CADERNOS Dereito Actual

Número XV | 2021
Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 15– 2021

Volumen Ordinario - Junio

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 15. Ordinario - Junio - *2021*

EQUIPO EDITORIAL

Director: Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Las Palmas de Gran Canaria*

Secretario: Jose Martínez Fernández. *Universidad Camilo José Cela, Madrid*.

Secretario adjunto: Cristian Carbajales Neira. *Universidad de Navarra.*

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Consuelo Ferreiro Regueiro,** *Universidade de Santiago de Compostela,* **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos,* **Rufina Hernández Rodríguez,** *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba),* **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal),* **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil),* **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia),* **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela,* **Camila Clarisse Romero Gomes,** *Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil),* **Emilia Santana Ramos,** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Dávid Barczi**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia),* **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal),* **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andres (Chile),* **Fernando Hernández Fradejas,** Universidad de Bolonia *(Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Casti-blanco**, *Pontificia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia),* **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro* (Brasil), **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil), **Thiago Oliveira Moreira,** *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira,** *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus,** *Universidade Católica de Santos (Brasil),* **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil),* **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal),* **Domenico d'Orsogna,** *Universidad de Sassari (Italia),* **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Teresa Carballeira Rivera,** *Universidad de Santiago de Compostela,* **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Daniel Sansó-Rubert Pascual,** *Universidad de Santiago de Compostela,* **Teresa Fajardo del Castillo,** *Universidad de Granada,* **Rafael García Pérez,** *Universidad de Santiago de Compostela,* **Marco Aurélio Gumieri,** *Universidade de São Paulo,* **Bruno Joviniano de Santana,** *Universidade Anhanguera, (Brasil),* **Gabriel Martín Rodríguez,** *Universidad Rey Juan Carlos,* **Gemma Minero Alejandre,**

Universidad Autónoma de Madrid. **Rui Miguel Zeferino Ferreira,** *Universidad de Santiago de Compostela,* **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil),* **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil),* **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil),* **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil),* **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador),* **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia),* **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal),* **Natalia Pérez Rivas**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Cristiane Elias Campos Pinto**, *Universidade Católica de Santos, (Brasil).* **Sebastién Kiwonghi Bizawu**, *Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil),* **Wilson Engelmann**, *Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil),* **Ilton Garcia da Costa**, *Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil),* **Gilberto Atencio Valladares**, *Universidad de Salamanca, (España),* **J. Eduardo Amorim**, *Universidade do Porto, (Portugal)*, **Celso Hiroshi Iocohama, (***Universidade Paranaense, Brasil),* **Salvador Tomás Tomás, (***Universidad de Murcia),* **Viviane de Sélos Knoerr,** (*UniCuritiba),* **Juan Emilio Oviedo Cabañas,** (*Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur)* **Armando Rovai,** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil),* **Felipe Chiarello,** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil),* **João Relvão Caetano,** (*Universidade Aberta, Portugal),* **Irene Patricia Nohara,** (*Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie),* **Ignacio Covarrubias Cuevas,** (*Universidad del Desarrollo, Chile),* **Enoque Feitosa,** (*Universidade da Paraiba, Brasil),* **Lorena Freitas,** (*UNIPÊ, Brasil),* **Sidney Guerra,** (*Universidade do Rio de Janeiro, Brasil),* **Maria Teresa Alonso** (*Universidad de Zaragoza, España),* **Gonzalo Martínez Etxeberria,** (*Universidad de Deusto),* **Vânia Aieta,** (*Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil),* **Flávio Martins,** (*Damásio Educacional, Brasil),* **Laura Miraut Martín (***Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*. **Jose Eduardo Cardozo** (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)*. **José Barroso Filho (***Superior Tribunal Militar do Brasil)*. **Angelo Viglianisi Ferraro (***Universitá Mediterranea, Italia)*. **Márcio Aleandro Correia Teixeira (***Universidade Federal do Maranhão, Brasil)*. **Daniela Serra Castilhos (***Universidade Portucalense, Portugal)*. **Carlos García Soto (***Universidad Monteávila, Venezuela).* **Claudia Gurgel (***Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil).* **João Proença Xavier (***Universidad de Salamanca).* **Santiago Trujillo Santana (***Universidad Fernando Pessoa, Canarias).* **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (***Universidade Veiga de Almeida, Brasil).* **Jorge Miranda (***Universidade de Lisboa, Portugal).* **Nuno Garoupa** *(Texas A&M University School of Law, EEUU).* **Marco Olivetti (***Università LUMSA, Italia).* **Deilton Ribeiro Brasil** *(Universidade de Itaúna-MG, Brasil).* **Beata Stepien Zalucka** *(University of Rzeszów, Polonia).* **María Camacho Zegarra** *(Universidad ESAN, Perú).* **Antonio-Carlos Pereira Menaut** *(Universidad de Santiago de Compostela, España).* **José Ignacio Martínez Estay** *(Universidad de los Andes, Chile).* **Valter Moura do Carmo** *(Universidade de Marília, Brasil),* **Hadassah Santana** *(Universidade Católica de Brasilia, Brasil).* **Letícia Mirelli Faleiro e Silva** *(Universidade de Itaúna, Brasil).* **Eduardo Leite** *(Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil).* **Ana Maria Davila Lopes** *(Universidade de Fortaleza, Brasil).* **Oscar Coronado Rincón** *(Universidad de Sonora,*

México). **Erick Urbina Lovón** *(Universidad de Lima, Perú).* **Enrique Varsi Rospigliosi** *(Universidad de San Marcos, Perú).* **Eduardo Vera-Cruz Pinto** *(Universidade de Lisboa, Portugal).* **Marco Antonio Marques da Silva** *(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil).* **Diana María Molina Portillo** *Universidad de Nariño, Colombia).* **Karlos Navarro Medal** *(Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua).* **Lívia Gaigher Campello** *(Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil).* **Enrique Díaz Bravo** *(Universidad Santo Tomás, Chile).* **Alejandro González-Varas Ibáñez** *(Universidad de Zaragoza, España).* **Ignacio Ara Pinilla** *(Universidad de La Laguna).* **Joel Hernández García** *(Comisión Interamericana de Derechos Humanos)*. **Geison López Barrantes** *(Universidad Autónoma de Centro América)*.

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN**: 2340-860X - **ISSNe**: 2386-5229

Cadernos de Dereito Actual

Número 15 (2021) · ISSN 2340-860X · ISSNe 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

Standards of proof in criminal justice of Ukraine: the essence of the concept and the purpose of implementation
Vasyl Nor, Marta Mazur & Khrystyna Slyusarchuk 09

O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e suas ações estratégicas no Brasil
André Viana Custódio & Fernanda Martins Ramos 37

A contribuição da Teoria da Justiça em John Rawls para o desenvolvimento sustentável
Magno Federici Gomes & Antonieta Caetano Gonçalves 56

O Direito Natural, o Direito Positivo e o Positivismo Jurídico: de como se decide no Brasil
Bruno Cozza Saraiva 72

Lacunas jurídicas e crimes informáticos: comentários sobre o tratamento acerca do crime de pornografia infantil na internet
José E. F. de Andrade Martins & Victor A. E. Valente 95

La esterilización química y otras medidas de control por la comisión de delitos sexuales
Tomás Cristóbal Alonso Sandoval 130

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos
Ricardo G. de Sousa Lins, Thiago O. Moreira & Yara M. P. Gurgel 186

Melhoramento genético, biodireito e o agronegócio: uma análise ético-normativa
Rildo Mourão Ferreira & Carolina Leite de Camargo 204

Análise da cláusula geral antiabuso em Portugal, à luz da lei n.º 32/2019, de 3 de maio
Paulo S. de Sousa Magalhães & Patrícia Anjos Azevedo 219

O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia
Daniela S. Castilhos, Dora R. Alves & Suzana de Oliveira 233

El alcance legal en España del certificado de ciudadanía de Puerto Rico
Enrique Acosta Pumarejo 254

Globalização, crise do Estado e o protagonismo de atores privados como ameaça à democracia
Tássia A. Gervasoni & Rafaela Rovani de Linhares 275

Método y conocimiento de la ciencia política en Colombia
Jaime Alberto Ángel Álvarez 293

Um olhar historiográfico do sentimento de pertença familiar no oeste do estado do Paraná – Brasil
Samuelli C. Fernandes Heidemann & Elaine C. Francisco Volpato 315

Relaciones en Europa del Este: Unión Europea-Federación de Rusia
Ricardo Rodríguez Cobos 336

Democracia Ambiental e os Invisíveis: Rompendo as barreiras da exclusão socioambiental
Christiane Costa Assis 352

A Análise Econômica do Direito na Administração Pública e o investimento nas Novas Tecnologias
Alberto Barella Netto, Hérica C. P. Nascimento & Vithor A. Sousa 366

La garantía jurisdiccional de audiencia en un debido proceso civil cubano
Eduardo Antonio Sardá Lloga 381

Aportes iusfilosóficos desde el vínculo "derecho y literatura" en Argentina. Estudios epistemológicos del saber jurídico desde la obra literaria de Jorge Luis Borges.
Gonzalo Ana Dobratinich 423

Uma história da seguridade social nos países industrializados, dos primórdios à globalização neoliberal
Cristiane Haik & Rodrigo Zacharias 439

A denegación de embarque xustificada no transporte aéreo de pasaxeiros
Anxo García Ferreiro 478

La comunidad rohinyá: vulneración de Derechos Humanos y crímenes internacionales
Ricardo Rodríguez Cobos 494

Crimes tributários em contextos de normalidade e de calamidade pública no Brasil: a necessidade de sistematização constitucional do Direito Penal Tributário em prol das garantias individuais
Victor Estevam Valente 521

La consideración de la vulnerabilidad económica en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
María Soledad Casazza 564

A extensão do manto da cláusula pétrea do pacto federativo: um estudo sobre o federalismo fiscal e reforma tributária.
Jorge Eduardo Braz de Amorim 589

Recensiones

SUÁREZ BILBAO, FERNANDO, La Historia en la pantalla: hechos, propaganda y manipulación. El caso de Felipe II, Dykinson, 2020 (255 páginas).
Alberto Carvalho Amaral 599

TATO PLAZA, ANXO, La autoregulación publicitaria, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
David López Jiménez 542

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 09-36
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe2386-5229

Standards of proof in criminal justice of Ukraine: the essence of the concept and the purpose of implementation

Vasyl Nor[1]
Marta Mazur[2]
Khrystyna Slyusarchuk[3]
Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine

Summary: 1. Introduction; 2. The essence of the concept; 2.1. The concept of standards of proof in the doctrine of criminal procedure law; 2.2. The concept of standards of proof in the practice of the Supreme Court of Ukraine; 2.3. The concept of standards of proof in the practice of the ECtHR; 3. The correlation between standards of proof and knowledge formation in criminal justice of Ukraine; 3.1. Probability and reliability of the knowledge in criminal proceedings. – 3.2. "Reliability of evidence" and "reliability of the circumstance" in criminal proceedings; 3.3. "Likelihood" of knowledge in criminal proceedings; 4. The purpose of introduction "standards of proof" into the field of criminal justice; 5. The system of standards of proof; 6. Concluding remarks; 7. Literature.

Abstract: For a long time there has been an active study of the advantages and disadvantages of the adversarial type of criminal procedure on the pages of scientific publications. However, not so long ago, the attention of scientific community of Ukraine was attracted by the concept of "standard of proof", as one of the integral attributes of the adversarial type of criminal procedure. Scholars try to comprehend the essence of the relevant concept, to single out its types, to study foreign experience of its functioning, to analyze the "pros" and "cons" of its introduction into the national doctrines of criminal procedure. The article provides an analysis of the essence of the concept and the purpose of introduction standards of proof into criminal proceedings. Also, the article examines the correlation between standards of proof and knowledge formation in criminal justice and the system of standards of proof in criminal proceedings.

As a result, it is concluded that the standards of proof meant to serve as a "key" to achieve the correct establishment of the circumstances of criminal proceedings, as well as – the successful implementation of criminal proceedings in general.

Keywords: standards of proof, criminal procedure, probability, likelihood, reliability, knowledge in criminal proceedings, standards of persuasion.

---

[1] Dr. Sc. (Law), Prof., Full Member (Academician) of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Head of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine. https://orcid.org/0000-0002-5597-9768
vasyl.nor@lnu.edu.ua

[2] PhD (Law), Assoc. Prof. of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine. Member of the Committee of Criminal Procedure Law of the Bar Council of the Lviv Region. https://orcid.org/0000-0001-9274-6261
marta.mazur@lnu.edu.ua

[3] PhD (Law), Assoc. Prof. of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine. Deputy Chairman of the Committee of Criminal Procedure Law of the Bar Council of the Lviv Region. https://orcid.org/0000-0003-0337-6436
khrystyna.slyusarchuk@lnu.edu.ua

Recibido: 10/04/2021
Aceptado: 08/06/2021

1. Introduction

Recalling in law about such evaluative concepts as "reasonable doubt", "reasonable suspicion", "sufficient grounds", "beliefs", "probability" and others, we can see that the legislator does not provide them with a proper definition in Criminal Procedure Code of Ukraine (CrPC). Moreover, one of the provisions of the presumption of innocence that "a person should be acquitted unless the prosecution proves guilt beyond a reasonable doubt"[4] (Art. 17 CrPC) has not been properly defined in law doctrine of Ukraine. All this does not contribute to the provision and maximum realization of human rights and freedoms in the field of criminal justice. In foreign doctrines of criminal procedure these terms are called "standards of proof".

The standard of proof is one of the relatively "newly formed" theoretical construct, that is being used in the criminal procedure of countries in both Continental and Anglo-Saxon legal systems. Therefore, the formation of its concept and defining the interconnection between the standards of proof and the way of forming (mechanism of formation) knowledge of the circumstances of the criminal proceeding is the task of the science of law.

A closely related issue to the concept of "standards of proof" in criminal proceedings is the interconnection between such categories as "probability", "likelihood", "reliability"[5] and "truth" of the knowledge in criminal proceedings.
In scientific literature we can find examples of defining standards of proof as a balance of probabilities, which is necessary to determine the degree of reliability, should be proved by the party on which the burden of proof lies.[6] In the understanding of B. Ratushna, the standard of proof is a criterion for the reliability of the result of judicial knowledge. V. Ishchenko noted that the standard of proof follows from the qualitative level of probability of knowledge.[7] In the interpretation of another researcher I. Petrukhin, the concept of reasonable doubt, which is one of the standards of proof in criminal proceedings, generally rejected the requirement to establish the truth and replaced it with the assumption of a high probability of conclusion.[8] In turn, V. Vapnyarchuk repeatedly used the categories of "probability" and "reliability" of knowledge in the study of standards of proof in criminal proceedings.[9]

Other authors assert the standard of proof as a sufficient degree of probability of knowledge for a judge to make a decision in criminal proceedings, i.e. such a degree of probability that allows the court to dispel doubts in a particular case.[10]

Thus, the question of determining the interconnection between the probability and reliability of knowledge in criminal proceedings is an integral part of the study of the content and essence of the concept of standards of proof in criminal proceedings. The issue of distinguishing probable, likelihood and reliable knowledge in the criminal procedure, as well as the direct study of relevant categories, has been the subject of consideration and rethinking among the

---

[4] UKRAINE. Code of Ukraine No 4651-VI, of 13 April 2012,"Criminal Procedure Code of Ukraine" (as amended of 21 July 2020). [Last accessed: 03-01-2021].
[5] GÓMEZ, F. *Burden of Proof and Strict Liability: An Economic Analysys of a Misconception.* Universitat Pompeu Fabra, Bafcelona, Spain, 2001, p. 5.
[6] RATUSHNA, B. "The standard of proof as a criterion for the reliability of the result of judicial knowledge", *Pravo Ukrainy,* 2012, vol. 6, p. 282 – 291.
[7] ISHCHENKO, V. "Prospects for the formation of standards of proof in the modern criminal procedure of Ukraine", *Forum prava,* 2009, No 3, p. 302 – 307.
[8] PETRUKHIN, I. "Truth, reliability and probability in court", *Legal world,* 2003, vol. 8, p. 17 – 25.
[9] VAPNYARCHUK, V. "Standard of criminal procedural evidence", *Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine,* 2015, vol. 80, p. 100 – 105.
[10] VERSHININ, A. *Civil process: textbook*, 2002. 472 p.; GMYRKO, V. *Evidence in criminal proceedings: activity paradigm. Theoretical analysis. Problematization. SMD-representation*: monograph. Dnipro, 2010. 314 p.

scientific community many times over the last few decades. However, the introduction of standards of proof in criminal proceedings has "raised" the relevant discussion to a qualitatively new level.

The fact is that, for a long time period of rethinking the concept of probability, likelihood and reliability was not only thought of philosophically, but also as legal categories, took place due to the issue of the existence (necessity of existence) of truth in criminal proceedings. At the same time, the discussion among scholars was mainly reduced to the questions of what exactly should be the truth in criminal proceedings: objectiveor formaltruth? What is its significance in criminal proceedings? Namely, why is it needed in criminal proceedings: as the general purpose of criminal proceedings; as the principle of criminal procedure or as a certain reference point, a value criterion in criminal proceedings.[11]

However, the probability and reliability of knowledge in the application of standards of proof in criminal proceedings should not be investigated and considered in the "coordinate system" of establishing the truth in criminal proceedings. As has been repeatedly noted, the standards of proof do not provide for and do not aim to establish any truth in criminal proceedings, whether formal (legal) or even more objective one.[12]

Therefore, the purpose of the relevant article is a comprehensive analysis of the concept of standards of proof in criminal justice of Ukraine.

2. The essence of the concept

2.1. The concept of standards of proof in the doctrine of criminal procedure law

Continuing the analysis of the previously raised issue of defining standards of proof, based on the analysis of doctrinal views, it should be noted that the concept of "standard of proof" is a multifaceted category and is interpreted ambiguously in scientific research.

For example, Yu. Korenevsky understands the concept of "standard of proof"as the minimum allowable set of evidences, in case of lack of which, the recognition of a legal fact as proven is excluded.[13]

However, a rhetorical question logically arises: is there a maximum admissible set of evidences in criminal proceedings? Is it possible to answer the question: how much evidences in the aggregate forms a person's inner conviction that a legal fact has been proved or unproven? According to Yu.Korenevsky, this is a minimal set! However, the minimum is how much? Will this "minimum set" be sufficient? What is the correlation between the "minimum admissible set of evidences" and the principle of a full, comprehensive and impartial investigation of the circumstances of criminal proceedings? And, in general, is it possible to "measure" subjective confidence by a quantitative characteristic?

As rightly noted in the scientific literature, in each case criminal proceedings, the sufficiency of evidences is assessed individually and it is impossible to give any unambiguous advice on determining the sufficiency of evidences, which would be

[11] BASSISTA, I. "On the question of establishing the objective truth in criminal proceedings", *Visnyk of Lviv National University*, 2015. No 61, p. 417 – 422. NOR,V. "Truth in criminal justice: the idea, dogma of law, implementation", *Pravo*, 2015, p. 674 – 680. PAVLYSHYN,A. "Influence of procedural form on the establishment of truth in criminal cases", *Bulletin of the Prosecutor's Office,* 2011, Vol. 4, p. 75 – 82.

[12] GMYRKO, V. *Evidence in criminal proceedings: activity paradigm. Theoretical analysis. Problematization. SMD-representation:*monograph. Dnipro, 2010, p. 314.

[13] KORENEVSKY, Yu. "Evidence in criminal proceedings: traditions and modernity", *Lawyer,* 2000, p.163-164.

acceptable in all cases.[14] So, is it possible (and necessary) to determine the minimum set (limit) of sufficiency of evidences? In our opinion, the answer is obvious – no.

Sufficiency of evidences is either present or not, and it is not entirely justified to introduce a gradation of the sufficiency of evidences in criminal proceedings.

A. Rudenko in developing the concept of substantive logic of criminal procedure and highlighting such a property of evidence as "strength of evidence", which characterizes the intrinsic systemic significance of individual evidence, noted: "if the strength of the evidence is not subject to assessment, the result of the addition (multiplication) of the strength of each of the evidence, expressed in the category of their sufficiency, is assessed".[15] The relevant scientific opinion once again confirms the futility of attempts to introduce a gradation of the sufficiency of evidences and determine their "quantitative necessity" in criminal proceedings, as the significance (weight) of the evidence is not a subject of "mathematical calculation".

It seems that in order to define the concept of a "standard of proof", it is better to use such a property of evidences as their "sufficiency" and to avoid the assertion of their "minimum admissible set". In this context, the above-mentioned Yu. Korenevsky's concept of "standard of proof" does not seem fully justified, because it indicates only a "quantitative" characteristic (set of evidences) and does not fully reveal the essence of the concept.

Departing from the quantitative characteristics of the standard of proof, B. Ratushna emphasizes its qualitative side, noting that the "standard of proof" is a certain conditional limit beyond which the quantitative characteristics of knowledge obtained in the course of the case, passes into such a quality that gives grounds to court to make, in his opinion, a judicial decision.[16] The scholar, given the case law of the ECHR, believes that it is reasonable to introduce into the current procedural law a unified definition of the term – the concept of "standard of proof" as a requirement for the quality of knowledge obtained by the court as a result of court proceedings, circumstances of a particular case for its proper resolution. In turn, the quality of knowledge obtained in the field of criminal procedure depends on the completeness of the establishment of depth of the study of the circumstances of the subject of proof in criminal proceedings.

The definition of the standard of proof proposed by V. Gmyrko deserves special attention: "the standard of proof in criminal proceedings is a set of normatively established requirements to the results of evidentiary activity of the prosecution, the fulfillment of which is a condition for the court to make a lawful procedural decision"[17]. It is special, at least because the scholar "reorients the vector" of attention from the key role of judicial knowledge in criminal proceedings to the important role of the evidentiary activity of the prosecution in criminal proceedings. Thus, drawing attention to the fact that the condition for the court's legal procedural decision is an indicator of how well the prosecution has fulfilled its obligation to prove the guilt of the accused in the commission of a criminal offense and in general the circumstances to be proved in criminal proceedings – its burden of proof in criminal proceedings. However, it should be noted that this understanding of the standard of proof is most characteristic of the adversarial type of criminal proceedings, where the court acts as an "arbitrator" and is characterized by passivity in the field of proof.

---

[14] RATUSHNA, B. "The standard of proof as a criterion for the reliability of the result of judicial knowledge", *Pravo Ukrainy,* 2012, vol. 6, p. 282 – 291.

[15] RUDENKO, A. *The substantive logic of evidence: dialectical and formal logical foundations (criminal procedural and criminalistic research).* Krasnodar, 2011.

[16] RATUSHNA, B. "The standard of proof as a criterion for the reliability of the result of judicial knowledge", *Pravo Ukrainy,* 2012, vol. 6, p. 282 – 291.

