookings-institution.html?searchResultPosition=2>. Acesso em: 07 out. 2020.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. Sextorsão. **Revista dos Tribunais**, v. 959, p. 167-182, set. 2015. Mensal.

**United States Department of Justice**. Temecula Student Sentenced To Federal Prison In 'Sextortion' Case. Central District Of California, 17 mar. 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-cdca/pr/temecula-student-sentenced-federal-prison-sextortion-case>. Acesso em: 09 out. 2020.

VIGNOTO, Tamires Amanda Belani; SILVA, Ricardo Silveira e. Estupro virtual: uma realidade escondida atrás das telas. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA, 11., 2019, Maringá. **Anais [...]**. Maringá: Universidade Cesumar, 2019. Disponível em:  
<http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/3565>. Acesso em: 21 out. 2020.

WITTES, Benjamin; POPLIN, Cody; JURECIC, Quinta; SPERA, Clara. Closing the sextortion sentencing gap: a legislative proposal. **Brookings Institution**, Washington, DC, p. 1-18, 11 maio 2016a. Disponível em:  
<https://www.brookings.edu/research/closing-the-sextortion-sentencing-gap-a-legislative-proposal/>. Acesso em: 24 set. 2020.

WITTES, Benjamin; POPLIN, Cody; JURECIC, Quinta; SPERA, Clara. Sextortion: cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault. **Brookings Institution**, Washington, DC, p. 1-47, 11 maio 2016b. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/sextortion-cybersecurity-teenagers-and-remote-sexual-assault/>. Acesso em: 07 out. 2020.

YANAGISAWA, Susan. Internet exclusion eased for online predator. **The Whig**. Kingston, Canadá. 19 ago. 2020. Disponível em: <https://www.thewhig.com/news/local-news/internet-exclusion-eased-for-online-predator>. Acesso em: 09 out. 2020.

# **DERECHO ADMINISTRATIVO**

## Aspectos institucionales de las Asociaciones Público - Privadas, de acuerdo con lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1362 (\*)

### Institutional aspects of Public-Private Partnerships, in accordance with the provisions of Legislative Decree No. 1362

Dante Cieza Montenegro<sup>1</sup>

**Sumario:** Introducción. **1.** Del marco legal e institucional de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú. **2.** De las entidades participantes en el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada y sus principales funciones. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

**Resumen:** El Decreto Legislativo N° 1362, y su reglamento, aprobado con el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, ambos promulgados en el año 2018, regulan lo concerniente a la participación del sector privado en alianza

(\*) Recibido: 19/12/2020 | Aceptado: 20/01/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Abogado 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 Muñiz, 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 (Universidad Internacional La Rioja); Máster Internacional en Proyectos en Régimen de Colaboración Público-Privada (Structuralia; Chile - Colombia); 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). Actualmente, es becario de la OEA para estudiar el Máster en Asociaciones Público-Privadas (Universidad de Cádiz - España).  
[dante.cieza.montenegro@gmail.com](mailto:dante.cieza.montenegro@gmail.com)

con el sector público para la ejecución de proyectos de inversión para el desarrollo de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, principalmente; siendo en la actualidad la norma más importante que regula es participación conjunta que se concreta a través de las denominadas Asociaciones Público-Privadas. Entre los principales aspectos institucionales regulados en el referido decreto legislativo y su reglamento, está dado por el establecimiento de principios, fases de las Asociaciones Público-Privadas, procedimientos a cargo de las entidades interesadas en promover la inversión privada para la ejecución de sus proyectos, las entidades que conforman el denominado Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, y demás reglas aplicables a tales procesos. El objeto de la presente investigación es la de explicar en términos generales cuáles son los principales aspectos institucionales regulados en el Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento.

**Palabras clave:** Asociaciones Público-Privadas, Contratos de Concesión, Inversión Privada, Infraestructura Pública, Promoción de la Inversión Privada.

**Abstract:** *Legislative Decree No. 1362, and its regulations, approved with Supreme Decree No. 240-2018-EF, both promulgated in 2018, regulate what concerns the participation of the private sector in partnership with the public sector for the execution of investment projects for the development of public infrastructure and the provision of public services, mainly; Currently, the most important norm that regulates is joint participation that takes place through the so-called Public Private Associations. Among the main institutional aspects regulated in the aforementioned legislative decree and its regulations, is given by the establishment of principles, phases of Public-Private Partnerships, procedures in charge of the entities interested in promoting private investment for the execution of their projects, the entities that make up the so-called National System for the Promotion of Private Investment, and other rules applicable to such processes. The purpose of this research is to explain in general terms which are the main institutional aspects regulated in Legislative Decree No. 1362 and its regulations.*

**Keywords:** *Public Private Partnership, Concession Contracts, Private Investment, Public Infrastructure, Promotion of Private Investment.*

---

## Introducción

De acuerdo con lo establecido por el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad del Perú, el Valor de la Brecha de Acceso Básico a Infraestructura es equivalente a: i) S/. 117'183,000.000 (ciento diecisiete mil ciento ochenta y tres millones de soles), en el corto plazo (Perú Potencial); y, ii) S/. 363'452,000.000 (trescientos sesenta y tres cuatrocientos cincuenta y dos millones de soles), en el largo plazo; respecto de infraestructura de Agua, Saneamiento, Telecomunicaciones, Transportes, Electricidad, Educación, Salud, e Hidráulica.

Al respecto, es importante mencionar que los tres (03) principales mecanismos con los que cuenta el Estado peruano a través de sus diversas entidades

(ministerios, gobiernos regionales y locales, etc.), son: i) las Obras por Impuestos, (Ley N° 29230 y su reglamento), ii) el mecanismo de las obras públicas (Ley N° 30225 y su reglamento), y, iii) las Asociaciones Público-Privadas Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento), siendo el contrato de concesión el tipo contractual utilizado para el desarrollo de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos.

Sobre ello, cabe mencionar que el referido plan, establece una lista de cincuenta y dos (52) proyectos priorizados a ser ejecutados por la relevancia que tienen para el desarrollo de nuestro país; teniéndose que los dos (02) mecanismos abordados en dicho documento son las Obras Públicas y las Asociaciones Público-Privadas; elección que es resultado de la aplicación de un instrumento metodológico denominado como Criterios de Elegibilidad.

Por tal motivo, es importante que se conozca el marco legal e institucional de las Asociaciones Público-Privadas, pues se constituye en el principal mecanismo para ejecutar los proyectos de inversión para desarrollar infraestructura pública altamente compleja y que requiere altos niveles de inversión y financiamiento, la incorporación de tecnología y “know how”, así como la compartición de riesgos con el Estado peruano, a través de la suscripción de contratos de largo plazo.

## **1. Del marco legal e institucional de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú**

El 22 de julio de 2018 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1362 “Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público - Privadas y Proyectos en Activos” (en adelante, “Ley de APP”), reglamentado a través del Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en lo sucesivo, “Reglamento de la Ley de APP”), publicado el 30 de octubre de 2018.

Ambos instrumentos normativos son relevantes para el sistema económico peruano, pues regulan el principal mecanismo bajo el cual se ejecutan los proyectos de inversión para el desarrollo de infraestructura pública y prestación de servicios públicos, más importantes del país, como es el de las Asociaciones Público – Privadas (APP); resaltando que bajo este tipo de esquemas normativos se vienen ejecutando proyectos en el sector portuario, aeroportuario, eléctrico, férreo, salud, penitenciario, inmobiliario, saneamiento, etc.

Al respecto, el artículo 20 de la Ley de APP, define a las Asociaciones Público-Privadas, en los siguientes términos:

### *“Artículo 20. Definición*

- 20.1 Las Asociaciones Público - Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.*
- 20.2 Mediante Asociaciones Público - Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.*
- 20.3 En las Asociaciones Público - Privadas, se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados.*



*20.4 Las Asociaciones Público - Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada”.*

De la lectura de la definición de las denominadas Asociaciones Público-Privadas, se advierte que éstas reflejan las siguientes características:

- Constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, en la cual el Estado peruano a través de alguna entidad titular de la competencia para ejecutar algún proyecto de inversión pública (sea un ministerio, un gobierno regional o local, empresa del Estado, e incluso ESSALUD), concreta una alianza con alguna empresa o grupo de empresas privadas (aglutinadas todas en una sociedad de propósito especial) con el fin supremo de gestionar (verbo que en general incluye actividades de financiamiento, diseño, construcción, mejoramiento, equipamiento, operación, explotación, mantenimiento, etc.) una infraestructura pública específica, y/o brindar un servicio público o vinculado eficiente, oportuno, y de calidad.
- Se formalizan a través de la suscripción de contratos, altamente especializados y con abundante contenido, que son de largo plazo, teniéndose que en el Perú, el plazo mínimo es de 10 años y el máximo de 60 años; y justamente tiene esa característica por los elevados montos de inversión requeridos para su ejecución bajo alguna de las modalidades contractuales permitidas por la Ley de APP (Contrato de Concesión, Contrato de Outsourcing, Contrato de Gerencia, Contratos de Constitución de Derecho de Superficie, etc.). Efectivamente, considerando que toda inversión efectuada por un inversionista privado determinado debe ser recuperada durante el plazo del contrato respectivo, es que se establecen plazos bastante amplios, tal como se ha indicado; así como la consideración de la vida útil del principal activo o bien del proyecto.

Por ejemplo, en el siguiente cuadro se presenta la lista de contratos de concesión de la red vial nacional, suscritos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y diversos concesionarios, los mismos que se dividen en cofinanciados y autofinanciados, resaltando plazos de quince (15), veinticinco (25) y treinta (30) años de plazo de la concesión:

**Gráfico N° 01**

## Plazos de Contratos de Concesión de la Red Vial de alcance Nacional

C	AÑO	CONTRATO DE CONCESION	PLAZOS																													
A	2005	Red Vial Nº 6	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30
A	2009	Autopista del Sol	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
A	2009	Red Vial Nº 4	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
A	2003	Red Vial Nº 5	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
A	2013	Desvío Quilca - La Concordia	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
A	2010	IIRSA Centro - Tramo 2	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2014	Longitudinal de la Sierra - Tramo 2	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2005	IIRSA Norte	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2007	IIRSA Sur - Tramo 1	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2005	IIRSA Sur - Tramo 2	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2005	IIRSA Sur - Tramo 3	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2005	IIRSA Sur - Tramo 4	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2007	IIRSA Sur - Tramo 5	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25					
C	2007	Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15															
C	2009	Nuevo Mocupe - Cayaltí - Oyotún	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15															
C	2009	Ovalo Chancay - Huaral - Acos	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15															

Fuente: Contratos de Concesión de la Red Vial Nacional

Elaboración propia.

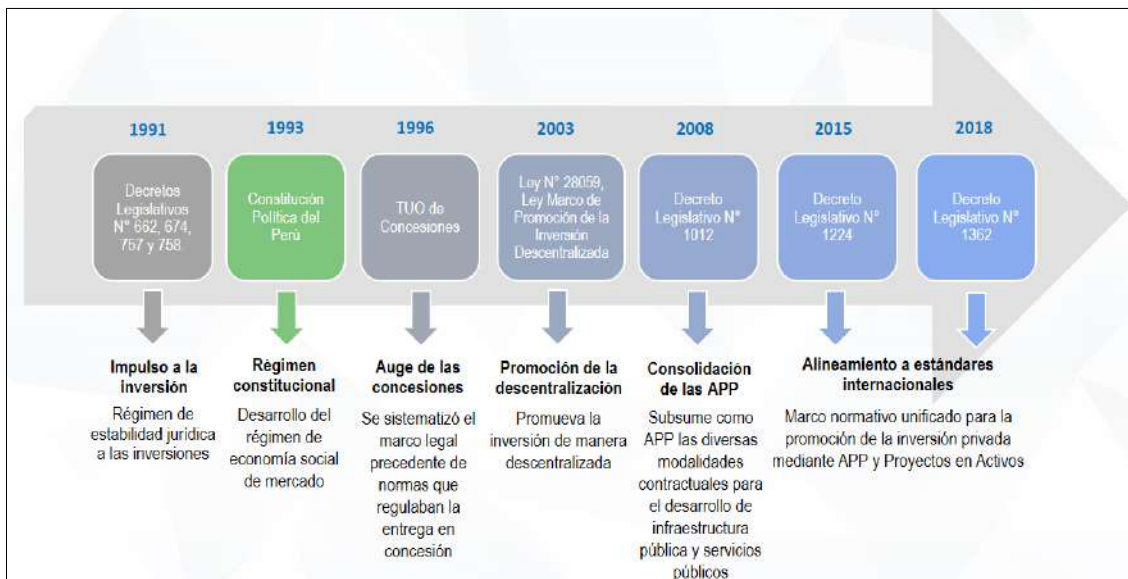
- Los proyectos que pueden desarrollarse a través de las APP están referidos a: i) proyectos de infraestructura pública, ii) servicios públicos, iii) servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, iv) proyectos de investigación aplicada, y/o, v) proyectos de innovación tecnológica.
- Es importante mencionar que en todo proyecto de inversión se presentan diversos tipos de riesgos, que de materializarse podrían poner en peligro su sostenibilidad, tales como: i) diseño, ii) financiamiento, iii) construcción, iv) operación, v) mantenimiento, vi) explotación, vii) financieros, viii) de mercado, ix) políticos, x) regulatorios, xi) expropiatorios, xii) sociales, xiii) ambientales, entre otros; y por tal motivo, surge la importancia de asignarlos adecuadamente entre el Estado y los inversionistas privados (principalmente en el esquema de los contratos de concesión). En ese sentido, una característica fundamental de las APP, está dada por una identificación y asignación adecuada de los riesgos, a efectos de mitigarlos correctamente o de la manera más eficiente.
- Asimismo, la norma es clara en indicar que tales proyectos pueden ser originados tanto por la propia iniciativa de las entidades del Estado, o por una iniciativa presentada por el sector privado; resaltando que este último suele traer al país ideas de proyectos que han tenido éxito en otros países; debiendo indicarse que cada uno de aquellos (iniciativas públicas: autofinanciadas y cofinanciadas; e iniciativas privadas: autofinanciadas y cofinanciadas) tiene un tratamiento procedimental especial en el marco de las normas anteriormente citadas.
- Finalmente, la inversión privada incorpora experiencia, tecnología, y know

how a los proyectos, características adquiridas principalmente en otros países desarrollados, y con tecnologías aún no conocidas en nuestro país, y que es importante que se vayan canalizando a través de mecanismos contractuales más sofisticados que el de la Obra Pública, como son las APP. Ello por ejemplo puede apreciarse en el marco del proyecto del sistema de transporte masivo Línea 2, concesión que incorpora interesantes aspectos tecnológicos no solo para su construcción, sino para su operación misma.

Con independencia de los alcances conceptuales explicados, es importante mencionar que, en el Perú las denominadas APP (debiéndose aclarar que los Contratos de Concesión representan solamente una modalidad de aquellas), han venido desarrollándose bajo un marco legal de promoción de la inversión privada integrado por diversas normas de rango legal y reglamentario dictadas a partir del año 1991; tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico resumen:

**Gráfico N° 02**

**Evolución del marco normativo para la promoción de la inversión privada**



Fuente: (Godos Naveda, 2018).

En general, dichas normas asignaban distintas competencias y funciones al Gobierno Nacional, a los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, para el desarrollo de sus respectivos proyectos de inversión pública, bajo esquemas participativos de la inversión privada. Sin embargo, en muchas ocasiones, tales normas contraponían criterios, establecían procesos disímiles y generaban distintas interpretaciones en los operadores públicos y privados; lo cual como es lógico, era contrario de lo que se espera de un marco regulatorio “maduro” en materia de promoción de la inversión privada; siendo importante efectuar importantes modificaciones en todo el sistema para contar con un marco legal apropiado y principalmente estable.

Adicionalmente, es importante resaltar la histórica existencia de una superposición normativa con motivo de los múltiples dispositivos legales que

fueron emitidos durante los años 90 y 2000, lo cual, sumado a una falta de reconocimiento de una rectoría en la política de promoción de la inversión privada en nuestro país, agudizaban la problemática existente en materia de promoción de la inversión privada en nuestro país.

Lo mencionado en el párrafo anterior generó dificultades en el desarrollo adecuado de los proyectos de inversión, tales como la distinta asignación de determinados riesgos en proyectos de similar naturaleza y objeto (lo cual era resultado de una falta de institucionalidad madura), la clasificación de APP (en autofinanciadas o cofinanciadas) de manera contraria a lo dispuesto en la normativa (por falta de conocimiento e incluso por la dificultad para distinguir adecuadamente su diferencia), y la existencia de controversias por una deficiente ejecución contractual muchas veces derivados de un mal o deficiente diseño del contrato.

En atención de ello, el Estado tomó en consideración que los Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público - Privadas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, Mayo 2012), recomendaban la necesidad de un marco institucional claro, predecible y legítimo para las APP; tal como se aprecia a continuación:

***“Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships***

*(...).*

*On the proposal of the Public Governance Committee: (...).*

- 1. Recommends that Members take due account of the Principles for public governance of Public-Private Partnerships set out below:*

*A. Establish a clear, predictable and legitimate institutional framework supported by competent and well-resourced authorities.*

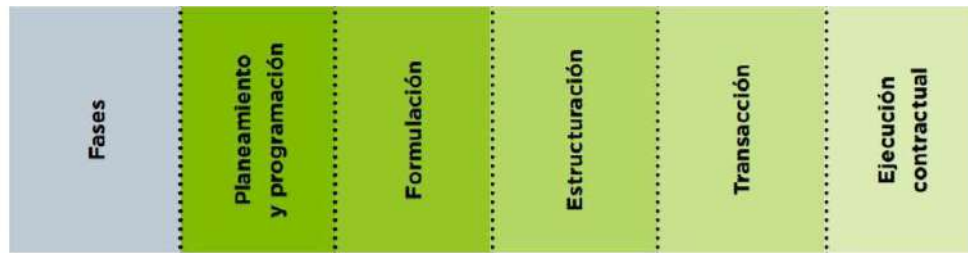
*(...)”.*

(Subrayado agregado).

Así también, es importante indicar que los diversos diagnósticos que se efectuaron a los procedimientos y al marco institucional existente en el Perú en materia de APP, recomendaban realizar ajustes para mejorar el esquema de desarrollo de este tipo de proyectos, vitales para el desarrollo del país. Fue en este contexto, que se hizo necesario mantener e impulsar la inversión privada en Asociaciones Público - Privadas a partir de la existencia de un sistema y una rectoría normativa que articule la política nacional en dicha materia, de una forma transversal en todos los niveles de gobierno, e identificar con claridad los roles y competencias de cada una de las entidades públicas que participan en las distintas fases de este tipo de proyectos, a saber:

**Gráfico N° 03**

**Fases de las Asociaciones Público - Privadas**



Fuente: Tomado de Banco Interamericano de Desarrollo, 2016.

Por ello, mediante el artículo 5º de la anterior Ley de APP y Proyectos en Activos (Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento; norma antecesora de la Ley de APP - vigente), se creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, como sistema funcional conformado por principios, normas, procedimientos y lineamientos técnicos normativos.

Sobre el particular, el Título II: “Integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada”, del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, regula lo concerniente al conjunto de entidades públicas que interactúan en alguna de las cinco (05) fases establecidas en dicha norma, como son: i) Programación y Planeamiento, ii) Formulación, iii) Estructuración, iv) Transacción, y, v) Ejecución.

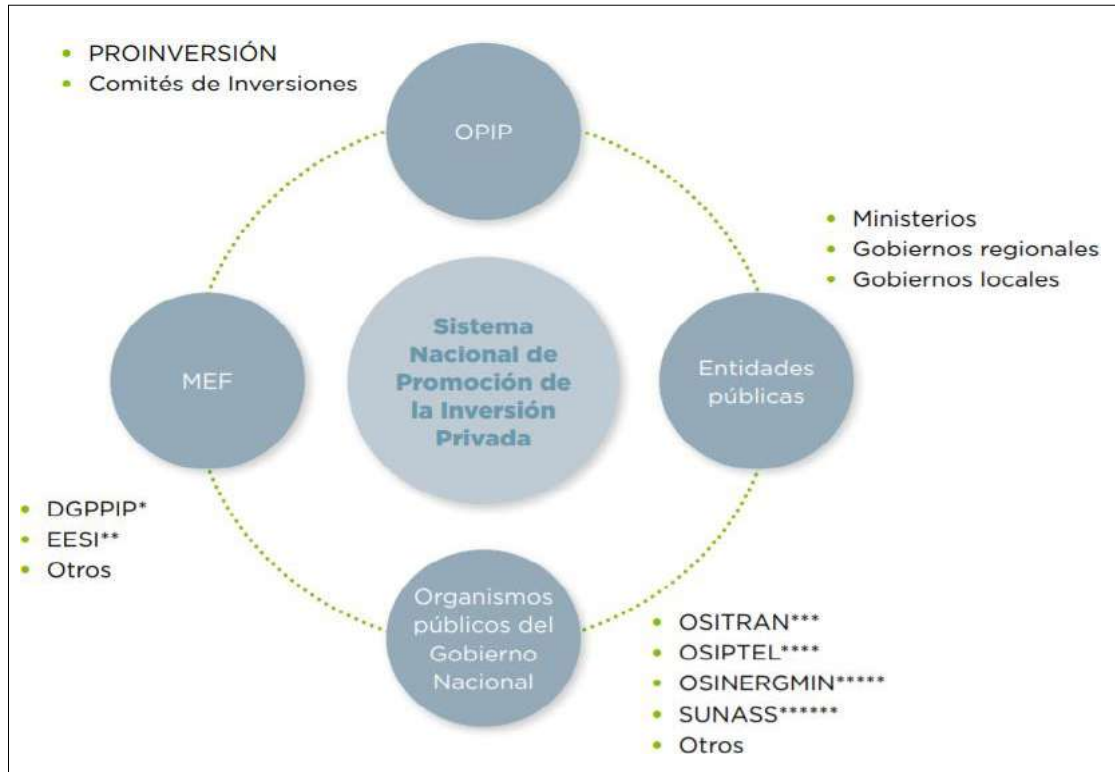
## 2. De las entidades participantes en el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, y sus principales funciones

En el caso de la normatividad actual, efectivamente, el artículo 7º de este último reglamento, enumera a las siguientes entidades como aquellas que forman parte del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada: i) El Ministerio de Economía y Finanzas; ii) Las entidades públicas titulares de proyectos (ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales, etc.); iii) La Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, y demás organismos promotores de la inversión privada de cada entidad; iv) Los organismos reguladores (OSIPTTEL, SUNASS, OSINERGMIN y OSITRAN); v) La Contraloría General de la República, sin perjuicio de su autonomía y atribuciones legales; y, vi) Las demás entidades pertenecientes al Sector Público No Financiero.

Es importante mencionar, que el artículo 8.1 del Reglamento de la Ley de APP indica que todos los integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada ejercen sus competencias y funciones bajo criterios de cooperación y buena fe; teniéndose que la aplicación práctica de estos criterios conlleva a que los integrantes ejerzan sus funciones teniendo presente el rol que la normativa de APP les ha asignado en armonía con sus normas de creación, el consultar al ente rector del sistema cualquier duda sobre la aplicación de la normativa de APP y no emitiendo normas que contradigan la política nacional en materia de APP. En tal sentido, a continuación, se efectuará un desarrollo conceptual respecto de cada una de las aludidas entidades:

Gráfico N° 04

**Integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada**



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo, 2016.

**A. El Ministerio de Economía y Finanzas**

El MEF es el ente rector y máxima autoridad técnico - normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, ejerciendo dicha rectoría a través de la Dirección General de Política de Promoción de Inversión Privada (DGPPIP). Este es un órgano de línea, y tiene entre sus principales funciones, las siguientes: i) diseñar, proponer, coordinar y asegurar el cumplimiento de la política nacional para el desarrollo y promoción de las APP de todos los niveles de gobierno y sectores de la actividad económica nacional; ii) dictar directivas, metodologías y lineamientos técnico - normativos para la aplicación de la normativa de APP; iii) administrar el Registro Nacional de Contratos de APP, y; vi) emitir opinión de carácter vinculante sobre interpretación de las normas del Sistema.

En cuanto a la primera función, el MEF mediante el Decreto Supremo N° 077-2016-EF, publicado el 11 de abril de 2016, se aprobó la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos; y con el Decreto Supremo N° 345-2018-EF, de fecha de publicación el 31 de diciembre de 2018, se aprueba la Política Nacional de Competitividad y Productividad, que establece como su Objetivo Prioritario N° 1:

*“Dotar al país de infraestructura económica y social de calidad mediante esfuerzos orientados a la planificación y priorización eficiente de la infraestructura, el aseguramiento de la sostenibilidad y el funcionamiento de la infraestructura económica, social y natural, bajo un enfoque de desarrollo territorial y de resiliencia a desastres naturales”.*

Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 238-2019-EF, publicado el 28 de julio de 2019, el MEF aprobó el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, el cual indica que:

*“El objetivo principal del PNIC es proporcionar una hoja de ruta —una agenda de desarrollo— para que el Estado peruano pueda incrementar la productividad y la competitividad mediante el cierre de brechas de 363 mil millones de soles (ver estudio de brecha). Asimismo, la implementación del plan permitirá el acceso seguro y resiliente a mercados locales e internacionales. También mejorará la calidad de vida de los ciudadanos, con oportunidades sostenibles para todas las regiones del Perú”.*

Sobre lo indicado, y con relación al sector transportes, el PNIC establece la siguiente lista de proyectos priorizados, a ser desarrollados próximamente a través de algún mecanismo de las Asociaciones Público-Privadas:

**Cuadro N° 1**

**Lista de Proyectos Priorizados por el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad**

Proyecto	Monto S./ Millones	Sector	Entidad	Fase	Modalidad
Ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	4.950	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Ampliación del Terminal Multipropósito Muelle Norte - Callao - APM Terminals Callao	3.000	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry	905	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Ampliación del Terminal de Contenedores Muelle Sur - Callao - DP World Callao	2.102	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Mejoramiento y ampliación del servicio aeroportuario (Piura y Trujillo)	2.292	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Carretera Canta – Huayllay – Unish / Ramal Dv. Yantac - Paccha	562	Transportes y Comunicaciones	MTC	Planeamiento Y Programación	Proyecto APP
Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao	17.105	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP

Proyecto	Monto S/ Millones	Sector	Entidad	Fase	Modalidad
Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE-3N	708	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Hidrovia Amazónica: Mejoramiento y Mantenimiento de las condiciones de navegabilidad en los Ríos Ucayali, Huallaga, Maraón y Amazonas	338	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Longitudinal de la Sierra Tramo 4: HuancayoAyacucho -Andahuaylas - Pte. Sahuinto y dv. pisco - Ayacucho	9.862	Transportes y Comunicaciones	MTC	Estructuración	Proyecto APP
Red Vial N° 4: Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry	475	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Rehabilitación integral del Ferrocarril Huancayo - Huancavelica	897	Transportes y Comunicaciones	MTC	Transacción	Proyecto APP
Autopista del Sol: Trujillo - Sullana	1.333	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Tercer grupo de aeropuertos regionales	1.299	Transportes y Comunicaciones	MTC	Planeamiento y Programación	Proyecto APP
Instalación de Banda Ancha para la conectividad integral y Desarrollo Social de la región Amazonas	270	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP
Construcción del anillo vial periférico de la ciudad de Lima y Callao	6.772	Transportes y Comunicaciones	MTC	Estructuración	Proyecto APP
Terminal portuario General San Martín - Pisco	835	Transportes y Comunicaciones	MTC	Ejecución Contractual	Proyecto APP



Fuente: Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (2019)

Elaboración: propia

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley de APP, el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es un sistema funcional; por lo que conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, el sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las políticas públicas en materia de inversión privada en APP y Proyectos en Activos, lo cual requiere de la participación de diversas entidades del Estado; en ese sentido, queda claro que por propia definición, el MEF como ente rector del Sistema creado por la Ley de APP y Proyectos en Activos no es una instancia más de toma de decisiones, sino que es un diseñador y articulador de una política nacional específica.

En lo que se refiere a su función normativa, se puede resaltar la dación de las siguientes disposiciones de carácter normativo y técnico (algunos de ellos, en proceso de actualización al nuevo marco legal de las APP):

- Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01. Aprueban los Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del Covid-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.
- Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01. Aprueban Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público-Privada.
- Resolución Ministerial N° 461-2017-EF/15. Aprueban la Directiva N° 001-2017-EF/68.01, “Directiva para la atención de solicitudes de evaluación de propuestas de modificaciones contractuales a contratos de Asociaciones Público-Privadas (APP)”.
- Resolución Directoral N° 001-2017-EF/68.01. Aprueba los Lineamientos para la Elaboración del Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público-Privadas para el año 2017.
- Resolución Directoral N° 005-2016-EF/68.01. Aprueban los Lineamientos para el desarrollo de las fases de formulación y estructuración en los proyectos de Asociaciones Pública Privadas.
- Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15. Aprueban los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público-Privadas”.
- Resolución Directoral N° 001-2016-EF-68.01. Aprueban Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.
- Resolución Directoral N° 004-2016-EF/68.01. Aprueban los “Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de Asociación Público-Privada”.
- Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52. Aprueba los siguientes lineamientos: i) Lineamientos para la Valuación de compromisos contingentes cuantificables y del flujo de ingresos derivados de la explotación de los proyectos materia de los Contratos de Asociación Público-Privada; ii) Lineamientos para determinar la probabilidad que una garantía no financiera demande el uso de recursos públicos en el marco de una Asociación Público-

Privada Autosostenible; y, iii) Lineamientos que regulan el registro y la actualización de los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, derivados de Contratos de Asociación Público-Privada así como la implementación del Registro Nacional de Contratos de Asociación Público-Privada.

- Resolución Directoral N° 004-2020-EF/68.01. Aprueba la Guía Metodológica de Asociaciones Público-Privadas.

En cuanto a su función de administración del Registro Nacional de Contratos de APP, cabe señalar que según lo establecido en el artículo 139 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, las entidades públicas comprendidas en el artículo 2 de la Ley, los Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP), los Organismos Reguladores y el Comité de Promoción de la Inversión Privada (CPIP), tanto para los proyectos de Asociaciones Público-Privadas (APP) como los Proyectos en Activos, remiten al MEF, la siguiente información<sup>2</sup>:

- El Contrato suscrito y sus modificaciones contractuales.
- Las opiniones e informe previo de las entidades competentes, referidas a la Versión Inicial de Contrato (VIC) y Versión Final de Contrato (VFC), así como los informes emitidos por consultores durante el Proceso de Promoción.
- Las opiniones e informe previo de las entidades competentes, referidas a modificaciones contractuales así como los informes emitidos por consultores durante la modificación contractual, de corresponder.
- Las Bases del Proceso de Promoción.
- El modelo económico financiero de la APP del OPIP e informe técnico que lo sustente.
- El modelo económico financiero presentado por el adjudicatario.
- El informe de identificación y asignación de riesgos.
- El acta de apertura de sobres y adjudicación de la Buena Pro del concurso.
- La Declaratoria de Interés, en el caso de iniciativas privadas.
- La Resolución Suprema, Resolución Viceministerial, Acuerdo de Consejo Directivo, Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Consejo Municipal que disponga la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción.
- La designación de los miembros del Comité de Promoción de la Inversión Privada.
- Laudos arbitrales.
- Documentos que sustentan el cierre financiero del proyecto de inversión e informes de sustento, incluyendo los contratos de fideicomiso.

---

<sup>2</sup> En:

[https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3974%3Aregistro-nacional-de-contratos-app&catid=650%3Aasociaciones-publico-privadas&Itemid=100911&lang=es](https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3974%3Aregistro-nacional-de-contratos-app&catid=650%3Aasociaciones-publico-privadas&Itemid=100911&lang=es)

Por otro lado, la función del MEF de emitir opinión de carácter vinculante sobre interpretación de las normas del Sistema se ha visto concretada por ejemplo entre enero y noviembre del 2020, en los siguientes casos:

**Cuadro N° 02**

**Opiniones de carácter vinculantes sobre interpretación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada<sup>3</sup>**

Oficios	Fecha	Materia	Norma interpretada
004-2020-EF/68.02	3/02/2020	Consulta sobre si pago de la supervisión de las inversiones (diseño y obra) califica como cofinanciamiento	Artículos 22 y 24 del Decreto Legislativo N° 1362 y artículo 31 de su Reglamento.
012-2020-EF/68.02	4/02/2020	Interpretación normativa aplicable a la modificación de integrantes de un consorcio proponente de una Iniciativa Privada Autosostenible y la viabilidad de precisar el monto de inversión en la Versión Final de un Contrato de Asociación Público-Privada.	Artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento (derogados).
021-2020-EF/68.02	11/02/2020	Trámite para la modificación de un contrato de APP a consecuencia de un laudo arbitral o trato directo.	Artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y artículos 134 al 138 de su Reglamento.
022-2020-EF/68.02	11/02/2020	Compatibilidad para establecer una servidumbre de paso en el marco del desarrollo de un proyecto de inversión privada bajo la modalidad de Proyectos en Activos.	Artículo 49 del Decreto Legislativo N° 1362.
027-2020-EF/68.02	13/02/2020	Opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas para la firma de contratos de APP donde el financiamiento es íntegramente privado.	
029-2020-EF/68.02	14/02/2020	Consulta sobre si proyectos de servicio público de suministro de energía, que se desarrollan a través de "contratos de inversión" y que han sido licitados y suscritos en el marco del Decreto Legislativo N° 1002 y el Decreto Supremo N° 020-2013-EM, pueden ser considerados como APP.	
061-2020-EF/68.02	21/05/2020	Procedimiento de modificación contractual o acta de acuerdo.	Artículos 22 y 24 del Decreto Legislativo N° 1362 y artículo 31 de su Reglamento.

<sup>3</sup> En:

[https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5237&Itemid=102485&lang=en#2017](https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=5237&Itemid=102485&lang=en#2017)

Oficios	Fecha	Materia	Norma interpretada
062-2020-EF/68.02	26/05/2020	Modificación contractual para ampliar el plazo de la concesión de un contrato de infraestructura portuaria (suscrito bajo la normativa del Decreto Supremo N° 059-96-PCM).	Artículo 52 y Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N°1362.
063-2020-EF/68.02	26/05/2020	Efectos de la "Ley y Disposiciones aplicables" como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los "Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público-Privadas", en el contexto del brote del COVID-19 y las normas emitidas a fin de evitar su propagación.	Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362 y artículo 111 de su Reglamento. Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15
064-2020-EF/68.02	6/06/2020	Reglas para evaluación y pertinencia de la suscripción de actas de acuerdo, como instrumento que permite implementar supuestos contractuales previamente pactados en el contrato de APP (aplazamiento de la oportunidad de pago de la retribución hasta mitigar los efectos de fuerza mayor).	Artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y artículos 134 al 138 de su Reglamento.
065-2020-EF/68.02	16/06/2020	Aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a la regulación de los proyectos de Asociaciones Público-Privadas y principio de Enfoque de resultados.	Múltiples.

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

A continuación, adicionalmente a sus funciones como rector del mencionado sistema, se indica que las distintas funciones del MEF según la fase de las APP en las que se ejercen (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015), son las siguientes:

**a) Fase de Planeamiento y programación**, puede brindar asistencia técnica al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP; informe que de acuerdo a los "Lineamientos para la Elaboración del Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público-Privadas para el Año 2017", está definido de la siguiente manera:

*"El Informe Multianual es el instrumento de gestión elaborado por cada Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local que tiene como finalidad identificar los potenciales proyectos de APP y Proyectos en Activos a ser incorporados al proceso de promoción en un futuro inmediato. Este informe tiene un carácter integrador, articulando el análisis y los objetivos contenidos en instrumentos de gestión del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, así como con el Programa Multianual de Inversiones y los Planes Nacionales, focalizándose sobre aquellos objetivos que pueden ser logrados a través de proyectos de APP y Proyectos en Activos".*

**b) Fase de Formulación**, evalúa y emite opinión vinculante sobre el Informe de Evaluación del proyecto de APP, como requisito para su incorporación al proceso de promoción.

**c) Fase de Estructuración**, asiste a la convocatoria que realiza el OPIP para dar

comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Asimismo, brinda atención a todas las solicitudes de información, recomendaciones y comentarios que solicite el OPIP.

**d) Fase de Transacción,** emite opinión previa vinculante a la versión final del contrato de APP, antes de la adjudicación y suscripción del contrato.

**e) Fase de Ejecución contractual:** i) Emite opinión previa vinculante a las modificaciones contractuales, siempre que estas contengan materias de su competencia (por ejemplo, el caso de endeudamiento, cofinanciamiento, etc.); ii) Emite opinión previa vinculante sobre la constitución de fideicomisos en contratos de APP cofinanciados.

En cuanto a la emisión de opiniones, cabe indicar a manera de ejemplo, que a través del Informe N° 147-2018-EF/68.01 de fecha 02 de octubre de 2017, adjunto al Oficio N° 093-2017-EF/15.01, de la misma fecha, la Dirección General de Política y Promoción de la Inversión Privada del MEF emitió su opinión favorable respecto de la propuesta de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

Dicha opinión fue emitida en el marco de las competencias legales de dicha entidad; habiendo participado en la generación de la misma: i) La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (sobre el equilibrio económico financiero de la concesión, y otros); ii) Dirección General de Presupuesto Público; iii) Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (sobre el riesgo de no terminación, riesgo de Contraparte derivado de los encargos al Concesionario, riesgo de sobredimensionamiento de la inversión, entre otros); iv) Dirección General de Política Macroeconómica y Descentralización Fiscal; y, v) Dirección General de Inversión Pública.

Finalmente, es relevante mencionar que una función transversal del MEF a todas las fases de las APP, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de APP, es su función de asistencia técnica a cualquier entidad pública integrante del Sistema.

## **B. Los Organismos Promotores de la Inversión Privada**

De acuerdo a lo establecido por el MEF (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015), los OPIP tienen diversas funciones, la mayoría de ellas vinculadas a la estructuración de las Asociaciones Público-Privadas y dirección del proceso de promoción de la inversión privada (no obstante, en el caso de los Comités de Inversiones también participan en la fase de Planeamiento y Programación no como OPIP, sino como responsables funcionales por la elaboración oportuna del Informe Multianual de Inversiones en APP<sup>4</sup>). Por esta razón, los OPIP tienen a su cargo la fase de Estructuración y Transacción de las APP.

En el caso puntual de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION), ésta puede tener participación en la fase de Formulación, pues el

---

<sup>4</sup> Instrumento metodológico que incorpora la lista de aquellos proyectos de interés de las entidades, para que sean desarrollados a través de mecanismos alternativos a la obra pública tradicional, es decir, mediante las APP.

Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos habilita a los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales -titulares de los proyectos de inversión-, a encargarle la realización y/o contratación de los estudios requeridos para la fase de Formulación, así como la elaboración del Informe de Evaluación respectivo; teniéndose que dicha facultad se sustenta en la experiencia y capacidad de PROINVERSION para el desarrollo de estudios técnicos relacionados a la formulación y estructuración de APP.

A continuación, se presenta referencialmente, las funciones generales de los OPIP, agrupándolas según la fase de la APP donde se realizan:

**a) Fase de Formulación.** Comprende: i) Revisión del Informe de Evaluación del proyecto de inversión que le sea presentado, emitiendo opinión de carácter técnico; ii) Una vez emitida su conformidad al Informe de Evaluación y sus estudios, remite dichos documentos al MEF; y, iii) Aprobar la incorporación del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada.

Por ejemplo, en el caso de esta última función, cabe citar parte del Acuerdo CD PROINVERSION N° 5-2-2017-CPC, publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de mayo de 2017, con el cual el Consejo Directivo de PROINVERSION aprobó la incorporación al Proceso de Promoción de la Inversión Privada de los Proyectos “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Tacna” e “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Moquegua”:

*“Visto el Memorando N° 132-2017/DPI 19 de mayo de 2017, se acuerda:*

- 1. Aprobar la conformidad de los Informes de Evaluación de los Proyectos “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Tacna” e “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Moquegua”.*
- 2. Con la conformidad anterior, **aprobar la incorporación al Proceso de Promoción de la Inversión Privada de los Proyectos “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Tacna” e “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social de la Región Moquegua”.***
- 3. Asignar al Comité Pro Conectividad, la conducción del proceso de promoción correspondiente.*
- 4. Establecer que la modalidad de la promoción de la inversión privada de los Proyectos (...).”*

(Resaltado agregado).

**b) Fase de Estructuración.** Comprende: i) Dirección y desarrollo del proceso de promoción de la inversión privada en la fase de Estructuración; ii) Análisis del interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto; y, iii) Elaboración y diseño de la primera versión del contrato de APP para su publicación junto con la convocatoria en la Fase de Transacción.

Como referencia de esta última obligación, se trae a colación la Circular N° 1, de fecha 05 de marzo de 2015, emitida por el “Comité de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria – PROINTEGRACION”, comunicó a los interesados la aprobación del Primer Proyecto de Contrato de Concesión de la Longitudinal de la Sierra Tramo 4: Huancayo – Izcuchaca – Mayoc – Ayacucho / Ayacucho – Andahuaylas – Puente Sahuinto / Dv. Pisco – Huaytará – Ayacucho; con la finalidad que se presenten los respectivos comentarios y sugerencias.

**c) Fase de Transacción.** Comprende: i) Dirección y desarrollo del proceso de promoción de la inversión privada en la fase de Transacción; ii) Elaboración de las Bases<sup>5</sup>; iii) Elaboración el proyecto de contrato de APP<sup>6</sup>; iv) Realizar la convocatoria a concurso público del proyecto de APP; v) Antes de la adjudicación del proyecto y firma del contrato, encargado de obtener las opiniones previas sobre la versión final del contrato de APP; y, vi) Otorgar la buena pro a la mejor oferta presentada, de acuerdo al sistema de evaluación establecido en las Bases.

A continuación, se presenta el caso de una convocatoria a un concurso de proyectos integrales (una forma de concurso público), efectuada por PROINVERSION, respecto de la Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4:

#### Imagen N° 01

---

<sup>5</sup> Las cuales deben contener como mínimo los componentes del factor de competencia del proceso de selección, los plazos para la presentación de consultas y comentarios al proyecto de contrato, el mecanismo de evaluación de propuestas, los requisitos técnicos y financieros solicitados a los postores y el procedimiento de impugnación a la adjudicación; principalmente.

<sup>6</sup> Estableciendo, como mínimo, el diseño general y niveles de servicio del proyecto, la identificación y asignación de riesgos, las garantías, la estructura económico - financiera del contrato y mecanismos de solución de controversias, así como el régimen de terminación y sus efectos. El proyecto de contrato es sujeto de modificación como resultado de los comentarios y consultas recibidos por los postores en esta fase.