[17] GMYRKO, V. *Evidence in criminal proceedings: activity paradigm. Theoretical analysis. Problematization. SMD-representation:*monograph. Dnipro, 2010, p. 220.

In general, we can agree with the corresponding definition of the standard of proof in criminal proceedings. However, it should be noted that an important role in the implementation of the standard of proof in criminal proceedings is assigned to the defense. Despite the fact that in the field of criminal justice no one is obliged to prove his innocence in committing a criminal offense and the obligation to prove the guilt of the accused in committing a criminal offense - is the exclusive "prerogative" of the prosecution (and in general, no one "canceled" presumption of innocence), in the Anglo-Saxon legal system in matters of compliance with the standard of proof, such as "beyond a reasonable doubt", the "last word" is always left to the defense and depends on whether the defense was able to "sow" reasonable doubt among the jury or judges.

In the American doctrine of criminal procedure in the question of the ratio of the participation of the parties in criminal proceedings, a long-standing aphorism is given as an example, according to which: "sometimes you cannot see forests through trees". As David S. Gould points out, this means that sometimes we are so focused on the details that we can lose sight of the whole picture. The defense in criminal proceedings always seeks and does everything possible to ensure that the judge or the jury are focused on the "trees", while the prosecutor tries to do everything so that they can see the general appearance of the "forest". He often tells the jury that it is like looking at one of the modern French paintings of pointillism. If you stand too close to it, all you see is a whole bunch of dots that seem unconnected and unconnected. However, when you step back a little – a clear picture suddenly appears in front of you.[18]

All this indicates that the standard of proof can be implemented only with the active participation of both parties in criminal proceedings.

However, such "activity" of the defense in practice should not lead to erroneous and unreasonable replacement of the presumption of innocence by its antipode - the presumption of guilt.[19] The defense party is not obliged to prove the innocence and non-involvement of the accused in the criminal offense. No one may require the accused to present evidence in his defense. However, by using the opportunity to provide oral or written explanations about the suspicion or accusation, the right to collect and present evidences, to participate personally in criminal proceedings and other procedural rights, the accused (suspect) thus exercises his right to defense. And, anyway, the degree to which the accused (suspect) uses his right to defense, which is aimed at "undermining the position of his procedural opponent", ultimately affects the formation of the result of criminal procedural (including judicial) knowledge and the adoption of appropriate procedural decision.

Thus, the standard of proof does not revolve only around the evidentiary activity of the prosecution, but also depends on the ways and possibilities of exercising procedural rights of the accused (suspect), provided in the context of adversarial criminal proceedings. The essence of the standard of proof is created by the evidentiary activity of both parties of the criminal proceedings.

It is worth considering another question: will the standard of proof as a criterion for the prosecution's compliance with the normatively established requirements for its evidentiary activity be a condition for the court to make a lawful procedural decision?

If the prosecution has succeeded in proving its obligation to prove the circumstances to be proved in the criminal proceedings and if the accused is found guilty of a criminal offense as a result of the criminal proceedings, the court shall pass a guilty verdict. If the prosecution fails to fulfill its obligation to prove the

[18] GOULD, David S. (eds). *Do juries see "beyond a reasonable doubt? The view of a Former prosecutor,* Phoenix Books, 2006, p. 8 – 14.

[19] KALINOVSKY, K. Di*stribution of the burden of proof in criminal proceedings: is it always in favor of the accused?*, CJSC Aktion-Media, 2012, p. 40 – 43.

circumstances to be proved in criminal proceedings and to prove the guilt of a person in the commission of a criminal offense during the trial, the court shall issue an acquittal. One way or another, the sentence is legal (or at least the legality of the sentence is always presumed). The question is: to what extent will such procedural decision be fair? The answer to this question remains open for discussion, despite the rhetorical nature of the issue.

Based on the analysis of the scientific literature and legislation of foreign countries, in particular the United States of America and the United Kingdom, it should be noted that in the Anglo-Saxon legal system, standards of proof are an indicator not only of the burden of proof in criminal proceedings.

This is due to the fact that in the science of the relevant system of law, in addition to the "burden of proof", there are also "burden of confirmation" ("burdenofgoingforward") and "burden of persuasion" are single out.[20]

The burden of proof in the criminal proceedings in these countries presupposes that the prosecution bears the burden of proving guilt of the accused and is defined as the burden of establishing the ultimate truth in the relevant matter by the set of evidences required by law. This burden remains with the prosecution throughout the criminal proceedings and can never be transferred to the defense. As American researcher J. Klotter notes: "the burden of proof" emphasizes "the result of the criminal proceedings in general rather than certain issues that arise within its implementation".[21]

However, in criminal proceedings, the defense may be required to provide a sufficient set of evidences to substantiate a particular fact, namely "those particular issues that arise in criminal proceedings". For example, if the accused alleges an alibi or insists that he has a mental disorder while committing a criminal offense or committing it in a state of insanity, then in view of the indisputable fact of the presumption of innocence and realizing that the accused does not have any procedural charges, in order to prove his innocence or deny his guilt in committing a criminal offense, the defense will still be "obliged", to some extent, to provide credible evidence to prove his "defense". This is due to the need for the defense to establish those circumstances, not establishment of which may cause negative consequences for the accused, for example, the adoption of a procedural decision not in his favor.[22]

Thus, any allegation made by a defense in defense of its legal position must be supported by relevant evidences. Therefore, the American legal system stipulates that the prosecution's performance of its procedural duties (powers), in particular the establishment of circumstances to be proved in criminal proceedings (circumstances of the subject of proof) is the burden of proof, while the defendants' defense of the burden of "burden confirmation". This burden is sometimes defined as "burden of evidences".[23]

It seems interesting that in the Anglo-Saxon legal system, in particular in the United States, such a theoretical category as the "burden of persuasion" in criminal proceedings is being singled out.

The burden of persuasion rests with the parties in the criminal proceedings and consists in the need to convince the judge of the veracity of the versions put forward by each of the parties and the reliability of the evidences provided in support of them. The scientific literature states: "The burden of persuasion falls on the prosecutor and defense counsel involved in criminal proceedings and is of

---

[20] SLYUSARCHUK,Kh."Correlation of the terms "standards of proof" and "standards of persuasion"",*Law and society,* 2016, no 1, p. 164 – 170.

[21] KLOTTER, John C. *Criminal evidence. Fourth edition* (Justice administration legal series, Criminal justice studies). Anderson Publishing Co., 1987, p. 28.

[22] Ibid.

[23] KALVEN, Harry Jr., ZEISEL, H. *The American Jury*. Little, Brown and Company, 1966, p. 29. GÓMEZ, F. *Burden of Proof and Strict Liability: An Economic Analysys of a Misconception.* Universitat Pompeu Fabra, Bafcelona, Spain, 2001, p. 6.

particular importance during their closing speeches before the jury, in which each of them tries to convince each juror that it is his version of "truth" is true".[24]

Thus, the Anglo-Saxon system of law distinguishes between the concepts of "prove" ("proof") and "persuade" ("persuasion"). This fact raises the question: is it possible to "prove" the existence of a certain fact, but not "convince" a person of its existence? ("prove, but do not convince").[25] It seems that the answer to this question, in countries with adversarial form of criminal proceedings, is positive.

Without finding a definition of "belief" ("conviction") in the legislation, we turn to the essence of these words. Thus, "conviction" means "proving to someone the correctness of something" or "firmly established opinion about something; confidence in something; established view of something". In turn, the concepts of "persuade" and "persuasion" are seen as a certain process, a method of psychological influence and a way to induce a certain action and means "to prove something to someone; to force to admit something", "the process by which the message causes a change in beliefs, views or patterns of behavior", and the concept of "to be convinced" – "to reach a certain conclusion, to believe in something on the basis of evidences, observations, reflections, etc." Instead, "prove" ("proof") means "to confirm the truth, the correctness of something with facts, indisputable arguments".[26]

Undoubtedly, we should agree with opinion that conviction should be understood as:

1) the process of inclining someone (including yourself) to a certain view or action;

2) the result of this process, as a specific opinion;

3) a person's attitude to their knowledge, actions, as a state of confidence, persuasiveness.[27]

In addition, as noted in the scientific literature, "internal conviction is not only the result of evaluation of evidence, as the conclusions reached by the investigator or court during the investigation of the circumstances of the case, but also the process of forming consciousness, conviction of the investigator or judge that a person is guilty".[28]

It is the "process of persuasion formation" that is influenced by the "burden of persuasion" in criminal proceedings. In turn, V. Gmyrko defined "persuasion" as a psychological means of proof in criminal proceedings and as an objectively available, purely individual, subjective, uncontrolled psychological attribute of human.[29]

Also, considering the internal conviction as one of the main components of the criminal – procedural principle of free evaluation of evidence, it is noted that the internal conviction should be considered primarily as an independent legal criminal - procedural category.[30] According to that opinion, its psychological and epistemological aspects are being important for revealing the essence of inner conviction. In the psychological aspect the inner conviction can be considered in the

---

[24] KLOTTER, John C. *Criminal evidence. Fourth edition* (Justice administration legal series, Criminal justice studies). Anderson Publishing Co., 1987, p. 28.

[25] SLYUSARCHUK,Kh."Correlation of the terms "standards of proof" and "standards of persuasion"",*Law and society,* 2016, no 1, p. 164 – 170.MAZUR, M., SLYUSARCHUK, Kh."Standard of proof in criminal proceedings: "variable" or "stepwise"?", *Uzhhorod National University Herald. Series: Law,* 2021, Vol. 63, p. 298 – 301.

[26] BILODID, I. *Dictionary of the Ukrainian language*: *in 11 volumes*. Naukova dumka, 1971.

[27] NOR,V. *Problems of theory and practice of judicial evidence.*Higher School Publishing Association, 1978, p. 103.

[28]Ibid.

[29] GMYRKO, V. Evidence in criminal proceedings: activity paradigm. Theoretical analysis. Problematization. SMD-representation: monograph. Dnipro, 2010, p. 92 – 93.

[30] MIKHEENKO, M. *Problems of development of criminal process in Ukraine: Selected works*. Jurinkom Inter, 1999, p. 125 – 144.

dynamics (as a process of its formation) and in statics (as a result). In the process of its formation one's own opinion is created, doubts and uncertainties are overcome and eliminated. In the epistemological aspect, the inner conviction is the knowledge of both – the individual facts of the criminal proceedings and their totality, which is the subject of proof in the criminal proceedings, and the conclusions in it.[31]

Thus, from the point of view of the epistemological aspect of inner conviction, a person can "gain", "acquire" knowledge (information) about the circumstances of criminal proceedings, but can "believe", "make sure" of the relevant knowledge only when fulfilling the burden of persuasion, as a dynamic element of the psychological aspect of inner belief (the process of its formation). If we consider these two aspects of persuasion as interrelated but mutually unattainable categories (for example, when achieving only the epistemological aspect, without psychological), it turns out that in criminal proceedings it is still possible to "prove" the existence of a fact, but not "convince" a person in its existence. The transition from knowledge to persuasion is a long and complex process which, of course, is influenced not only by the burden of proof in criminal proceedings. It seems that the burden of proof (confirmation) is aimed at obtaining "knowledge" in criminal proceedings, and the burden of persuasion - to obtain "conviction" in the validity of the relevant knowledge.

Therefore, summarizing the above, we can conclude that the standards of proof are an indicator of fulfillment not only of the burden of proof and confirmation, but also the burden of persuasion. The indicator of the burden of proof in criminal proceedings is an element of rationality in the sense of the concept of "standards of proof", because proof always has an impact on the mind of the person (external rational influence). Instead, the indicator of fulfillment of the burden of persuasion is an element of empiricism, because "persuasion" is addressed to the feelings, emotions, will and experience of human, thus exerting an internal sensory-volitional influence on the consciousness of the person. In addition, if the burden of proof and the burden of confirmation are more focused on determining the admissibility and relevance of the evidences, the burden of persuasion is on "convincing" their credibility.

Thus, in essence, the standards of proof are aimed not only at "proof", but primarily at stating the fact of establishing the category of "persuasiveness" in criminal proceedings.

Based on a systematic analysis of the scientific literature and interpretation of regulations, it is concluded that such standards of proof as: "beyond reasonable doubt", "reasonable suspicion", "persuasion with a higher probability", "probable cause", "preponderance of evidence", "clear and convincing evidence" in their form are "standards of proof", but in their essence, should be considered as "standards of persuasion" in criminal proceedings.

Incidentally, it should be noted that the standard of proof is not a "purely" legal category, as it is "filled" not only with "evidence", as procedural aspect of the criminal proceedings, but includes a number of other aspects: psychological, moral and ethical, emotional, volitional, anthropological and others.

Given the complex problem of understanding the concept of "standard of proof" and given the lack of unity in the interpretation of many aspects of it among the scientific community, first of all, this applies to the very concept and name "standard of proof", based on analyzed scientific works on this issue, have been identified some criteria (features, provisions) that characterize the standards of proof and which seem to include the following:

- the standard of proof provides a quantitative component (characteristic), which consists in a sufficient set of evidences, in the presence of which a legal fact can be considered proven;

[31]Ibid.

- the standard of proof contains a qualitative component (characteristic, aspect), which provides the appropriate quality of knowledge about the criminal offense, which guarantees the reliability of the circumstances of the criminal proceedings;

- the standard of proof contains an element of completeness, summary of evidentiary activity of the subjects of criminal proceedings at a certain stage of criminal proceedings (aimed at the result of evidentiary activity);

- as a general rule, the standard of proof can be achieved only with the active participation of both parties in the criminal proceedings, in particular, with the proper performance by the prosecution of its obligations, use of evidence and depends on the ways and methods of using the procedural rights;

- achieving any standard of proof in criminal proceedings involves fulfilling not only the burden of proof, but also the burden of persuasion.[32]

Given all the above, it can be concluded that the **standards of proof** are enshrined in the criminal procedure law and legal positions of higher courts **rules**, which are covering the quantitative and qualitative component of proof, the implementation of which by the prosecution (in some cases, also by the defense) provides conviction, which is suitable for the adoption of procedural decisions that restrict the rights and freedoms of the individual in criminal proceedings.

It should be noted that the standards of proof provide the level of persuasion required for a conviction or other current or final decision in criminal proceedings not in favor of the defense (a decision restricting the rights and freedoms of a person). This level of persuasion is achieved on the basis of compliance with all evidentiary rules (requirements) in criminal proceedings. Such rules (requirements) are: rules for declaring evidence inadmissible; rules for sharing the burden of proof in criminal proceedings; rules for evaluating evidence in criminal proceedings; the rule of interpretation of irrefutable doubts in favor of the suspect (accused); taking into account evidentiary presumptions and prejudices in criminal proceedings; correct definition of the limits of proof in criminal proceedings; execution and observance of the principles of criminal proceedings, etc.

Why do the standards of proof in criminal proceedings establish a "framework" for making a decision "not in favor of the defense"?

Firstly, according to the presumption of innocence, no one is obliged to prove his innocence in committing a criminal offense and must be acquitted if the prosecution does not prove the guilt of a person beyond a reasonable doubt. The burden of proving a person's guilt rests solely with the prosecution.

The defense is not obliged to prove its innocence or refute any allegation made by the prosecution, taking into account the presumption of innocence. However, even if the defense carries the burden of "confirmation", questions the allegation of the prosecution (thus reaching the so-called standard of proof "with probability") and on this basis the court decides in its favor, it will mean that in criminal proceedings the relevant standard of proof has not been reached.

It is no secret that the greatest restrictions on human rights and freedoms are experienced in the field of criminal justice. Therefore, standards of proof are introduced in the relevant field to achieve such a restriction, and the presumption of innocence implies that a person can be convicted only if the prosecution proves his guilt in accordance with the highest level of conviction – the standard of proof "beyond reasonable doubt". Standards of proof essentially serve as a kind of "filter" to avoid unfounded or questionable cases of restriction of human rights and freedoms and the occurrence of negative consequences for it during decision-

[32] SLYUSARCHUK,Kh. *Standards of proof in criminal proceedings*. Lviv, 2017 [Last accessed: 10-03-2021]. Avaible from: https://law.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/02/Avtoref_Slusarchyk_.pdf.

making in criminal proceedings. Standards of proof establish certain "limits" in criminal proceedings on achievement, the implementation of which may be decided not in favor of the person, as the decision which restricts human's rights and freedoms in criminal proceedings.

Secondly, one of the tasks of criminal proceedings is to ensure prompt, complete and impartial investigation and trial so that everyone who has committed a criminal offense is prosecuted to the extent of his guilt, no innocent person has been charged or convicted. In essence, the "driving force, the idea" of building all criminal proceedings is the "goal" of bringing a person to justice. Therefore, it is inappropriate to talk about standards of proof from the standpoint of making a decision in favor of the suspect (accused).

However, in this context, it is not necessary to emphasize or talk about the "repressive", "punitive" nature of criminal proceedings. Taking into account the principles of criminal proceedings (in particular, the rule of law, publicity and the presumption of innocence), the standards of proof are the "standard" for establishing a person's guilt in committing a criminal offense. The introduction of standards of proof that would establish a "framework" for making a decision in favor of a person in criminal proceedings would be contrary to the essence of the criminal process. At least it is illogical to establish rules for proving the innocence of a person in criminal proceedings, because according to the presumption of innocence a person is "initially" considered innocent.

Incidentally, it is worth agreeing that the problem of a two-pronged approach to understanding the standard of proof in various forms of criminal proceedings is rooted in the public consciousness, which was formed under the influence of the specific historical development of the states. Because, in the Anglo-Saxon legal system, the fundamental principle of society is the understanding that the conviction of an innocent person is a more dangerous act than allowing the perpetrator to avoid responsibility and punishment for the crime committed by him. Unfortunately, in Ukraine, as one of the states of the continental legal system, such a principle has not been properly enshrined and has not gained fundamental importance in the minds of not only ordinary people but also those who are called to administer justice and establish the rule of law in criminal proceedings. Unfortunately, the establishment of "truth" in criminal proceedings prevails, and in some cases justifies, the question of observance of universal values.

In addition, based on the analyzed scientific literature and the practice of applying standards of proof in criminal proceedings, it can be concluded that in Ukraine standards of proof do play a more indicative role, endowed with a declarative character, while in the Anglo-American legal system they acquire legally - regulatory significance and have become more practical due to the presence in the relevant system of law less formalized legislation (lack of clear legal norms governing the process of proof, in particular: legislative definition of "evidence", list of sources of evidence, etc.) and the presence of judicial precedent as a source rights.[33]

2.2. The concept of standards of proof in the practice of the Supreme Court of Ukraine

The category of the standard of proof has only relatively recently begun to be applied in judicial practice of Ukraine.

Ukrainian jurisprudence, which in a relatively short time adopted this category, namely the concept of "standard of proof", has acquired the meaning with which it is used in the doctrine of the legal systems from which it originates.

This last of the mentioned aspects is important, because the Supreme Court of Ukraine in its decision of 21 January 2016 concluded that "if the appellate court actually acts as the last resort in exercising the right to a fair trial, adversarial

[33]Ibid.

parties, immediacy of the examination of evidence and their admissibility, then any simplifications are not allowed in the appeal procedure, and the standards of proof must be the highest". That is, the term "standards of proof" was used in a different sense, which referred to the quality of the procedure, the requirements for the examination of evidence, rather than the original meaning of the standard of proof as the required level of probability, given at the beginning of this article. Despite the fact that in the practice of courts in criminal proceedings there are still many cases of using this concept with such a changed meaning, yet in general in 2018-2019 this term was introduced in its original sense[34].

Thus, in its ruling of 21 February 2018, the Supreme Court cites the classic definition of the standard of proof "beyond a reasonable doubt": "A conviction may be handed down by a court only if the guilt of the accused is proved beyond a reasonable doubt, the prosecution must prove in court its professional duty under Art. 92 of the CrPC of Ukraine by means of proper, admissible and reliable evidence that there is a single version by which a reasonable and impartial person can explain the facts established in court, namely the guilt of a person. The standard of proof beyond a reasonable doubt means that the set of circumstances of the case established during the trial precludes any other understanding of the explanation of the event which is the subject of the trial, except that the incriminated crime has been committed and the accused is guilty of committing that crime".

In cases of commercial jurisdiction in 2018-2019, the Supreme Court also repeatedly referred to the category of standard of proof and noted that in assessing the sufficiency of evidence there are special rules – standards of proof, which should guide the court in deciding the case. The court emphasized that standards of proof are an important element of adversarial proceedings. If the party has not submitted sufficient evidence to confirm a certain circumstance, the court concludes that it is unproven.[35]

In addition to the correct use of the concept of standard of proof in judicial practice, recently under the influence of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) there has also been an understanding of the negative consequences of establishing an excessive standard of proof.

Allegations that the court had established an extraordinary and previously unattainable standard of proof, citing the fact that the ECtHR had identified this in its practice as a sign of arbitrariness, were used in some cases by the Supreme Court to substantiate applications for disqualification, namely in those cases, when the court pointed to the need to submit certain evidence.[36] These cases do not illustrate any approach of the court, but indicate the widespread practice of using these categories by participants in cases to justify their positions on procedural issues.

While the Supreme Court, apparently influenced by the case law of the ECtHR and using wording borrowed from that case, concluded that the legality of a court decision was negative for a party to establish an extraordinary and unattainable standard of proof, it also ruled on which standard should be apply. We have already analyzed the standard of proof of guilt in criminal proceedings and the

[34] PILKOV, K. "The standard of proof as a component of ensuring the right to a fair trial" (based on the report at the II scientific-practical round table "Implementation of international standards in civil and commercial litigation of Ukraine"), 2019. [Last accessed: 08-02-2021]. Avaible from: https://jurliga.ligazakon.net/ua/analitycs/190632_standart-dokazuvannya-yak-skladova-zabezpechennya-prava-na-spravedliviy-sud.

[35] SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 910/8763/17, 31 January 2018.SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 909/105/15, 29 August 2018. SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 910/23428/17, 29 August 2018. SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 922/1163/18, 27 February 2019.

[36] SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 826/9855/18, 10 January 2019.SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 9901/949/18, 12 July 2019.

relevant practice earlier in this article. Instead, determining the preferred standard of proof in civil and commercial matters is an open question.

So far, only in commercial cases has the Supreme Court pointed out that the principle of adversarial proceedings is best met by the standard of precedence of more compelling evidence, ie when the finding of the alleged circumstance in the light of the evidence appears more likelihood than the opposite[37], and this standard, as a rule, should be applied in the consideration of commercial disputes.[38] It seems that, given the closeness of the principles of commercial and civil litigation, as well as the relationships from which disputes are resolved in the courts of these jurisdictions, the same standard should preferably be applied in civil proceedings. It should be borne in mind that the standard of proof depends on the circumstances, the proof of which is necessary, and not purely on jurisdiction.