## Convocatoria a Concurso de Proyectos Integrales



**CONVOCATORIA**  
**CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES PARA LA CONCESIÓN DE LA CARRETERA LONGITUDINAL DE LA SIERRA TRAMO 4**

El Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria-PRO INTEGRACIÓN, convoca al Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de la "Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4".

El Proyecto Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 4: Huancayo-Izcuchaca-Mayoc-Ayacucho/Ayacucho-Andahuaylas-Pte Sahuinto/Dv. Pisco – Huaytará - Ayacucho, comprende intervenciones de Rehabilitación y Mejoramiento y de Mantenimiento Periódico Inicial en diversos sub tramos de la concesión y su respectivo mantenimiento y operación. Asimismo, comprende la operación y mantenimiento de los sub tramos en los que intervenga el MTC y que al inicio de la concesión o a la conclusión de las intervenciones entregue al Concesionario.

El pago por derecho de participación en el concurso es de Mil Dólares Americanos (US\$1,000.00), incluido IGV, monto que deberá ser depositado en la Cuenta de Ahorros en Moneda Extranjera N° 0011-0661-02000035113-66 del BBVA Banco Continental (Swift: BCONPEPL) una vez realizado el depósito sírvase enviar al correo electrónico del proyecto, copia del mismo, indicando la razón social, dirección y RUC (empresas nacionales), para la emisión de respectivo comprobante de pago.

Las Bases se encuentran a disposición de los interesados en la página Web de PROINVERSIÓN ([www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)), las mismas que contienen las condiciones exigidas para el concurso y el cronograma de actividades del proceso. Precisiones o modificaciones serán comunicadas mediante Circular y también publicadas en la página WEB de PROINVERSIÓN.

Cualquier información sobre el particular puede solicitarse de acuerdo a lo siguiente:

Proyecto Longitudinal de la Sierra Tramo 4  
PROINVERSIÓN  
Av. Enrique Canaval Moreyra N° 150, Piso 8 – San Isidro-Lima -Perú  
Teléfono: 2001200 anexo 1292  
Correo electrónico: [tramo4longitudinaldelasierra@proinversion.gob.pe](mailto:tramo4longitudinaldelasierra@proinversion.gob.pe)



**COMITE DE PROINVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL, INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA E INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA-PRO INTEGRACIÓN**

San Isidro, 22 de febrero de 2015

Fuente: PROINVERSION

Finalmente, los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales puedan encargar el proceso de promoción a PROINVERSION o solicitarle su asistencia técnica en cualquier fase del proyecto.

### C. La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN)

PROINVERSION, es un organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, integrado por un Consejo Directivo como su máxima autoridad directiva y por Comités Especiales, órganos colegiados que conducen el proceso de promoción de la inversión privada de las APP; además de las funciones que tiene como OPIP en general, cuenta con competencias específicas que han sido reconocidas en diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, entre ellos:

**a) Fase de Formulación.** En caso de encargo: i) Realización y/o contratación de estudios requeridos para la formulación; y, ii) Elaboración del Informe de Evaluación, el mismo que siempre debe obtener la conformidad final de las



entidades.

**b) Fase de Estructuración**, aprobar la incorporación de proyectos al proceso de promoción.

**c) Fase de Transacción:** i) Asumir todas las competencias para la adjudicación de los proyectos de APP; ii) Aprobar la modalidad bajo la cual se adjudicará los proyectos de APP, la cual será la de Licitación Pública Especial o la de Concurso de Proyectos Integrales u otro proceso competitivo; y, iii) Aprobar previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la Inversión Privada a propuesta del Comité Especial, Bases y la Versión Final del Contrato de APP.

Por otro lado, el artículo 13º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, establece los proyectos de inversión que son competencia de PROINVERSION, como se advierte a continuación:

*“Artículo 13. Asignación de proyectos a Proinversión*

*13.1 Son asignados a Proinversión, en su calidad de OPIP del Gobierno Nacional, aquellos proyectos que cumplan con alguno de los siguientes criterios:*

- 1. Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que sean multisectoriales.*
  - 2. Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un CTI<sup>7</sup>, o un CTP<sup>8</sup> en caso no contengan componente de inversión, superior a cuarenta mil (40,000) UIT.*
  - 3. Los proyectos de APP de competencia nacional originados por IPA<sup>9</sup>.*
  - 4. Los proyectos de APP de competencia de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa, originados por IPA.*
  - 5. Los proyectos de todos los niveles de Gobierno y de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa originados por IPC<sup>10</sup>.*
  - 6. Los proyectos que se desarrollen mediante el mecanismo de Diálogo Competitivo.*
  - 7. Los PA<sup>11</sup> de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un monto de inversión superior a cuarenta mil (40,000) UIT<sup>12</sup>.*
  - 8. Los PA de competencia nacional y de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa originados por IP<sup>13</sup>.*
  - 9. Los proyectos que por disposición legal expresa son asignados a Proinversión.*
- (...)”.*

## **D. El Comité de Inversiones**

---

<sup>7</sup> Costo Total de Inversión.

<sup>8</sup> Costo Total del Proyecto.

<sup>9</sup> Iniciativa Privada Autofinanciada.

<sup>10</sup> Iniciativa Privada Cofinanciada.

<sup>11</sup> Proyecto en Activos.

<sup>12</sup> Unidad Impositiva Tributaria.

<sup>13</sup> Iniciativa Privada.

El Comité de Inversiones es un órgano perteneciente a los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales, que puede desarrollar la función de OPIP y de Órgano de Coordinación. Al respecto, el Artículo 7º del Decreto Legislativo N° 1362, dispone que el ministerio, gobierno regional y gobierno local que tenga proyectos o planifique desarrollar procesos de promoción de la inversión privada bajo una APP, debe crear un Comité de Inversiones; teniéndose que se rigen por reglas especiales para asegurar que sus integrantes puedan cumplir de manera ágil sus funciones y que sus decisiones sean ejecutadas dentro de cada entidad.

Dichas reglas son: i) En el caso de los ministerios, el Comité de Inversiones se conforma por tres funcionarios de la alta dirección o titulares de órganos de línea o asesoramiento de la entidad; y, ii) En el caso de los gobiernos regionales o gobiernos locales, la normativa no determina los integrantes del Comité de Inversiones, disponiendo que sus funciones puedan ser ejercidas por un Comité de Inversiones integrado por funcionarios de la entidad, por un órgano conformado por personas especializadas no pertenecientes a la entidad (dietarios) o por el órgano designado para tales efectos por parte de dichos niveles de gobierno, pudiendo ser uno de sus órganos de línea.

Según el nivel de gobierno, la designación de los miembros de los Comités de Inversiones se realiza por Resolución Ministerial, Resolución del Gobernador Regional o Resolución de la Alcaldía, las cuales deben ser publicadas en el diario oficial El Peruano y comunicada al Registro Nacional de Contratos de APP; teniéndose que en el caso de PROINVERSIÓN existe un Consejo Directivo. En el caso de otros OPIP, el viceministro, Consejo Regional y Concejo Municipal, según corresponda, ejercen la función de Consejo Directivo.; y en el caso de los gobiernos regionales y gobiernos locales, el Consejo Regional y el Concejo Municipal constituyen su órgano máximo.

Finalmente, es pertinente mencionar que la normativa de APP establece que los Comités de Inversiones desempeñen los siguientes roles:

#### Gráfico N° 05

### Roles de los Comités de Inversiones



Fuente: (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016).

### E. Los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales

Los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales participan en el Sistema en su condición de titulares de los proyectos de inversión. El reconocimiento de esta condición viene dado desde la Constitución Política del Perú del año 1993, y las normas que regulan el funcionamiento y estructura de dichas entidades, tales como la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158), la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783), la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N° 27867) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972).

En ese sentido, lo que hace la Ley de APP y Proyectos en Activos y su reglamento es precisar y detallar las funciones de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en las diversas fases del desarrollo de las APP. A continuación, se presentan de manera general todas las funciones de tales entidades según la fase de la APP:

**a) Fase de Planeamiento y Programación:** i) Planifica la cartera de proyectos de inversión que serán promovidos mediante APP; y, ii) Aprueba el Informe Multianual de Inversiones en APP.

Al respecto, cabe traer a colación lo establecido por la Resolución Ministerial N° 723-2018/MINSA, de fecha 01 de agosto de 2018, con la cual el Ministerio de Salud aprobó el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público-Privadas en Salud 2019 – 2021; en el cual por ejemplo, se aprobó una lista priorizada de proyectos de interés del ministerio para ser desarrollados mediante el esquema de las Asociaciones Público-Privadas, siendo las siguientes: i) Operación y Mantenimiento del Hospital Villa El Salvador; ii) Operación y Mantenimiento del Hospital de Vitarte; iii) Almacenamiento y distribución de productos farmacéuticos

(PF), dispositivos médicos (DM) y productos sanitarios (PS); iv) Fortalecimiento de los servicios prehospitalarios SMU y del Sistema de Referencia y Contrarreferencia de Lima Metropolitana; v) Construcción, equipamiento, puesto en operación y mantenimiento del nuevo Hospital de Tahuantinsuyo Bajo, distrito de Carabaylo, Lima Metropolitana; vi) Construcción, equipamiento, puesta en operación y mantenimiento del nuevo Instituto Nacional de Oftalmología, cercado de Lima, Lima Metropolitana; y, vii) Operación y Mantenimiento de los hospitales e institutos de Lima Metropolitana.

**b) Fase de Formulación:** i) Formula los proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad de APP; y, ii) Elabora el Informe de Evaluación.

**c) Fase de Estructuración:** i) Coordina con el OPIP para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada; y, ii) Asiste a la convocatoria que realiza el OPIP para dar comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Asimismo, brinda atención a todas las solicitudes de información, recomendaciones y comentarios que solicite el OPIP.

**d) Fase de Transacción:** i) Coordina con el OPIP para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada. ii) Emite opinión previa a la versión final del contrato de APP; y, iii) Suscribe los contratos de APP.

Para mayor abundamiento, en la actualidad el Estado peruano representando por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ha suscrito treinta y dos (32) contratos de concesión en infraestructura de transporte<sup>14</sup> divididos en los siguientes subsectores: i) carreteras, ii) aeropuertos, iii) puertos, iv) hidrovía, y, v) vías férreas, los cuales se encuentran bajo la supervisión del OSITRAN; detallados en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 03

## Contratos de Concesión suscritos por el MTC y regulados por el OSITRAN

CONCESIÓN	ENTIDAD PRESTADORA	INICIO DE LA CONCESIÓN	MODALIDAD	PLAZO
Red Vial N°5: Ancón Huacho-Pativilca	NORVIAL S. A	2003	Autosostenible	25 años
CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S. A	Red Vial N°6: Puente Pucusana Cerro Azul-Ica	2005	Autosostenible	30 años
CONCESIONARIA IIRSA NORTE S. A	Eje Multimodal Amazonas Norte: Paita-Yurimaguas	2005	Cofinanciada	25 años
CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR-TRAMO 2 S. A	IIRSA Sur Tramo 2: Urcos Inambari	2005	Cofinanciada	25 años
CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR-TRAMO 3 S. A	IIRSA Sur Tramo 3: Inambari-Iñapari	2005	Cofinanciada	25 años

<sup>14</sup> Memoria Institucional 2019-OSITRAN, pág. 23.

Aspectos institucionales de las Asociaciones Público – Privadas, de acuerdo con lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1362

CONCESIÓN	ENTIDAD PRESTADORA	INICIO DE LA CONCESIÓN	MODALIDAD	PLAZO
INTERSUR CONCESIONES S. A	IIRSA Sur Tramo 4: Inambari-Azángaro	2005	Cofinanciada	25 años
CONCESIONARIO CANCHAQUE S.A.C	Empalme 1B-Buenos Aires-Canchaque	2007	Cofinanciada	15 años
SURVIAL S. A	IIRSA Sur Tramo1: San Juan de Marcona Urcos	2007	Cofinanciada	25 años
CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S. A	IIRSA Sur Tramo5: Mataran-illo - Azángaro	2007	Cofinanciada	25 años
AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C	Red Vial N° 4 Tramos Viales PativilcaSanta - Trujillo y Puerto Salaverry -Empalme R01N	2009	Autosostenible	25 años
CONSORCIO CONCESIÓN CHANCAY-ACOS S. A	Tramo Vial: Óvalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo Huaral Aco	2009	Cofinanciada	15 años
CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S.A.	Tramo Vial: Nuevo Mocupe Cayaltí-Oyotún	2009	Cofinanciada	15 años
CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S. A	Autopista del Sol-Trujillo -Sullana	2009	Autosostenible	25 años
DESARROLLO VIAL DE LOS ANDES S.A.C.	IIRSA Centro Tramo 2: Puente Ricardo Palma La Oroya-Huancayo La Oroya-Dv. Cerro de Pasco	2010	Autosostenible	25 años
CONCESIONARIA PERUANA DE VIAS S. A	Matarani-Desvío Moquegua-Desvío Ilo -Tacna-La Concordia	2013	Autosostenible	25 años
CONVIAL SIERRA NORTE S.A.	Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2	2014	Autosostenible	25 años
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R. L	Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	2001	Autosostenible	40 años
AEROPUERTOS DEL PERÚ S. A	Primer Grupo de Aeropuertos Regionales	2006	Cofinanciada	25 años
AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A.	Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales	2011	Cofinanciada	25 años

CONCESIÓN	ENTIDAD PRESTADORA	INICIO DE LA CONCESIÓN	MODALIDAD	PLAZO
TERMINAL INTERNACIONAL DEL SUR S.A.	Terminal Portuario de Matarani	1999	Autosostenible	30 años
DP WORLD CALLAO S. A	Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao-Zona Sur	2006	Autosostenible	30 años
TERMINALES PORTUARIOS EUROANDINOS PAITA S. A	Terminal Portuario de Paita	2009	Autosostenible	30 años
TRANSPORTADORA CALLAO S.A.	Terminal de Embarque de Concentración de Minerales en el Terminal Portuario del Callao	2011	Autosostenible	20 años
APM TERMINALS CALLAO S.A.	Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	2011	Autosostenible	30 años
CONCESIONARIA PUERTO AMAZONAS S.A.	Nuevo Terminal Portuario de Yurimagua- s- Nueva Reforma	2011	Cofinanciada	30 años
TERMINAL PORTUARIO PARACAS S. A	Terminal Portuario General San Martín Pisco	2014	Autosostenible	30 años
SALAVERRY TERMINAL INTERNACIONAL S. A	Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry	2018	Autosostenible	30 años
CONCESIONARIA HIDROVÍA AMAZÓNICA S.A.	Ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza-Iquitos-Santa Rosa río Huallaga, tramo Yurimaguas confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa - confluencia con el río Marañón	2017	Cofinanciada	20 años
FERROCARRIL TRANSANDINO S.A	Ferrocarril del Sur y del Sur Oriente	1999	Autosostenible	35 años
FERROVÍAS CENTRAL ANDINA S.A.	Ferrocarril del Centro	1999	Autosostenible	40 años
GYM FERROVÍAS S.A.	Sistema Eléctrico de Transporte masivo de	2011	Cofinanciada	30 años

CONCESIÓN	ENTIDAD PRESTADORA	INICIO DE LA CONCESIÓN	MODALIDAD	PLAZO
	Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador-Av. Grau -San Juan de Lurigancho			
METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A	Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao	2014	Cofinanciada	35 años

Fuente: Memoria Institucional 2019 - OSITRAN

Elaboración: Propia

**e) Fase de Ejecución contractual:** i) Gestiona y administra los contratos de APP, y cumple con todas las obligaciones contractuales que estén a su cargo; ii) Modifica los contratos de APP de común acuerdo con la parte privada, liderando y siendo el responsable del proceso de evaluación conjunta y de la obtención de las opiniones previas a las modificatorias; iii) Hace efectivas las penalidades derivadas del incumplimiento al contrato de APP, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo; iv) Efectúa el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos de APP; v) Declara la suspensión o caducidad del contrato de APP cuando concurren las causales previstas en el respectivo contrato; etc.

En lo que se refiere a la función de modificar los contratos de APP, cabe señalar que, en el caso de los contratos de concesión de la red vial nacional, se han suscrito sesenta y tres (63) adendas:

**Gráfico N° 06**

**Adendas suscritas respecto a los Contratos de Concesión de la  
Red Vial de alcance Nacional**

CONTRATO DE CONCESION	ADENDAS SUSCRITAS								
Autopista del Sol	1	2							
Red Vial Nº 4	1	2	3						
Red Vial Nº 5	1	2	3	4	5				
Red Vial Nº 6	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Desvío Quilca - La Concordia	1	2							
Longitudinal de la Sierra - Tramo 2									
IIRSA Norte	1	2	3	4	5	6	7		
IIRSA Centro - Tramo 2	1	2							
IIRSA Sur - Tramo 1	1	2							
IIRSA Sur - Tramo 2	1	2	3	4	5	6	7	8	
IIRSA Sur - Tramo 3	1	2	3	4	5	6	7		
IIRSA Sur - Tramo 4	1	2	3	4	5	6	7		
IIRSA Sur - Tramo 5	1	2	3						
Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque	1	2	3						
Nuevo Mocupe - Cayaltí - Oyotún	1								
Ovalo Chancay - Huaral - Acos	1	2							

Fuente: [www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)

Elaboración propia.

Como complemento, cabe traer a colación lo expresado por la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC, en los numerales 15.1 al 15.10 del Informe N° 1063-2017-MTC/25, de fecha 04 de diciembre de 2017, con el cual emiten opinión previa respecto del Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte:

*“XV. CONCLUSIONES*

*15.1 Los contenidos de la Propuesta de Adenda no afectan el equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que estas propuestas no implican la inclusión de obligaciones injustificadas y desequilibradas por las partes, ni implican cambios que transfieran riesgos entre estas, de conformidad con lo previsto en el numeral 23.1 del artículo 23 del TUO de la Ley de APP y en el Artículo 53 del Decreto Supremo N° 410-2015-EF.*

*En ese sentido, el Proyecto de Adenda no afectan el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que se dé la necesidad de ejecutar modificaciones al Expediente Técnico Original, distinta a la prevista en el Contrato Inicial, ya que el proyecto de adenda propuesto establece que el Concedente debe compensar a la Sociedad Concesionaria por el diferencial que genera ejecutar la modificación antes indicada.*

*15.2 La naturaleza de la presente modificación de adenda, de acuerdo con la Ley Marco de APP y su Reglamento, no implica realizar evaluaciones adicionales para determinar la conveniencia de que sea realizada por la Sociedad Concesionaria o que sea encargada por otra modalidad.*



15.3 Debido al retraso, por parte del Concedente, en la entrega oportuna de terrenos para la construcción, en el Proyecto de Adenda se contempla el encargo a la Sociedad Concesionaria de la formulación los expedientes individuales de los predios afectados por el Área de Concesión y/o el Derecho de Vía, así como respecto de la adquisición de terrenos, se debe precisar que las partes se han visto en la necesidad de establecer dicho mecanismo para agilizar la liberación de predios para la oportuna ejecución de las Obras Complementarias y/o Nuevas, de acuerdo a la incorporación del Numeral 6.25 de la Sección VI del Proyecto de Adenda.

15.4 El Proyecto de Adenda respeta el diseño original del Contrato y las condiciones económicas contractualmente convenidas en el Contrato de Concesión original.

15.5 La modalidad de APP, bajo el marco legal vigente y la estructura de pago convenida en el Proyecto de Adenda, resulta más conveniente, en cuanto al uso de recursos para el Estado, en comparación con la modalidad de Contratación Pública Tradicional.

15.6 De conformidad con el numeral 55.4 del artículo 55 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, durante la etapa de evaluación conjunta, las entidades participantes (MTC, OSITRAN y MEF) no demandaron la necesidad de solicitar información sobre el diseño del proyecto y el Contrato de Concesión a Proinversión. Ello debido a que el Proyecto de adenda es operativa y está relacionada fundamentalmente a temas del Contrato entre partes, la DGCT no solicitó a PROINVERSIÓN sobre las modificaciones, por ser de carácter técnico.

15.7 El Proyecto de Adenda cuenta con la opinión favorable del OSITRAN, remitida mediante Acuerdo N° 2050-619-17-CD-OSITRAN sustentada mediante Informe N° 019-17-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y las observaciones y recomendaciones formuladas por el Regulador fueron absueltas e incorporadas dentro de este proyecto.

15.8 El Proyecto de Adenda cuenta con opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, remitido mediante el Informe N° 147-2017-EF/68.01, en el cual se concluye que no existen observaciones de las áreas técnicas.

15.9 Esta Dirección General se encuentra en proceso de implementación de las recomendaciones enviadas por la Contraloría General de la República, a través del Informe Previo N° 00101-2017-CG/PREV.

15.10 Cabe precisar que esta Dirección General, en su calidad de administrador del Contrato de Concesión, es responsable de la correcta y oportuna implementación de las recomendaciones formuladas en el Informe Previo N° 00101-2017-CG/PREV, las mismas que son exclusivamente de carácter técnico y económico – financiero”.

Por otro lado, respecto a que le corresponde a las entidades hacer efectivas las penalidades derivadas del incumplimiento al contrato de APP, cabe mencionar que en un importante número de contratos de concesión para la explotación de infraestructura de transporte de uso público, suscritos por el MTC, se ha delegado en estos mismos contratos, la facultad del OSITRAN (organismo regulador competente) para aplicarlas, tal como se cita en la siguiente sección del Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao”:

“SECCIÓN XVII: COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

(...).