2.3. The concept of standards of proof in the practice of the ECtHR

Although the approach approved by the ECtHR regarding its subsidiary role is that this court does not interfere in the issue of proof in national courts and does not set any specific standard of proof, at the same time the Court recognized that this standard in criminal cases should be higher than in civil cases.[39] It is safe to say that this position logically implies that in civil cases the standard of proof should be lower than in criminal cases. In Khamidov v. Russia[40], the ECtHR based its finding that the respondent State had violated Art. 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) that the domestic courts had established an extreme and unattainable standard of proof for the applicant (in particular the standard of proof "beyond a reasonable doubt"). Similarly, in Dyuldin and Kislov v. Russia[41], the ECtHR noted that the courts applied an unusually high standard of proof. R. Kuybida, author of the analytical report "Judicial error: criteria for distinguishing between abuse (arbitrariness), negligence and good faith", analyzing, among others, these decisions of the ECtHR, concluded that among the examples of court decisions that can be considered arbitrary, can be called decisions, in which the court sets aside an extraordinary and unattainable standard of proof.[42]

The ECtHR cases illustrate the Court's position on the importance of an adequate standard of proof in national courts for the right to a fair trial, but do not indicate that the ECtHR distinguishes between certain standards that can be applied in proof and does not allow to conclude whether standard of proof is preferred by the Court's own practice.

At the same time, in other cases the ECtHR, reiterating its subsidiary role and emphasizing that it does not normally assume the function of a trial court, acknowledged that it applied the standard of proof "beyond a reasonable doubt"

---

[37] SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 916/2403/18, 10 September 2019.

[38] SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 905/2382/17, 14 August 2018.SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 910/18036/17, 02 October 2018.

[39] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.Ringvold v. Norway App no 34964/97, 11 February 2016. [Last accessed: 05-02-2021].Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60933%22]}.

[40] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Khamidov v. Russia App no 72118/01, 15 November 2007. [Last accessed: 05-02-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-83273%22]}.

[41] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Dyuldin and Kislov v. Russia App no 25968/02, 31 July 2007. [Last accessed: 05-02-2021].Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82038%22]}.

[42]PILKOV, K. "The standard of proof as a component of ensuring the right to a fair trial" (based on the report at the II scientific-practical round table "Implementation of international standards in civil and commercial litigation of Ukraine"), 2019. [Last accessed: 08-02-2021]. Avaible from: https://jurliga.ligazakon.net/ua/analitycs/190632_standart-dokazuvannya-yak-skladova-zabezpechennya-prava-na-spravedliviy-sud.

(para. 480, 481 in the case of Abu Zubaydan v. Lithuania[43], para. 26 (1) in the case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia[44]). At the same time, with regard to proving certain circumstances, the Court considered it necessary to deviate from this standard. Thus, as a result of the Government's failure to provide the material evidence requested or sufficient explanations of certain circumstances to be proved by another party, the Court pointed to the possibility of concluding adverse circumstances and deciding on such circumstances using a much lower standard of proof (preponderance of evidence) (para. 107 in the case of Trepashkin v. Russia (no. 2)[45]).

The Court emphasized that, in accordance with its settled case-law, evidence could result from the coexistence of sufficiently strong, clear and mutually agreed inferences or the same plan of undisputed presumptions (para. 481 in the case of Abu Zubaydan v. Lithuania[46]). In addition, the level of persuasion required to reach an appropriate conclusion and, therefore, the question of the burden of proof are necessarily related to the specific facts, the nature of the allegations and the law in question under the ECHR. The Court also takes into account in its case-law the seriousness of the consequences of a possible decision that a Contracting State has violated fundamental rights (para. 481 in the case of Abu Zubaydan v. Lithuania[47]). It is therefore important to note that the ECtHR in its practice distinguishes between separate standards of proof, mentions and applies the standard of precedence of evidence, and also notes that the standard of proof depends on the specifics of the circumstances in question (case of Bendersky v. Ukraine[48], case of Grubnik v. Ukraine[49]).

3. The correlation between standards of proof and knowledge formation in criminal justice of Ukraine

3.1. Probability and reliability of the knowledge in criminal proceedings

In criminal proceedings, the standards of proof "require" the correct decision in the adversarial criminal process, i.e. taking into account the parties' burden of proof and persuasion and understanding of the "priority" of human rights in criminal proceedings. In this context, we should agree with the opinion expressed in

[43] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Abu Zubaydan v. Lithuania App no 25968/02, 31 May 2018. [Last accessed: 12-01-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-183687%22]}.

[44] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Ilascu and Others v. Moldova and Russia App no 48787/99, 08 July 2004. [Last accessed: 08-01-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61886%22]}.

[45] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Trepashkin v. Russia (no. 2) App no 14248/05, 16 December 2010. [Last accessed: 08-01-2021]. Avaible from:https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102282%22]}.

[46] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Abu Zubaydan v. Lithuania App no 25968/02, 31 May 2018. [Last accessed: 12-01-2021]. Avaible from:https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-183687%22]}.

[47] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Abu Zubaydan v. Lithuania App no 25968/02, 31 May 2018. [Last accessed: 12-01-2021]. Avaible from:https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-183687%22]}.

[48] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Bendersky v. Ukraine App no 22750//02, 15 November 2007. [Last accessed: 10-01-2021]. Avaible from:https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-171889%22]}.

[49] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grubnik v. Ukraine App no 58444/15, 17 September 2020. [Last accessed: 10-01-2021]. Avaible from:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f52#Text.

scientific literature that in general the truth does not play any special role in the adversarial criminal process, significantly inferior to expediency.[50]

What is the "probability", "likelihood" and "reliability" of knowledge? How do the relevant concepts relate in criminal proceedings?

Literally "reliable" means "one that is beyond doubt, accurate, completely true" and "probable" is defined as "possible".[51] In turn, the term "likelihood" is mainly used as a synonym for the word "reliable", "authenticity".

However, there is no consensus among scholars due to answer the question of: how do exactly these categories relate in criminal proceedings?[52]

M. Shumylo noted that probability and likelihood are different aspects of knowledge. In this case, likelihood of knowledge has its degrees and forms, one of which is probability. This approach, according to the scientist, gave grounds for recognizing probability as a stage of cognition on the way to likelihood. Therefore, the probability is nothing but a measure of the possible.[53] However, as the scientist notes, it should be borne in mind that probable knowledge is not necessarily false. Thus, the scientist identifies probability as a certain level of likelihood. In turn, according to this scientific approach, likelihood is identified with reliability, and "truth" so to speak "accompanies" or "does not accompany" the probability of knowledge.

Similar views are expressed by M. Strogovych, noting that the categories of probability and likelihood are the degrees of cognitive activity.[54]

B. Ratushna holds the opposite opinion, noting that reliability and probability are synonymous characteristics as the result of judicial knowledge. However, according to the scientist, when it comes to judicial knowledge, you need to use the term "reliability" as such a characteristic, which means "the maximum approximation of the court to the full and correct establishment of the facts of the case".[55] In judicial law enforcement, true knowledge is possible only with regard to the establishment of individual facts. And the result of judicial knowledge consists of the sum of knowledge about certain facts, some of which may be objectively true, while others may be probable. Therefore, as the scientist continues, the result of forensic knowledge always contains an element of probability, which is why to use the term "truth" to characterize such knowledge seems unfounded.[56]

Thus, in the science of criminal procedure of Ukraine, there are at least two scientific approaches to determining the mechanism of formation of "reliability" of knowledge in criminal proceedings.[57]

According to the first, reliable knowledge is created as a result of the gradual "enrichment" of probable knowledge in the process of knowing the circumstances of criminal proceedings, namely qualitative gradual transition and transformation of probable knowledge.

According to the second, a reliable conclusion about the circumstances of a particular proceeding is formed on the basis of generalization of a set of individual,

---

[50] PAVLYSHYN,A. "Influence of procedural form on the establishment of truth in criminal cases", *Bulletin of the Prosecutor's Office,* 2011, Vol. 4, p. 75 – 77.

[51] BILODID, I. *Dictionary of the Ukrainian language*: *in 11 volumes*. Naukova dumka, 1971.

[52] PAVLYSHYN, A., SLYUSARCHUK, KH. "Standards of proof and formation of knowledge in criminal proceedings". *Visnyk of Lviv National University. Legal Series,* 2016, vol. 62, p. 119 – 209.

[53] SHUMYLO, M. "Probability and reliability of knowledge in criminal proceedings as a prerequisite for the need to objectify the results of proof".*Pravo Ukrainy*,2014, No 10, p.44 – 52.

[54] STROGOVYCH, M. *"Material "truth" and "judicial evidence" in the Soviet criminal procedure:* monograph. AN SSSR, 1955, p. 370 – 384.

[55] RATUSHNA, B. "The standard of proof as a criterion for the reliability of the result of judicial knowledge", *Pravo Ukrainy,* 2012, vol. 6, p. 286.

[56] Ibid.

[57] PAVLYSHYN, A., SLYUSARCHUK, KH. "Standards of proof and formation of knowledge in criminal proceedings". *Visnyk of Lviv National University. Legal Series,* 2016, vol. 62, p. 119 – 209.

single probable and reliable knowledge. In other words, general reliable knowledge about the circumstances of a particular criminal proceeding is created as a result of a qualitative advantage of single reliable knowledge, which is obtained in current criminal proceeding.

However, it seems that the second scientific approach is inherent in other types of proceedings, in particular civil, commercial, administrative and can not be used in criminal proceedings (criminal justice), because, in any case, the results of criminal proceedings should form an unambiguous reliable conclusion about the circumstances of criminal proceedings.

Taking into account the views of B. Ratushna, it can be argued that if the "reliable" knowledge will be formed only on the basis of a simple advantage of some "reliable" knowledge over a certain part of the probable, the court's conclusion on the circumstances of the criminal proceedings in general will not be deprived of the probabilistic character, which makes it impossible to pass a conviction in criminal proceedings, because, as correctly noted by O. Shylo, Ju. Groshevyj and O. Kaplina: "a probable conclusion means the lack of unambiguity of the knowledge obtained by the court, which due to its uncertainty can't be put by the court in the basis of the conviction".[58]

In turn, a reliable conclusion means that it is unambiguous, substantiated and exhaustively proven by evidence, established by law procedural sources, and that corresponds to the established and verified by the court set of evidence.[59]

According to M. Pogoretsky: "quantitative increase in probabilistic knowledge does not lead to reliability, from the sum of probabilities no reliability is born, because, as before, no matter how high the degree of probability, we are dealing only with the assumption".[60] A. Piyuk's statement that "if something remains unproven, if any evidence of the guilt of the accused remains doubtful, the judge has no moral right to pass a guilty verdict in criminal proceedings, and in the endof a trial it does not matter how will be called the result of criminal proceedings: "truth" or "proven reliability".[61] In addition, the existence of stages in criminal proceedings (i.e. stage-by-stage construction of criminal proceedings in general) and the purpose of introducing standards of proof in criminal proceedings testify to the fact that the probability of knowledge in criminal proceedings gradually increases to the "limit" beyond which reliable knowledge is formed.

Scientific community, in turn, relentlessly argues that the final decision in criminal proceedings is made not on the basis of complete knowledge, but only to the extent that forms an internal conviction, and this leads to the inexpediency of further investigation of the circumstances of the proceedings, because it is this reliability of knowledge required by law to decide on the guilt of a person in the adversarial model of the criminal process.[62]

In the context of the above, it is worth agreeing with the opinion expressed in the scientific literature that "the main ultimate goal of any process of cognition is to obtain knowledge as close as possible to objective reality, in other words – proof in criminal proceedings is aimed at obtaining reliable knowledge, first of all, regarding the event of the criminal offense and the guilt of the accused".[63] Thus, the probability of knowledge continuously "accompanies" certain stages of the pre-trial investigation of criminal proceedings, in particular, from the beginning of criminal proceedings to notification of suspicion and indictment.

---

[58] TATSIYA, YA., PSHONKAV., *Criminal procedure:* a textbook. Pravo, 2013, p.824.
[59] Ibid.
[60] POGORETSKY, M. "Probability and reliability in criminalproceduralcognition".*State and Regions. Series: Right,* 2004, No 1, p. 62 – 65.
[61] PIYUK, A. "Truth" or "proven reliability"? *Russian Justice,* 1999, No 5, p. 43.
[62] BEZNOSYUK, A. "Proof beyond a reasonable doubt" and "reliability" as standards of proof in the criminal procedure of Ukraine". *Judicial appeal*, 2014, No. 3, p. 23 – 28.
[63] TATSIYA, YA., PSHONKAV., *Criminal procedure:* a textbook. Pravo, 2013, p.802.

At the same time, an integral feature of the probability of knowledge in criminal proceedings is its ability to "gradually qualitatively enrich", as the probability of knowledge at the stage of an indictment must be qualitatively higher than at the stage of notifying a person of suspicion. That is why, as rightly stated by M. Shumylo, in criminal proceedings there were assessments of such knowledge as unlikely, sufficiently probable or with little or high probability.[64]

3.2. "Reliability of evidence" and "reliability of the circumstance" in criminal proceeding

Based on the study of scientific positions on determining the ways (mechanisms) of forming the reliability of knowledge in criminal proceedings, it should be noted that the scientific community in studying the relevant issues did not understand the distinction between such categories as "reliability of evidence" and "reliability of establishing the circumstances of criminal proceedings".

In accordance with part 1 of Art. 94 of the CrPC the investigator, prosecutor, judge on their inner conviction, guided by law, evaluate each piece of evidence in terms of relevance, admissibility, reliability, and totality of evidence – in terms of sufficiency and interrelationship for making the appropriate procedural decision.[65]

The credibility of the evidence does not appear to have any degree. As a result of the assessment, the evidence is recognized as either reliable or unreliable.

However, establishing reliability of the evidence does not provide for an automatic reliable establishment of the circumstances of the criminal proceedings. For example, indirect evidence is reliable (at least its reliability is always presumed), but such evidence confirms a certain circumstance of criminal proceedings with some probability. In addition, it is necessary to support the scientific position of D. Sergeeva, who believes that the reliability of evidence – is a subjective property of the factual data that makes up the content of the evidence, to establish the presence or absence of circumstances relevant to criminal proceedings with a high probability, based on the inner conviction of the subject of proof, which is based on a comprehensive, complete and impartial investigation of all the circumstances of criminal proceedings.[66] The formation of knowledge about the circumstances to be proved in criminal proceedings is carried out on the basis of an assessment of the totality of evidence. But the established reliability of evidence or even a totality of evidence at a certain stage of criminal proceedings cannot guarantee the reliable establishment of a certain circumstance of criminal proceedings (for example, in particular the guilt of a person in committing a criminal offense).

As noted in the scientific literature, reliability can relate to each individual piece of evidence obtained in criminal proceedings (for example, the testimony of a witness), and to the "general conclusion obtained from the totality of evidence".[67]

Thus, the reliability of the evidence and reliably proven guilt of a person in committing a criminal offense in criminal proceedings is not the same thing.

In this context, it can be noted that in criminal proceedings the notions of "reliability of evidence" and "reliability of establishing the circumstances" of criminal proceedings (establishing circumstances with reliability) are distinguished. For establishing the reliability of proving the circumstances of criminal proceedings standards of proof are introduced. The system of standards of proof, in essence, is

---

[64]SHUMYLO, M. "Probability and reliability of knowledge in criminal proceedings as a prerequisite for the need to objectify the results of proof". *Pravo Ukrainy*, 2014, No 10, p.47.

[65] UKRAINE. Code of Ukraine No 4651-VI, of 13 April 2012,"Criminal Procedure Code of Ukraine" (as amended of 21 July 2020). [Last accessed: 03-01-2021].

[66] SERGEEVA, D. "Problems of determining the reliability of evidence as its properties under the new Criminal Procedure Code of Ukraine". *Lawyer of Ukraine*, 2013, No 4, p. 106 – 111.

[67] EISMAN, A. "The relationship between truth and authenticity in the criminal procedure".*Derzhava i pravo,* 1966, Vol. 6, p.92 – 97.

designed to ensure the "reliability" of the result of obtaining knowledge about the circumstances of criminal proceedings.[68]

The issue of distinguishing between "reliability of evidence" and "reliability of the establishment of a circumstance" in criminal proceedings is closely related to the problem of the possibility of assessing the circumstances of a criminal offense in criminal proceedings. It seems that the objects of assessment should include not only the evidence and its sources, but also the circumstances that are subject to proof in criminal proceedings. This conclusion is prompted by the provisions of Part 4 of Article 17 of the CPC, according to which all doubts about the guilt of a person are interpreted in favor of such a person. Where do such doubts come from, if in criminal proceedings reliable evidence in their totality is investigated (evaluated)? This means that the totality of reliable evidence can establish the circumstances of the criminal proceedings with a certain probability, which, in turn, means that the circumstance has not been proven. Thus, the court in the deliberation room assesses not only the evidence, but also whether the circumstance of the criminal proceedings has been proven, taking into account the fulfillment of the burden of proof and persuasion by the parties in criminal proceedings of compliance with a certain standard of proof. It is possible to establish the proof of circumstances of criminal proceedings only by having estimated them. It is not possible to establish the circumstance without its assessment. Thus, the court establishes the reliability or unreliability of the evidence, as well as the proven or unproven circumstance by the information contained in the relevant evidence.

In this aspect, we can say that the reliability of evidence and, for example, the reliability of the establishment of guilt in a case involving a criminal offense are not the same thing, because the latter involves the accumulation of knowledge about the relevant circumstances of criminal proceedings, its content increases. Knowledge of the circumstances of criminal proceedings involves a certain gradation from their probability to reliability, which leads to a gradual "strengthening" of the belief in the correctness of the conclusions about the relevant circumstances and the need to make a decision in criminal proceedings. The reliability of the establishment of the circumstance increases gradually, and the level of validity of knowledge about the circumstances of the criminal proceedings must continuously increase in the process of criminal proceedings.

3.3. "Likelihood" of knowledge in criminal proceedings

As part of the study of standards of proof in criminal proceedings, the question of what role "likelihood" of knowledge plays in criminal proceedings remains unclear.

Analyzing the scientific positions on the mechanism of knowledge formation about the circumstances of criminal proceedings, we can see that the "likelihood" of knowledge as a separate independent category is not distinguished by the scientific community. For example, scientists often equate likelihood with the reliability of knowledge in criminal proceedings.[69] However, in the field of criminal justice, along with the probability and reliability of knowledge, there also seems to be the likelihood of knowledge in criminal proceedings, and the attempt to equate the relevant category with "probability" or "reliability" is not entirely justified.

As noted in the scientific literature, the concept of "reliability" is word-forming motivated to understand and is perceived as "real liability" (as a "sufficient

[68] PAVLYSHYN, A., SLYUSARCHUK, KH. "Standards of proof and formation of knowledge in criminal proceedings". *Visnyk of Lviv National University. Legal Series,* 2016, vol. 62, p. 119 – 209.
[69] Ibid.

fidelity").[70] Following this line (sequence) of thinking, we can say that "likelihood" is perceived as "something worthy of faith". And from such a morphological study we can conclude that the "likelihood"[71] and "reliability" of knowledge are not identical concepts, because something that is "worthy of faith" is not always "sufficiently true" or "completely true".

Therefore, it seems more appropriate to think about the proximity of "likelihood" to the probability of knowledge in criminal proceedings than to reliability.

"Likelihood" differs from "probability" by the degree of validity of "belief" in the assumption. However, the court must operate only with "likelihood" knowledge and if the probable conclusions (knowledge) of the prosecution do not acquire signs of "likelihood" (the necessary degree of validity) in court, they can't be grounds for a judge to make a decision in criminal proceedings (at the stage pre-trial investigation). "Likelihood" is the highest degree of "probability" and only such a maximum degree of validity can be achieved at the stage of pre-trial investigation of criminal proceedings.

This conclusion can be confirmed by the standards of proof in criminal proceedings, which are used (achieved) at the stage of pre-trial investigation – "preponderance of evidence" ("persuasion with a higher likelihood") and "clear and convincing evidence" ("strong conviction").[72] For example, in part 3 of Art. 87 of the draft CrPC of 2008, "persuasion with a higher likelihood" was defined as a belief that follows from an impartial and conscientious examination of all evidence provided by the parties and indicates that the conclusion of the existence or absence of the circumstance or set of circumstances proved by the party is more likelihood than the opposite conclusion. In turn, in part 5 of Art. 110 of the draft CrPC of 2007 "strong conviction" meant that the evidence available at the time of the decision-making process creates a very high degree of likelihood that the statement is true.

It should be noted that in the scientific literature it is mentioned that in the United States the standard of proof "beyond a reasonable doubt" is used both to prove the guilt of a person and in the assessment of evidence.[73] In particular, A. Beznosyuk notes that the "evidence beyond a reasonable doubt" and "reliable evidence" means the same thing. The scholar refers to the definition of "evidence beyond a reasonable doubt" provided by the American Electronic Law Library, according to which "it is evidence of such convincing nature that you would be willing to rely on it and act without hesitation in your most important matters. However, this does not mean absolute confidence".[74] However, it seems that the understanding of the standard of proof "beyond a reasonable doubt" in criminal proceedings as a "standard of assessment of evidence" and as a "standard of proof of guilt" needs some clarification.

The standard of proof "beyond a reasonable doubt" in countries with the Anglo-Saxon legal system, in particular the United States, is used in the assessment of evidence in criminal proceedings. However, in accordance with such a standard of proof, it is assessed not so much the reliability of the actual content of factual data (information contained in the evidence) and compliance with the form of their receipt (assessment related to compliance with the rules of

---

[70] PANCHENKO, N. "Cognitive categories "truth" and "authenticity": general and difference". *Knowledge. Understanding. Skill: Scientific Journal of Moscow Humanities University,* 2009, Vol. 1, p. 133.

[71] GÓMEZ, F. *Burden of Proof and Strict Liability: An Economic Analysys of a Misconception.* Universitat Pompeu Fabra, Bafcelona, Spain, 2001, p. 5

[72] SLYUSARCHUK, KH. "Types of standards of proof in criminal proceedings". *Problems of state formation and protection of human rights in Ukraine:* materials of the XXII reporting scientific-practical conference, Lviv, 2016, p. 233.

[73] BEZNOSYUK, A. "Proof beyond a reasonable doubt" and "reliability" as standards of proof in the criminal procedure of Ukraine". *Judicial appeal*, 2014, No. 3, p. 25.

[74] Ibid.

admissibility of evidence), as *the degree of possibility* of relevant evidence to prove one of the circumstances of the criminal proceedings, in particular the guilt of a person committing a criminal offense (estimated "degree" of confirmation (establishment) of the circumstances by the evidence).