**Penalidades Contractuales**

17.12 El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. El CONCESIONARIO no estará exento de responsabilidad aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con el Constructor,

*Proveedor de Material Rodante, Operador o Asesor Técnico en Operación, de ser el caso, otros contratistas o sub contratistas o terceras personas.*

*17.13 En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10.*

*17.14 El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el Regulador, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación.*

*El Regulador contará con un plazo máximo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el Regulador no emita pronunciamiento alguno, se entenderá por denegada la impugnación presentada. La decisión del Regulador tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO.*

*17.15 El monto de las penalidades será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE a la cuenta de RPMO del Fideicomiso, en el plazo de diez (10) Días contados a partir del día siguiente de la notificación que reciba por parte del Regulador.*

*El plazo para el abono de las penalidades a que se refiere la presente Cláusula será suspendido ante la impugnación de la penalidad por el CONCESIONARIO, reiniciándose el cómputo de dicho plazo en caso se confirme su imposición por el Regulador.*

*17.16 En caso que el CONCESIONARIO incumpla con pagar dichas penalidades dentro del plazo mencionado, el CONCEDENTE podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, hasta el monto al que ascienda la penalidad impuesta, debiendo el CONCESIONARIO restituir la misma, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 11.3.5.*

*17.17 El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la Concesión y tampoco se podrá invocar por ello la ruptura del equilibrio económico-financiero”.*

Finalmente, en cuanto a la función de declarar la suspensión o caducidad del contrato de APP cuando concurren las causales previstas en el respectivo contrato, cabe traer a colación que el MTC, a través del Oficio N° 142-2017-MTC/01 del 13 de julio de 2017, el Concedente notificó al Concesionario (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A.), la decisión unilateral e irrevocable de resolver el Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, por razones de interés público, de conformidad con la cláusula 15.5.1 de dicho Contrato, el cual establece lo siguiente:

***“CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN***

*El Contrato sólo podrá declararse terminado por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales:*

*(...).*

***15.5 Término por Decisión Unilateral del CONCEDENTE***

*15.5.1. Por razones de interés público debidamente fundadas, el CONCEDENTE tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento, mediante notificación previa y por escrito al CONCESIONARIO con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos”.*

(Resaltado agregado).

Cabe mencionar que, la fase de Ejecución contractual es la de mayor duración y que en ella el privado solo tiene como contraparte al Ministerio, Gobierno Regional

o Gobierno Local por todo el periodo de duración del proyecto; y por ello, las funciones desarrolladas en esta fase deben ser asignadas o delegadas a un órgano de la estructura interna de dichas entidades.

## **F. Los Supervisores (Reguladores) de los Contratos de Concesión**

De acuerdo a lo indicado por el MEF (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015), la supervisión de los contratos de APP es una tarea fundamental para el éxito de una Asociación Público - Privada, pues de nada serviría un Contrato de Concesión correctamente diseñado sino se cuenta con entidades que tengan experiencia y capacidad técnica para verificar el cumplimiento de lo previsto en dicho contrato en temas como la construcción de la infraestructura pública bajo estándares técnicos o el cumplimiento de los niveles de servicio.

En este contexto, la Ley de APP y su Reglamento establecen reglas para la supervisión de los contratos de APP, dependiendo de si el proyecto de inversión pertenece a un sector regulado caso en el que la labor de supervisión está a cargo de los Organismos Reguladores (OSITRAN, OSINERGMIN, SUNASS y OSIPTEL) o si no pertenece a un sector regulado caso en el que esta función es desarrollada por la entidad pública que figure como tal en el contrato de APP; en tal sentido, estas entidades adquieren principal relevancia durante la fase de Ejecución de las APP; sin embargo, durante la fase de estructuración emiten opiniones a las versiones iniciales y finales de los proyectos de contratos de APP.

Respecto a los Organismos Reguladores, estas son entidades que cuentan con autonomía económica, financiera, administrativa y funcional, y su estructura organizacional y funciones de supervisión se rigen por normas especiales como la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y las leyes de creación de cada Organismo Regulador.

En ese sentido, en respeto a la institucionalidad de los reguladores y su autonomía la normativa de APP dispone que la supervisión de los proyectos de inversión en sectores regulados –es decir, donde participan los Organismos Reguladores- se sujeta a lo dispuesto en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normativa vigente.

Por otro lado, para el caso de proyectos de inversión que pertenecen a sectores no regulados y por tanto donde los Organismos Reguladores no tienen facultades de supervisión, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto las siguientes reglas a considerar:

- Los contratos bajo el sistema de las Asociaciones Público – Privadas, establecen la entidad pública competente que se desempeñará como supervisor, dejando claro así que jurídicamente la función supervisora siempre está a cargo de una entidad pública.
- La supervisión de las obras principales y estudios definitivos establecidos en el respectivo contrato será realizada por una persona jurídica o consorcio de éstas, seleccionada de conformidad a la normativa vigente; con ello, se establece que independientemente que la titularidad jurídica de la supervisión sea de una entidad pública, las obras principales y los estudios definitivos del

proyecto son supervisados materialmente por una empresa privada seleccionada para dicho fin.

- Los contratos de Asociación Público - Privada deben establecer las obligaciones del inversionista privado que permitan el ejercicio de las actividades de supervisión, así como las obligaciones del supervisor privado vinculadas prioritariamente a la supervisión de los niveles de servicio.

Finalmente, de acuerdo a la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, los Organismos Reguladores son los encargados de ejercer las siguientes funciones en relación al contrato de concesión (Contraloría General de la República, 2014):

**a) Supervisora:** verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada.

Con relación a esta función, es relevante citar algunas de las materias objeto de supervisión por parte del OSITRAN (materias que se diferencian dependiendo de qué Organismo Regulador se trate), de acuerdo a lo establecido en los artículos 7° al 10° (Capítulo 2: Materias de Supervisión, del Título II: De la Función de Supervisión), de la Resolución N° 024-2011-CD-OSITRAN, de fecha 04 de julio de 2011, con la cual el Consejo Directivo de este Organismo Regulador aprobó el Reglamento General de Supervisión:

**Cuadro N° 04**

**Principales materias de Supervisión a cargo de OSITRAN**

<b>Supervisión de aspectos Económicos y Comerciales (Artículo 7°)</b>	<b>Supervisión de aspectos Operativos (Artículo 8°)</b>
<p>Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. Comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Verificar la difusión del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, del tarifario respectivo y la política comercial;</li> <li>b) Verificar el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, realizando un seguimiento a la atención de solicitudes de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas la revisión de sus bases y proyectos de contrato respectivos;</li> <li>c) Verificar el cumplimiento del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias y del Reglamento de Solución de Reclamos de Usuarios de la Entidad Prestadora;</li> </ul>	<p>Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y el mantenimiento de la misma. Comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Verificar el cumplimiento de las normas y estándares técnicos de mantenimiento de la infraestructura, así como la ejecución del Plan de Mantenimiento respectivo;</li> <li>b) Verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales referidas a la gestión ambiental;</li> <li>c) Verificar que en los casos de afectación de las operaciones, su restablecimiento se realice en el menor tiempo posible;</li> <li>d) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad de los servicios correspondientes a cada tipo de infraestructura;</li> </ul>

<b>Supervisión de aspectos Económicos y Comerciales (Artículo 7°)</b>	<b>Supervisión de aspectos Operativos (Artículo 8°)</b>
<p>d) Verificar la aplicación y difusión de las tarifas reguladas y de las políticas comerciales respectivas, así como el respeto a los principios de no discriminación y neutralidad;</p> <p>e) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las Entidades Prestadoras.</p>	<p>e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidas contractualmente para la infraestructura de transporte;</p> <p>f) Verificar que el uso de los bienes concesionados se encuentre conforme a lo contractualmente pactado;</p> <p>g) Verificar la vigencia de los procedimientos relacionados con los aspectos operativos de los Certificados de Calidad, en los casos que corresponda de acuerdo a los Contratos de Concesión y convenios suscritos;</p> <p>h) Verificar el cumplimiento de los estándares de servicio establecidos para las entidades prestadoras;</p> <p>i) Verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales referidas a seguridad;</p> <p>j) Verificar el cumplimiento de los registros de tráfico en caso la facturación se dé con empresas vinculadas;</p> <p>k) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las entidades prestadoras.</p>

<b>Supervisión de Inversiones (Artículo 9°)</b>	<b>Supervisión de aspectos Administrativos y Financieros (Artículo 10°)</b>
<p>Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas al desarrollo de nuevos proyectos para la construcción y rehabilitación de la infraestructura, y la ejecución de obras, relacionadas a la infraestructura de transporte de uso público.</p> <p>En los casos que el contrato de concesión considere la ejecución de inversiones, las actividades de supervisión comprende:</p> <p>a) Verificar la presentación oportuna de los Planes y Expedientes Técnicos;</p> <p>b) Evaluar los expedientes técnicos, y sus modificaciones, presentados por las Entidades Prestadoras y emitir la opinión técnica correspondiente;</p>	<p>Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a aspectos administrativos y financieros de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. Comprende:</p> <p>a) Verificar que los documentos correspondientes a las obligaciones contractuales referidas a la vigencia de las pólizas de seguro y cartas fianza, entrega de información financiera, inventario de bienes y similares, se emitan de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión y en las normas regulatorias;</p> <p>b) Verificar en forma periódica la conformación del accionariado de las Entidades Prestadoras;</p>

<p align="center"><b>Supervisión de Inversiones</b> <b>(Artículo 9°)</b></p>	<p align="center"><b>Supervisión de aspectos Administrativos y Financieros</b> <b>(Artículo 10°)</b></p>
<p>c) Evaluar los planes de inversiones y los presupuestos de acuerdo a los contratos de concesión;</p> <p>d) Verificar que la ejecución y entrega de la obra se realice cumpliendo las especificaciones técnicas, de seguridad que correspondan;</p> <p>e) Verificar el cumplimiento de las inversiones comprometidas, según se establezca en los contratos de concesión;</p> <p>f) Verificar las inversiones ejecutadas en forma física y documentaria;</p> <p>g) Verificar el cumplimiento de las inversiones con los Certificados de Calidad, en los casos que corresponda de acuerdo a los Contratos de Concesión;</p> <p>h) Verificar el cumplimiento de las obligaciones referidas a la gestión ambiental durante el proceso de construcción;</p> <p>i) Verificar el cumplimiento de las obligaciones referidas a la construcción de la infraestructura;</p> <p>j) Verificar el cumplimiento de las obligaciones referidas al equipamiento de la infraestructura;</p> <p>k) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las entidades prestadoras.</p>	<p>c) Verificar que el registro contable de las Mejoras, y de los activos intangibles relacionados, se realice de acuerdo al Contrato, y a la Ley de Concesiones, así como el cumplimiento de las disposiciones referidas a la Contabilidad Regulatoria;</p> <p>d) Verificar que los procesos de contratación correspondiente a endeudamientos, hipotecas, fideicomisos, gravámenes y similares, cumplan con los requisitos contenidos en los contratos de concesión;</p> <p>e) Verificar el pago oportuno de los aportes por regulación;</p> <p>f) Verificar el pago oportuno de las retribuciones al Estado por las concesiones de la infraestructura de transporte de uso público;</p> <p>g) Verificar el pago de los aportes de capital y las transferencias de acciones;</p> <p>h) Verificar el cumplimiento de las obligaciones referidas a la administración de los bienes concesionados;</p> <p>i) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las entidades prestadoras.</p>

Fuente: Reglamento de Supervisión de OSITRAN.

Cabe recalcar, que las materias supervisadas indicadas en el cuadro, están referidas a un organismo regulador en particular, - el OSITRAN-, debiéndose indicarse que este supervisa principalmente actividades vinculadas a la explotación de infraestructura pública de transporte de uso público, y excepcionalmente servicios públicos (como en el caso de las concesiones otorgadas por el MTC en el marco del desarrollo del sistema de transporte eléctrico masivo de Lima y Callao); por lo que, la supervisión que pueda desplegar el OSINERGMIN, SUNARR y OSIPTEL, tiene su propias características.

**b) Reguladora:** fija las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

En el caso de OSIPTEL, consiste en la facultad de fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, establecer sistemas tarifarios en sus diferentes modalidades y por ello, dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto. Dicha facultad se ejerce previa evaluación de las condiciones del mercado que justifiquen su intervención, garantizando la calidad y eficiencia económica en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En ese marco, podemos citar la Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL, mediante la cual el Consejo Directivo de este Regulador aprobó el

Reglamento General de Tarifas; que establece el marco general de su actuación en cuando a la regulación tarifaria.

**c) Normativa:** norma a través de reglamentos los procedimientos a su cargo, otros de carácter general o mandatos o normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Asimismo, tipifica las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales bajo su ámbito, por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas que dicte.

En cuanto esta función de los organismos reguladores, resalta la producción normativa del OSITRAN, el mismo que, - entre otras- aprobó las siguientes normas:

- Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN.
- Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público.
- Reglamento de Aporte por Regulación de OSITRAN.
- Reglamento de Contabilidad Regulatoria.
- Reglamento General de Supervisión.
- Reglamento General de Tarifas.
- Reglamento Marco de Acceso.
- Disposiciones Complementarias al Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN.
- Entre otros.

**d) Fiscalizadora y sancionadora:** fiscaliza el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

A manera de ejemplo, cabe citar la Resolución de Gerencia General N° 010-2008-GG-OSITRAN, de fecha 20 de febrero de 2008, con la cual la Gerencia General de OSITRAN resolvió aplicar una sanción a la entidad prestadora Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERU S.A., por haber incumplido las cláusula 8.19 del Contrato de Concesión del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N° 6):

*“Por lo expuesto, se **RESUELVE**:*

**PRIMERO:** *Declarar que la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. COVIPERU Incumplió con lo establecido en el párrafo noveno (9º) de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión al no haber efectuado los depósitos al Fideicomiso en Administración, en la fecha establecida, para los depósitos correspondiente a febrero de 2006 y febrero de 2007, que debieron efectuarse dentro de los cinco (5) primeros días de marzo de 2006 y marzo de 2007; incurriendo en infracción GRAVE, falta tipificada en el Artículo 52º del Reglamento de Infracciones y Sanciones.*

**SEGUNDO:** *Imponer como sanción una multa de tres (03) UIT a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., por haber incumplido con las obligaciones establecidas en la cláusula 8.19º del Contrato de Concesión, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º del RIS.*

*(...)”.*

**e) Solución de controversias:** concilia intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia o resuelve conflictos

suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

Cabe traer a colación la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 004-2013-TSC/68-2013-TSC-OSINERGMIN, de fecha 30 de abril de 2013, recaída en el Expediente N° 68-2013-TSC-OSINERGMIN, sobre “Pago por concepto de compensación por el uso y aprovechamiento de bienes pertenecientes al sistema de transmisión eléctrica”, de la controversia suscitada entre la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. – ETECEN S.A., y Luz del Sur S.A.A. En esta resolución se resolvió lo siguiente:

*“SE RESUELVE:*

*ARTÍCULO 1º.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA CENTRO NORTE S.A. - EN LIQUIDACIÓN - ETECEN S.A. y confirmar la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 005-2013-OS/CC-68.*

*ARTÍCULO 2º.- Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero”.*

**f) Solución de los reclamos de los usuarios de los servicios regulados:** a través del Tribunal de Solución de Reclamos del organismo regulador, que actúa como última instancia, cuyas resoluciones poseen carácter vinculante.

Por otro lado, la Ley de APP y su reglamento, han previsto la participación de los Organismos Reguladores durante la fase de estructuración, transacción y ejecución contractual, para la emisión de opiniones previas no vinculantes, sobre materias de su competencia. Las opiniones que emiten éstos, están referidas a: i) Opinión sobre la versión inicial y final de los respectivos proyectos de Contrato de Concesión; y ii) Los proyectos de adenda (modificación contractual) de contratos de concesión suscritos y vigentes.

## **G. La Contraloría General de la República**

Es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. Supervisa, vigila y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado. Para realizar con eficiencia sus funciones, cuenta con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera. De acuerdo con lo expresado por el Artículo 82º de la Constitución Política del Perú:

*“Artículo 82º.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (...).”*

En la Constitución Política del Perú, se establecen varias atribuciones asignadas a la Contraloría General de la República, entre las cuales resaltan: i) Presentar anualmente el informe de auditoría practicado a la Cuenta General de la República (Artículo 81); ii) Supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (Art. 82); iii) Realizar el control para que los Fondos destinados a satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional se dediquen exclusivamente para ese fin (Art. 170); iv) Facultad de iniciativa



legislativa en materia de control (Art. 107); v) Controlar y supervisar los gobiernos regionales y locales, en forma descentralizada y permanente (Art. 199); entre otras.

Dicha entidad cuenta con atribuciones especiales que le otorga el artículo 22 de la Ley N° 27785, "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República", resaltando las siguientes: i) Tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual; ii) Ordenar que los órganos del Sistema realicen las acciones de control que a su juicio sean necesarios o ejercer en forma directa el control externo posterior sobre los actos de las entidades, iii) Supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control emanados de cualquiera de los órganos del Sistema; iv) Sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la administración; v) Emitir opinión previa vinculante sobre adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras, que conforme a ley tengan el carácter de secreto militar o de orden interno exonerados de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa; vi) Establecer el procedimiento selectivo de control sobre las entidades públicas beneficiarias por las mercancías donadas provenientes del extranjero, etc.

Es importante señalar que, a partir del 06 de enero de 2015, la Contraloría General de la República cuenta con una "Guía de Auditoría de Cumplimiento a las Asociaciones Público- Privadas", elaborado por el Departamento de Gestión de Productos, revisado por la Gerencia de Planeamiento Estratégico y Control de Gestión, y aprobado por el Contralor General.

El Objeto de la aludida Guía, es "...orientar el desarrollo de la auditoría de cumplimiento mediante la revisión y evaluación de los procesos que se llevan a cabo para la implementación de una Asociación Público-Privada" (Contraloría General de la República, 2014, pág. 3). Asimismo, se indica en el mismo documento citado en el párrafo anterior, que el Alcance está representado por:

*"2. ALCANCE*

*La aplicación de la presente guía es de carácter orientador, y de uso interno de las unidades orgánicas de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional que tienen bajo su ámbito de control entidades que participan en los procesos de implementación de una Asociación Público-Privada.*

*En este sentido, el contenido de la presente guía no limita, sino complementa, los procedimientos de auditoría que apliquen en el marco de una auditoría de cumplimiento a una Asociación Público-Privada" (Contraloría General de la República, 2014, pág. 3).*

Sobre el particular, el numeral 6 "Desarrollo" de la Guía, establece los siguientes aspectos con relación a las Asociaciones Público-Privadas, y la labora que desempeñará la Contraloría General de la República, para controlar su implementación:

*"6. DESARROLLO*

*Las APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos,*

*preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.*

*Para el desarrollo de la presente guía y con fines metodológicos, el macroproceso de implementación de una Asociación Público-Privada ha sido dividido en cuatro procesos, en atención al objetivo que persigue cada uno, siendo estos los siguientes: i) Proceso de selección del Proyecto; ii) Proceso de Promoción; iii) Proceso de Ejecución pre - operativa; iv) Proceso de Operación.*

*En función a dichos procesos, la guía desarrolla una matriz de procedimientos por cada proceso, que sin ser limitativos son de carácter orientador, cada uno con sus actividades, objetivo específico de evaluación, procedimientos, tareas, documentos técnicos y normativos que deben ser revisados y los riesgos identificados en aplicación de los criterios normativos que regulan la materia (...).*

*Con respecto a los criterios normativos que contiene la matriz de procedimientos por cada proceso, cabe precisar, que estos han sido desarrollados de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 que aprobó la “Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”; sin embargo, considerando que su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 146-2008-EF vigente hasta el 31 de mayo del 2014, fue dejado sin efecto por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF que aprobó el nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, se ha aplicado en la matriz de procedimientos uno u otro reglamento en atención a su vigencia en el tiempo” (Contraloría General de la República, 2014, págs. 6,7).*

Como se advierte, la Contraloría General de la República, en tal instrumento orientador, ha establecido con total claridad en qué fases o etapas de la implementación de una Asociación Público-Privada centrará su atención y desplegará todas las herramientas de control público existentes. Así, resalta que la participación de aquella se materializará en los siguientes procesos: i) Selección del Proyecto, ii) Promoción, iii) Ejecución pre - operativa, y, iv) Operación.

Al respecto, cabe señalar que de acuerdo al numeral 1.17 (Servicios de control) del Acápite I: Marco Conceptual, de las Normas Generales de Control Gubernamental, aprobadas mediante la Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG, de fecha 12 de mayo de 2014, los tipos de servicio de control se dividen en: i) Servicios de control previo, tales como: autorizar presupuestos adicionales de obra y mayores servicios de supervisión, informar sobre las operaciones que en cualquier forma comprometan el crédito o capacidad financiera del Estado, opinar sobre las contrataciones con carácter de secreto militar o de orden interno y otros establecidos por normativa expresa; ii) Servicios de control simultáneo: Acción simultánea, orientación de oficio, visita de control; y, iii): Auditoría financiera, auditoría de desempeño, auditoría de cumplimiento y otros establecidos por normativa expresa.

Adicionalmente, en el marco de lo que indica la Ley de APP y su Reglamento, la Contraloría General de la República emite un Informe Previo a la versión inicial y final del proyecto de Contrato de Concesión respectivo, y los proyectos de adenda sujetas a evaluación conjunta.