In conclusion, it should be emphasized that in countries with a continental legal system, standards of proof are considered in terms of "justification of actions" in the case of "accidental" conviction of the innocent (explanation: conviction of the innocent). The existence of such a system is supported by ongoing "historically immortal" debate over the concept of establishing "truth" (either "reliability" or "high probability") in criminal proceedings and incorrect literal understanding of the principle of "inevitability of punishment". Instead, in countries with an adversarial form of criminal proceedings, the standards of proof are an explanation of the "acquittal of the probable culprit" and serve as a "standard" of guarantees for the protection of the rights of the accused in criminal proceedings (explanation: acquittal of the guilty).

Standards of proof in criminal proceedings should be considered not from the point of view of proving the "reliability of guilt", but from the standpoint of establishing the "probability of innocence" of a person in the commission of a criminal offense. Only with such a perception and awareness of the essence of the standards of proof in criminal proceedings, they will be able to properly "function" in the field of criminal justice, regardless of the form (type, model) of the criminal procedure.

Thus, based on the above, we can conclude that the standards of proof in criminal proceedings are the key to both the correct establishment of the circumstances of criminal proceedings (formation of knowledge about them) and the successful implementation of the tasks of criminal proceedings in general.

4. The purpose of introduction standards of proof into the field of criminal justice

For properly understand the essence of the concept of "standards of proof" it is necessary to determine the purpose of their introduction into the field of criminal justice.

Based on the analysis of doctrinal views, it should be noted that the purpose of introducing standards of proof in criminal proceedings, as well as their concept, is interpreted ambiguously in scientific researches. Namely, it is determined that the standards of proof are introduced in order to: determine the appropriate model of procedural proof; serve as a means (basis) of evaluation activities; objectification of the results of proof.

Let's briefly consider each of them.

The constituent elements of the category "model of procedural proof", which are distinguished in science, include: the purpose and objectives of procedural evidence; principles of criminal procedure; the rights and responsibilities of the participants in the process in the field of evidence; rules for evaluating evidence; features of evidence formation; the specifics of substantiating the persuasiveness of the thesis of defense or prosecution in court; rules for sharing the burden of proof at the pre-trial and trial stages.

As you know, each model (type, form) of criminal proceedings is characterized by a corresponding criminal procedure form, which determines the order of criminal proceedings in general, including the nature, content and procedure of procedural evidence. Standards of proof cannot introduce a model of procedural proof other than the corresponding procedural form. In this sense, the model of procedural proof will be determined by the model (form, type) of the criminal process.

Thus, it seems impractical to define the purpose of the introduction of standards of evidence as the establishment of an appropriate model of procedural

proof, as its definition is the "responsibility" of the criminal procedure form, and the category "standard of proof" will be considered as part of it.

As V. Gmyrko notes: "the concept of "standard" defines the essence of the requirements and criteria that must meet a certain recurring object of a particular activity, and therefore it is intended to serve as a means of evaluation".[75]

According to the scientist, in the evaluation of any phenomenon, importance is attached to the basis of evaluation, because of what the evaluation is performed. In his opinion, the standard of proof in criminal proceedings should serve as such a basis. According to this doctrinal approach, a number of procedural decisions in criminal proceedings are made through the prism of assessing the outcome of the evidentiary activities of the subjects of criminal proceedings for compliance or non-compliance with the relevant subjects of their evidentiary requirements.

As you know, by its nature, any activity is subject to certain principles, laws. Criminal procedure in the field of evidence is no exception.

However, the decision-making process in this area is endowed with certain features, as it provides both internal (subjective) and external (relatively objective) grounds (components). The internal basis of decision-making during criminal proceedings includes the patterns of psychological, emotional, volitional, mental and intellectual factors, which together form beliefs and motivate a person to make a decision. In turn, the external basis includes the results of the evidentiary activity of the subjects of criminal proceedings, which, however, are relatively objective because they are not completely devoid of subjective perception.

The process of forming knowledge about the circumstances of a criminal offense, from the beginning of the criminal proceedings to its completion, goes from probable to reliable. Probable knowledge of the circumstances of a criminal offense differs from the reliable degree of proof of the fact and the validity of the thesis expressed in support of it. In parallel with the gradual "substantial" increase and "accumulation" of relevant knowledge is the "strengthening" of inner conviction.

However, the internal conviction (persuasion) on which the evidence is assessed for its reliability and on which a number of procedural decisions are made during criminal proceedings may contain an element of chance and abuse on the part of the investigator, prosecutor or court.

Therefore, taking into account the factor of uncertainty, science proposes to "objectify" such a subjective category as "inner conviction" as much as possible. Objectification of the results of proof, according to M. Shumylo, means that the judge should not consider whether his proof convinces, and build their conclusions on some other criterion, which, however, is mandatory and independent of opinion judges.[76]

Such an "other criterion" should be the standard of proof, which should weaken the influence of the subjective factor on the formation of probable and reliable knowledge in criminal proceedings. However, in our opinion, it seems that the standard of proof should not replace an internal conviction, but should only become a means of legal control over its formation.

Summarizing, it should be noted that each of the doctrinal views on determining the purpose of introducing standards of proof in the science of criminal procedure is justified and relevant. Standards of proof, one way or another, are aimed at the process of forming a final decision in criminal proceedings. They stand in the way of knowledge formation from probability to its reliability. This is the opinion of the scientific community, consciously or unconsciously, despite the differences in the definition of the concept of "standard of proof".

Thus, it seems that the most complete purpose of the introduction of standards of proof in criminal proceedings is revealed by both concepts proposed by

---

[75] GMYRKO, V. *Evidence in criminal proceedings: activity paradigm. Theoretical analysis. Problematization. SMD-representation:*monograph. Dnipro, 2010, p. 171.

[76] SHUMYLO, M. "Probability and reliability of knowledge in criminal proceedings as a prerequisite for the need to objectify the results of proof".*Pravo Ukrainy*,2014, No 10, p. 44 - 52.

V. Gmyrko and M. Shumylo – one of the subjective side (basis for evaluative activity), the other – from the objective (objectification of the results of proof).

Also, it is interesting to note that the purpose of introducing standards of proof in criminal proceedings within the continental legal system is fundamentally different from its understanding in the Anglo-Saxon legal system, as well as from the "initial" understanding of the purpose of functioning of evidentiary standards in criminal proceedings.

The fact is that the introduction and development of standards of proof, in particular such a standard of proof as "beyond a reasonable doubt" dates back to the birth of Christian religion and tradition and is actually due to the solution of the problem of balancing and harmonizing the two parallel and integral spheres of human life: the sphere of "human" justice and the sphere of observance and execution of God's laws ("God's" justice).

Despite the fact that the standards of proof have become an integral guarantee of protection of the rights and legitimate interests of the accused (defendant), and in general in the modern sense have acquired the status of fundamental principles of law, especially in the Anglo-Saxon legal system, criminal proceeding was not directed at the identity of the accused (defendant), in particular at his defense.

James Whitman, examining the origin of such standard of proof as "beyond a reasonable doubt", said: "our modern law is the product of a profound transformation and evolution of "primordial" law, in connection with which some ancient religious foundations of criminal justice have been forgotten. Reasonable doubt was not initially aimed at defending the defendant. On the contrary, it had a significantly different goal. This may sound strange, but the standard of "reasonable doubt" was originally associated with the protection of the souls of jurors from curse and condemnation".[77]

According to the researcher, given the theological roots of the criminal process, "judging" posed great threats and danger to the souls of those who carried it out, because: "in the Christian past, during the criminal proceedings, more than just the fate of the accused was at stake. The fate of those who administered justice (sat in judgment) was also at stake, and the famous injunction: "Judge not lest ye be judged!" ("Do not judge and you will not be judged") had a specific meaning: the condemnation of the innocent, in the Christian tradition, was considered a potential mortal sin".[78]

Standards of proof were one of many rules and procedures developed in response to such a probable threat. They embodied a theological doctrine designed to reassure jurors and so that they could condemn a person without risking their own "salvation" ("salvation of the soul").

5. The system of standards of proof

In the countries of the Anglo-Saxon legal system, where the adversarial model (form) of the criminal procedure is most pronounced, the system of standards of proof is clearly traced. The number of standards of proof, which are enshrined in the legislation of such states as: the United States, the United Kingdom, New Zealand, Canada and Australia, ranges from two to twelve, which are used in various forms of justice.

For example, in England, New Zealand and Australia, only two standards of proof are used: the civil standard of proof - the superiority of evidence (balance of probabilities) or, as it is also called - preponderance of evidence, and the criminal standard of proof – "beyond reasonable doubt". Instead, in the United States, in

[77] WHITMAN, Q. J. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*. Yale University Press, 2008, p. 2.
[78] Ibid, 3.

addition to the above standards of proof, a "higher" civil standard of proof is used – "clear and convincing evidence". However, in general, the system of standards of proof used in criminal proceedings in the United States consists of: mere suspicion; reasonable suspicion; probable cause; preponderance of evidence; clear and convincing evidence; persuasion beyond a reasonable doubt.[79] Also, in the scientific literature it is noted that the system of standards of proof should include: scintilla of evidence; mere suspicion; reasonable suspicion; probable cause; credible evidence; substantial evidence; preponderance of evidence; clear and convincing evidence; persuasion beyond a reasonable doubt; conviction beyond a shadow of a doubt.[80]

It should be noted that not all of the above can be attributed to the standards of proof. Thus, it does not appear to be fully in line with the standard of proof – "simple suspicion", as it does not reach the level of conviction required to make any current decision in criminal proceedings. Simple suspicion is equivalent to "intuitive feeling", according to which, as noted in the scientific literature, the law does not even allow to "stop a person".

In addition, "convincing" and "substantial" evidence do not belong to the standards of proof in criminal proceedings, as they appear to serve as "tools" of achieving a certain standard of proof in criminal proceedings, are an integral part of it, but themselves do not constitute a direct standard of proof in criminal proceedings.

In turn, the so-called standard of proof "beyond the shadow of reasonable doubt" is a "non-legal" standard of proof (not required by law). The requirement to prove a person's guilt in a criminal offense "beyond the shadow of reasonable doubt" is a purely scientific statement, which is inherently close (and in some respects equivalent) to the establishment of the so-called objective truth in criminal proceedings and implies absolute certainty (conviction) of the reliability of knowledge in criminal proceeding.

It should also be noted that most of the above standards of proof are used in criminal proceedings. However, some of them are standards of proof, which in some states are used either purely in civil proceedings or are mixed (the scope applies to both civil and criminal proceedings). Given the fact that standards of proof in civil proceedings are not the subject of relevant research, however, in the relevant section some attention will be paid to the relevant issues, as they will contribute not only to the systematic separation of standards of proof used in criminal proceedings, but also more deep awareness of their legal essence and significance.

The standard of proof "scintilla of evidence" ("the existence of minimum evidence") is the lowest degree of conviction required to create (cause) "awareness" of the "probable" possibility of the existence of a particular circumstance (fact) to be established. Thus, the United States District Court for the Northern District of Alabama in the case of "Hayes v. Luckey"[81], in the context of determining the content of the standard of proof "scintilla of evidence" said: "if there is at least "just glitter, flicker, spark, smallest particle or smallest trace" of evidence in support of a particular version (assumption), then the corresponding assumption must be submitted to the court". In turn, the South Carolina Supreme

---

[79] ROBERT, M., KEITH, N. *Introduction to criminal justice*. Glencoe/McGraw – Hill, 1997, p. 513.

[80] FERDICO, N. JOHN, HENRY, F., TOTTEN, CHRISTOPHER D. *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, Tenth edition, Cengage Learning, 2009, p. 842. KLOTTER, C. JOHN*Criminal evidence.* Fourth edition, Anderson Publishing Co., 1987, p. 525. MURPHY, P. *Evidence, Proof and Facts*. Oxford University Press, 2003, p. 620. VIDMAR, N. *American Juries: the verdict*, 1st American hardcover ed., New York, 2007, p. 428. WALTON, D. *Burden of proof, presumption and argumentation*. University of Windsor, 2014, p. 300.

[81] THE UNITED STATES DISTRICT COURT.Case No. CIV.A. CV95-S-3049-NE "Hayes v. Luckey", 11 December 1997. [Last accessed: 10-01-2021]. Avaible from:https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/33/987/2519142/.

Court in case "In re Crawford"[82] noted that a standard of proof such as "minimum evidence" means that information arising from testimony should shed light on the facts and allow the court to reach a "reasonable" conclusion, however, at the same time, do not allow speculative, theoretical and hypothetical assumptions (views)". Thus, the relevant standard of proof specifies that if there is any (at least one suitable argument) evidence in support of the plaintiff's claim, then the relevant claim should be the subject of litigation (trial).

However, it should be noted that the relevant standard of proof is applied only in civil proceedings, the independence of which as a standard of proof can be questioned. Why? Today the jurisprudence has refused to use the relevant standard of proof due to the fact that it has actually been replaced by "convincing evidence". The court can make a decision only on the basis of substantial "convincing" evidence in the case. Therefore, the jurisprudence has established a "requirement" according to which the submission of relevant evidence must be carried out at the time of filing a civil lawsuit in order to comply with the principle of procedural economy.

Thus, the relevant standard of proof does not fully meet the requirements of today. However, the allegation can be criticized in light of the fact that there may not always be relevant evidence at a moment of filing a lawsuit. Obtaining "convincing" evidence is possible at the stage of proceedings before the trial by demanding them. In addition, we should not forget about the right of every person to go to court to protect their violated, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests, as well as the existence of a presumption of guilt of the defendant in civil proceedings.

Also, there are some doubts about the possibility of attributing the so-called "reasonable possibility" (or "reasonable doubt") to the system of standards of proof in criminal proceedings.

In particular, as noted in the scientific literature, the standard of proof "reasonable possibility" ("reasonable doubt") is used exclusively by the defense and is essentially the opposite of the standard of proof "beyond a reasonable doubt".[83] It is argued that "reasonable possibility" ("reasonable doubt") is used as a standard of proof in criminal proceedings in the following cases: 1) when the defense bears the burden of proving the fact on which it insists (for example, under Part 2 of Article 92 of the CPC Ukraine – the fact of belonging and admissibility of evidence); 2) when the evidentiary activity of the defense is aimed at the appearance of certain reasonable doubts of other subjects of proof (for example, the defense party, in contrast to the accusation, provides certain evidence that may raise some reasonable doubt as to whose version (accusation or defense) is true.

In view of the above, "reasonable possibility" ("reasonable doubt") is not an independent standard of proof in criminal proceedings, but "follows" from another standard of proof – "beyond a reasonable doubt". At the same time, "reasonable possibility" ("reasonable doubt") is an integral part of the relevant standard of proof, because, according to the legal nature of the standard of proof "beyond a reasonable doubt", the allegations of the prosecution themselves do not "raise" doubts, until the defense "sows" them.

Indicative in this regard is the opinion of J. Weinstein, who noted that in theory, the presumption of innocence should mean that at the beginning of the trial (immediately before the examination of evidence in criminal proceedings), the jury should be guided by the following assumption: "the statement that the defendant

[82] THE SOUTH CAROLINA SUPREME COURT. Case No.02-9410 "Michael D. Crawford, petitioner *v.*Washington", 08 March 2004.[Last accessed: 12-01-2021]. Avaible from: https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/.

[83] VAPNYARCHUK, V. "Standard of criminal procedural evidence", *Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine,* 2015, vol. 80, p. 109.

has committed a criminal offense in which he is accused is equal to 0%".[84] However, as the scientist continues, in court practice, jurors are guided by a percentage that is much higher than the above. This is due to the fact that the jury, and sometimes the court, suggests that if there was not enough strong and convincing evidence to indicate the guilt of the accused in committing a criminal offense, the prosecutor would not send the criminal proceedings to court; there would be no need to select jurors; the trial of the criminal proceedings itself would not have started. Taking into account the adversarial form of criminal proceedings, it seems that about 50% of jurors are already at the beginning of the trial are convinced that the defendant has committed a criminal offense in which he is accused.[85]

Therefore, the evidence of the defense should be aimed at giving the jury reasonable doubt as to the allegations made by the prosecution, as otherwise such a standard of proof as "beyond a reasonable doubt" will not be able to "operate" properly in criminal proceedings. "Reasonable possibility" ("reasonable doubt") is not inherently the opposite of the standard of proof "beyond a reasonable doubt", it is an integral part of this standard of proof in criminal proceedings.

The evidentiary activity of the defense party in criminal proceedings is always an integral part of a certain standard of proof in criminal proceedings, which, accordingly, can be implemented only with the active participation of both parties in criminal proceedings (sometimes achieving the required standard of proof in criminal proceedings depends on activity of the defense in the process of proving).

However, it is worth considering the question: should the defense be guided at all by a certain standard of proof in criminal proceedings (or to apply a certain standard of proof in criminal proceedings)?

In view of all the above, it is concluded that the separation of independent standards of proof for the defense in criminal proceedings is contrary to the nature of the standards of proof. Standards of proof are governed by the "initiator" of the proceedings, namely by the prosecution party who accuses the person. On the other hand, the standards of proof are aimed at "the one who is authorized to make the relevant decision" in criminal proceedings, namely at the court that decides whether the "initiator of the proceedings" has demonstrated the relevant standard of proof in criminal proceedings. That is why they are "standards" of proof, which are destined to establish "rules", "frameworks" for proving the charge (accusation). Would it not be logical to establish "rules" of proof of innocence for the defense?

Thus, "reasonable possibility" ("reasonable doubt") should not be selected in the system of standards of proof in criminal proceedings as an independent standard of proof.

The system of standards of proof, which are used in the criminal justice, consists of:

1) standard of proof "reasonable suspicion";
2) standard of proof "probable cause";
3) standard of proof "preponderance of evidence";
4) standard of proof "clear and convincing evidence";
5) standard of proof "beyond a reasonable doubt".

The above standards of proof are listed from the lowest to the highest level of conviction, the presence of which is necessary to make a current or final decision in criminal proceedings not in favor of the accused (suspect). Also, these standards can be divided into: standards of proof required for current (intermediate) decisions in criminal proceedings, which are not related to the resolution of criminal proceedings on the merits (mainly used in the pre-trial investigation stage), and to the standard of proof required to make a final decision in criminal proceedings -

---

[84] WEINSTEIN, J.,DEWSBURY, I. "Comment on the meaning of "proof beyond a reasonable doubt". *Law, Probability and Risk,* 2006, No 5.
[85] Ibid.

sentencing in criminal proceedings, which is related to the decision criminal proceedings on the merits (based on the results of the trial). In turn, the standards of proof that are necessary for making current (intermediate) decisions in criminal proceedings form a certain subsystem.

No less important is the issue of distinguishing the features of the system of standards of proof in criminal proceedings. This, in turn, will contribute to a deeper understanding of the legal nature and essence of the standards of proof in criminal justice.

6. Concluding remarks

Based on the analysis of legal norms and scientific literature, it is possible to identify such features of the system of standards of proof that are necessary for making current (intermediate) decisions in criminal proceedings (not related to the resolution of criminal proceedings on the merits and which are mainly used at the pre-trial investigation stage), which seem to include the following:

(1) The system of standards of proof is hierarchical in its structure: each subsequent standard of proof provides more substantiated (more probable) knowledge in criminal proceedings. Thus, the system of standards of proof in criminal proceedings provides (creates) a "growing" sequence of validity of knowledge in criminal proceedings.

(2) Taking into account the above feature of the system of standards of proof, we can distinguish the following: each previous standard of proof is a "prerequisite" (condition) for the application of the next.

(3) There is a direct and consistent logical connection between the standards of proof in criminal proceedings.

Despite the fact that even if in criminal proceedings such a standard of proof as "probable cause" (sufficient reason) has been achieved, which provides a higher level of conviction to make the necessary decision in criminal proceedings and a higher (more reliable) level of knowledge in criminal proceedings, it cannot be used instead of such a standard of proof as "reasonable suspicion", which provides a lower level of conviction and validity of knowledge in criminal proceedings, because the essence of legal issues (cases) to which the relevant standards of evidence are different.

According to the results of the generalization and theoretical comprehension of scientific works devoted to the study of standards of proof in criminal proceedings, as well as analysis of national and foreign legislation and case law, this manuscript states that the formalized nature of European evidentiary law, in particular the legislative (normative) definition of evidence in criminal proceedings, the establishment of a "closed" list of sources of evidence in criminal proceedings, that can be used during criminal proceedings, etc., does not fully contribute to the implementation of standards of proof in criminal proceedings of European countries in their authentic meaning.

The introduction of standards of proof as one of the "attributes" and achievements of the adversarial form of criminal proceedings in the mixed form of criminal proceedings contradicts the so-called "information concept of evidence" in criminal proceedings and the requirement to establish objective truth in criminal proceedings.

Despite the fact that the standards of proof in criminal proceedings create a consistent system of validity of knowledge in criminal proceedings, they still remain completely independent ("original", "autonomous") and indispensable in nature. Standards of proof in criminal proceedings are meant to serve as a "key" to achieve the correct establishment of the circumstances of criminal proceedings (formation of knowledge about them), as well as – the successful implementation of criminal proceedings in general.

7. Literature

BASSISTA, I. "On the question of establishing the objective truth in criminal proceedings", *Visnyk of Lviv National University*, 2015. No 61, p. 417 – 422.

BEZNOSYUK, A. "Proof beyond a reasonable doubt" and "reliability" as standards of proof in the criminal procedure of Ukraine". *Judicial appeal*, 2014, No. 3, p. 23 – 28.

BILODID, I. *Dictionary of the Ukrainian language*: *in 11 volumes*. Naukova dumka, 1971.

EISMAN, A. "The relationship between truth and authenticity in the criminal procedure". *Derzhava i pravo,* 1966, Vol. 6, p. 92 – 97.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Abu Zubaydan v. Lithuania App no 25968/02, 31 May 2018. [Last accessed: 12-01-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-183687%22]}.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Bendersky v. Ukraine App no 22750//02, 15 November 2007. [Last accessed: 10-01-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-171889%22]}.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Dyuldin and Kislov v. Russia App no 25968/02, 31 July 2007. [Last accessed: 05-02-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82038%22]}.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grubnik v. Ukraine App no 58444/15, 17 September 2020. [Last accessed: 10-01-2021]. Avaible from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f52#Text.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Ilascu and Others v. Moldova and Russia App no 48787/99, 08 July 2004. [Last accessed: 08-01-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61886%22]}.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Khamidov v. Russia App no 72118/01, 15 November 2007. [Last accessed: 05-02-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-83273%22]}.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Ringvold v. Norway App no 34964/97, 11 February 2016. [Last accessed: 05-02-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60933%22]}.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Trepashkin v. Russia (no. 2) App no 14248/05, 16 December 2010. [Last accessed: 08-01-2021]. Avaible from: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102282%22]}.

FERDICO, N. John, HENRY, F., TOTTEN, CHRISTOPHER D. *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, Tenth edition, Cengage Learning, 2009, p. 842.

GMYRKO, V. *Evidence in criminal proceedings: activity paradigm. Theoretical analysis. Problematization. SMD-representation*: monograph. Dnipro, 2010. 314 p.

GÓMEZ, F. *Burden of Proof and Strict Liability: An Economic Analysys of a Misconception.* Universitat Pompeu Fabra, Bafcelona, Spain, 2001, 20 p.

GOULD, David S. (eds). *Do juries see "beyond a reasonable doubt? The view of a Former prosecutor,* Phoenix Books, 2006, p. 8 – 14.

ISHCHENKO, V. "Prospects for the formation of standards of proof in the modern criminal procedure of Ukraine", *Forum prava,* 2009, No3, p. 302 – 307.

KALINOVSKY, K. Di*stribution of the burden of proof in criminal proceedings: is it always in favor of the accused?*, CJSC Aktion-Media, 2012, p. 40 – 43.

KALVEN, Harry Jr., ZEISEL, H. *The American Jury*. Little, Brown and Company, 1966, p. 29.

KLOTTER, JohnC. *Criminal evidence.* Fourth edition, Anderson Publishing Co., 1987, p. 525.

KORENEVSKY, Yu. "Evidence in criminal proceedings: traditions and modernity", *Lawyer,* 2000, p. 163-164.

MAZUR, M., SLYUSARCHUK, Kh."Standard of proof in criminal proceedings: "variable" or "stepwise"?", *Uzhhorod National University Herald. Series: Law,* 2021, Vol. 63, p. 298 – 301.

MIKHEENKO, M. *Problems of development of criminal process in Ukraine: Selected works*. Jurinkom Inter, 1999, p. 125 – 144.

MURPHY, P. *Evidence, Proof and Facts*. Oxford University Press, 2003, p. 620.

NOR, V. "Truth in criminal justice: the idea, dogma of law, implementation", *Pravo*, 2015, p. 674 – 680.

NOR,V. *Problems of theory and practice of judicial evidence.*Higher School Publishing Association, 1978, p. 103.

PANCHENKO, N. "Cognitive categories "truth" and "authenticity": general and difference". *Knowledge. Understanding. Skill: Scientific Journal of Moscow Humanities University,* 2009, Vol. 1, p. 133.

PAVLYSHYN, A. "Influence of procedural form on the establishment of truth in criminal cases", *Bulletin of the Prosecutor's Office,* 2011, Vol. 4, p. 75 – 82.

PAVLYSHYN, A., SLYUSARCHUK, KH. "Standards of proof and formation of knowledge in criminal proceedings". *Visnyk of Lviv National University. Legal Series,* 2016, vol. 62, p. 119 – 209.

PETRUKHIN, I. "Truth, reliability and probability in court", *Legal world,* 2003, vol. 8, p. 17 – 25.

PILKOV, K. "The standard of proof as a component of ensuring the right to a fair trial" (based on the report at the II scientific-practical round table "Implementation of international standards in civil and commercial litigation of Ukraine"), 2019. [Last accessed: 08-02-2021]. Avaible from: https://jurliga.ligazakon.net/ua/analitycs/190632_standart-dokazuvannya-yak-skladova-zabezpechennya-prava-na-spravedliviy-sud.

PIYUK, A. "Truth" or "proven reliability"? *Russian Justice,* 1999, No 5, p. 43.

POGORETSKY, M. "Probability and reliability in criminalproceduralcognition". *State and Regions. Series: Right,* 2004, No 1, p. 62 – 65.

RATUSHNA, B. "The standard of proof as a criterion for the reliability of the result of judicial knowledge", *Pravo Ukrainy,* 2012, vol. 6, p. 282 – 291.

ROBERT, M., KEITH, N. *Introduction to criminal justice*. Glencoe/McGraw – Hill, 1997, p. 513.

RUDENKO, A. *The substantive logic of evidence: dialectical and formal logical foundations (criminal procedural and criminalistic research).* Krasnodar, 2011.

SERGEEVA, D. "Problems of determining the reliability of evidence as its properties under the new Criminal Procedure Code of Ukraine". *Lawyer of Ukraine*, 2013, No 4, p. 106 – 111.

SHUMYLO, M. "Probability and reliability of knowledge in criminal proceedings as a prerequisite for the need to objectify the results of proof".*Pravo Ukrainy*, 2014, No 10, p. 44 – 52.

SLYUSARCHUK, Kh."Correlation of the terms "standards of proof" and "standards of persuasion"",*Law and society,* 2016, no 1, p. 164 – 170.

SLYUSARCHUK, Kh. "Types of standards of proof in criminal proceedings". *Problems of state formation and protection of human rights in Ukraine:* materials of the XXII reporting scientific-practical conference, Lviv, 2016, p. 233.

SLYUSARCHUK,Kh. *Standards of proof in criminal proceedings*. Lviv, 2017 [Last accessed: 10-03-2021]. Avaible from: https://law.lnu.edu.ua/wpcontent/uploads/2016/02/Avtoref_Slusarchyk_.pdf .

STROGOVYCH, M. *"Material "truth" and "judicial evidence" in the Soviet criminal procedure:* monograph. AN SSSR, 1955, p. 370 – 384.

TATSIYA, YA., PSHONKA V., *Criminal procedure:* a textbook. Pravo, 2013, p. 824.

THE SOUTH CAROLINA SUPREME COURT. Case No.02-9410 "Michael D. Crawford, petitioner *v.* Washington", 08 March 2004. [Last accessed: 12-01-2021]. Avaible from: https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/.

THE UNITED STATES DISTRICT COURT. Case No. CIV.A. CV95-S-3049-NE "Hayes v. Luckey", 11 December 1997. [Last accessed: 10-01-2021]. Avaible from: https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSup2/33/987/2519142/.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 826/9855/18, 10 January 2019.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 905/2382/17, 14 August 2018.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 909/105/15, 29 August 2018.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 910/18036/17, 02 October 2018.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 910/23428/17, 29 August 2018.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 910/8763/17, 31 January 2018.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 916/2403/18, 10 September 2019.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 922/1163/18, 27 February 2019.

SUPREME COURT OF UKRAINE. Case No 9901/949/18, 12 July 2019.

UKRAINE. Code of Ukraine No 4651-VI, of 13 April 2012, "Criminal Procedure Code of Ukraine" (as amended of 21 July 2020). [Last accessed: 03-01-2021].

VAPNYARCHUK, V. "Standard of criminal procedural evidence", *Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine,* 2015, vol. 80, p. 100 – 109.

VERSHININ, A. *Civil process: textbook*, 2002. 472 p.

VIDMAR, N. *American Juries: the verdict*, 1st American hardcover ed., New York, 2007, p. 428.

WALTON, D. *Burden of proof, presumption and argumentation*. University of Windsor, 2014, p. 300.

WEINSTEIN, J., DEWSBURY, I. "Comment on the meaning of "proof beyond a reasonable doubt", *Law, Probability and Risk,* 2006, No 5.

WHITMAN, Q. J. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*. Yale University Press, 2008.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 37-55
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e suas ações estratégicas no Brasil

The reorganization of the Child Labor Eradication Program and its strategic actions in Brazil

André Viana Custódio[1]
Fernanda Martins Ramos[2]
UNISC

Sumário: 1 Introdução. 2 O contexto do trabalho infantil no Brasil. 3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil. 4 O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. 5 O aprimoramento das ações estratégicas do PETI. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo discute o reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e suas ações estratégicas e busca compreender quais são as ações necessárias para suprir as insuficiências das políticas públicas. Embora o reordenamento do PETI tenha contribuído para a rearticulação das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, ainda é necessária a adoção de ações que permitam o estabelecimento de parâmetros para formulação de diagnósticos municipais, pactuação de fluxos de notificação e encaminhamento do trabalho infantil, e garantia de acesso às políticas públicas de atendimento de crianças e adolescentes afastados do trabalho e suas famílias de forma universal. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, permitindo que o estudo aborda de maneira explicativa o PETI, visando contribuir para as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil. O método de procedimento é o monográfico e as técnicas de pesquisa são bibliográfica e documental. Os resultados apontam que apesar do reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil ter contribuído com a erradicação do trabalho infantil, ainda são necessárias ações estratégicas para a obtenção dos diagnósticos municipais, notificações e encaminhamentos do trabalho infantil, para garantir às crianças e adolescentes acesso às políticas públicas de atendimento.

Palavras-chave: Trabalho Infantil; Programa de Erradicação do Trabalho Infantil; crianças; adolescentes.

Abstract: This article discusses the reorganization of the Child Labor Eradication Program (PETI) and its strategic actions and seeks to understand what the necessary actions are to address the shortcomings of policies. Although the reordering of PETI has contributed to the rearticulation of public policies for the prevention and eradication of child labor, it is still necessary to adopt actions that allow the establishment of parameters for the formulation of municipal diagnoses, the agreement of notification flows and the referral of child labor, and ensuring

[1] Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha (US), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Email: andreviana.sc@gmail.com.
[2] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, e em Direito da União Europeia na Universidade do Minho em Braga-Portugal, integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPPG/UNISC. Email: f.mramos@yahoo.com.br.

Recibido: 11/11/2020
Aceptado: 10/02/2021

access to public policies for the care of children and adolescents who are away from work and their families universally. The method of approach used is the deductive one, allowing the study to explain in an explanatory way the PETI, aiming to contribute to public policies for the prevention and eradication of child labor. The method of procedure is monographic, and the research techniques are bibliographic and documentary. The results point out that although the reorganization of the Child Labor Eradication Program has contributed to the eradication of child labor, strategic actions are still necessary to obtain municipal diagnoses, notifications and referrals of child labor, to guarantee access to information to children and adolescents. public service policies.

Keywords: Child labor; Child Labor Eradication Program; children; adolescents.

1 Introdução

O presente artigo analisa o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), mais precisamente as suas ações estratégicas. A pesquisa sobre este tema é extremamente relevante, pois os estudos constantes sobre o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil ampliam a área de conhecimento, tendo uma melhor visão sobre o contexto e a proteção jurídica do trabalho infantil, e as ações estratégicas necessárias de prevenção e erradicação do trabalho infantil para aprimorar as políticas públicas de atendimento, proteção e justiça para crianças e adolescentes.

O problema do artigo busca compreender quais as ações necessárias para suprir as insuficiências das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil a partir do reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).

A pesquisa tem como método de abordagem o dedutivo, analisando questões gerais fundamentais para compreender o tema e suas especificidades, desta forma, permite um estudo explicativo sobre o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), contribuindo para na elaboração das políticas públicas de crianças e adolescentes vítimas do trabalho infantil. Como técnicas de pesquisa, foram utilizadas a documentação indireta bibliográfica e a documental.

Ainda que o reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil tenha contribuído para a rearticulação das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, mostra-se necessária a adoção de ações que permitam o estabelecimento de parâmetros para formulação de diagnósticos municipais, pactuação de fluxos de notificação e encaminhamento do trabalho infantil, bem como garantia de acesso às políticas públicas de atendimento de crianças e adolescentes afastados do trabalho e a suas famílias de forma universal.

2 O contexto do trabalho infantil no Brasil

A compreensão sobre o trabalho infantil no Brasil requer, além da análise do contexto social, o estudo das causas e das consequências deste complexo fenômeno multifacetário que afeta crianças e adolescentes no país. Segundo a Organização Internacional do Trabalho, para classificar uma situação como trabalho infantil é necessário analisar a idade da criança ou do adolescente, o tipo de trabalho efetuado, a carga horária e as condições em que é executado.[3]

Visto como uma mão de obra barata, o trabalho infantil apresenta ganhos reduzidos para o trabalhador, pois a criança não exige seus direitos e não reivindica melhores condições de trabalho.[4]

---

[3] OIT. *O que é trabalho infantil.* 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/>. Acesso em: 29 out. 2020.

[4] *Idem.*

Os dados mais completos e precisos encontrados para a estatística do trabalho infantil são do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que identifica os dados de crianças e adolescentes na faixa etária de 10 a 17 anos. Desta forma, pode-se observar no Brasil, que no ano de 2000, havia 3.935.495 crianças e adolescentes trabalhando. Por sua vez, no ano de 2010, houve uma redução para 3.406.514, sendo que as maiores reduções foram encontradas nas regiões do nordeste e do sudeste.[5]

Esta mudança favorável pode estar relacionada a vários fatores que vêm ocorrendo no contexto político e econômico do pais desde a década de 1990, dos quais destacam-se cos programas sociais do Governo para o enfrentamento do trabalho infantil no Brasil, como, por exemplo, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), incluído em âmbito nacional a partir de 2001, e de forma indireta, por meio do Programa Bolsa Família, instituído em 2003. Apesar da evolução no combate ao trabalho infantil e dos indicadores recentes de universalização no ensino fundamental, a entrada precoce no mercado de trabalho ainda tende a dificultar o progresso econômico de muitas pessoas e famílias.[6]

Assim, pode-se observar que atualmente a sociedade apresenta uma visão bastante consensual sobre o tema, entendendo que o lugar da criança deve ser a escola. A partir da criação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, que envolve um conjunto de ações intersetoriais da política de prevenção e erradicação do trabalho infantil, fortalecem-se espaços que atuam pela defesa das crianças e adolescentes – dos quais pode-se citar como exemplos os Conselhos de Direitos e Tutelares e o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. No entanto, há muito a se evoluir, pois as crianças e adolescentes ainda sujeitas a trabalho infantil tendem a não estudar e, consequentemente, não conseguirem bons empregos em sua vida adulta, uma vez que a baixa escolaridade é uma desvantagem em um mercado de trabalho cada vez mais exigente, o que as insere em um "ciclo vicioso" da miséria.[7]

Faz-se necessário destacar os principais pontos analisados a fim de explicar as causas do trabalho infantil, sendo eles: a pobreza; a baixa escolaridade dos pais das crianças e adolescentes atingidos; a estrutura familiar; o sexo da pessoa entendida como "chefe da família"; a idade em que os pais começaram a trabalhar; o local de residência; entre outros.[8]

As causas do trabalho infantil podem ser analisadas de diversas formas, todavia, a mais evidente diz respeito aos aspectos econômicos, culturais e políticos. São consideradas entre as principais determinantes, as causas econômicas, a situação de pobreza e a baixa renda da família, sendo vistas como um dos incentivos para o recurso ao trabalho da criança e do adolescente, isto porque a busca por sobrevivência demandaria contribuições de todos os pertencentes ao grupo familiar.[9]

No Brasil, uma das principais causas da exploração do trabalho infantil é a condição de pobreza o de extrema pobreza que atinge parcela significativa da população. O trabalho infantil perpetua ciclos intergeracionais da pobreza, pois ele

---

[5] IBGE. *Informações sobre Trabalho Infantil no Brasil, com base nas informações dos Censos Demográficos 2000 e 2010.* Brasil, IBGE, 2010. Vários gráficos, color. Disponível em: <https://ibge.gov.br/>. Acesso em: 28 out. 2020.

[6] MESQUITA, S. P.; RAMALHO, H. M. B. "Determinantes do trabalho infantil no Brasil urbano: uma análise por dados em Painel 2001-2009", *Revista Economia Aplicada*, 17, 2013.

[7] PERES, A. *Crianças Invisíveis: O enfoque da impressa sobre o trabalho Infantil Doméstico e outras formas de exploração*, Ed. Cortez, São Paulo, 2003.

[8] KASSOUF, A. L. "O que conhecemos sobre o trabalho infantil?", *Revista Nova Economia do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG*, 17, 2007.

[9] CUSTÓDIO, A. V; VERONESE, J. R. P. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*, Ed. Multideia, Curitiba, 2009.

impede o desenvolvimento educacional e a profissionalização, o que acarreta privação de melhores oportunidades futuras.[10]

Porém, mesmo sendo umas das principais causas, a pobreza não é a única, há também que se considerar os aspectos culturais e tradicionais do trabalho infantil, ou seja, o aspecto educativo ou moralizador, pois há uma forte resistência à mudança, que prende a criança a certas tradições, principalmente a de reproduzir as condições dos pais.[11]

Ainda em relação à educação, podem ser causas do trabalho infantil, tanto a entrada na escola, quanto a frequência escolar. A tentativa de conciliar o trabalho com os estudos prejudica os resultados das crianças e adolescentes nas tarefas escolares. O cansaço pode levar ao abandono ou à redução do rendimento escolar. É necessária uma nova construção na forma de combater o trabalho infantil, com o uso de políticas públicas educacionais, que, além de serem capazes de oferecer e manter crianças e adolescentes na escola, capacitem profissionais para compreender o contexto em que a exploração ocorre. No entanto, não são apenas as políticas públicas educacionais que se mostram ineficazes. As políticas públicas de acesso à cultura, ao lazer e ao esporte também são extremamente relevantes no enfrentamento ao trabalho infantil. Apesar de existirem programas de incentivo, há carência de políticas que atendam universalmente e que incluam a mobilização dos setores e das unidades da Federação. Cabe citar ainda, que também existem problemas de eficácia nas políticas socioassistenciais.[12]

Além dos fatores já mencionados, também deve-se observar a desigualdade social, pois a necessidade de complementar recursos e as dificuldades de sobrevivência direcionam as crianças naturalmente para o trabalho infantil. A pobreza resulta de políticas econômicas que criam e reproduzem situações de desigualdade e marginalização social, reunindo as riquezas nos setores mais elitizados da população.[13]

Como principais consequências do trabalho infantil, pode-se apontar, principalmente, a educação, o salário e a saúde das crianças e adolescentes. A baixa escolaridade e o baixo desempenho escolar, gerados pelo trabalho infantil, têm como resultado reduzir as oportunidades de emprego a cargos que não exigem qualificação e que possuem baixa remuneração. Mantendo-se, dessa forma, o ciclo de pobreza já vivido pelos pais.[14]

Assim, com a dificuldade de acesso à escola, em razão das longas jornadas de trabalho é extremamente difícil a permanência da criança na escola, gerando infrequência escolar e baixo nível de rendimento, resultando, por fim, na completa exclusão educacional.[15]

Em consequência, crianças e adolescentes de famílias pobres que foram explorados em atividades de trabalho infantil tendem a continuar em situação de pobreza quando da vida adulta, o que decorre de ciclos intergeracionais que não são rompidos pelas ações de políticas públicas e pela reprodução de fatores culturais.[16]

---

[10] CABRAL, M. E. L; MOREIRA, R. B. Rosa. "A proteção internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil no marco da teoria da proteção integral" en *XV Seminário internacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*, n. 15, Unisc, Santa Cruz do Sul, 2018, p. 5.

[11] CUSTÓDIO, A. V; VERONESE, J. R. P. *Op. cit.*

[12] COSTA, M. C. S., 2019. *O programa de erradicação do trabalho infantil: diretrizes e estratégias de políticas públicas para crianças e adolescentes em Santa Catarina* [on line]. Dissertação de Mestrado. Criciúma: Universidade do Extremo Sul Catarinense [consulta: outubro de 2020] Disponível em: <http://repositorio.unesc.net>.

[13] CUSTÓDIO, A. V; VERONESE, J. R. P. *Op. cit.*

[14] KASSOUF, A. L. *Op. Cit.*

[15] CUSTÓDIO, A. V; VERONESE, J. R. P. *Op. cit.*

[16] CABRAL, M. E. L; MOREIRA, R. B. Rosa. *Op. cit,* p. 5.

Outra consequência do trabalho infantil é o impacto no estado de saúde da criança e do adolescente, que pode ser prejudicada pelos mais diversos métodos de trabalho originalmente feitos para adultos, em locais insalubres, e com ferramentas e equipamentos muitas vezes perigosos, além de jornadas de trabalho muito maiores que o adequado.

Desta forma, as consequências da exploração do trabalho infantil são extremamente prejudiciais às crianças e aos adolescentes, pois além de lesionar sua integridade física, atingem também a integridade psicológica ao levá-las a abdicar de uma parcela significativa de sua infância em prol do exercício de atividades laborais prematuramente.[17]

Por fim, diante do exposto, pode-se observar que as principais causas do trabalho infantil são econômicas, culturais e políticas. Sendo fatores determinantes das causas econômicas: a exclusão econômica, a precarização das condições de trabalho, os altos índices de desemprego adulto, a baixa remuneração dos trabalhadores e as condições gerais de pobreza. Constituem causas culturais: o baixo nível de informações sobre as consequências do trabalho infantil e a transmissão intergeracional do trabalho precário. Já entre as causas políticas estão: a insuficiência de políticas públicas, a exclusão escolar, a redução do financiamento público para políticas sociais, a falta de capacitação dos profissionais da rede de atendimento e dos operadores do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e a insuficiência de cadastramento para identificação e controle do trabalho infantil.

Por sua vez, as consequências do trabalho infantil são: a reprodução do ciclo intergeracional de pobreza; a infrequência e a evasão escolar; a elevação dos custos das políticas públicas de caráter reparatório; e os danos físicos e psicológicos que afetam a saúde das crianças e adolescentes.

3 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil

Conforme o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, o termo "trabalho infantil" se refere às atividades econômicas ou de sobrevivência, com ou sem finalidade lucrativa, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 anos, com exceção do trabalho na condição de aprendiz – que é permitido a partir dos 14 anos –, independentemente da sua condição ocupacional.[18]

Cabe destacar que todo trabalho realizado por adolescente, qual seja, aquele em idade inferior a 18 anos, não pode prejudicar seu desenvolvimento físico, psicológico, social e moral, e nem ser considerado insalubre, perigoso ou noturno.

Conforme define a Organização Internacional do Trabalho, o trabalho infantil é aquele que priva as crianças de sua infância, seu potencial e sua dignidade, prejudicando o seu desenvolvimento físico e mental, e interferindo na escolarização, de modo a impedir a frequência escolar, obrigando-os a abandoná-la prematuramente ou exigindo a conciliação dos estudos com um trabalho excessivamente longo.[19]

Além disso, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho ressaltam que, além de uma idade mínima obrigatória para exercer o trabalho, aqueles considerados Piores Formas de Trabalho Infantil não devem, de forma alguma, ser realizados por menores de 18 anos, pois são caracterizados como perigosos por sua natureza ou pela condição em que se realizam.[20]

Quanto à proteção da criança e do adolescente, pode-se dizer que a legislação pátria é uma das mais avançadas que existem, tendo em vista que está de acordo

---

[17] *Idem*.

[18] BRASIL, Ministério da Cidadania. *Perguntas e respostas: O Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.assistenciasocial.al.gov.br/acervo>. Acesso em: 27 out. 2020.