Lo referido en el párrafo anterior, significa que la participación de la Contraloría General de la República abarca desde fases iniciales, como es la de identificar y selección de una cartera de proyectos de inversión pública existentes, aquellos que podrían ser desarrollados mediante un esquema distinto al de Obra Pública Tradicional; es decir, mediante el esquema de las Asociaciones Público-Privadas. Luego se refiere a que también participará durante todo el proceso de promoción de la inversión privada, sea que éste se encuentre a cargo de una oficina

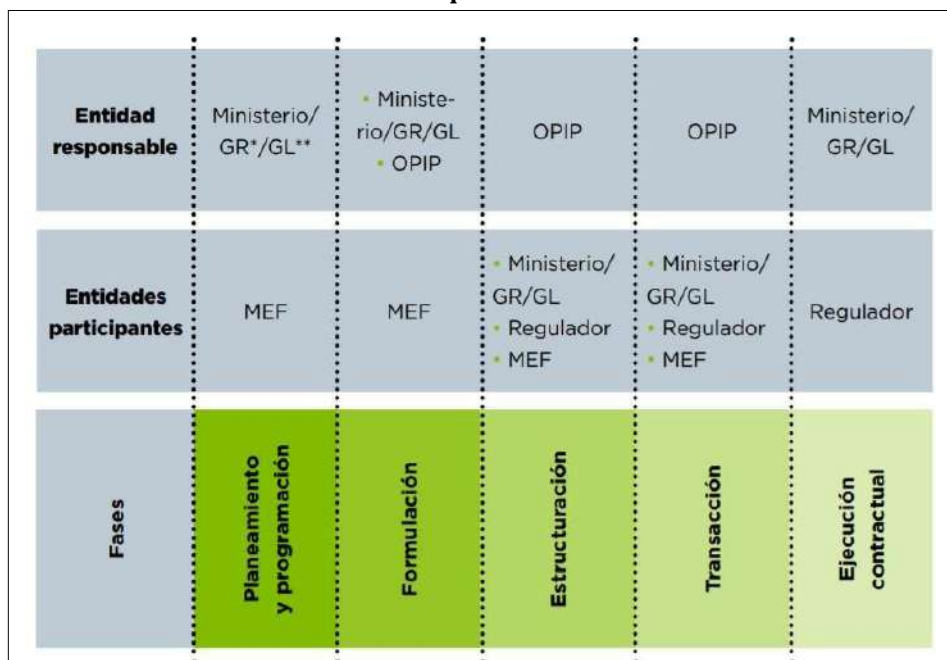
de promoción de la inversión privada local, regional, de un comité de inversión de algún ministerio, o de PROINVERSIÓN. Finalmente, desempeñará sus funciones durante la etapa de construcción del proyecto, y durante la fase operativa del mismo.

Cabe mencionar que de acuerdo al Reglamento de la Ley de APP), la participación de dicha entidad de control se centra, de acuerdo al nuevo marco legal en materia de APP, en los siguientes hitos o fases de las APP: i) Emisión de Informe Previo en la Fase de Transacción, respecto de las versiones iniciales y finales de los proyectos de contratos de APP; y, ii) Emisión de Informe Previo respecto de los proyectos de adendas, en el marco de las respectivas evaluaciones conjuntas.

Finalmente, como dato adicional se presenta un gráfico en el cual se sintetiza la participación de las entidades del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, considerando cada una de las fases de las APP:

Gráfico N° 07

Fases de las APP en las que intervienen las entidades



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo, 2016.

### Conclusiones

- El desarrollo de proyectos de infraestructura pública para su explotación y/o prestación de servicios públicos, en alianza con el sector privado, cuenta en nuestro país, con un marco legal específico, representado en la actualidad, por el Decreto Legislativo N° 1362 (Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público - Privadas y Proyectos en Activos), y su reglamento, aprobado con el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.
- Dichas normas legales, regulan en la actualidad lo concerniente a los principios, actores, reglas, procedimientos, conceptos, entre otros, del

denominado Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (creado a través del Decreto Legislativo N° 1224, y su reglamento, aprobado con el Decreto Supremo N° 410-2015-EF).

- El Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento definen a las Asociaciones Público-Privadas como una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados; para desarrollar proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica; distribuyéndose riesgos y recursos preferentemente privados; pudiendo originarse por iniciativa estatal o por iniciativa privada.
- Los principales actores del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada lo constituyen: i) las entidades titulares de los proyectos, ii) el Ministerio de Economía y Finanzas, iii) los Organismos Promotores de la Inversión Privada, iv) los Organismos Reguladores, v) la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION), vi) la Contraloría General de la República, y, vii) las empresas privadas; los mismos que interactúan en las siguientes fases de las Asociaciones Público-Privadas: i) Planeamiento y Programación, ii) Formulación, iii) Estructuración, iv) Transacción, y, v) Ejecución Contractual.

## Referencias

Acuerdo CD PROINVERSION N° 5-2-2017-CPC, del Consejo Directivo de PROINVERSION.

Banco Interamericano de Desarrollo, B. (2016). Asociaciones Público - Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal (Vol. Módulo III).

Constitución Política del Perú de 1993.

Contraloría General de la República. (2014). Guía de Auditoría de Cumplimiento a las Asociaciones Público-Privadas. Lima: Contraloría General de la República.

Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público - Privadas y Proyectos en Activos.

Decreto Supremo N° 077-2016-EF, que aprueba la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Decreto Supremo N° 238-2019-EF, que aprueba el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad del Perú.

Decreto Supremo N° 240-2018-EF, reglamento del Decreto Legislativo N° 1362.

Decreto Supremo N° 345-2018-EF, que aprueba la Política Nacional de Competitividad y Productividad.

Guía de Auditoría de Cumplimiento a las Asociaciones Público- Privadas”, de la Contraloría General de la República.

Informe N° 1063-2017-MTC/25, sobre opinión previa respecto del Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte:

Informe N° 147-2018-EF/68.01, de la Dirección General de Política y Promoción de la Inversión Privada del MEF.

Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Ministerio de Economía y Finanzas, M. (2015). Guía orientativa para la aplicación del Decreto Legislativo N° 1224. Lima.

Naveda, C. Godos. (2018). Diapositivas del curso de "Fundamentos y Marco Legal de las APP". Lima: Universidad Esan.

Normas Generales de Control Gubernamental, aprobadas mediante la Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG; de la Contraloría General de la República.

OECD. (Mayo 2012). Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public - Private Partnerships.

Resolución de Gerencia General N° 010-2008-GG-OSITRAN, de fecha 20 de febrero de 2008.

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 004-2013-TSC/68-2013-TSC-OSINERGMIN.

Resolución Ministerial N° 723-2018/MINSA, con la que el MINSA aprueba el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público-Privadas en Salud 2019 – 2021.

Resolución N° 024-2011-CD-OSITRAN, que aprueba el Reglamento General de Supervisión del OSITRAN.

**Enlaces web:**

- Contraloría General de la República: [www.contraloria.gob.pe](http://www.contraloria.gob.pe)
- Ministerio de Economía y Finanzas: [www.mef.gob.pe](http://www.mef.gob.pe)
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones: [www.mtc.gob.pe](http://www.mtc.gob.pe)
- OSINERGMIN: [www.osinergmin.gob.pe](http://www.osinergmin.gob.pe)
- OSIPTEL: [www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe)
- OSITRAN: [www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)
- PROINVERSION: [www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)

# **CRIMINOLOGÍA**

## Revisión conceptual de sociología general, criminal y criminología para una propuesta de especialización (\*)

### Conceptual review of general sociology, criminal and criminology for a specialization proposal

Wael Sarwat Hikal Carreón<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **1.** Revisión conceptual de la criminología general de múltiples enfoques. **2.** La criminología general ¿Una ciencia? (Reflexiones previas para la especialización). **3.** Nociones de sociología general y sociología criminal. **4.** Propuesta para la especialización en una criminología sociológica. **5.** Otras criminologías específicas que convergen con la criminología sociológica. **6.** Límites y convergencias entre la criminología sociológica y sociología criminal. **7.** ¿La sociología criminal es rama de la criminología? – Conclusiones. – Lista de referencias.

**Resumen:** El presente artículo de revisión, pretende ser una propuesta para pasar de una criminología general a una criminología sociológica. Primeramente, se analizan diversos conceptos de criminología destacando los enfoques que los autores le imprimen. Se reflexiona el estatus científico de la criminología, posteriormente se revisan conceptos de sociología general y criminal para mostrar sus objetos de estudio, también se hace referencia a la sociología de la desviación, que está junto con la criminal, rozan en los enfoques que la criminología de corte sociológico, atiende, por lo que inquita el señalar límites en tres estas, aspecto que se analiza también, previo a plantear la propuesta de especializar un campo de la criminología general en lo sociológico, a la par, se muestran otras áreas de especialización que abordan tópicos sociales. Se muestran algunas jurisdicciones entre la sociología criminal y criminología sociológica, finalmente, el último análisis sobre la errónea percepción de la sociología criminal vista como rama de la criminología.

**Palabras clave:** Criminologías específicas, Enfoque sociológico del crimen, Límites y convergencias, Revisión conceptual.

---

(\*) Recibido: 09/01/2021 | Aceptado: 10/02/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Doctorando en Filosofía con Acentuación en Estudios de la Educación por la Facultad de Filosofía y Letras (becario CONACYT-UANL) de la Universidad Autónoma de Nuevo León. [wael.hikalcrr@uanl.edu.mx](mailto:wael.hikalcrr@uanl.edu.mx)

**Abstract:** *This review article intends to be a proposal to move from general criminology to sociological criminology. First, various concepts of criminology are analyzed highlighting the approaches that the authors print to it. The scientific status of criminology is reflected, later concepts of general and criminal sociology are reviewed to show their objects of study, also refers to the sociology of deviation, which is together with the criminal, based on the approaches that sociological criminology, attends, so it inquitaminates the pointing boundaries between these, aspect that is also analyzed, I ask to consider the proposal to specialize a field of general criminology in the sociological, at the same time, other areas of specialization that address social topics are shown. Some jurisdictions are shown between criminal sociology and sociological criminology, finally, the latest analysis on the misperception of criminal sociology seen as a branch of criminology.*

**Keywords:** *Conceptual review; Specific criminologies; Sociological approach to crime; Limits and convergences.*

---

## Introducción

En el nacimiento de los estudios de la criminología, se han aglomerado una multitud de conocimientos que convergen en los ámbitos de lo criminal, el delito, la violencia, desviación, antisocialidad, psicopatía, sociopatía, entre otras, esto se convirtió luego en las llamadas “ciencias criminales” o “ciencias penales”, siendo la criminología y la sociología criminal, parte de aquellas ciencias. Con la madurez de la criminología, se le atribuyó su construcción epistemológica por diversos saberes como la política, antropología, sociología, derecho, etcétera, que hasta la fecha en nuestro contexto, prevalece esa óptica, mientras que en otros, se ha logrado especializar, dándole autonomía y capacidad propia, con base a ello, el presente expone diversas revisiones conceptuales de criminología general, sociología general, sociología criminal y sociopatología, para establecer límites y convergencias, con el propósito de construir una parte de la criminología general enfocada en los fenómenos sociocriminales, de momento, no quedaría claridad entre hasta dónde interviene una u otra, pero en este proceso de madurez, mediante la contribución de otros autores y los trabajos científicos y de campo de otros profesionales, se podrá construir un nuevo cuerpo de conocimientos que lleven por nombre: Criminología sociológica. Dentro de este mismo objetivo de especialización, se presentan algunas otras criminologías que podrían ocuparse de aspectos sociales, como en lo familiar, juvenil, educativo, etiológico, conductual, entre otras.

### 1. Revisión conceptual de la criminología general de múltiples enfoques

El lector puede que ya esté inmerso en los conceptos operacionales de la criminología, por lo que entrar en detalles específicos, ocuparía muchas páginas, en lugar de ello, se limitará a mostrar diversas nociones de enfoque sociológico de la criminología, así como etiológico, en este artículo, no se afirma ni descartan otras explicaciones sobre la criminalidad, se respetan las ventajas que todas pudieran



tener, pero se limita o encuadra a los objetivos del título del presente: Enfoque sociológico.

Los conceptos que se muestran a continuación son de diversos autores y regiones, por lo que no se homologa, prefiere, ni unifica alguno en particular, hay quienes le atribuyen objetos de estudio no muy claros aún, otros la refieren como súper ciencia, algunos con una definición más sencilla limitada a sus alcances reales, otros idealistas, etcétera. El lector tomará el que más agrade y sea aplicable a su contexto.

Para Restrepo Fontalvo, de Colombia, la criminología es: “Disciplina científica que estudia el fenómeno social de la desviación (una de cuyas especies es la criminalidad), con el propósito de comprender su significación, su génesis y dinámica y la reacción social del grupo frente a ella” (2002, p. 4).

Podría provocar inquietud sobre la definición anterior, pues etimológicamente, “criminología” es el estudio del crimen, de modo amplio, no solo los delitos (como este mismo señala en su obra), pero se refiere en específico a la criminalidad como una forma de desviación, acertada observación; sin embargo, daría lugar a una nueva disciplina o ciencia, que sería la desviología, para Reyes Calderón (2012), de Guatemala, apunta:

(...), la expresión desviado significa apartado del curso regular o previsto. En sentido sociológico, desviación son conductas que violan las reglas, creencias y expectativas sociales. Tiene connotaciones políticas, (no seguir las normas) éticas (obrar de forma indeseable) y morales (suscribir valores no aceptados o inaceptable) (p. 4).

Este mismo autor, en su *Tratado de Criminología*, apunta un concepto llamativo:

Ciencia del Crimen y del Criminal cuyo fin es el estudio de las causas que han engendrado el crimen, examinar a los individuos que lo han cometido desde el punto de vista antropológico, fisiológico y psicológico. Es la averiguación de todas las influencias generatrices en los crímenes: factores cósmicos (clima, orografía, hidrografía, geología, altitud, electricidad atmosférica, temperatura, etc.), sociales (educación, profesión, hábitos, costumbres, instrucción, condiciones sociales, etc.) (Reyes Calderón, 2007, p. 3).

Pero, podría presentarse una confusión con su concepto propio, al señalar que: “Criminología es la ciencia que estudia la conducta desviada, las personas vinculadas a la misma y la reacción social que suscita” (Reyes Calderón, 2007, p. 53).

Los dos conceptos anteriores de criminología podrían generar confusión, pues se ha venido señalando que esta estudia el crimen, no solo el delito tipificado, pues a este le corresponde el derecho penal, sino de modo extenso ampliándose a las causas, lamentablemente, no existe un catálogo de crímenes, así como lo hay de delitos, por lo que la claridad en las conductas de estudio, quedan a la aproximación con alguna ciencia. Estos conceptos señalan que la criminología estudia la desviación, pero no toda desviación es criminal, menos delincuencial; por ejemplo: Alguien que no bebe ni fuma, sería un desviado de lo que impone el resto, alguien sin *Facebook*, pasaría por el mismo caso, qué decir de alguien que en la actualidad no maneje teléfono móvil, sería un desviado social ante la vista de muchos.

Para pacificar las inquietudes antes expuestas, se muestran a continuación otros conceptos, por ejemplo, el siguiente que es integrador o sintético de lo que algunas ciencias aportan, según Reyes Echandía (1984), de Colombia:

El llamado enfoque “general” de la criminología es el que pretende hacer de esta disciplina sintética con los aportes de la antropología, de la sicología, de la sociología y de la estadística, principalmente; ya no estudia el delito como hecho individual sino como fenómeno social, de masas; con aquel material y sobre este supuesto pretende formular “leyes” que permitan explicar la criminalidad (p. 3).

Otros conceptos existen, sobre todo abundan los obvios o simples; por ejemplo, los que señalan sencillamente que la *criminología estudia el crimen*, concepto no claro y que no da satisfacción, si bien, se debe profundizar en el conocimiento y un concepto no da el saber completo, pero si debe aportar una noción general de lo que se encarga el cuerpo de conocimientos que se está sistematizando. Por ejemplo: La Sociología estudia la sociedad no es basto.

Dentro de dichos conceptos, se halla el siguiente de Pérez Pinzón y Pérez Castro (2006), de Colombia: “Criminología es el estudio del origen y desarrollo de la criminalidad y de la criminalización, con fines de política criminal” (p. 17).

Dentro de los ya redundantes y cansados conceptos “interdisciplinarios” de la criminología, solo se anota uno, de Barrita López (2008), de México, a saber: “Se trata de todo un estudio interdisciplinario, con sus respectivas áreas como la biología, la psicología, la sociología, etc., desde luego, todas ellas enfocadas al fenómeno del crimen” (p. 72).

¿Y por qué redundantes y cansados? Porque ya ha habido mucho de ello, en muchos autores, que señalan la labor impresionantemente de la interdisciplina, que podría ser mejor una transdisciplina, que genere nuevos conocimientos, propios, que alimenten a la propia criminología, que ha caído en que su sostén, es la redundancia de libros y estructuras similares entre estos, sin hacer un aporte significativo.

Pareciera que cada que alguien refiere la labor interdisciplinaria de la criminología, se visualizará un grupo de académicos leyendo todas las aportaciones que otras ciencias hacen en materia criminal, y que son sistematizados y convertidos en libros de criminología, esto no ocurre del todo, no en México.

Para Ruíz Funes, de España, también en una concepción interdisciplinaria: “La criminología comprende, como ciencia sintética, el estudio biológico, psicológico y sociológico de la criminalidad” (como citó Quiroz Cuarón, 2003, p. 1016). En otro sentido de conceptos, Quiroz Cuarón de México, señala:

A la criminología le interesa la conducta antisocial como producto aislado de la actividad de un hombre, pero también le interesa por igual el estudio de la serie de hechos antisociales, pues sin el estudio de los conjuntos de estos hechos no se podrían llegar a establecer los principios generales que los rigen o las relaciones que guardan unos con otros (Quiroz Cuarón, 2003, p. 1021).

Por su parte, García-Pablos De Molina (2003), de España, asigna a esta, una serie de labores interminables, idealistas y que, de llevarse a cabo, la criminología, en efecto, sería una ciencia completa, fuerte y sólida, con capacidad de hacer aportaciones y cambios trascendentes en lo individual, social y científico:

Esta estudia el crimen, la personalidad del antisocial y el control social para evitar esta conducta; además, trata de suministrar información científica, contrastada sobre la génesis, dinámica y variables del crimen desde lo individual hasta lo social, así como los programas de prevención y tratamiento del ser antisocial (p. 19).

Para finalizar lo correspondiente a este apartado, se cierra con la concepción experimental de la criminología, que aporta Tieghi (2004) de Argentina, indica:

La ciencia que no sólo “empírica” sino también “experimentalmente” (poniendo a prueba y bajo “control de variables”, siempre que sea posible, sus hipótesis y predicciones) estudia la “fenomenología criminal” incluyendo todos los “efectos” y las “reacciones sociales” producidas por aquélla, para conocer sus “causas” y, consecuentemente, sus “remedios” (p. 49).

## **2. La criminología general ¿Una ciencia? (Reflexiones previas para la especialización)**

Aunque no es el caso del presente discutir, ni defender el carácter ¿Científico? De la criminología, se apunta una reflexión de Zaffaroni de Argentina, pues a lo largo de los libros y de los años, hay autores que le atribuyen poderes místicos a esta, cuya mera existencia, implica revoluciones científicas, académicas y políticas, sin mencionar lo indispensable que es para la vida en todos los aspectos; es decir: La súper ciencia que solucionará todos los males.

El objetivo del presente es contribuir a sistematizar ideas dispersas o aisladas que han sido distribuidas en varios capítulos de muchos libros de criminología general, en el tema de los tópicos sociológicos de la criminalidad, si bien sus autores, no estaban contribuyendo precisamente a la criminología, sus aportaciones dan luz a la explicación criminal, misma que ha pretendido tomar la criminología.

Aquí, no se considera a la criminología como una ciencia, puesto que no cuenta con científicos, sobre todo contemporáneos, no puede vivir de los retazos que otras generen, y menos si no tiene un cuerpo de académicos que sistematicen ese conocimiento. No se abundará en el tema, pero: ¿Dónde están los criminólogos de licenciatura, escribiendo artículos, libros, capítulos, dando conferencias, cursos, clases, en sí: ¿Dedicándose de tiempo completo a la investigación científica? Para no abundar más en el tema, se cierra con la opinión de Zaffaroni:

Es difícil para cualquier latinoamericano acercarse a la “criminología” y creo que es prácticamente imposible tratar la “criminología”. Las controversias que tienen lugar respecto de lo que, en los países europeos, en los Estados Unidos y en los países socialistas se ha venido “tratando” bajo esa denominación, son de tal entidad que nos obliga a entrecorrer el nombre, para no partir de una toma de posición apriorística acerca de su existencia y autonomía, que nunca dejó de ser cuestionada. A ello se suma la discusión en torno a su carácter “científico” (ya no solo se pregunta si es “una” ciencia, sino incluso si es “ciencia”), y la crítica al carácter “científico” del derecho tampoco deja de repercutir en su ámbito (2003, p. 1).

## **3. Nociones de sociología general y sociología criminal**

La Sociología fue creada por Comte, de Francia, para enfocar su delimitación de una ciencia ocupada en el estudio de los fenómenos que ocurren en la convivencia

humana, los efectos de sus interacciones y los acontecimientos que surgen en sociedad.

Más ampliamente, Anda Gutiérrez (2002) de México, especifica:

La Sociología, por referirse a la sociedad es tan antigua como ésta, empero, se considera que el padre de esta ciencia es el filósofo Augusto Comte, francés nacido en Montepellier en 1788, quien se interesa profundamente por la conducta humana y crea una importante teoría filosófica; pero especialmente desarrolla un sistema y método de estudio del hombre dentro de un contexto social (p. 221).

Respecto a la sociología criminal, se indica: La mayor aportación de Ferri es la Sociología Criminal, considerado como el padre de ésta. Para él los factores sociales van a ser fundamentales en la explicación de hechos criminales, probará que, en un determinado medio social, bajo ciertas condiciones individuales o sociales se comete un determinado número de delitos (Galfione, 2012).

### **3.1. Aspectos de la sociología en lo general**

Senior, de México, aporta una noción del estudio específico de la sociología general, muy estrecho con la criminología en su aspecto social, a saber:

La Sociología Sistemática consiste en el estudio ordenado y coherente de los diversos aspectos que ofrece el fenómeno social o interhumano.

Ahora bien, los principales aspectos de estudio que ofrece lo social son:

- a) Los “factores” que lo producen o condicionan (geográfico, biológicos, psicológico).
- b) Los “productos” sociales mismos (lenguaje, religión, arte, ciencia, técnica).
- c) Las “formas” de lo social (doméstica, económica, política, jurídica).
- d) Los “modos” de lo social (espontáneo-natural o voluntario-organizado, etc.) (2007, p. 185).

Gomezjarra, de México, señala:

El objeto de la Sociología consiste en explicar y transformar las condiciones sociales contemporáneas. No importa que se investiguen sociedades antiguas, ya que dicho estudio se realiza desde una perspectiva (y en función) del presente, para explicarse la problemática actual (2008, p. 16).

### **3.2. Aspectos de la sociología en lo criminal**

Ferri, de Italia, considera que: “Esta ciencia, aplicando el método positivo, estudia el delito, el delincuente y el medio. Viene siendo una síntesis de la Antropología, la Psicología y la Estadística Criminal, así como del Derecho Penal y los estudios penitenciarios” (s.f., p. 44).

Solís Quiroga, de México, apunta:

Se llama Sociología porque estudia los hechos sociales, las interacciones humanas, el real acontecer colectivo y busca su comprensión y su entendimiento mediante el descubrimiento de su sentido y sus conexiones de sentido. Se califica de criminal, porque concreta su estudio a los hechos delictuosos, sólo que considerados en su masa o su totalidad (1985, p. 5).

Finalmente, su concepto es: “La Sociología Criminal es la rama de la Sociología general que estudia el acontecer criminal como fenómeno colectivo, de conjunto,

tanto en sus causas, como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos sociales” (Solís Quiroga, 1985, p. 6).

### **3.3. Objeto de estudio de la sociología criminal**

Apuntado por Reyes Calderón: “El mismo *Ferri* argumenta: ‘es una ciencia única y experimental del crimen como hecho natural, social y jurídico, y de los medios de defenderse contra él, de prevenirlo y reprimirlo, constituyen el objeto de esta ciencia’” (2006, p. 209).

Reynoso Dávila, de México, apunta que: “La denominación de Sociología Criminal si bien hace alusión fundamentalmente a los factores del medio ambiente social, se desentiende del protagonista del delito y por consiguiente se desentiende de los factores endógenos del crimen” (2010, p. 9).

Señala Cruzado Balcázar de Argentina, que: “Tienes por objeto el estudio del delito en cuanto fenómeno social, así como el de los factores sociológicos que intervienen en su producción” (2011, p. 2).

Por otro lado, se indica: La Sociología se interesó por el fenómeno criminal, por ser este uno de los más notables en la sociedad. La Sociología se basa en la idea de que los seres humanos no actúan con base en sus propias decisiones individuales, sino de acuerdo con influencias culturales e históricas y según los deseos y expectativas de la comunidad en la que se encuentran. Así, el concepto de interacción social adquiere fuerza, ya que esta interacción es el punto de partida para cualquier relación en una sociedad, y claro de cualquier conducta antisocial como resultado de esa relación con el medio (Pérez López, 2011).

### **3.4. Sociología de la desviación o sociopatología**

Para Gomezjarra:

Sociopatología que estudia las causas sociales de la conducta “desviada” (prostitución, delincuencia, minorías eróticas, vagancia) de sectores de la población, a partir de los valores y modelos considerados normales (leyes, tribunales) e impuestos (policía, ejército, penitenciarías, sanatorios psiquiátricos) a toda la sociedad por los detentadores del poder (2008, p. 14).

La sociología se ha ocupado incluso más que la criminología al respecto de este fenómeno, esto en razón simplemente como referencia las investigaciones y producciones en la materia. Adicionalmente, porque esta estudia cualquier tipo de desviación, no solo la criminal o delincuencia, asimismo, al ser estudio extenso, se ocupa de las conductas que son catalogadas por la sociedad como añejadas del contexto, mientras la criminología, aunque pudiera y debería ocuparse también de estas, se limita a lo criminal, de ser el caso igualmente extenso, sería una amplitud sobre conductas, pero sin descartar esas desviaciones que pueden llegar a inclinarse a lo antisocial-criminal-delito.

La criminología mexicana ha tomado para sí estos desarrollos, otro tanto de la psicología también, y otro más del derecho penal, tres áreas de las cuales toma su fortaleza y sustento como marco metodológico, de investigación e interpretación.

### **3.5. Diferencias entre las sociologías y la convergencia con la criminología sociológica**

De nuevo Solís Quiroga da claridad al tema:

Respecto de la Sociología general, la materia de ella es la sociedad, que comprende, como es natural, los diversos fenómenos humanos colectivos, entre los que se encuentran los de disociación y, uno de ellos, la delincuencia. Con cambio de énfasis, la Sociología Criminal dirige su mirada sólo a la delincuencia o criminalidad, pero sin desprestigiar el fondo humano colectivo de la sociedad (1985, p. 12).

Ahora bien, si la sociología en su enfoque patológico estudia la criminalidad y los delitos ¿Cuál es la diferencia con la criminología? O ¿Cuál es la superioridad de esta con la otra? Nacieron casi a la par, la sociología tendrá unos años de ventaja sobre la criminología, y es ella la que influye definitivamente en la guía de investigación de la criminología, cuando es el positivismo fue utilizado para permear a esta.

La aparente ventaja que tiene la criminología sobre otras áreas del conocimiento es su especialización en lo criminal, esencialmente en los factores criminógenos, que son guía para la prevención y a la vez para el tratamiento, pero extrañamente, estos factores no han sido propiamente descubiertos por la criminología, sino por otros saberes. También lo que refiere a la conducta antisocial, siendo la criminología la profesión que estudia y tiene conocimiento amplio de esta, pero tampoco es ella la que ha desarrollado el conocimiento rector sobre las conductas antisociales, menos sobre la personalidad antisocial a nivel trastorno ¿Entonces?

La criminología mexicana, se ha caracterizado por sobrevivir de lo clásico, con pobres aportaciones por parte de los criminólogos ya formados en una licenciatura, maestría o doctorado. Su sobrevivencia se basa en las aportaciones que otros saberes realizan, y que aisladamente, es organizado por algunos autores. Ahí las áreas de oportunidad de la criminología, para no ser dependiente y tener argumento y fuerza en su cuerpo de conocimientos y herramientas.

## **4. Propuesta para la especialización en una criminología sociológica**

Giddens en 1989, señala lo aquí visto como una aproximación hacia la criminología sociológica:

Vivimos hoy en un mundo que es enormemente preocupante pero lleno de las más extraordinarias promesas para el futuro. Es un mundo plétórico de cambios, marcado por la terrorífica posibilidad de una guerra nuclear y por los destructivos ataques de la tecnología moderna al entorno natural. Sin embargo, tenemos posibilidades de controlar nuestro destino, de conformar nuestras vidas para lo mejor, cosa harto inimaginable para generaciones anteriores. (...) ¿Qué direcciones tomará el cambio en el futuro? (citado por De La Torre Gamboa, *et. al.*, p, 8).

Lo anterior, son situaciones que se viene advirtiendo de tiempo en tiempo, no ha habido un cese en proyectar un futuro con más y variados problemas sociales, sobre todo los enfocados a lo criminal y económico, en gran parte atribuido a la incapacidad de gobierno para llevar rectoría sana sobre estos temas, pero también quiénes conformamos la sociedad, tenemos una asignatura pendiente, que es el hacer lo que nos corresponde, ser menos individualistas, y más unión a lo colectivo,

no inclinarnos a la competencia agresiva y a la destrucción de nuestros similares, los grupos unidos, son los que logran cambios y movimientos, los que pueden llegar a traer paz o guerra en una comunidad, quiénes podemos derrocar o empoderar un gobierno, véase el caso de Egipto hace unos pocos años, cuando el pueblo se hartó de los casi 30 años de gobierno de su presidente, hicieron reclamos y presiones que llevaron a su derrocamiento y cese de funciones. Cada individuo en sociedad, actuando para el colectivo, logra unión.

Por su parte, sobre el pronóstico anterior, señala Zaffaroni:

El poder mundial ha aumentado considerablemente su potencial destructivo directo, es decir, abiertamente bélico: la primera guerra mundial costó unos catorce millones de vidas humanas; la segunda, más de sesenta; y si tuviese lugar una tercera, es difícil que sobreviva la Humanidad. Un conflicto total, es decir, de unos cinco mil megatones, causaría de inmediato la muerte de mil millones de personas y, a corto plazo, la de otro tanto; mientras el ecosistema de la Tierra se desarticularía en forma que haría retroceder la evolución biológica unos mil millones de años, al tiempo en que “los procarionetes (criaturas semejantes a las bacterias actuales) se unieron en combinaciones simbióticas y crearon las células nucleadas, de las que, sin duda, somos los descendientes directos”. El material nuclear acumulado parece que suma casi el equivalente a tres toneladas de dinamita por cada habitante del planeta. Las conclusiones de los expertos más prestigiosos de los países no dejan lugar a dudas acerca de la inexactitud ilusoria de las alegres e irresponsables expectativas de supervivir a una guerra nuclear con objetivos limitados (militares) en el hemisferio norte: “Los pronósticos de cambios climáticos son bastante sólidos e indican que, cualitativamente, de una guerra limitada a quinientos megatones o menos derivarían los mismos tipos de agresiones que de una guerra en grande escala de diez mil megatones. Los sobrevivientes en el hemisferio norte deberán soportar penumbra prolongada, bajas temperaturas, radiación, polución, falta de combustible, etc, que probablemente se extendería a todo el planeta, provocando la extinción de la mayor parte de las especies animales y vegetales tropicales” (2003, pp. 37 y 38).

Si bien los dos anteriores diagnósticos y pronósticos se basan limitadamente a una siguiente guerra, lo vislumbran como lo peor que podría ocurrir en la humanidad, ya se ha atendido en otras obras que la falta de recursos ante la creciente población, dificulta la distribución adecuada para cubrir todas las necesidades, no solo de alimentos, sino de los servicios públicos y privados, no hay abasto suficiente para toda la población. Se fuerza a las fábricas a producir más, derivados, calidades polarizadas, etcétera. La falta de recursos lleva a una lucha de sobrevivencia, donde saldrá victorioso el guerrero, el que luche por esos medios a costa de otros.

También es ya harto sabido sobre los efectos en el clima y su repercusión en el medio ambiente, poco percibido, pero a la vez de poco en poco impactante, provocado por nosotros mismos. Acabando con el planeta en la obsesión por tener más y mayor control sobre lo que nos rodea. Por esto y otros motivos, es importante hacerse de una aproximación entre criminología y sociología.

Para llegar a una criminología sociológica, es importante conceptualizarla y dar cimientos para su elaboración, más allá de acuñar un término y desarrollar un concepto, la construcción de una obra, que, para este caso, es el libro que el lector tiene, que de los elementos para dicho nacimiento.

Por su parte, Reyes Calderón (2007), da un concepto de criminología sociológica: “Nombre genérico con el cual se conocen aquellas teorías que hacen énfasis en el aspecto sociológico de la criminalidad. Se encuentran, particularmente, en obras de investigadores norteamericanos como Sutherland, Schawmckay, Cohen, Matza, Cloward y Ohlin, Sellin y otros” (p. 849).

No se distingue de modo radical entre los términos: “Social” y “Sociológico”, para fines de estos conceptos anteriormente presentados, se toman por igual los alcances de ambos: Criminología sociológica o criminología social.

La estrecha relación que guardan la sociología y criminología tiene un desarrollo histórico de tiempo atrás que da bases para argumentar el qué hacer para haber derivado en una sociología criminal. Posiblemente Ferri, por ser sociólogo y que el término “Criminología” no estaba aún popularizado, en aras de que este hiciera la aportación correspondiente a su área de procedencia profesional, fue que la llamó así. Adicionalmente que los conocimientos en materia criminal no estaban del todo organizados, menos al tratarse de una recién naciente ciencia experimental, basada en las observaciones físicas, culturales y sociales.

Son tres las áreas que destacan en la consolidación de la criminología: La biológica, luego derivada en antropológica física de Lombroso, la sociológica y antropológica cultural de Ferri, y la jurídica y psicológica de Garófalo. Haciendo su tendencia ya hoy clásica de lo: Biopsicosocial, no siendo nuevo en otros saberes científicos, pero si novedoso en el saber criminológico. Por lo tanto, es inherente al estudio criminal, la convergencia entre estas tres esferas, resultando discriminador el tenerlas aisladas. Ha sido señalado que un estudio debe ser integral, así como el médico se acerca de los resultados que otros especialistas de su ramo le ofrecen, en criminología no se puede descartar una tendencia u otra, más allá de los fanatismos y pleitos entre corrientes del conocimiento.

En México, los planes de estudio de las licenciaturas y maestrías en criminología son etiológicas, ya será del egresado el inclinarse por un área determinada, y sobre todo especializarse en otros saberes, necesarios para aumentar su conocimiento.

Ya sea que el enfoque de estudio sea biológico o psicológico, resulta imprescindible de lo social, el ser humano es un sujeto que nace, crece, se desarrolla y muere en una sociedad, todo en su acontecer es producto en gran parte de las interacciones sociales, familia, escuela, trabajo, medios de comunicación, cultura, amistades, relaciones afectivas, casi el absoluto. Así como lo anterior contribuye al desarrollo cotidiano de un ser humano, también lo desvía a conductas que lastiman a esa misma sociedad, los resultados o efectos de su conducta, siempre serán hacia la sociedad.

Así, una criminología sociológica, que se deriva de su antecesora de la sociología criminal, no se puede negar los cimientos que esta, a través de todos los libros consultados, han sido la base de esta nueva criminología especializada: La criminología sociológica.



## 5. Otras criminologías específicas que convergen con la criminología sociológica

“Jean Pinatel, de Francia ha escrito: ‘La criminología es la ciencia que tiene por objeto esencialmente el coordinar, confrontar y comparar los resultados obtenidos por las ciencias criminológicas o criminologías especializadas, para lograr una exposición sistemática’” (como citó Quiroz Cuarón, 2003, p. 1021). Resulta inquietante e interesante la noción que aporta Pinatel, al considerar ya desde entonces la especialización de la criminología, abonada también por Von Henting, Nicéforo, entre otros. Esta especialización ha sido vislumbrada desde hace tiempo, y hoy urgente.

A esta criminología sociológica o social, le pueden converger otras áreas de estudio en cuanto a áreas como la educación, familia, cultura, juventud, violencia, la prevención, etiología del crimen, entre otras, cuya abundancia en lo específico será mediante el estudio de los factores criminógenos.

Como se mencionó, es importante abonar a la especialización de la criminología, el cultivarla, no descarta la interdisciplina, pero lo que aquí se promueve es que la criminología construya sus conocimientos propios, aunque tomados de otras áreas, pero sistematizados en conocimiento de materia criminal.

De lo anterior, que se correlacionen otras criminologías específicas, que están desarrolladas en término y concepto, algunas en obras completas, con esta criminología y su enfoque en el área social; por ejemplo: criminología educativa, criminología transcultural, criminología etiológica-multifactorial (Hikal, 2019b), criminología de la violencia (Pérez Tolentino, 2017), criminología preventiva (Romero Muñoz, 2018), criminología infante-juvenil (Mercado-Justiniano, 2016), criminología familiar y criminología conductual (Tiegghi, 2017), de la cuales, de algunas se aportan nociones, la abundancia se obtendrá en la profundización del estudio en materia criminal.

### 5.1. Criminología transcultural

Se hace presente en la conceptualización, la criminología transcultural, a saber:

Estudia las diferentes formas de manifestación criminal de un grupo a otro, así como su estructura y funcionamiento. Se refiere al estudio de la criminalidad de una ciudad a otra, de un Estado a otro, así como de un país a otro. Estudia el modo de operar de la criminalidad a manera individual o grupal. Estudia las culturas de los diferentes lugares y compara la violencia de una cultura criminal con otra. También estudia el desarrollo de las subculturas criminales, de los factores ambientales y físicos que influyeron en su desarrollo (Hikal, 2019a, p. 138).

Es similar a una criminología comparada (Winslow y Zhang, 2008), que estudia los tipos de delitos que existen entre las regiones, en el caso de México, se tienen diversidad de delitos tipificados en los códigos penales, que varían según el lugar, lo mismo en otros países, cada lugar tiene, además, una delincuencia que genera mayor estadística que en otros, según el clima, gente, situación económica, entre otros.

Como señalaba el francés Lacassagne: “Las sociedades tienen los delincuentes que se merecen” (como citó Quirós, 1955, pp. 89 y 90). A colación a lo anterior, para Winslow y Zhang (2008), de Estados Unidos de América: “La Criminología incluye el estudio de la justicia criminal, en el supuesto de que esta determina el crimen, y en otros casos, puede producirlo” (p. 2).

Ccaza Zapana (2013), de Perú, apunta una reflexión de Durkheim:

No ha existido sociedad alguna en el espacio ni en el tiempo que no haya tenido delito; por consiguiente, el delito no es otra cosa que una manifestación propia y normal de la vida en sociedad [...]. La criminalidad es un fenómeno normal que deriva de la estructura misma de la sociedad como producto cultural; como producto social, evoluciona y se transforma en la misma medida que lo hace la misma sociedad; por ello, el estudio de la criminalidad solamente se podrá realizar analizando la cultura que lo ha producido en un tiempo y espacio determinados (p. VII).

## 5.2. Criminología conductual

El antecedente de esta criminología conductual es la *Reflexología Criminal* de Tieghi (1974), o también llamada por él mismo: Criminología reflexológica, quien explica que:

La teoría supone que la conducta criminal es una resultante condicionada por los estímulos del medio ambiente físico-social y, particularmente, por el que circunda al delincuente (subcultura delincuente). En esta dinámica de interacción entre el organismo y sus medios se genera una serie de conexiones temporales asociadas a conexiones permanentes (sexo, alimentación, defensa, etc.). Ya en ese plano se introduce la noción de reflexología criminal y con ella la probabilidad de un nuevo rumbo (como citó Ching Céspedes, 2005, pp. 116 y 117).

De similitud con una psicología social, donde se estudien las interacciones y efectos de la conducta, el aprendizaje, modelaje, observación, y también las formas en que las estructuras influyen en la conducta humana, sobre especial atención, la criminal, para su evitación, prevención, control y dirección.

## 5.3. Criminología etiológica multifactorial

En el libro *Criminología Etiológica-Multifactorial*, esta se puede definir como: La Criminopatología estudia las conductas desadaptadas, antisociales y delictuosas en sus causas, consiste en proporcionar una descripción ordenada de todas las irregularidades de la conducta, cualquiera que pueda ser su grado de severidad, clasificándolas y tratando explicar cómo aparecieron.

Reyes Calderón, apunta que: “La Criminología como ciencia causal es la tendencia que considera la criminología como aquella ciencia que estudia las causas individuales y sociales del delito con fines de diagnosis y prognosis.” (2007, s.p.).

## 5.4. Criminología familiar

En el libro *Introducción a la Criminología Moderna y Especializada*, señala lo siguiente: Estudia los problemas familiares y cómo estos influyen en la conducta de los individuos. Estudia la situación económica de la familia y sus consecuencias por la falta de atención a los hijos y cómo estos van desarrollando conductas antisociales

por el abandono, así como un distanciamiento con los padres. También el ambiente familiar exhibe desajustes dinámicos que son reflejados en falta de autoridad y/o castigo excesivo para los hijos o para los demás miembros (Hikal, 2019, p. 139).

Lo anterior queda resumido en la frase de Garófalo, de Italia: “La educación familiar no es más que la continuación de la herencia” (s.f., p. 178).

### **5.5. Criminología educativa**

Darwin opinaba que:

Una creencia inculcada constantemente durante los primeros años de la vida, cuando el cerebro es más impresionable, parece que llega a adquirir la naturaleza de un instinto; y la verdadera esencia de un instinto es que se obedece, independientemente de la razón (citado por Garófalo, s.f., p. 178).

Beccaria de Italia, señalaba que: “El más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtienen solo una disimulada y momentánea obediencia” (2006, p. 129).

En el libro *Introducción a la Criminología Moderna y Especializada*, se apunta:

La Criminología Educativa se refiere a los procesos relacionados con la educación que tendrán influencia en las conductas antisociales, ya sea para evitarlas y/o controlarlas. Ésta tiene como objetivo la prevención de la criminalidad o antisocialidad, ya que es en la escuela en donde se pueden detectar las conductas antisociales y darles pronto una solución, para con esto evitar que el sujeto se convierta en un antisocial en vez de alguien productivo para la sociedad (Hikal, 2019a, p. 139).

“Rousseau opinaba que la manera de evitar el peligro en sociedad era conduciendo a la persona a depender de ciertas cosas, esas cosas son los libros” (citado por Skinner, 1975, pp. 83 y 84).