[19] OIT. *O que é trabalho infantil*, *Op. cit.*

[20] *Idem.*

com legislações internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (1989) que trata da proteção integral e dá prioridade aos direitos da infância; a Convenção 138, de 1973, a Recomendação 146, de 1973, ambas da Organização Internacional do Trabalho[21], que estipulam a idade mínima para admissão ao trabalho e a Convenção 182, de 1999 (também da Organização Internacional do Trabalho) sobre as piores formas de trabalho infantil.[22]

A Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho foi ratificada no Brasil em 15 de fevereiro de 2002[23], e estabelece uma idade mínima de 15 anos para admissão ao trabalho, além de estipular a adoção de uma política nacional de combate ao trabalho infantil representada pelo Programa de Erradicação do Trabalho Infantil que é um programa brasileiro com ações intersetoriais especificadas em cada área das políticas públicas básicas.[24]

Juntamente com a Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho foi emitida a Recomendação n. 146, que além de estabelecer uma idade mínima para a admissão ao trabalho, tem como função jurídica indicar e sugerir métodos para que as normas encontradas na Convenção sejam devidamente inseridas nos países membros.[25]

Apesar desta Convenção estabelecer a idade mínima de 15 (quinze) anos, o Brasil adotou a idade de 16 (dezesseis) anos, de acordo com seu ordenamento jurídico interno já preestabelecido naquela época.

> Avanzando en la perspectiva de OIT, el Convenio Nº 138 establece como criterio fundamental para luchar contra el trabajo infantil el establecimiento de la edad mínima de admisión a un empleo, el cual no debe ser inferior a la edad en que cesa la obligatoriedad escolar, o en todo caso, no inferior a los 15 años, y no inferior a los 18 años en aquellos casos en que se trata de trabajos peligrosos. En algunos países la edad mínima puede descender a 14 años. Asimismo se permite la realización de "trabajos ligeros", es decir, que no perjudiquen la salud, el desarrollo y la asistencia a la escuela de los niños y niñas de 12 a 14 años de edad. Este convenio sustituye los instrumentos normativos anteriores que contemplaban un número limitado de sectores económicos. El mismo está acompañado por la Recomendación Nº 1465, que insta a los Estados a elevar la edad mínima hasta los 16 años.[26]

Já a Convenção n. 182 aprovada juntamente com a Recomendação nº 190 foi assinada no Brasil em janeiro de 2000, esta que trata sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e como eliminá-la. Segundo a supramencionada Convenção as piores formas de trabalho infantil são: a) todas aquelas que constituem escravidão ou práticas análogas, bem como venda e tráfico de pessoas; submeter-se a trabalho para pagamento de dívidas, servidão, trabalhos forçados ou

---

[21] BRASIL. *Decreto 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.* Promulga a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2020.

[22] BRASIL. *Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000.* Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2020.

[23] *Idem.*

[24] SOUZA, I. F.; LEME, L. R. "A proteção contra a exploração do trabalho infantil e seus reflexos no sistema único de assistência social (SUAS) no Brasil" en: CUSTÓDIO, A. V.; DIAS, F. V.; REIS, S. S; (coords). *Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas*, Ed. Multideia, Curitiba, 2014.

[25] BRASIL. *Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000, Op. cit*.

[26] RAUSKY, M. E. "¿Infancia sin trabajo o Infancia trabajadora? Perspectivas sobre el trabajo infantil", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7, 2009, p. 8.

de forma compulsória, incluindo atração forçada ou obrigatória de crianças para conflitos bélicos; o uso e a procura de crianças para prostituição e pornografia infantil; uso e recrutamento de crianças para atos ilícitos, especialmente para o tráfico ou distribuição de entorpecentes estabelecidos por tratados internacionais; e trabalhos que em razão de sua natureza ou circunstância sejam passíveis de prejuízo à saúde, segurança e à moral infantil.[27]

Estas Convenções foram ratificadas pelo Brasil, criando um compromisso de adaptação das leis nacionais e de desenvolvimento de programas de ação imediatos, voltados especificamente para o tema.[28]

O principal objetivo da Convenção 182 é evitar atividades que, pela sua natureza ou circunstâncias de execução sejam passíveis de prejudicar à saúde, à segurança e à moral de crianças e adolescentes, sendo o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente a principal preocupação, pois é primordial uma educação de qualidade e condições de desenvolvimento. Cabe, ainda, ressaltar que a luta pela erradicação do trabalho infantil engloba a luta pelos direitos humanos, pois o trabalho na infância retira das crianças alguns de seus direitos básicos.[29]

Visando regulamentar o art. 277 da Constituição Federal, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente por meio da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que visa assegurar proteção integral da criança e do adolescente, assegurando seus direitos fundamentais.

> A legislação internacional foi o esteio para que, depois de uma longa discussão com a participação da sociedade civil organizada, o Congresso Nacional aprovasse a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda que relativamente pouco conhecido em profundidade pela sociedade brasileira, o ECA, com seus 267 artigos, é o principal instrumento legal que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. O trabalho infanto-juvenil também é regulamentado pela Constituição Federal (Título VIII, Capítulo VII, artigo 227) e pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Capítulo IV, artigos 402 a 441).[30]

Assim, pode-se concluir a partir do exposto nos parágrafos anteriores, que o Brasil adotou diversas orientações e normatizações internacionais a respeito da proteção da criança e do adolescente e do combate ao trabalho infantil, tendo aderido principalmente a convenções e resoluções da Organização Internacional do Trabalho, como pode ser observado na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil

Conforme descreve a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) é um programa de caráter intersetorial, integrante da Política Nacional de Assistência Social, que envolve transferências de renda, trabalho social com famílias e oferta de serviços socioeducativos para crianças e adolescentes que se encontram em situação de trabalho.[31]

Sendo uma das mais relevantes políticas de enfrentamento do trabalho infantil, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, é parte integrante da Política Nacional de Assistência Social e visa atender as necessidades das crianças e

---

[27] BRASIL. *Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000, Op. cit.*

[28] PERES, A. *Crianças Invisíveis: O enfoque da impressa sobre o trabalho Infantil Doméstico e outras formas de exploração*, Ed. Cortez, São Paulo, 2003.

[29] FARIA, T. D.; OLIVEIRA, P. A. F.; MENDES, R. M. "O enfrentamento à exploração sexual de crianças e adolescentes: desafios e caminhos". *Revista Ciência Saúde Coletiva*, 5, 2007.

[30] PERES, A. *Op. Cit*, p. 26.

[31] BRASIL. *Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.* Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 nov. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2020.

adolescentes, atuando através de ações que buscam fortalecer o contexto familiar de infância e juventude.[32]

A proposta de redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil surge a partir da avaliação de uma nova configuração do trabalho infantil no Brasil, e de avanços estruturais na política que busca prevenir e erradicar o trabalho infantil. Desta forma, foi possível ver a redução do trabalho infantil nos setores formalizados, por causa dos avanços da fiscalização, sendo encontrados atualmente as principais incidências de trabalho infantil em âmbito informal, como o da produção familiar, do trabalho doméstico, agricultura familiar e em atividades ilegais. Neste sentido, o desafio está em identificar as crianças e adolescentes inseridos nesses meios e inseri-los em serviços da rede socioassistencial e em outras políticas públicas.[33]

A agenda Intersetorial do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) envolve ações de políticas públicas setoriais, que trabalham em conjunto com a rede de erradicação e prevenção do trabalho infantil do território, contribuindo para a prevenção e a erradicação do trabalho infantil nos estados e nos municípios, fazendo-se imprescindível o planejamento de ações estratégicas embasadas na identificação da realidade do trabalho infantil em cada região, definindo, desta forma, os compromissos para a execução das Ações Estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (AEPETI).[34]

De acordo com o Ministério da Cidadania, o Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, vem para consolidar as ações estratégicas, ampliando o atendimento socioeducativo e familiar, que consiste em ações territorializadas e intersetoriais. Estas ações são voltadas para o processo de acelerar a erradicação do trabalho infantil com as parcerias de ações articuladas entre os Centros de Referência da Assistência Social – CRAS, os Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), que são integrados aos demais serviços socioassistenciais e à rede intersetorial.[35]

Com o reordenamento do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos e o redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, sua gestão passa a assumir um papel fundamental de articulação e monitoramento de todas as ações e serviços, cujo objetivo é a prevenção e a erradicação do trabalho infantil no âmbito do Sistema Único de Assistência Social e das políticas setoriais, e, dessa forma, mobilizar a política de assistência social como foco da rede intersetorial de prevenção e erradicação do trabalho infantil.[36]

> O redesenho do Peti consiste na realização de ações estratégicas voltadas ao enfrentamento das novas incidências de trabalho infantil identificadas pelo Censo IBGE 2010 e no fortalecimento do Programa, com avanços da cobertura e da qualificação da rede de proteção social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Com o redesenho do PETI são aprimoradas as ações de transferência de renda e o trabalho social com crianças, adolescentes e suas famílias. Esse redesenho tem como objetivo potencializar os serviços da assistência social, bem como articular ações com outras políticas públicas, o que favorece a criação de uma agenda intersetorial

---

[32] RODRIGUES, G. *Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* 2017. Disponível em: < https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/>. Acesso em: 28 out. 2020

[33] *Idem*.

[34] BRASIL, Ministério da Cidadania. O Sistema Nacional de Informação do Sistema Único de Assistência Social - REDE SUAS. *Agenda intersetorial do PETI.* Brasília, DF, 2020. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/agenda-intersetorial-do-peti/>. Acesso em: 29 out. 2020

[35] *Idem*.

[36] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

> de erradicação do trabalho infantil, que articule políticas, como saúde, educação, esporte, cultura, lazer, entre outras. Conselheiros tutelares, agentes de saúde, professores e outros profissionais devem estar envolvidos e qualificados para atuar nas estratégias integradas de enfrentamento às situações de trabalho infantil que permanecem invisíveis no Brasil ainda hoje.[37]

O Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil fortalece seu papel de gestão e de articulador da rede de proteção, através das Ações Estratégicas de combate ao trabalho infantil, sendo necessário destacar que, a atualização do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil aperfeiçoar as ações de transferência de renda e o trabalhos sociais com crianças, adolescentes e suas respectivas famílias.[38]

Desde o redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, elaborado a partir dos dados obtidos com o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2010, a coordenação do programa ou, em caso de ausência, a Proteção Social Especial, passou a ter deveres relacionados diretamente à gestão do planejamento, da articulação e do monitoramento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, por meio do acompanhamento de ações e serviços que possuem ligação com a prevenção e a eliminação do trabalho infantil no âmbito do Sistema Único de Assistência Social e de outras políticas setoriais.

Desta forma, a política de assistência social age como um ponto vital da rede intersetorial de prevenção e erradicação ao trabalho infantil. Assim, passou a ser de responsabilidade do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos a execução direta do serviço socioeducativo no âmbito da Proteção Social Básica, tendo como prioridade atender crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, de modo que garanta a integração familiar e comunitária.[39]

> Nessa direção, a execução direta do serviço socioeducativo passou a ser de responsabilidade do SCFV, no âmbito da Proteção Social Básica, na perspectiva de atender a crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil ou dele retirados, de modo a garantir a sua integração familiar e comunitária, por meio do convívio com usuários do mesmo ciclo de vida e que vivenciam vulnerabilidades sociais diversas.[40]

Os serviços socioeducativos foram reordenados para poderem intensificar o atendimento às crianças e adolescentes que se encontram em situação de trabalho infantil, ampliando o número de municípios que irão disponibilizar o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV). Tal serviço efetua uma intervenção social articulada com o Serviço de Atenção Integral a Famílias (PAIF) e ao Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), e tem como finalidade ajudar no trabalho social com as famílias, impedindo a ocorrência de situações de risco social, além de reforçar as relações familiares e comunitárias através da convivência.[41]

---

[37] *Idem*.

[38] RODRIGUES, G. *Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* 2017. Disponível em: < https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/>. Acesso em: 28 out. 2020.

[39] *Idem.*

[40] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

[41] RODRIGUES, G. *Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* 2017. Disponível em: < https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/>. Acesso em: 28 out. 2020.

Desta forma, a oferta do serviço é ampliada, pois são inseridos outros públicos além dos retirados do trabalho infantil, havendo diversificação de trocas culturais e minimização de estigmas e preconceitos.[42]

Há que se mencionar, a respeito da reformulação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, a maneira como o programa foi gerido, pois foram criadas coordenações em âmbito federal, estadual e municipal e desenvolvidas comissões compostas por membros da sociedade, dos órgãos públicos e dos fóruns, chamadas Comissões Intersetoriais do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. Também foi criada a Comissão para Erradicação do Trabalho Infantil na Justiça do Trabalho, pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho, que busca auxiliar nas audiências públicas e acompanhar o desenvolvimento dos casos de trabalho infantil no sistema de justiça.[43]

> Os estados, o Distrito Federal e os municípios deverão designar um profissional, ou uma equipe, de referência para o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. Esse profissional, ou equipe, ficará responsável pela articulação dos programas e serviços socioassistenciais e intersetoriais que devem executar e monitorar as Ações Estratégicas, devendo ainda ser responsáveis pela coordenação das campanhas, ações de vigilância socioassistencial, elaboração de estudos e de diagnósticos sobre o trabalho infantil, gestão da informação, realização de audiências públicas, capacitação e apoio técnico.[44]

Desta forma, a agenda intersetorial do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil é de extrema importância, pois o auxílio dela ajuda na identificação e atendimento das crianças e adolescentes retirados da situação de trabalho. Além disso, é com ela que se articulam políticas como saúde, educação, esporte, cultura, lazer, entre outras. Agentes de saúde, conselheiros tutelares, professores e outros profissionais devem ser envolvidos e qualificados a atuar nas estratégias integradas de combate às situações de trabalho infantil que continuam invisíveis. Cabe destacar também que serão executadas de forma descentralizada as ações estratégicas, sempre considerando as atribuições de cada ente federado, com o auxílio da sociedade civil e com acompanhamento de órgãos responsáveis pelo controle e fiscalização.[45]

Pode-se constatar, portanto, que houve expansão das ações e programas de combate ao trabalho infantil a partir dos dados obtidos com o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2010, que impulsionou o redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.

O redesenho encontra-se estruturado em cinco eixos de atuação, sendo o primeiro deles o de informação e de mobilização. É de extrema importância a conscientização sobre o trabalho infantil, sendo necessário que o governo crie campanhas para alcançar crianças, adolescentes, pais, professores, gestores públicos, empregadores e a sociedade, além de publicações, organização de palestras, entre outras ações. Ainda pode-se destacar o papel de articulação e mobilização exercido pela Agenda Intersetorial do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, desempenhado pelos Fóruns de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. A informação e a mobilização se destinam a combater a desinformação sobre danos ocorridos no trabalho infantil, problema que o torna natural em diversas áreas, sendo necessária a realização de audiências públicas e

---

[42] *Idem*.

[43] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

[44] *Idem.*

[45] RODRIGUES, G. *Op. cit.*

de articulações entre políticas setoriais diversas – tais como saúde, educação, cultura, trabalho, assistência social.[46]

O segundo eixo de atuação é a identificação do trabalho infantil, é necessário desenvolver novas estratégias que identifiquem e considerem as características territoriais e alcancem situações que estejam invisibilizadas. É proposto no redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil estratégias de busca ativa, aproveitando as diversas atribuições e capacidades dos agentes da rede intersetorial: equipes do Sistema Único de Assistência Social, agentes de saúde, de educação, conselheiros tutelares, líderes comunitários, entre outros. É auxiliada ainda com os sistemas e instrumentos de registro que permitem os encaminhamentos necessários: o Cadastro Único, a Notificação Integrada, o Sistema de Informação do Serviço de Convivência - SISC e o Sistema de Condicionalidades do Programa Bolsa Família - SICON.[47]

O terceiro eixo de atuação é a proteção social, tendo em vista que o trabalho infantil possui múltiplas vulnerabilidades, como a ausência de uma rede de proteção social, é necessário incluir crianças, adolescentes, e também suas famílias, nos serviços e programas sociais, pois estes podem mudar suas realidades, transformando-os no público prioritário da transferência de renda e para o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, além de programas de educação em tempo integral.[48]

Os próximos são as ações de defesa e responsabilização, onde crianças e adolescentes são titulares de direitos únicos que lhes garantem proteção integral. E para garantir a preservação dos direitos da criança, do adolescente e de suas famílias, temos os órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, os Conselhos Tutelares, o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias Públicas.[49]

Por fim, a ação de monitoramento, constitui as ações estratégicas que serão monitoradas pela gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil através das informações recebidas dos sistemas do Sistema Único de Assistência Social e de sistemas próprios das políticas, em um esforço intersetorial que possibilita compreender a situação das crianças trabalhadoras e a ação de auxiliares das políticas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. Desta forma, utilizarão o Cadastro Único (CadÚnico), o Sistema de Informações do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SISC), o Censo Escolar, a Notificação Integrada da Saúde, e outros sistemas. Neste setor, poder-se-á acompanhar o desenvolvimento de ações estratégicas em cada um dos territórios abrangidos. Utilizando-se o controle social e o monitoramento, será possível o aperfeiçoar as estratégias e a constatação de boas práticas.[50]

Tais Ações Estratégicas serão desenvolvidas por uma rede socioassistencial do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), articulada com outras políticas públicas. Além destas ações estratégicas, cabe também ao público do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) prioridade no atendimento no Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) e com outros públicos que se deparam em uma situação de vulnerabilidade social. Desta forma, o oferecimento do serviço socioassistencial para crianças e adolescentes encontrados em situação

---

[46] BRASIL, Ministério da Cidadania. *Perguntas e respostas: O Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.assistenciasocial.al.gov.br/acervo>. Acesso em: 27 out. 2020.

[47] *Idem.*

[48] *Idem.*

[49] *Idem.*

[50] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

de trabalho infantil não é restringido somente a um público, diversificando-se as experiências culturais e reduzindo estigmas e preconceitos.[51]

5 O aprimoramento das ações estratégicas do PETI.

Para o aprimoramento das ações estratégicas para prevenção e erradicação do trabalho infantil torna-se necessário a formulação de diagnósticos municipais do trabalho infantil; fluxos de notificação e encaminhamento do trabalho infantil e registro nos cadastros oficiais; planos de capacitação dos profissionais da rede e do sistema de garantias de direitos e ações de sensibilização da comunidade, bem como, a garantia de acesso aos serviços de atendimento técnico especializado estruturado.

O Diagnóstico Intersetorial Municipal foi organizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), pela Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação (SAGI) e Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), sendo apresentadas as principais análises e informações acerca do trabalho infantil em disponibilidade para o município em uma perspectiva intersetorial. Tal sistematização tem como objetivo o apoio do planejamento de estratégias para reduzir do trabalho infantil relacionando as áreas de assistência social, educação, trabalho, direitos humanos, saúde, lazer, cultura e esporte.[52]

> Em cada seção, além de dados quantitativos relevantes para implementar e aperfeiçoar as ações em cada eixo de atuação das ações estratégicas do PETI, há a sugestão de algumas ações que podem ser executadas pelo município de maneira intersetorial, sem a pretensão de limitar outras ações que possam vir a ser propostas.[53]

O diagnóstico municipal é de extrema importância, pois é ele que vai impulsionar os municípios para planejarem e desenvolverem as Ações Estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, sendo relevante também a elaboração feita pelo município ações de fiscalização socioassistencial de caráter complementar, com o aprofundamento das questões relativas ao trabalho infantil, bem como a apuração de informações qualitativas.[54]

A identificação do trabalho infantil se dará por meio da busca ativa, sendo esta a que conta com equipes técnicas das unidades públicas da Assistência Social, tais quais, o Serviço Especializado em Abordagem Social ofertado nos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), Equipes Volantes dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), entre outras. Deve haver também participação de outros agentes públicos, além da sociedade civil, incluindo conselheiros tutelares, agentes de saúde, professores, sindicatos, entre outros. É necessária uma metodologia própria para a busca ativa do trabalho infantil levando em conta as características do território.[55]

Após a identificação, a notificação integrada do trabalho infantil se dará da seguinte forma: Elaboração de um Formulário para a Notificação Integrada da situação identificada como trabalho infantil; discussões com profissionais e equipes representantes dos serviços socioassistenciais; visitas de apoio técnico e oficinas

---

[51] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

[52] OIT. *O que é trabalho infantil*, *Op. cit.*

[53] *Idem.*

[54] *Idem.*

[55] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

nos Centros de Referência de Assistência Social e Centros de Referência Especializado em Assistência Social; definição de fluxogramas; sistematizar os dados coletados em planilha; monitoramento a análise de Participantes da Gerência de Gestão do Sistema único de Assistência Social/Vigilância Socioassistencial, Gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, Coordenações de Proteção Social de caráter básico e especial, com equipes técnicas das ações socioassistenciais.[56]

Quanto aos resultados, seguirão o padrão a seguir: registros das informações de casos ou suspeitas de trabalho infantil; normatização e gestão para notificar ocorrências de violações de direitos; identificação dos atingidos por território; produção de indicadores; identificação dos territórios mais atingidos; sistematização das informações que tratam do trabalho infantil; apuração de possíveis fatores de vulnerabilidade; exame de fragilidades nas equipes que identificam tais fatores; favorecimento da articulação entre a Proteção Social Básica e a Proteção Social Especial; apontamento das demandas para a Educação Permanente dos Trabalhadores do Sistema Único de Assistência Social; fortalecimento da colaborações entre a rede Intersetorial e Socioassistencial; contribuições nos planos e definições de estratégias de combate do Trabalho Infantil.[57]

Uma vez notificada a ocorrência do trabalho infantil, deve-se realizar os encaminhamentos necessários da criança ou adolescente para o Serviço de Convivência e Fortalecimento de vínculos (SCFV), e também o encaminhamento e o acompanhamento do grupo familiar e da criança ou adolescente em situação de trabalho infantil para a ação social efetuada pelo Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família dos Centros de Referência da Assistência Social (PAIF/CRAS) e pelo (PAEFI/CREAS).[58]

Por fim, serão encaminhados para o registro no Cadastro Único (CadÚnico), sendo de responsabilidade do gestor municipal ou do Distrito Federal assegurar o cadastramento de todas as famílias com situação de trabalho infantil. O cadastro deverá ser de acordo com as orientações gerais do Departamento de Cadastro Único da Secretaria Nacional de Renda de Cidadania (Decau/SENARC/MDS), assim se tornando elegível para receber o benefício de transferência de renda ou outros programas e benefícios do Governo Federal, além da chance de que a criança ou o adolescente retirados do contexto de trabalho infantil sejam incluídos no Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) como público-alvo prioritário de atendimento. É possibilitado ainda pela gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), que se utilizem os dados e informações disponíveis por este relevante meio de planejamento de políticas públicas, sendo o registro das situações de trabalho infantil realizado toda vez que for identificada a exploração de trabalho infantil, seja qual for a renda familiar per capita.[59]

Para capacitação dos profissionais da rede de atendimento e dos integrantes do sistema de garantias de direitos deverá ser designado pelos estados, o Distrito Federal e os municípios uma equipe ou um profissional para fazer parte da gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, sendo ele responsável pelos programas e serviços socioassistenciais e intersetoriais, coordenação das campanhas, elaboração de estudos e de diagnósticos, planejamento, registro das informações no Sistema de Monitoramento do Programa de Erradicação do Trabalho

---

[56] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/paefi>. Acesso em: 28 out. 2020.