### **5.6. Criminología de las conductas adictivas**

En el libro *Redefiniendo a la Criminología Académica*, se destaca:

La Criminología de las Conductas Adictivas tendrá por estudio el uso repetido y abusivo de sustancias, así como los comportamientos que se derivan de este consumo, refiriéndose a la relación de droga-delito, además estudiará las causas que llevaron al sujeto al consumo de dicha sustancia. También estudiará el reforzamiento que el sujeto tiene en la realización de determinada conducta debida al consumo de alguna droga (Hikal, Romero Muñoz, Monroy Ojeda y Pérez Tolentino, 2012, pp. 181 y 182).

Las drogas, son un fenómeno tan contundente en la sociedad, que ha merecido debates para su aprobación o desaprobación, siendo la sociedad la que impone dichos cambios. Hace no más de 100 años, eran prohibidos el alcohol y la nicotina, actualmente, son productos cotidianos. Según la cultura donde se radique es el consumo de determinadas sustancias que generan cambios físicos y mentales en el ser humano, de tiempo en tiempo, la cultura y la región, determinan la rectoría de sus costumbres.

Para el caso de México y países cercanos, se ha destacado la venta ilegal de drogas y nuevos derivados, lo que ha llevado a una época oscura de terror criminal,

más allá de la venta o consumo en abundancia, por el impacto que ha tenido en la sociedad vulnerable, crimen organizado cuya mejor fuente de venta, son las drogas. Adicionalmente, dada la inestabilidad económica y la falta de solidez, el sumarse al crimen organizado, en cualquiera de sus modalidades, es algo que ha venido desquebrajando a la sociedad. Es ahí, donde la criminología entra en el estudio de las causas y modos de prevenir este fenómeno.

### **5.7. Criminología infanto-juvenil**

En el mismo libro antecedido, se señala:

La Criminología infanto-juvenil es el estudio del comportamiento de los menores desde el nacimiento hasta la adolescencia. Pero sobre todo se interesa en el momento y orden de aparición de problemas que dan lugar a las conductas antisociales. De esta manera, los criminólogos intentarán explicar las semejanzas y las diferencias entre los niños, así como su comportamiento y desarrollo, tanto normal como anormal (Hikal, Romero Muñoz, Monroy Ojeda y Pérez Tolentino, 2012, pp. 182 y 183).

La atención a los problemas de las juventudes y la criminalidad ha venido acrecentándose por el hecho del involucramiento que los jóvenes han tenido en las actividades criminales. No se puede negar que los medios de comunicación han venido a alterar el desarrollo de estos, con conductas violentas más visibles por todos lados, el fomento al narcisismo, a la gloria, fama, fortuna de manera expedita sin importar el medio, han alterado la mentalidad de los jóvenes. Es importante la intervención de la criminología en el análisis de los riesgos a los que están sometidos los jóvenes, un mejoramiento en la programación que ocupa los medios de comunicación, diagnósticos locales en las escuelas, comités de apoyo con los padres, oportunidades de empleo, vivienda, salud, entre otros, son tareas urgentes.

Las anteriores criminologías específicas, no han sido abundantemente desarrolladas, la labor del lector, si fuese de su interés, será incrementarlas y contribuir a la ciencia y en efecto, con el cuerpo de conocimientos generados, tener mejores herramientas de intervención.

## **6. Límites y convergencias entre la criminología sociológica y sociología criminal**

La mayoría de los libros de criminología, que, en México, son escasos comparados con otras áreas del conocimiento, y la llamada fantasma de la interdisciplina queda carente ante la falta de organización de los saberes; es decir: En psicología, sociología, trabajo social, biología, estadística, entre otras, aportan en materia criminal a su propio conjunto de conocimientos, no es que el psicólogo, sociólogo, trabajador social, entre otros, vengan a donarnos su producción a la criminología. Algo que debemos tener muy en claro, es que la criminología no tiene un harem de ciencias a su servicio y función.

En estos libros, suele redundarse eternamente en temas idénticos, a saber: Historia, conceptos de varios autores, las corrientes en la explicación criminal, la interdisciplina, política criminal, victimología, en algunos otros algunos factores criminógenos, y fin del desarrollo, se han detectado más de 30 libros de criminología de circulación en México, que abordan estos mismos temas, pareciera como los

cantantes emergentes, usan *covers*, pero con rostros y voces distintas. Y en nuestra área ocurre similar, autores emergentes, hacen su gran aportación con un libro que es un resumen del otro resumen que previamente existía.

Así, los libros de criminología se construyen de capítulos donde se incluyen a la psicología criminal, estadística criminal, sociología criminal, biología criminal, política criminal, victimología, entre otras, más no encontramos temas concretos sobre criminologías específicas, lo que ocasiona una grave confusión. Si se busca un libro entero sobre alguna de las áreas antes mencionadas, encontramos poco, muy poco, en comparación, reiterando, a otras áreas del conocimiento y a las necesidades laborales del criminólogo, preventivas y terapéuticas de la criminalidad.

Se recurre en muchos casos a bibliografía extranjera, a artículos en revistas o escritos libres y regados por las redes sociales. Señala Solís Quiroga (1985, p. 3) que, en algunos libros de sociología general, se hace un apartado de criminología, lo que pareciera generar una confusión de que estas son sinónimos. Y en sí ¿Qué es la criminología? Señala Elbert (2012, pp. 195 y 196), que es un fantasma en las ciencias sociales, mientras que, en conversación privada, comentó: No se sabe si la criminología es una ciencia social o natural, dejémosla mejor en la metafísica. ¿La criminología será psicología criminal, sociología criminal, antropología criminal, estadística criminal? ¿Es un todo, es una síntesis, es a la vez el poquito de todo, pero el nada de propio?

A la criminología le corresponde el estudio total o integral de las causas de la criminalidad, es un ejercicio etiológico, como en la medicina, psicología, historia y otras más, donde se busca reconstruir el pasado que llevó al presente, y de ello visualizar un futuro con la conducta. Pero según el sujeto u objeto, será su enfoque; es decir, como señalan DE QUIRÓS, y SOLÍS QUIROGA, entre otros, hacer mención de una criminalología, es un estudio individual, mientras que la criminología estudia el total de los fenómenos criminales.

Así entonces, igualmente, según los niveles de estudio (crimen, criminal o criminalidad) como lo apuntó Pinatel (por desgracia, muchos lectores y autores, consideran que esto lo apuntó Rodríguez Manzanera, y este no ha hecho reparo para corregirlo). Entonces, según el enfoque del crimen, será el estudio, pero de por sí ya es difícil explicar el delito (como término rector indicado así por el derecho penal), ahora el subdividir en si el enfoque será: Biológico, sociológico o psicológico, resulta aún más complejo, no por la falta de conocimientos por parte de estas áreas, sino por la carencia en la criminología misma, al no existir una criminología biológica, criminología psicológica o criminología sociológica, entonces, el estudio se encarga a otras áreas, ante la incapacidad de la criminología.

## **7. ¿La sociología criminal es rama de la criminología?**

Resulta descarriado leer opiniones de académicos clásicos y contemporáneos, donde atribuyen que la sociología criminal es parte de la criminología, y que, a su vez, otras áreas como la antropología criminal, psicología criminal, biología criminal, entre otras, son ramas de la criminología; es decir, se posiciona a la criminología

como madre de todo lo concerniente a lo criminal, no se sabe de dónde provenga tal vicio.

Cruzado Balcázar (2011) señala: “La Sociología Criminal es la ciencia, parte de la criminología, que tienes por objeto el estudio del delito en cuanto fenómeno social, así como el de los factores sociológicos que intervienen en su producción” (p. 2).

Parmelee, apunta que: “Las seis principales ramas de la ciencia criminológica son: 1. Naturaleza y evolución del crimen; 2. Sociología criminal; 3. Antropología crimina; 4. Psicología criminal; 5. Jurisprudencia criminal; y 6. Penología” (1985, p. 4). Cruzado Balcázar (2011) insiste: “La Sociología Criminal, como disciplina criminológica” (p. 2).

Para ser solo dos opiniones, de las cuales se puede abundar en casi cualquier libro de criminología mexicano, lo cual impone tendencia. No se está de acuerdo en que la sociología o cualquier otra en su área criminal, sea una rama de la criminología; es decir, esta no dio origen a las otras, sino las otras hicieron sus propias aportaciones a su área.

Aún más rebuscado es la siguiente opinión por parte de Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivás (1995), al respecto del tema en mención: “Comprende, como se ve, la Sociología Criminal, el conjunto de todas las disciplinas criminológicas inclusive el Derecho Penal, que siempre tendrá razón de ser” (p. 47).

Lo que genera terrible confusión, problema epistemológico y filosófico de a quién le pertenece qué, aún más con la fragmentación que partió de entre ciencias sociales y ciencias naturales, hoy se tiene una ramificación tan confusa como lo es: Ciencias criminológicas, ciencias penales, ciencias jurídicas, ciencias médicas, ciencias forenses, perdiendo así la claridad sobre el tema.

Tal fallo se viene a sanar en las áreas laborales, con la creencia que “el criminólogo debe implementarlo porque debe de saberlo”; sin embargo, cualquier otro sustituye su labor, problema derivado de la falta de identidad profesional que este sufre en México. Es un profesional de la criminología que sabe teorías diversas, más no sus técnicas.

Para pacificar el tema, quién mejor que el padre de la sociología criminal, finalmente, este es el adecuado para atribuir los orígenes de la disciplina que creó:

El fundador de la Sociología Criminal, Enrico Ferri, dice que la Sociología General “se subdivide en un cierto número de ramas particulares” y que las sociologías particulares se desenvuelven en dos direcciones distintas..., estudiando unas la actividad humana normal... y las otras la actividad humana antisocial y antijurídica... y que “sobre el fundamento común de la Sociología General... se distinguen de un lado la Sociología Económica, Jurídica y Política y del otro la Sociología Criminal”. De ello se desprende que para Ferri nuestra disciplina forma parte de la Sociología General y no de la Criminología como afirman algunos autores (Reyes Calderón, 2007, p. 30).

## Conclusiones

Se revisaron conceptos de criminología general con diversos enfoques proporcionados por varios autores, destacando el análisis del aspecto social. Se revisaron algunas opiniones sobre la intervención de la criminología en los

fenómenos sociocriminales. También se vieron conceptos de sociología general, criminal y patológica, para luego establecer similitudes y diferencias con la criminología. Se reflexionó sobre la criminología como ciencia y si de esta es rama la sociología criminal. Finalmente, la propuesta es presentar áreas específicas donde la criminología podría ramificarse para estudiar a profundidad determinados problemas sociales, con ello, crece el cuerpo de conocimientos, se interviene mejor en sociedad, y los resultados también deberían mejorar.

### Lista de referencias

- Anda Gutiérrez, C. (2002). *Introducción a las Ciencias Sociales*. Limusa Noriega Editores.
- Barrita López, F.A. (2008). *Manual de Criminología*. Editorial Porrúa.
- Beccaria, C. (2006). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Porrúa.
- Carrancá Y Trujillo, R. y Carrancá Y Rivás, R. (1995). *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa.
- Ccaza Zapana, J.E. (2013). *Diccionario elemental de Criminalística, Criminología y Ciencias Forenses*. Flores Editor y Distribuidor.
- Ching Céspedes, R.L. (2005). *Psicología Forense*. Universidad Estatal a Distancia.
- Cruzado Balcázar, A. (2011). Sociología Criminal y violencia, *Derecho y Cambio Social*, 8(24). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5498884>
- Elbert, C.A. (2012). *Manual Básico de Criminología*. Eudeba.
- Ferri, E. (s.f.). *Sociología Criminal (Tomo primero)*. Centro Editorial de Góngora.
- Galfione, M.C. (2012). La sociología criminal de Enrico Ferri: Entre el socialismo y la intervención disciplinaria. *Memoria Académica*. 1-20.  
[http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.1914/ev.1914.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.1914/ev.1914.pdf)
- García-Pablos De Molina, A. (2003). *Criminología*. Tirant lo Blanch.
- Garófalo, R. (s.f.). *La Criminología*. El Progreso.
- Gomezjarra, F.A. (2008). *Sociología*. Editorial Porrúa.
- Hikal, W. (2019a). *Introducción a la Criminología Moderna y Especializada*. Editorial Porrúa.
- Hikal, W. (2019b). *Criminología Etiológica Multifactorial. Los Factores Criminógenos*. Flores Editor y Distribuidor.
- Hikal, W. (dir.) y Tieghi, O. (coord.) (2017). *Criminología Conductual*. Flores Editor y Distribuidor.
- Hikal, W. (dir.) y Mercado-Justiniano, G.Z. (coord.) (2016). *Criminología Infanto Juvenil*. Flores Editor y Distribuidor.
- Hikal, W., Romero Muñoz, R., Monroy Ojeda, C. y Pérez Tolentino, J.A. (2012). *Redefiniendo a la Criminología Académica*. Ciudad de México: Flores Editor y Distribuidor.

- Pérez López, J.A. (2011). La explicación sociológica de la criminalidad. *Derecho y Cambio Social*, (22). 1-22.  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5498997.pdf>
- Pérez Pinzón, Á.O. y Pérez Castro, B.J. (2006). *Curso de Criminología*. Universidad Externado de Colombia.
- Plata Luna, A. (2007). *Criminología, Criminalística y Victimología*. Oxford.
- Quirós, C.B. (1955). *Criminología*. José M. Cajica.
- Quiroz Cuarón, A. (2003). *Medicina Forense*. Editorial Porrúa.
- Restrepo Fontalvo, J. (2002). *Criminología*. Temis.
- Reyes Calderón, J.A. (2012). *Desviología Criminológica*. Aula 2001.
- Reyes Calderón, J.A. (2007). *Tratado de Criminológica*. Cárdenas Velasco Editores.
- Reyes Calderón, J.A. (2006). *Diccionario de Criminología y Criminalística*. Kompas.
- Reynoso Davila, R. (2004). *Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Reyes Echandia, A. (1984). *Criminología*. Bogotá: Temis.
- Reynoso Dávila, R. (2010). *Nociones de Criminología*. Editorial Porrúa.
- Senior, A. (2007). *Compendio de un Curso de Sociología*. Editorial Porrúa.
- Skinner (1975). *Beyond Freedom & Dignity*. USA: Batam and Vintage Book.
- Solís Quiroga, H. (1985). *Sociología Criminal*. Editorial Porrúa.
- Tieghi, O.N. (2004). *Tratado de Criminología*. Universidad.
- Tieghi, O.N. (1974). *Reflexología Criminal*. Astrea.
- Torre Gamboa, De La, M. (2009). *Sociología y Profesión*. Compañía Editorial Continental.
- Winslow, R.W. y Zhang, S.X. (2008). *Criminology. A Global Perspective*. Pearson Prentice Hall.
- Zaffaroni (2003). *Criminología*. Temis.



## **DISCIPLINAS CIENTÍFICO-FORENSES**

## La triada oscura de la personalidad (\*)

### The dark triad of personality

Francisco Javier Moreno Oliver<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. Aspectos jurídico-forenses. Rasgos nosológicos subclínicos de la triada. Diagnóstico psicológico de la personalidad TRIOPE. – Conclusiones. – Bibliografía.

**Resumen:** En el presente artículo se realiza una exposición orientada a juristas y peritos psicólogos cuyo objetivo es el estudio de los rasgos constitutivos de la personalidad con perfiles de maquiavelismo, narcisismo subclínico y psicopatía subclínica en población subclínica no patológica, que configuran el perfil denominado originalmente “*Dark Triad of personality*” –Triada Oscura de la Personalidad- (TRIOPE). Se trata de tres perfiles de personalidad psico-emocionales que afectan de forma malévolamente las relaciones interpersonales y con predisposición a la conducta delictiva. Son comportamientos que no están caracterizados por una patología de la cognición ni de la volición, es decir, el TRIOPE sabe lo que hace y quiere hacerlo. Factores todos ellos, que convierte complejo el peritaje psicológico forense de los individuos que presentan cualquiera de los tres perfiles subclínicos que componen la citada triada, aún en fase de discusión e investigación científica, debido a su sintomatología psicológica subclínica, que sólo es observable en situaciones singulares del comportamiento en el ámbito social. Es frecuente, encontrar vinculados a los diferentes tipos de litigios, sujetos que presentan un perfil TRIOPE. El conocimiento del mismo, y su detección, es una herramienta imprescindible para todo operador jurídico.

---

(\*) Recibido: 18/02/2021 | Aceptado: 15/03/2021 | Publicación en línea: 01/04/2021.



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

<sup>1</sup> Docente-investigador. Doctor en Psicología (*Cum Laude*) y Máster en Psicopatología infantojuvenil por la *Universitat Autònoma de Barcelona*. Periodista, educador social y pedagogo; especialista en pedagogía terapéutica y pedagogía social. Se formó en Criminología en la Universidad de Barcelona y en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Docente en *Universitat Autònoma de Barcelona* (UAB).  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9306-2125>  
[www.franciscojaviermoreno.com](http://www.franciscojaviermoreno.com)  
[frco.javier.moreno@icloud.com](mailto:frco.javier.moreno@icloud.com)

**Palabras clave:** Peritaje forense, maquiavelismo, narcisismo subclínico, psicopatía subclínica, TRIOPE.

**Abstract:** *This article explains a study, aimed at jurists and psychology experts, carried out to study the constituent traits of personality profiles with Machiavellianism, subclinical narcissism and subclinical psychopathy, in a non-pathological subclinical population. Together they comprise the profile originally named "the Dark Triad of Personality" (TRIOPE). These are three psycho-emotional personality profiles that negatively affect interpersonal relationships and are also predisposed to criminal behaviour. These are not behaviours influenced by pathologies of cognition or volition, meaning the TRIOPE is aware of what it is doing and has the desire to do so. All of these factors make the forensic psychological examination of individuals with any of these three subclinical profiles (that form the previously mentioned Triad) very complex. It is still only being discussed and researched, as the subclinical psychological symptoms associated with it are observable only in very specific situations of social behaviour. It is common to find subjects presenting a TRIOPE profile involved in different litigations. Knowledge of this profile, and the ability to recognise it, is therefore an essential tool for every legal operator.*

**Keywords:** *Forensic examination, Machiavellianism, subclinical narcissism, subclinical psychopathy, TRIOPE.*

---

## Introducción

La personalidad es un constructo psicológico, que hace referencia a los rasgos psíquicos de una persona que determinan su comportamiento. Es un perfil psicológico dinámico que se va constituyendo al largo de la vida.

Los citados rasgos psíquicos son estables en la estructura de la personalidad de los individuos que los presentan, aunque tienen grados de intensidad, que, interconectados, desencadenan el comportamiento del individuo según sus procesos de percepción e interpretación de la realidad vivenciada. (Paulhus, D. L. & Williams, K. M., 2002). Los rasgos de personalidad marcan las diferencias individuales en los patrones de toma de decisiones, y, por ende, las actitudes de los diversos sujetos.

Existen rasgos de personalidad que facilitan la convivencia e inciden positivamente en el entorno de los individuos: las relaciones familiares, laborales, personales, de amistad, etc. En contraposición, también se pueden encontrar rasgos de personalidad cuya incidencia es totalmente negativa en la gran mayoría de los ámbitos del contexto social, y, por ende, en la vulneración de los derechos personales, o por extensión, colectivos, que en numerosas ocasiones termina en procesos judiciales.

Dichos rasgos perniciosos socialmente, no son patológicos, son subclínicos, es decir, se trata de signos y síntomas, que no se manifiesta clínicamente.

Se describen como rasgos silentes, su valoración pericial es compleja y difícil de demostrar, debido a una nosología difusa. No obstante, existen pruebas psicométricas, que permiten hacer una aproximación diagnóstica de los mismos.

El perfil expuesto, fue estudiado y definido académicamente por Paulhus & Williams (2002) con el nombre de: “*Dark Triad of personality*” (Tríada oscura de la personalidad -TRIOPE-); concretamente, refiriéndose a los rasgos de maquiavelismo, de narcisismo subclínico y psicopatía subclínica.

En el estudio etiológico evolutivo de la triada, se ha concluido que la baja calidad de los cuidados maternos es un factor de riesgo que induce a los individuos al maquiavelismo y narcisismo, y, en el caso del cuidado paternal de baja calidad a la psicopatía secundaria. (Jonason, Lyons & Bethell, 2014).

Los sujetos que poseen rasgos de la triada, se caracterizan por la incapacidad de sentir empatía ni afecto hacia los demás, son altamente competitivos, egoístas, con tendencia a la grandiosidad, con insensibilidad emocional, con afán manipulador de dominación y presentan frialdad emocional, entre otras manifestaciones antisociales (Babiak & Hare, 2006). No obstante, hay que destacar que no suelen recurrir a la violencia física para sus objetivos, salvo en situaciones de frustración. (Hare, 1993; Pozueco, 2010).

No obstante, en diferentes estudios, (Moshagen, 2020 a y b; 2018; Pozueco, 2013.) de muestras subclínicas con estos rasgos, se han observado distintos niveles de conductas adaptativas.

En el caso de los individuos con perfiles psicópatas o maquiavélicos, al presentar una alta autoestima, es habitual que se muestren seductores y disipados, a la vez que impulsivos y astutos. Con referencia a los narcisistas, además de las características descritas para los anteriores rasgos, es frecuente que estén intelectualmente dotados.

Los individuos que presentan la TRIOPE están integrados en la sociedad, especialmente en entidades públicas y privadas o cualquier otro contexto social donde puedan canalizar las pulsiones de sus rasgos de personalidad de la triada (Goleman, 2006).

### **Aspectos jurídico-forenses**

El maltrato psicológico en la vida cotidiana deja secuelas, e incluso puede provocar en sus víctimas procesos patológicos como depresión exógena, la aparición de sintomatología psicosomática, abuso de psicofármacos u otros tóxicos, e incluso, el suicidio.

Un asesinato psíquico es un crimen perfecto: no hay rastro, no hay sangre y no hay cadáver (Marie-France Hirigoyen, 1999). Se trata de una violencia invisible.

Detrás del maltrato psicológico siempre hay una o varias personas que lo provocan, y habitualmente suelen presentar un perfil de personalidad de la TRIOPE.

Dependiendo de la legislación de cada país, la violencia psíquica está tipificada como delito, siendo perseguido y castigado por el ordenamiento jurídico.

No obstante, son frecuentes los maltratadores que quedan impunes debido a dos variables: el desconocimiento por parte de la víctima de que el acoso moral está penado; y en el caso de que se formule la correspondiente denuncia, la dificultad probatoria de este tipo de delitos, obedeciendo al principio jurídico de “*in dubio pro reo*” cuando la única prueba de cargo es el testimonio de la víctima en contradicción con el del agresor. (UNIR, 2016).

El maltrato psíquico normalmente genera desequilibrios emocionales que se pueden diagnosticar, no obstante, la dificultad está, en poder vincular dichas alteraciones psíquicas de las víctimas con el abuso emocional, ya que también pueden ser atribuidas a otras situaciones vitales estresantes de la misma. La principal vía para demostrar las citadas secuelas con el maltrato psicológico es a través de la prueba testifical. Si bien, encontrar testigos dispuestos a declarar el maltrato psíquico, es difícil, hay que añadir el hecho de que normalmente los maltratadores suelen actuar sin presencia de testigos, o bien de forma sutil, mediante diferentes procedimientos como, por ejemplo, el “*Gaslighting*” (Stern, R., 2019).

Independientemente de la dificultad probatoria, la violencia psicológica, no puede quedar impune, más aún, existiendo en muchos países jurisprudencia sobre este tipo de maltrato.

Es por ello, que, ante este tipo de violencia, inicialmente es necesario determinar la frecuencia e intensidad de la misma, así como el contexto donde se produce y su tipología: violencia psicológica familiar, conyugal, escolar (Bullying) y laboral (Mobbing), etc. Una vez realizada la citada determinación, ya se puede planificar el proceso pericial y de búsqueda de indicios, evidencias o pruebas.

Actualmente se dispone de instrumentos diagnósticos para determinar la TRIOPE. Es por ello, que su fundamentación pericial, puede constituir una prueba indiciaria a favor de la víctima.

Otra variable a tener en cuenta referente a lo expuesto anteriormente es que el maltrato psicológico se produce, en las situaciones de relación, con persistencia, aspecto que va inherente el criterio jurídico de habitualidad, requisito legal imprescindible en el caso que nos ocupa.

### **Rasgos nosológicos subclínicos de la triada**

Como indicamos anteriormente, el perfil de la TRIOPE la define: el maquiavelismo, el narcisismo subclínico y la psicopatía subclínica en población subclínica no patológica.

Aunque la sintomatología subclínica no cumpla con los criterios necesarios para poder establecer un diagnóstico nosológico, se pueden evidenciar a partir de signos y síntomas subclínicos (Bramajo y López, 2013).

La sintomatología psicológica subclínica, además de poderla demostrar mediante pruebas psicométricas, complementariamente, se pueden realizar aproximaciones diagnósticas a partir de la observación y análisis del comportamiento de estos sujetos en su vida cotidiana (Blanco, 2005).

Seguidamente destacaremos las principales características observables en los distintos rasgos que caracterizan la triada:

- **Rasgo maquiavélico:**

El término de maquiavelismo tiene su origen en el libro “El Príncipe” de 1513 escrito por *Niccolò Machiavelli*, en el que desarrolla una reflexión teórica sobre los orígenes del poder y la estructura de este.

En el ámbito de la personalidad, este rasgo se caracteriza por el cinismo, la astucia, así como, la manipulación y la explotación de los demás. (Paulhus & Williams, 2002).

Son individuos que perciben con gran habilidad las emociones de los demás, recurso que utilizan en beneficio propio (Pilch, 2020).

La máxima de los sujetos con este rasgo es que: “el fin justifica los medios”, independientemente de las consecuencias que se puedan ocasionar. Su principal objetivo es el éxito y el poder.

Para el peritaje psicológico de este rasgo, es de uso común la escala de personalidad maquiavélica “Mach-IV” (Christie, R., & Geis, F., 1970) adaptada para varios países y destinada a población adulta.

- **Rasgo narcisista subclínico**

La locución *Narcissus* proviene de la mitología griega, haciendo alusión al mito de *Narcissus*, que se ahogó al intentar besar su propia imagen reflejada en el agua.

El narcisismo subclínico fue definido por Raskin & Hall (1979). Este rasgo está vinculado a emociones desmedidas de grandiosidad y vanidad (Zeigler- Hill & Marcus, 2016). Su sentido egocéntrico les genera una distorsión cognitiva de empoderamiento a partir del cual piensan que todo les está permitido.

Muestran una filia desmesurada de vínculo con personas que ostenten poder y fama.

No obstante, tienen una autoestima frágil e inestable, con baja resistencia a la frustración y son extremadamente sensibles a las críticas (Raskin, Novacek y Hogan, 1979).

Es un perfil subclínico que suele presentar un bajo grado de neuroticismo y depresión, así como una alta motivación al logro (Raskin, R., & Terry, H. 1988).

Como recurso diagnóstico del narcisismo subclínico existe el Inventario de Personalidad Narcisista-16 (NPI-16). (Ames, D., Rose, P., & Anderson, C. P., 2006). Se trata de una forma abreviada del NPI-40 para medir el narcisismo subclínico. El NPI-16 ha sido adaptado a diversos países y su baremación es para población adulta.

- **Rasgo de psicopatía subclínica.**

El término clínico de psicopatía aparece por primera vez en el libro *The Mask of Sanity*, en 1941, de H. Cleckley.

Para abordar la psicopatía subclínica, es necesario recurrir a los paradigmas de psicopatía primaria y psicopatía secundaria. La primaria, hace referencia a los aspectos actitudinales de insensibilidad, y, la secundaria, a los aspectos penales y antisociales de la psicopatía (Jonason, Lyons & Bethell, 2014).

El rasgo de psicopatía subclínica presenta diferencias respecto al resto de rasgos de la triada, al mostrar una alta impulsividad y la incapacidad de inhibir conductas antisociales, variables a las que hay que añadir, una mengua hacia inquietudes morales y un demérito de los intereses colectivos (Jones, D. N., & Paulhus, D. L., 2017).

Para el estudio de este rasgo, Patrick, C.K. (2009) optó por el modelo triárquico de la psicopatía, en el que se contemplan tres constructos diferentes: la desinhibición, la temeridad y la perversidad. Es decir, una falta de control de impulsos, una resistencia emocional, y, por último, una búsqueda agresiva de recursos exenta de empatía.

A todo ello, añadir, los factores de resiliencia y percepción de vulnerabilidad inherentes a este perfil. Aspectos que inhiben la ejecución de delitos graves de forma reiterada, no siendo, los individuos con este rasgo, descubiertos por la justicia en muchas ocasiones. No parecen lo que en realidad son, como aseveraba Cleckley (1976)

A efectos periciales, existe la escala Self-Report Psychopathy (SRP-III), (Paulhus, D.L., Neumann, C. S., & Hare, R.D., 2019). Construida a partir de 64 ítems y 4 subescalas para el diagnóstico del rasgo de la psicopatía subclínica.

### **Diagnóstico psicológico de la personalidad TRIOPE**

El diagnóstico psicológico pericial de la triada oscura de la personalidad, también denominada factor “D” (Moshagen, M., 2018), requiere instrumentos psicométricos *ad hoc*, al tratarse de rasgos subclínicos con diferentes grados.

Para este tipo de estudio, la alternativa nosológica, bien sea mediante el DSM-5 (APA, 2014) o la CIE-11 (OMS, 1919), no está indicada, salvo que se quiera descartar la existencia de un posible trastorno mental. Se trata de dos clasificaciones internacionales en las que no constan los rasgos subclínicos de la personalidad.

Por todo ello, hay que recurrir al diagnóstico psicométrico, con la finalidad de poder obtener evidencias válidas, fiables y baremadas para las características autóctonas de los individuos estudiados.

Seguidamente indicaremos los principales instrumentos psicométricos óptimos para el diagnóstico del factor “D” en el ámbito pericial:

**1.- Escala de Evaluación de la Psicopatía de Hare - Revisada (PCL-R.)**  
(Hare, 1991; 2003)

- **Autor:** R. D. Hare. Adaptadores: R. Torrubia, R. Poy, J. Moltó, Philip R. Grayston y S. Corral.

- **Edad:** Adultos

- **Descripción:** Prueba adaptada al español. Proporciona una puntuación general de psicopatía y puntuaciones en 2 factores (Interpersonal/afectivo y desviación social) y en 4 facetas (Interpersonal, afectiva, estilo de vida, antisocial).

## 2.- **Triada Oscura de la Personalidad en el Trabajo. (TOP).** (Dominik Schwarzingger y Heinz Schuler, 2016; 2018)

- **Autor:** Dominik Schwarzingger y Heinz Schuler. Adaptación española: David Arribas (2018)

- **Edad:** Mayores de 16 años y adultos.

- **Descripción:** Prueba adaptada al español. Mide los factores de la triada oscura de la personalidad aplicados al ámbito profesional (Narcisismo laboral, maquiavelismo laboral y psicopatía laboral) con once escalas asociadas.

## 3.- **Dirty Dozen (DD).** (Jonason & Webster, 2010).

- **Autores:** Jonason, P. K., & Webster, G. D.

- **Edad:** Mayores de 16 años y adultos.

- **Descripción:** No adaptada al español. Prueba compuesta por 12 ítems categorizados en tres subescalas de medida de los rasgos de la triada oscura: maquiavelismo, psicopatía y narcisismo.

## 4.- **Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota. (MMPI-2-RF).** (Yossef S. Ben-Porath y Auke Tellegen. Adaptación española: Pablo Santamaría Fernández - última revisión: 2009-)

- **Autores:** Yossef S. Ben-Porath y Auke Tellegen

- **Edad:** Mayores de 18 años.

- **Descripción:** Prueba adaptada al español. Versión reducida del MMPI-II. Consta de 338 ítems. Mide rasgos clínicos de personalidad.

## 5.- **Short Dark Triad. (SD3).** (Jones, D. N., & Paulhus, D. L, 2014).

- **Autores:** Jones, D. N., & Paulhus, D. L

- **Edad:** Mayores de 18 años.

- **Descripción:** Consta de 27 ítems estructurados en tres subescalas para la determinación de la TRIOPE.

## 6.- **Inventario de Adjetivos para la Evaluación de los Trastornos de la Personalidad. (IA-TP).** (J.M. Tous, N. Pont y R. Muiños, 2005)

- **Autores:** Tous, J.M, Pont N. & Muiños, R.

- **Edad:** Adolescentes y adultos.



- **Descripción:** Prueba adaptada al español. Estructurada en nueve escalas. Predice la vulnerabilidad o mayor predisposición de los trastornos de personalidad.

7.- **Big Five Personality Trait Short Questionnaire. (BFPTSQ).** (Morizot, 2014).

- **Autor:** Morizot, J.

- **Edad:** Adultos.

- **Descripción:** Prueba adaptada al español. Consta de 50 ítems que miden los rasgos de personalidad.

Finalmente hay que destacar, que, en el proceso de exploración pericial, es conveniente la triangulación de las pruebas para poder determinar con más precisión el diagnóstico de los rasgos de la triada.

## Conclusiones

La célebre frase "*Homo homini lupus*" creada por el comediógrafo latino Plauto en su obra *Asinaria*, y que posteriormente popularizó el filósofo inglés del siglo XVII Thomas Hobbes, describe en su significado lo que representan los individuos con la TRIOPE para el resto de la sociedad.

El perfil de la triada empieza a manifestarse de forma significativa en la pubertad, y su aparición, está relacionada con la calidad afectiva de los progenitores y las características ambientales de socialización.

La sociedad actual, ensalza cada vez más el egocentrismo, la popularidad y el engreimiento, entre otros rasgos vinculados a la TRIOPE, (Jáuregui, 2008), convirtiéndose este fenómeno, en un precursor progresivo de un modelo social psicopático (Sánchez, 1986).

Estos aspectos evolutivos y sociales deben ser estudiados en aquellos individuos susceptibles de presentar los rasgos de la TRIOPE con la finalidad de elaborar su anamnesis pericial.

Debido a la complejidad de la triada, es conveniente que el profesional encargado de su estudio pericial tenga un "*background*" formativo, de especialización y experiencia en esta temática. Es imprescindible, por tanto, no solo formación en psicología jurídica y forense, sino, también, conocimientos amplios de psicopatología, victimología y psicodiagnóstico. (Asensi, L. F. y Díez, M., 2008)

Los informes periciales tienen como función el auxilio de los diferentes operadores jurídicos, y por ello, es recomendable un trabajo multidisciplinar coordinado, especialmente entre perito y abogado, para que este último pueda, preparar de forma estratégica las diferentes fases del juicio.

Es evidente, que el diagnóstico pericial de cualquier individuo con rasgos de la TRIOPE, debe ser a petición del juez, ya que se trata de un perfil donde el acusado no mostrará voluntariedad a ser explorado al respecto.

En definitiva, como hemos ido exponiendo anteriormente, estos rasgos subclínicos son difíciles de demostrar, pero una anamnesis bien elaborada, la

aportación de evidencia psicométricas trianguladas, evidenciar fehacientemente el criterio de habitualidad del comportamiento de este perfil y en el mejor de los casos, la aportación de testimonios, pueden ser, todas ellas, pruebas determinantes, que lleven al juez al convencimiento de la certeza sobre los hechos discutidos en el proceso y a la imputación de quien ha procesado maltrato psicológico u otro dolo desencadenado por una personalidad con rasgos de la TRIOPE.

### Referencias bibliográficas

- Ames, Daniel R., Rose, Paul, and Anderson, Cameron P. (2006). The NPI-16 as a short measure of narcissism. *Journal of Research in Personality*, 40, 440-450.
- Asensi, L. F. y Díez, M. (2008). Errores más frecuentes en los peritajes psicológicos sobre malos tratos. 9o Congreso Virtual de Psiquiatría. En Red [<http://cdn.psiquiatria.com/bibliopsiquis/handle/10401/3952>], Recuperado el 27 de mayo de 2016.
- Asociación Estadounidense de Psiquiatría (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5) (Quinta edición). Madrid: Editorial Médica Panamericana.
- Babiak, P. y Hare, R. D. (2006). *Snakes in suits: When psychopaths go to work*. New York, NY: Regan Books.
- Blanco, J. H. (2005). *Fundamentos de Salud Pública*. Medellín. Colombia: Corporación para Investigaciones Biológicas.
- Bramajo, V. y López, M. (2013). *Alcoholismo en la práctica ambulatoria*. (Informe No. I). Buenos Aires. Argentina: Edivirama
- Christie, R., & Geis, F. (1970). *Studies in Machiavellianism*. Bristol. EEUU: Academic Press.
- Cleckley, H. (1976). *The mask of sanity: An attempt to clarify the so-called psychopathic personality* (5th ed.). St. Louis, EEUU: C.V. Mosby.
- Cleckley, H. (1988). *The mask of sanity* (5<sup>th</sup> Ed.). St.Louis, EEUU: Mosby, Co.
- Goleman, D. (2006). *Inteligencia social: La nueva ciencia de las relaciones humanas*. Barcelona. España: Kairós.
- Hare, R. D. (1993). *Without conscience: The disturbing world of the psychopaths among us*. New York, NY: Pocket Books.
- Hare, R. D., Torrubia, R., Poy, R., Moltó, J., Grayston P. R. & Corral. S. (2003) PCL-R. Escala de Evaluación de la Psicopatía de Hare – Revisada. Madrid. España: Ed. TEA.
- Hirigoyen, M. (1999) *El acoso moral*. (25 edición). Barcelona. España: Paidós.
- Jáuregui, I. (2008). Psicopatía: Pandemia de la modernidad. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 19, 129-144.
- Jonason, P. K., & Webster, G. D. (2010). The dirty dozen: a concise measure of the dark triad. *Psychological Assessment*, 22(2), 420–432. doi:10.1037/a0019265

- Jonason, P. K., Lyons, M. & Bethell, E. (2014). The making of Darth Vader: Parent-child care and the Dark Triad. *Personality and Individual Differences*, 67: 30-34.
- Jonason, P. K., Lyons, M., Baughman, H. M. & Vernon, P. A. (2014). What a tangled web we weave: The Dark Triad traits and deception. *Personality and Individual Differences*, 70: 117-119.
- Jones, D. N. y Paulhus, D. L. (2009). Machiavellianism. En M. R. Leary y R. H. Hoyle (eds.), *Handbook of individual differences in social behavior* (pp. 93-108). New York, NY: Guilford Press.
- Jones, D. N., & Paulhus, D. L. (2014). Introducing the short Dark Triad (SD3): a brief measure of dark personality traits. *Assessment*, 21, 28-41.
- Jones, D. N., & Paulhus, D. L. (2017). Duplicity among the dark triad: Three faces of deceit. *Journal of Personality and Social Psychology*, 113, 329-342. <https://doi.org/10.1037/pspp0000139>
- Morizot, J. (2014). Construct Validity of Adolescents' Self-Reported Big Five Personality Traits: Importance of Conceptual Breadth and Initial Validation of a Short Measure. *Assessment*, 21(5), 580-606.
- Moshagen, M., Hilbig, B. E., & Zettler, I. (2018). The dark core of personality. *Psychological Review*, 125(5), 656-688. <https://doi.org/10.1037/rev0000111>
- Moshagen, M., Zettler, I., & Hilbig, B. E. (2020a). Measuring the dark core of personality. *Psychological Assessment*, 32, 182-196.
- Moshagen, M., Zettler, I., Horsten, L. K., & Hilbig, B. E. (2020b). Agreeableness and the common core of dark traits are functionally different constructs. *Journal of Research in Personality*.
- OMS (2019). CIE-11. Undécima revisión de la clasificación internacional de las enfermedades. Trastornos mentales y del comportamiento. Descripción clínicas y pautas para el diagnóstico, Ginebra. Suiza: Organización Mundial de la Salud.
- Patrick, C.K. (2009). Triarchic conceptualization of psychopathy: Developmental origins of disinhibition, boldness, and meanness. En T. Martínez (Ed). *Psicopatía, violencia y trayectoria delictiva: Análisis de su interacción en muestras penitenciarias*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Paulhus, D. L. & Williams, K. M. (2002). The dark triad of personality: Narcissism, Machiavellianism, and psychopathy. *Journal of Research in Personality*, 36 (6): 556-563.
- Paulhus, D.L., Neumann, C. S., & Hare, R.D. (2019). *Manual for the Self-Report Psychopathy scale 4th edition*. Toronto: Multi-Health Systems.
- Pilch, I. (2020). As cold as a fish? Relationships between the Dark Triad personality traits and affective experience during the day: A day reconstruction study. *PLoS ONE*, 15(2), 1-22. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0229625>

- Pozueco, J. M. & Moreno, J. M. (2013). Psicopatía, maquiavelismo, narcisismo y maltrato psicológico. *Boletín de Psicología* (107): 91-111.
- Pozueco, J. M. (2010). *Psicópatas integrados: Perfil psicológico y personalidad*. Madrid. España: EOS Psicología Jurídica.
- Raskin, R. N. & Hall, C. S. (1979). A narcissistic personality inventory. *Psychological Reports*, 45 (2): 590-590
- Raskin, R., & Terry, H. (1988). A principal-components analysis of the Narcissistic Personality Inventory and further evidence of its construct validity. *Journal of Personality and Social Psychology*, 54, 890-902. <http://www.columbia.edu/~da358/npi16/raskin.pdf>
- Sanchez, J. (1986). Social crisis and psychopathy: Toward a sociology of the psychopath. En W. Reid, D. Dorr, J. Walker y J. Bonner III (Eds.), *Unmasking the psychopath: Antisocial personality disorders and related syndromes* (pp. 78-97). New York, NY: Norton.
- Schwarzinger, D., Schuler, H. & Arriba, D. (2018). *TOP. Tríada Oscura de la Personalidad en el Trabajo*. Madrid. España: Ed. TEA.
- Stern, R. (2019). *Efecto luz de gas*. Málaga. España: Sirio.
- Tous, J.M, Pont N. & Muiños, R. (2005) *Inventario de Adjetivos para la Evaluación de los Trastornos de la Personalidad. (IA-TP)*. Madrid. España: Ed. TEA.
- UNIR (2016). Informe jurídico sobre violencia psicológica y dificultades probatorias en los casos de violencia de género. Clínica Jurídica UNIR-Fundación Fernando Pombo, <https://www.fundacionpombo.org/web/wp-content/uploads/2020/05/Violencia-Psicologica-Clinica-Juridica-UNIR-FFP.pdf>
- Yossef S. Ben-Porath, Auke Tellegen & Santamaría, P. (2009) *MMPI-2-RF. Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota*. Madrid. España: Ed. TEA.
- Zeigler-Hill, V., & Marcus, D. K. (2016). Introduction: A bright future for dark personality features? *The dark side of personality: Science and practice in social, personality, and clinical psychology*, 3-22. <https://doi.org/10.1037/14854-001>

Editada en la ciudad de Lima, Perú  
Publicada en línea el 1ro. de abril de 2021