[57] *Idem.*

[58] *Idem.*

[59] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

Infantil (SIMPETI), gestão da informação, realização de audiências públicas, capacitação e apoio técnico e monitoramento das ações no território. Estes profissionais devem ter preferencialmente nível superior, conforme orientações de composição de equipes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e que tenha experiência sobre a Política Nacional de Assistência Social e entendimento sobre o combate ao trabalho infantil, devendo ele organizar e monitorar os programas e serviços a fim de dar prioridade a esse público e prover o atendimento a suas particularidades.[60]

São de extrema importância neste caso as capacitações, sendo que entre as diferentes formas de sensibilização, o formato referente a oficina demonstra ser o mais eficiente, porque tem caráter operativo e coerente com a realidade do trabalho. Esta forma fortalece o diálogo, de maneira mais participativa, sobre as questões relacionadas ao trabalho infantil, além de sugerir questionamentos sobre preconceitos e mitos do trabalho infantil, suas características, tipos, as das Ações Estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (AEPETI) e os principais serviços e programas da Assistência Social, entre outros assuntos relevantes. Sendo uma estratégia de mobilização e sensibilização feita para a devida execução das Ações Estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (AEPETI), a capacitação enfatiza que é necessário que outras políticas se juntem para o combate do trabalho infantil. Ao longo da capacitação pode ser efetuado o mapeamento da rede socioassistencial, momento em que os participantes podem indicar outros agentes a fim de integrar a rede intersetorial.[61]

> Além disso, durante a capacitação, recomenda-se aos participantes que realizem o mapeamento da rede socioassistencial do território e indiquem novos atores em potencial para integrarem a rede articulada. É importante que esses trabalhos envolvam a participação da sociedade civil: ONGs, famílias usuárias, representantes da rede comercial local, sindicatos, instituições religiosas e outras entidades.[62]

Desta forma, a rede socioassistencial fica mais ampla, tendo participações da intersetorialidade na oficina de sensibilização e mapeamento. Tendo em vista a participação e as atribuições de cada política, deve-se tratar do trabalho infantil na região e suas consequências, bem como trazer informações das Ações Estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (AEPETI) com foco na intersetorialidade, propondo aos participantes da oficina identificar possíveis contribuições de cada política e quais as potencialidades do território. É importante também incluir a sociedade civil neste caso, sendo elas a Organização da Sociedade Civil, as famílias usuárias, aqueles que representem a rede comercial local, os sindicatos, as instituições religiosas, entre outras.[63]

São garantidas às crianças e às suas famílias acesso aos serviços de atendimento disponíveis pelo município. Inicialmente é obtido pelo sistema de proteção, controle e fiscalização as informações sobre trabalho infantil, sendo encontradas "a partir dos registros de dados sobre procura espontânea de família, criança ou adolescente em situação de trabalho infantil, audiências públicas, diagnóstico, mapa de focos e denúncias." Após a identificação, é notificado ao conselho tutelar "que aplicará as medidas de proteção pertinente e fará o

---

[60] BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social. *Caderno de orientações técnicas para o aperfeiçoamento da gestão do programa de erradicação do trabalho infantil PETI.* Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos>. Acesso em: 28 out. 2020.

[61] *Idem.*

[62] SILVEIRA, L. *Guia passo a passo prevenção e erradicação do trabalho infantil na cidade de São Paulo*, Ed. Cidade Escola, São Paulo, 2019, p. 30.

[63] BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social. *Caderno, Op. cit.*

encaminhamento para a rede atendimento de proteção à criança e ao adolescente", que irá ainda acompanhar a situação até que se resolva.[64]

Após esse processo, será encaminhado à Rede de Atendimento para atender à criança ou ao adolescente e seu grupo familiar, conforme a situação em que se encontre, nas ações de atendimento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), Sistema Único de Saúde (SUS), Rede de Educação e outros serviços o município.[65]

Um dos serviços disponíveis é o de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), cujo objetivo são as famílias, oferecendo apoio, orientação e acompanhamento para a superação de alguma situação de risco social ou o sofrimento de algum direito violado. Este serviço é ofertado no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).[66]

Este serviço é voltado também para aqueles que sofreram violência psicológica e física, alguma negligência, violência sexual, ou adolescentes que estejam cumprindo medidas socioeducativas ou de proteção, situações de tráfico de pessoas, de rua, abandono, trabalho infantil, ou qualquer forma de discriminação seja por orientação sexual ou raça.[67]

> A Proteção Social Especial de média complexidade oferta serviços que contribuem diretamente para o enfrentamento ao trabalho infantil, com especial atenção ao Serviço de Proteção e Atendimento Especializado à Família e Indivíduos (PAEFI). O [...] (PAEFI) oferta atendimento especializado de apoio, orientação e acompanhamento das famílias com um ou mais de seus membros em situação de risco pessoal e social e/ou violação de direito, buscando a promoção dos direitos e o fortalecimento da função protetiva da família. Tem, portanto, papel fundamental na orientação e acompanhamento das famílias, de modo a contribuir para a retirada imediata da criança e do adolescente da situação de trabalho infantil. Ressalte-se que, identificadas as situações de trabalho infantil, o PAEFI procederá ao acompanhamento familiar por no mínimo 3 meses, com vistas a contribuir para a imediata retirada da criança e/ou do adolescente do trabalho.[68]

Os principais objetivos da Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI) são incluir famílias no sistema de proteção social e nos serviços públicos, contribuir para o fortalecimento da família no seu papel de proteção, prevenir a reincidência de violações de direitos e contribuir para acabar com as violações de direitos na família, sendo que para realizar esses objetivos é desenvolvido um trabalho social pela equipe, que é composta por profissionais de diversas áreas, tais como assistentes sociais, psicólogos e advogados.[69]

> Entre as atividades, estão a identificação das necessidades das pessoas que buscam ou são encaminhadas ao CREAS; atenção especializada; orientação sobre direitos; encaminhamento para outros serviços da

---

[64] SOUZA, I. F., 2016. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil* [on line]. Tese de doutorado. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul [consulta: outubro, 2020]. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br>.

[65] *Idem.*

[66] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/paefi>. Acesso em: 28 out. 2020.

[67] *Idem.*

[68] SOUZA, I. F., *Op. Cit.*

[69] BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/paefi>. Acesso em: 28 out. 2020.

Assistência Social e de outras políticas, como saúde, educação, trabalho e renda, habitação; orientação jurídica; acesso à documentação, entre outros.[70]

A Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI) estabelece uma das estratégias que ampliam o atendimento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que assegura às populações dos municípios com até 20.000 habitantes. Por meio do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) Regional, que determina a atuação dos estados e municípios, é garantido o atendimento à população de pequenos municípios onde não existe esse serviço.[71]

Nesta parte, buscou-se analisar os serviços assegurados pelas políticas públicas de assistência social e programas de combate ao trabalho infantil, às crianças e adolescentes e suas famílias, que sejam vítimas de trabalho infantil, ou outras formas de violação de direitos humanos. Assim, concluídas as devidas exposições, chega-se às conclusões deste artigo.

6 CONCLUSÃO

Diante dos conceitos e dados estatísticos expostos nos capítulos deste trabalho, pôde-se compreender quais são as deficiências na prevenção e no combate ao trabalho infantil no Brasil, e assim, depreender quais ações são necessárias para suprir estas insuficiências nas políticas públicas que buscam resolver este problema social a partir do reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).

Inicialmente, em capítulo dedicado à conceituação do trabalho infantil, observou-se que este possui um contexto extremamente amplo e complexo, que abrange todas as regiões do Brasil, tanto na zona urbana quanto na rural. Apesar dos grandes números de incidência e de mitos que tendem a naturalizar estas situações, o trabalho infantil constitui uma prática altamente danosa que viola os direitos humanos de crianças e adolescentes e de suas famílias, causando-lhes diversos problemas e consequências para a sua integridade física, moral, sua educação e perspectivas de futuro.

O estudo das causas do trabalho infantil também é bastante complexo e nada fácil. Ainda assim, é possível apontar que suas maiores causas são questões culturais, econômicas, políticas e educacionais e suas principais consequências são o comprometimento do pleno desenvolvimento físico, psicológico, cognitivo e moral da criança.

Dentre as causas, podem-se citar entre as econômicas: a exclusão econômica, a precarização das condições de trabalho, os altos índices de desemprego adulto, a baixa remuneração dos trabalhadores e as condições gerais de pobreza. Constituem causas culturais: o baixo nível de informações sobre as consequências do trabalho infantil e a transmissão intergeracional do trabalho precário. Já entre as causas políticas estão: a insuficiência de políticas públicas, a exclusão escolar, a redução do financiamento público para políticas sociais, a falta de capacitação dos profissionais da rede de atendimento e dos operadores do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e a insuficiência de cadastramento para identificação e controle do trabalho infantil.

Por sua vez, as consequências do trabalho infantil costumam ser: a reprodução do ciclo intergeracional de pobreza; a infrequência e a evasão escolar; a elevação dos custos das políticas públicas de caráter reparatório; e os danos físicos e psicológicos que afetam a saúde das crianças e adolescentes.

Evidentemente, este grave problema e suas causas e consequências encontram tratativas no ordenamento jurídico brasileiro. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil está prevista na Convenção 138 e a

---

[70] *Idem.*
[71] *Idem.*

Recomendação 146, a Convenção 182 e a Recomendação 190 (todas estas da Organização Internacional do Trabalho) no âmbito internacional, ratificadas pelo Brasil e na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança do Adolescente no âmbito nacional.

Quanto ao reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, este foi criado para assumir a articulação e o monitoramento de todas as ações estratégicas cujo objetivo são a prevenção e a erradicação do trabalho infantil no âmbito do Sistema Único de Assistência Social e das políticas setoriais, sendo seus eixos estruturantes os de informação e mobilização, identificação, proteção social, defesa e responsabilização, monitoramento, que serão executadas de forma descentralizada, sempre considerando as atribuições dos Municípios dos Estados, do Distrito Federal e da União, contando com a participação da sociedade civil e o acompanhamento dos órgãos de controle e de fiscalização.

Por fim, conclui-se que o reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e suas ações estratégicas vieram para contribuir com a rearticulação das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, porém ainda não são capazes de prevenir e erradicar completamente o trabalho infantil, precisando que sejam adotadas ações que permitam a formulação de diagnósticos municipais; a pactuação de fluxos de notificação e encaminhamento do trabalho infantil; e garantia de acesso prioritário às políticas públicas de atendimento de crianças e adolescentes afastados do trabalho e suas famílias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.* Promulga a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. *Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000.* Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. *Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.* Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 nov. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Cidadania, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI).* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/paefi>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Cidadania. *Ações Estratégicas do PETI.* Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Cidadania. O Sistema Nacional de Informação do Sistema Único de Assistência Social - REDE SUAS. *Agenda intersetorial do PETI.* Brasília, DF, 2020. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/agenda-intersetorial-do-peti/>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Cidadania. *Perguntas e respostas: O Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.assistenciasocial.al.gov.br/acervo>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social. *Caderno de orientações técnicas para o aperfeiçoamento da gestão do programa de erradicação do trabalho infantil PETI.* Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *III Plano nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador.* Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2020.

CABRAL, M. E. L; MOREIRA, R. B. Rosa. "A proteção internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil no marco da teoria da proteção integral" en *XV Seminário internacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*, n. 15, Unisc, Santa Cruz do Sul, 2018.

COSTA, M. C. S., 2019. *O programa de erradicação do trabalho infantil: diretrizes e estratégias de políticas públicas para crianças e adolescentes em Santa Catarina* [on line]. Dissertação de Mestrado. Criciúma: Universidade do Extremo Sul Catarinense [consulta: outubro de 2020] Disponível em: <http://repositorio.unesc.net>.

CUSTÓDIO, A. V; VERONESE, J. R. P. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil,* Ed. Multideia, Curitiba, 2009.

FARIA, T. D.; OLIVEIRA, P. A. F.; MENDES, R. M. "O enfrentamento à exploração sexual de crianças e adolescentes: desafios e caminhos". *Revista Ciência Saúde Coletiva*, 5, 2007.

IBGE. *Informações sobre Trabalho Infantil no Brasil, com base nas informações dos Censos Demográficos 2000 e 2010.* Brasil, IBGE, 2010. Vários gráficos, color. Disponível em: <https://ibge.gov.br/>. Acesso em: 28 out. 2020.

KASSOUF, A. L. "O que conhecemos sobre o trabalho infantil?", *Revista Nova economia Revista do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG*, 17, 2007.

MESQUITA, S. P.; RAMALHO, H. M. B. "Determinantes do trabalho infantil no Brasil urbano: uma análise por dados em Painel 2001-2009", *Revista Economia Aplicada*, 17, 2013.

OIT. *Convenção n. 182, de 19 de novembro de 2000*. Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/>. Acesso em: 27 out. 2020.

OIT. *Diagnósticos Intersetoriais Municipais.* 2020. Disponível em: <http://www.bsb.ilo.org/dimbr/>. Acesso em: 27 out. 2020.

OIT. *O que é trabalho infantil*. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/>. Acesso em: 29 out. 2020

PERES, A. *Crianças Invisíveis: O enfoque da impressa sobre o trabalho Infantil Doméstico e outras formas de exploração*, Ed. Cortez, São Paulo, 2003.

RAUSKY, M. E. "¿Infancia sin trabajo o Infancia trabajadora? Perspectivas sobre el trabajo infantil", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7, 2009.

RODRIGUES, G. *Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.* 2017. Disponível em: < https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/>. Acesso em: 28 out. 2020

SILVEIRA, L. *Guia passo a passo prevenção e erradicação do trabalho infantil na cidade de São Paulo*, Ed. Cidade Escola, São Paulo, 2019.

SOUZA, I. F.; LEME, L. R. "A proteção contra a exploração do trabalho infantil e seus reflexos no sistema único de assistência social (SUAS) no Brasil" en: CUSTÓDIO, A. V.; DIAS, F. V.; REIS, S. S; (coords). *Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas*, Ed. Multideia, Curitiba, 2014.

SOUZA, I. F., 2016. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas*

socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil [on line]. Tese de doutorado. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul [consulta: outubro, 2020]. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br>.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 56-71
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A contribuição da Teoria da Justiça em John Rawls para o desenvolvimento sustentável

The contribution of the Theory of Justice in John Rawls to sustainable development

Magno Federici Gomes[1]
Antonieta Caetano Gonçalves[2]
Dom Helder Câmara Escola de Direito

Sumário: 1 Introdução. 2 Teoria da justiça de John Rawls como fundamento para se promover bem de todos. 2.1 Princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade. 2.2 Posição original. 2.3 Dois Princípios: Da igualdade equitativa e o princípio da diferença. 2.3.1 Princípio Da Poupança Do Capital E Justiça Intergeracional. 3 Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. 3.1 Dimensões da sustentabilidade e sua natureza jurídica. 3.2 Fundamento constitucional da redução das desigualdades. 4 A teoria da justiça socioambiental e a sustentabilidade. 5 Considerações finais. Referências.

Resumo: Em tempos de globalização econômica, em que a crise ambiental ganha destaque, principalmente pela escassez dos recursos naturais, bem como cresce a desigualdade social, sendo que os danos recaem *prima facie* na população menos favorecida, é necessário garantir o desenvolvimento sustentável com a justa distribuição das riquezas das sociedades modernas, compatibilizando a justiça ambiental com a justiça social. Neste artigo propõe-se a analisar de que forma o Estado brasileiro, enquanto nação norteada por valores vinculados à justiça social e aos princípios da igualdade e solidariedade, conformado constitucionalmente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, deve distribuir suas riquezas em prol do bem-estar de todos como forma de implementar os ideais e objetivos fundamentais da sociedade, que se apresenta historicamente por desigualdades regionais e econômicas. Ao considerar a ocorrência de conflitos de interesses entre os direitos fundamentais sociais, como moradia e meio ambiente, questiona-se que critério deve nortear a compatibilização destes direitos. A hipótese básica que orienta esta pesquisa é que a igualdade, cooperação e participação da sociedade nas escolhas levará à justiça social, garantindo direitos fundamentais para gerações atuais e futuras. Para tanto, foram utilizados, o método jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico a obra *Uma Teoria da Justiça* de Rawls. Ao final, verifica-se que é possível efetivar os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente saudável se a sociedade for um empreendimento coletivo cooperativo para o benefício de todos.

---

[1] Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. Afiliação institucional: Dom Helder Câmara Escola de Direito.
E-mail: magnofederici@gmail.com
[2] Doutoranda e mestra em Direito. Escola Superior Dom Helder Câmara.

Recibido: 15/12/2020
Aceptado: 09/03/2021

Palavras-Chave: Desenvolvimento sustentável. Justiça social. Teoria da justiça. Moradia.

Abstract: In times of economic globalization, in which the environmental crisis gains prominence, mainly due to the scarcity of natural resources, as well as increasing social inequality, and the damage falls *prima facie* on the less favored population, it is necessary to guarantee sustainable development with fair distribution. the wealth of modern societies, making environmental justice compatible with social justice. This article proposes to analyze how the Brazilian State, as a nation guided by values linked to social justice and the principles of equality and solidarity, constitutionally conformed to the paradigm of the Democratic Rule of Law, should distribute its wealth for the benefit of the to be of everyone as a way of implementing the fundamental ideals and objectives of society, which has historically presented itself through regional and economic inequalities. When considering the occurrence of conflicts of interest between fundamental social rights, such as housing and the environment, it is questioned which criterion should guide the compatibility of these rights. The basic hypothesis that guides this research is that the equality, cooperation and participation of society in the choices will lead to social justice, guaranteeing fundamental rights for current and future generations. For that, the legal-theoretical method and deductive reasoning with bibliographic research technique were used, having as a theoretical framework the work *A Theory of Justice* by Rawls. In the end, it appears that it is possible to enforce fundamental rights to housing and to a healthy environment if society is a collective cooperative enterprise for the benefit of all.

Keywords: Sustainable development. Social justice. Theory of justice. Home.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece no *caput* do art. 225 "que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"[3].

Estabelece, ainda, o texto da CRFB/1988, em seu art. 3º, que: "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"[4].

O *caput* do art. 5º da CRFB/1988, que elenca os direitos fundamentais, dispõe ainda "que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"[5].

Já no art. 6º da CRFB/1988 foram delineados os direitos sociais garantidos a todos, destacando-se aqui o direito a moradia, direito sem o qual não há garantia da dignidade da pessoa humana, esta que se tornou o epicentro do sistema jurídico brasileiro no último século.

Desta forma, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado tem um alcance subjetivo amplo para todos, ao mesmo tempo que impõe o dever de defesa

---

[3] BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil de 1988" in *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988.

[4] BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil de 1988" in *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988.

[5] BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil de 1988" in *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988.

e preservação dos recursos naturais ao poder público e sociedade. Há uma interligação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com a imputação de deveres igualmente para todos, em um verdadeiro sistema de cooperação objetivando o bem estar de todos, conforme determinado no art. 3º acima referenciado.

Ao mesmo tempo, o princípio da solidariedade se faz presente nos artigos acima elencados (art. 3º, 5º, 6º e 225 da CRFB/1988), os quais determinam igualmente o dever de todos garantir o bem estar da humanidade no momento atual sem deixar de preservar o meio ambiente para gerações futuras, utilizando os recursos naturais de forma sustentável e o defendendo para todos que virão a habitar o Planeta Terra.

Busca-se verificar se os dispositivos constitucionais mencionados contemplam os valores vinculados à justiça social e aos princípios fundamentais perseguidos pelo Estado brasileiro, bem como a sustentabilidade em suas múltiplas dimensões.

O problema que se coloca é a efetividade da partilha justa dos bens naturais com promoção do desenvolvimento sustentável e a garantia da justiça social. A hipótese básica que orienta esta investigação é a de que o critério constitucionalmente adequado para promover uma justa partilha das riquezas do país, deve ser fundada na igualdade e solidariedade em uma construção coletiva com direitos e deveres recíprocos.

O senso de equidade, justiça e de responsabilidade presente já no *caput* do art. 225 da CRFB/1988 leva a um ideal de organização e consenso, sempre com vistas a atingir o bem-estar de todos. Expressam uma sociedade democrática, bem ordenada e fundada em instituições políticas e sociais que consideram a liberdade e igualdade dos cidadãos resultando em um sistema cooperativo e de consenso.

Para tanto, foram utilizados, na realização desta pesquisa, o método jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico a obra *Uma Teoria da Justiça* de Rawls.

No capítulo primeiro será apresentada a teoria da justiça de Rawls, como fundamento para se promover uma adequada distribuição das riquezas da sociedade brasileira, fundada em um sistema equitativo de cooperação social. Utiliza-se para análise da questão proposta três princípios dessa teoria: o "princípio da igualdade equitativa de oportunidades", o "princípio da diferença" e o "princípio da poupança do capital e justiça intergeracional". Uma sociedade na qual a cooperação, a solidariedade e o bem estar de todos são objetivos fundamentais, que confere vantagens para os cidadãos e não direciona bem-estar para um grupo, ainda que maioria, em detrimento da minoria, como pensava a doutrina utilitarista.

No capítulo segundo, será analisada a conexão entre o desenvolvimento sustentável, a sustentabilidade e a teoria da justiça de Rawls, partindo da premissa de que a sustentabilidade em suas dimensões está ancorada nos valores da solidariedade e cooperação.

Em seguida, no terceiro capítulo será apresentado o conceito e os desdobramentos da dimensão da sustentabilidade: social, econômico, ambiental, ética e jurídico-política.

Adiante, no quarto capítulo analisa-se a teoria da justiça socioambiental e sua conexão com a sustentabilidade pautada na solidariedade para preservação do meio ambiente para gerações atuais e futuras rumo ao alcance do desenvolvimento sustentável no Estado Democrático de Direito.

Nesse percurso argumentativo, analisou-se os objetivos da distribuição das riquezas do país e a representação desta divisão para cada um. Sendo assim, verificou-se como uma proposta de divisão de riquezas pode encontrar respaldo na CRBF/1988. A proposta de Rawls se mostra adequada na medida que idealiza uma sociedade cooperativa que deve promover igual oportunidade e vantagem para todos.

2 Teoria da justiça de John Rawls como fundamento para se promover o bem de todos

O Contratualismo é uma teoria que prevê que o homem deve ser retirado do seu estado de natureza por meio de um pacto social que estabelecerá regras de convivência pacíficas em sociedade.

Inicialmente, há que se destacar que Rawls classifica seu teoria como contratualista. De acordo com o autor, "a Justiça como equidade é um exemplo do que chamo de teoria contratualista"[6]. Para construir sua teoria, parte-se da ideia central da justiça como equidade substituindo o pacto social clássico por um consenso delineado pelos membros da sociedade em condição hipotética de igualdade, os quais escolhem um conjunto de princípios, chamados de princípios da justiça social, que definem a distribuição de vantagens e dos encargos da cooperação social.

Desta forma, a distribuição pública dos bens comuns de uma sociedade entre membros desta mesma comunidade deve seguir os valores previamente escolhidos, resultando na atribuição de direitos e deveres das riquezas da sociedade não só com aqueles com os quais se convive, mas também com os que virão. Dessa forma, as riquezas e vantagens têm dupla função: garantem direitos, mas também imputam deveres.

2.1 Princípios de Justiça para a estrutura básica da sociedade

A Justiça dever ser perseguida pela sociedade, ainda que não se alcance a eficiência em sua inteireza. Rawls inicia sua obra, elencando a Justiça como a virtude central das instituições sociais, rejeitando as leis e instituições injustas, mesmo que sejam eficientes e bem organizadas. No estudo da justiça, fazendo o recorte enfocando na justiça social, Rawls desenvolve o conceito de justiça considerando que "o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais"[7]. As riquezas e bens de uma determinada sociedade devem ser divididos em conformidade com a cooperação social. Considera-se que as principais instituições são a constituição política e os arranjos sociais e econômicos.

Na teoria de Rawls: "cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundamentada na justiça ou, como dizem alguns, no direito natural, à qual nem mesmo o bem estar de todos os outros pode se sobrepor"[8]. Inviolabilidade esta, que não pode ser abandonada nem mesmo para priorizar o bem estar de todos. Em uma sociedade justa não se concebe justificar o bem da maioria em detrimento da perda da liberdade para alguns, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e não estão dispostas para nenhuma decisão e nem a interesses sociais.

Assim, a sociedade de Rawls é ordenada como um sistema de cooperação social fundado em princípios escolhidos em uma situação inicial equitativa com a ideia de posição original, pressupondo cidadãos livres e iguais que cooperam para o bem comum.

Desta forma, o sistema de direito aplicado nas instituições básicas da sociedade deve estar ancorados em princípios escolhidos e acolhidos por seus membros como objeto de consenso. Entretanto para que haja aceitação, estas escolhas são feitas em uma posição original de igualdade. Assim, desenha-se os conceitos trabalhados por Rawls: posição original e princípios da justiça, que propõe: "(1) uma interpretação da situação inicial e do problema da escolha que

---

[6] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 19.
[7] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 8.
[8] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 34.

nela se apresenta e (2) um conjunto de princípios que segundo se procura demonstrar, seriam acordados"[9].

Nesta linha, a igualdade, a participação e a cooperação seriam princípios fundamentais para as escolhas legítimas da distribuição das riquezas da sociedade. A seguir, serão explanados os conceitos desenvolvidos por Rawls para se chegar à justiça como equidade.

2.2 Posição original

As escolhas de uma sociedade devem atender a todos. Rawls supõe que as partes na situação original são iguais, sendo esta igualdade necessária para garantir que a escolhas sejam equitativas.

A teoria da justiça vincula-se à teoria da escolha racional, que demanda escolhas feitas pelos próprios interessados, que resultam na aceitabilidade destas decisões. Mas o problema da escolha envolve convicções e interesses das partes, suas relações entre si, as opções e procedimentos que efetivam estas escolhas.

Para que os princípios sejam escolhidos para sustentar as instituições sociais, considerando um método contratualista, deve haver restrições aos princípios aceitáveis de justiça. Propõe-se uma posição original no momento das escolhas que garanta a exclusão de inclinações, aspirações e concepções individuais do bem tendo em vista a adoção de princípios isentos destas influências individuais. Chega-se ao "véu da ignorância" como posição original, em uma situação de desconhecimento de fatos que são irrelevantes para determinação da justiça. Rawls exemplifica com a situação de um homem rico que se soubesse desta sua condição, defenderia que tributos em favor do bem-estar seria injusto. Lado outro, se soubesse que era pobre sustentaria a instituição deste mesmo tributo como justa[10].

A posição original pressupõe o desconhecimento das próprias circunstâncias pessoais para que as escolhas sejam imparciais, redundando em escolhas de princípios a serem utilizados pelas instituições sociais em prol da coletividade e em benefício do bem-estar de todos.

"O desinteresse mútuo apresenta-se como uma maneira sutil de antepor o recuso da razão prática à escolha dos princípios, modelando restrições para que possamos adotar uma concepção política de justiça adequada à uma sociedade democrática constitucional"[11].

Deste modo, segundo a teoria do "véu da ignorância"[12], a exclusão do conhecimento de circunstâncias que colocariam alguns em posição de vantagem ou desvantagem, resultaria em igualdade entre os seres humanos, onde todos possuem o mesmo direito no processo de escolhas dos princípios que serão seguidos e o mesmo direito de apresentar propostas e razões para serem adotadas em um senso de justiça.

Nesta linha da concepção da posição original, os princípios escolhidos não estarão submetidos às pretensões individuais e egoístas, mas em um processo de colaboração mútua com amplas reflexões em uma visão coerente para atingir o bem-estar de todos. Isso porque os sujeitos representantes que farão as escolhas estarão desprovidos de conhecimento de contingências que geram discórdias entre os homens.

Ademais, outras condições se somam a posição inicial para definição do princípio da justiça, tais como: o fundamento da igualdade e a presunção de que cada pessoa tem condições de entender os princípios adotados e de segui-los. Nas palavras de Rawls:

---

[9] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 19.
[10] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 22.
[11] MÖLLER, J.E. MÖLLER, L.L. *A justiça como eqüidade em John Rawls*, S. A. Fabris, Porto Alegre, 2006, p. 49.
[12] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

"Junto com o véu da ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam em condições de igualdade, quando não há ninguém que esteja em vantagem ou desvantagem em razão de contingências naturais e sociais"[13].

Dessa forma, ninguém será favorecido ou desfavorecido pelo acaso de circunstâncias sociais ou naturais na escolha dos princípios da justiça que serão adotados, justificando assim a aceitação destes porque foram escolhidos em uma situação inicial de igualdade. Ainda, ressalta o autor:

"(...) a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça"[14].

A justiça na perspectiva da equidade, tem-se que a situação original de igualdade equivale ao estado de natureza da teoria tradicionalista do contrato social. Nesta situação hipotética de igualdade, ninguém conhece seu *status* social, sua classe, suas riquezas materiais, sua inteligência, habilidades naturais e demais características, o que levaria a um grau de aceitação e adoção dos princípios. Afirma Rawls que "a posição original é, pode-se dizer, o *status quo* apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos. Isso explica adequação da expressão "justiça como equidade"[15].

O contrato social imaginado por Rawls seria um conjunto de indivíduos reunidos na construção de um acordo acerca de quais princípios regularão a sociedade, selecionando-os a partir de uma lista com diferentes concepções de justiça tradicional. Diante disto, Lumertz e Vieira descrevem a posição original de Rawls com base em quatro condições básicas que definem a situação contratual: "1) circunstâncias da justiça; 2) restrições formais ao conceito de direito; 3) racionalidade das partes contratantes e 4) o véu da ignorância"[16].

Em um ambiente de cooperação social é possível imaginar situações de escolhas de princípios que atribuirão direitos, deveres e a divisão das riquezas sociais com a definição da carta fundacional desta sociedade em prol do bem-estar geral.

2.3 Dois Princípios: Da Igualdade Equitativa e o princípio da diferença

Em uma sociedade bem-ordenada concebida com fundamento na cooperação social com escolha entre iguais, encontram-se dois princípios: da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. São definidos por Rawls:

"O primeiro requer igualdade na atribuição de direitos e dos deveres fundamentais, ao passo que o segundo afirma que as desigualdade sociais e econômicas, por exemplo, as desigualdades de riqueza e autoridade, só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos, em especial para os membros menos favorecidos da sociedade"[17].

Nesta toada, os dois princípios foram pensados para serem aplicados conjuntamente alcançando uma reconciliação entre a liberdade e a igualdade:

---

[13] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 23.
[14] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 14.
[15] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 15.
[16] LUMERTZ, E.S; VIEIRA, F.S. "A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental uma abordagem possível", *Revista do Ministério Público*, 72, 2012, p. 121.
[17] RAWLS, J. *Uma teoria da* justiça, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 18.

aplicando os dois princípios, a estrutura básica é formada de maneira a permitir construções que maximizem a valor da liberdade para os menos favorecidos no estrutura completa da igual liberdade compartilhada por todos, definindo, então, o fim da justiça social. Neste sentido:

"Assim, os dois princípios são projetados para trabalhar conjuntamente alcançando uma reconciliação entre a liberdade e a igualdade: conjugando os dois princípios, a estrutura básica é estruturada de tal modo a permitir arranjos que maximizem a valor da liberdade para os menos favorecidos no esquema completo da igual liberdade compartilhada por todos, definindo, então, o fim da justiça social"[18].

Ambos os princípios estão presente na igualdade democrática, prevalecendo uma igualdade de tratamento que só admite tratamento diferenciado para igualar as diferenças.

Já no início da explanação do princípio da igualdade nota-se a reação à Teoria Utilitarista, uma vez que o princípio da igualdade exclui as privações de alguns em benefício de um bem maior agregado.

Dessa forma, não se concebe como justiça o sacrifício de direitos e garantias individuais em proveito dos benefícios sociais. Só se admite a concessão de benefícios maiores para alguns se houver melhora na situação de pessoas não tão afortunadas. Nas palavras de Rawls: "Porém, não há injustiça nos benefícios maiores recebidos por uns poucos, contanto que, com isso, melhore a situação das pessoas não tão afortunada"[19].

Os dois princípios acordados na posição original concebida por Rawls para aplicação à estrutura básica da sociedade foram apresentados em forma de enunciado pelo próprio autor, que assim se pronunciou sobre o primeiro princípio: "cada pessoa de ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para outras pessoas"[20].

Este princípio estabelece que as liberdades devem ser iguais. Assim, a estrutura básica da sociedade no âmbito do sistema social deve garantir iguais liberdades, que se apresentam em uma lista no Estado de Direito: liberdade de escolha de representantes, liberdade de se expressar, reunir-se livremente, liberdade de consciência e de pensamento, dentre outras.

Assim, se torna necessário uma liberdade para todos e a distribuição de direitos e garantias fundamentais de forma ampla, com atribuição de forma igualitária.

No princípio da diferença opera-se a distribuição de recursos da sociedade, especificando e estabelecendo as desigualdades sociais e econômicas, devendo ser aplicado na estrutura básica da sociedade, atribuindo direitos e deveres e distribuindo as vantagens sociais e econômicas em benefício de todos.

Dessa forma, a distribuição de riquezas embora não necessite ser igualitária, deve oferecer vantagens para todos. Neste aspecto, Rawls apresenta o seguinte enunciado: "as desigualdade sociais econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto: (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos"[21].

Nesta visão, só se admite a adoção de um fator de discriminação para harmonizar as desigualdades, fundado em justificativa racional com critério logico, de modo que as riquezas da sociedade sejam distribuídas para todos. É preciso distribuir e também poupar para as gerações futuras.

---

[18] ROHLING, M. "O sistema jurídico e a justificação moral da obediência ao direito em uma teoria da justiça de John Rawls", *Universidade Federal de Filosofia de Santa Catarina*, 2011, p. 36.

[19] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 18.

[20] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 73.

[21] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 74.

2.3.1 PRINCÍPIO DA POUPANÇA DO CAPITAL E JUSTIÇA INTERGERACIONAL

O princípio da solidariedade veio expresso como fundamento de Estado no art. 3º da CRFB/1988 e se apresenta como instrumento limitador imposto às atuais gerações quanto à utilização do meio ambiente, garantindo a preservação de um ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações futuras. Dessa forma, é plenamente justificável a imposição de limites às condutas potencialmente degradadoras em prol de uma geração futura.

Neste sentido, é preciso reconhecer a incapacidade de defesa dos direitos das gerações futuras, que só poderão ser preservados a partir do exercício da solidariedade dos sujeitos atuais. Nas palavras de Marques: "portanto, diante da incapacidade de representação, as futuras gerações dependem da postura solidária da geração presente"[22].

Há, portanto, uma ampliação da dimensão temporal do planejamento da utilização dos recursos naturais em prol da dignidade da pessoa humana, afirmando a perpetuidade da espécie humana que gerará futuras gerações, as quais são vulneráveis, uma vez que seus direitos serão garantidos por terceiros, no caso as gerações presentes, o que reforça o princípio da solidariedade e deveres jurídicos das gerações atuais.

Outros princípios asseguram esta proteção ambiental. O princípio da precaução demonstra bem a necessidade de assegurar medidas hábeis para evitar a degradação ambiental, ainda que não seja possível identificar claramente os impactos, dada a incerteza científica. Neste sentido, Silva e Diz discorrem que:

O princípio da precaução preconiza a implementação de medidas hábeis a impedir a degradação ambiental, nas situações de perigo de dano grave e irreversível decorrentes de atividades ou técnicas cujos impactos ainda não podem ser claramente identificados pela ciência. A cautela deve orientar as ações do poder público, sempre que houver incerteza científica em relação aos impactos ambientais de determinado empreendimento[23].

Igualmente, o princípio da cooperação determina a ação dos indivíduos de forma ativa no intuito de proteção ambiental, conforme determinado no *caput* do art. 225 do texto da CRFB/1988.

Desta maneira, o Estado deverá elaborar normas que propiciam a participação nas decisões de conteúdo ambiental. Portanto, cidadania participativa e responsabilidade ambiental estão estabelecidos na Carta Magna.

Faz-se necessário garantir à futura geração um meio ambiente no mínimo nas mesmas condições que a geração atual usufrui, extraindo o necessário para as necessidades de uma existência digna e preservando os recursos para o uso futuro. Rawls trata a questão da justiça entre gerações como princípio da poupança do capital real: "cada geração deve, além de preservar os ganhos em cultura e civilização e manter intactas as instituições justas que foram estabelecidas, também poupar a cada período de tempo um montante adequado de capital real"[24].

Embora não haja na obra *Uma Teoria da Justiça*, expressa menção a preservação do meio ambiente, Rawls reconhece que há deveres entre gerações, sendo que as escolhas atuais devem garantir a justiça para as pessoas que virão: "Podemos ver que entre gerações há deveres e obrigações exatamente como entre contemporâneos". Assim, a escolhas devem se fundamentar em determinados princípios que reconheçam e preservem o meio ambiente para o futuro. Afirma Rawls que "a geração atual não pode fazer o que bem lhe aprouver, mas é

---

[22] MARQUES, C. "Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações", *Revista do Programa de Pós- Graduação em Direito da UFC*, 2, 2012, p. 37.

[23] SILVA, R. F. T.; DIZ, J. B. M. "Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação", *Veredas do Direito*, 32, 2018, p. 42.

[24] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 356.

obrigada, por princípios que seriam escolhidos na posição original, a definir a justiça entre pessoas que vivem em épocas diferentes"[25].

Desta forma, na escolha dos princípios que regularão a estrutura da sociedade, deve ser levado em consideração que as pessoas que virão devem ser protegidas e reservada a elas a poupança ambiental que lhes garanta um mínimo social para uma vida digna.

3 Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade

O Desenvolvimento sustentável é um direito fundamental, consoante o art. 225 *caput* da CRFB/1988. Historicamente, os Direitos Fundamentais passaram por um onda de evolução, desde valores liberais com preponderância de proteção à liberdade, evoluindo para valores sociais e despontando na atualidade com uma nova ordem Constitucional, com a presença marcante dos direitos difusos, sobretudo da defesa do meio ambiente, e com o imperativo direito/dever fundamental de toda a comunidade mundial de usufruir do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tão necessário à saúde do ser humano e à sadia qualidade de vida. Assim é dever do Poder Público, e também da coletividade, defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Certo é que este movimento de alterações é fruto da organização da sociedade civil que vem se fortalecendo de forma expressiva especialmente desde a década de 1960. Movimentos de ordens diversas passaram a exigir direitos e espaço na sociedade, como os movimentos feministas, do consumidor e os da personalidade. É de se destacar o movimento ambientalista que emerge em um contexto de crise ecológica com fundamento em "situações de risco", nas quais os homens se encontram imersos, oriundas das atividades econômicas próprias das sociedades industriais.

Neste sentido, segundo Tavolaro, o movimento ambientalista surgiu com uma variedade de atores, tanto conservacionistas, quanto preservacionistas e ecologistas, na luta pela definição das situações de risco e na escolha de situações futuras. Surge assim um novo espaço político ocupado pela sociedade civil para a preservação do meio ambiente no modelo democrático vigente[26].

Neste contexto de transformação, a Conferência de Estocolmo de 1972 deu início a um processo de compreensão do conceito de desenvolvimento sustentável que, naquele evento, considerado um marco histórico nos estudos das questões ambientais, foi designado de "eco-desenvolvimento", sendo que posteriormente em um movimento de contínua evolução do conceito foi nomeado de Desenvolvimento Sustentável. Segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (*World Commission on Environment and Development* - WCED), em relatório publicado em 1987, conhecido como Relatório Brundtland: "desenvolvimento sustentável é desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem as suas próprias necessidades"[27].

A justiça social, a economia desenvolvida e o meio ambiente preservado são os sustentáculos do desenvolvimento sustentável. Nessa linha de pensamento, Thomé sustenta que: "o desenvolvimento sustentável tem como pilar a harmonização de três vertentes: i) Crescimento econômico; ii)Preservação ambiental e iii) Equidade Social". Dessa maneira, se faz necessário, para um desenvolvimento efetivamente sustentável, o respeito às três vertentes de forma

[25] RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 356.
[26] TAVOLARO, S. B. F. "Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral", *Universidade Estadual de Campinas*, 1998, p. 1.
[27] World Commission on Environment and Development, "Our Common Future: the Brundtland Report" in *Oxford University Press*, 1987, p. 387.

simultânea, sendo que faltando uma delas não será um desenvolvimento sustentável[28].

O desenvolvimento deixou de ser uma construção unidimensional, focado apenas no crescimento econômico e avançou para uma construção multidimensional na busca do bem-estar de todos através do crescimento econômico e social, objetivando a resolução dos problemas da pobreza e dos impactos no meio ambiente.

O conceito de desenvolvimento sustentável com a tendência de economia verde e com objetivo de erradicar a pobreza evolui e passa a se desdobrar na ideia de sustentabilidade. Segundo Gomes e Ferreira, apesar dos conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade terem sido criados com o mesmo objetivo, o conceito de sustentabilidade está voltado também para a dimensão social, econômica, ética e Jurídico-politica, além da ambiental[29].

Este novo paradigma de sustentabilidade vai muito além de mera preservação ambiental. Ele encampa de forma simultânea o desenvolvimento social, econômico, ético, jurídico-política, na busca de bem-estar de todos.

3.1 Dimensões da sustentabilidade e sua natureza jurídica

No presente subtítulo, as dimensões da sustentabilidade serão analisadas, na perspectiva de que a sustentabilidade surja como meta a ser alcançada para o desenvolvimento da humanidade de modo a alcançar o bem-estardo presente, do futuro e na interpretação para o desenvolvimento:

É evidente que o termo desenvolvimento sustentável passou por uma ressignificação, agregando novos conceitos com intuito de possibilitar a inclusão de novas demandas sociais. Salienta-se, ainda, que o conceito é aberto e está sujeito a novas interpretações e ressignificações[30].

Uma interpretação multidimensional de sustentabilidade que na sua amplitude seja capaz de efetivá-la, demanda o entendimento do que seriam ou não medidas sustentáveis. Freitas nos ensina que "sustentável é a política que insere todos os seres vivos, de algum modo, neste futuro comum"[31]. A sustentabilidade como desdobramento daquele conceito construído pelo Relatório de Brundtland[32] amplia as exigências do bem-comum que perpassam pelas necessidades ao bem-estar físico e mental, que vai além do aqui e agora e abre perspectivas para um futuro que deve ser respeitado para que o desenvolvimento seja considerado sustentável[33] .

A dimensão social da sustentabilidade valoriza o ser humano e seu desenvolvimento com uma saudável condição de vida, na qual os direitos sociais do cidadão sejam promovidos com maior equidade, de modo que todos tenham acesso à moradia, educação, saúde, trabalho.

Já na dimensão econômica, também apresenta-se um novo paradigma, mantendo o termo "crescer para dividir" mas, alterando o modelo econômico voraz e lucrativo para um modelo global de preservação ambiental voltada para uma melhor distribuição de renda. "O desenvolvimento sustentável é um desafio planetário. Ele requer estratégias complementares entre Norte e Sul. Evidentemente, os padrões de consumo do Norte abastado são insustentáveis"[34].

---

[28] THOMÉ, R. *Manual de direito ambiental*, Juspodivm, Salvador, 2020, p. 56.

[29] GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. "Políticas Públicas e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável", *Revista de Direito e Desenvolvimento*, 2, 2018.

[30] GOMES, M. F.; SANTOS, A. A. P. "As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável", *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, 1, 2016.

[31] FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 48.

[32] World Commission on Environment and Development, "Our Common Future: the Brundtland Report" in *Oxford University Press*, 1987, p. 387.

[33] FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 48.

[34] SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002, p. 58.

A dimensão econômica apresenta os dois lados: dos produtores e dos consumidores, que igualmente deverão alterar o padrão de comportamento rumo a sustentabilidade. O consumo pode ser considerado segundo Dias por três aspectos:

"a) consumir menos: aqui se considera a mudança de valores individuais e sociais orientados para a diminuição do consumo, como compartilhar em vez de possuir, buscar satisfação não exclusivamente material, evitar o modismo, etc; b) consumir eficientemente: leva em consideração o aumento da produtividade dos recursos, a diminuição do uso de materiais de energia em processos produtivos e sua geração de resíduos. Uma orientação centrada na oferta e fornecimento de serviços em lugar de produtos, em destacar os aspectos funcionais dos produtos e serviços (por exemplo, a função do carro é transportar pessoas, e não ser objeto de status); c) consumir responsavelmente: faz referência à adoção de uma conduta responsável, por exemplo, consumir produtos ecológicos, que tenham sido produzidos por produtores locais, etc"[35].

A dimensão ambiental da sustentabilidade torna a humanidade responsável pela preservação do meio ambiente, com a fixação da consciência acerca da finitude dos recursos naturais e da alteração do comportamento do consumismo exagerado para adequação a um modelo de solidariedade e cooperação para a existência digna também das gerações futuras. Assim, Freitas ressalta que: "(...) com a dimensão propriamente ambiental da sustentabilidade, ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos (meio ecologicamente equilibrado, como diz o art. 225 da CF)"[36].

A visão ética da sustentabilidade está direcionada para o princípio da solidariedade, da cooperação e relação da justiça intergeracional. Freitas afirma que a "dimensão ética, no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo da fase da terra"[37].

A dimensão jurídica-política apresenta-se com a formatação das quatro dimensões anteriores de forma conjunta e visa garantir a tutela jurídica do direito às gerações atuais e também a futura, evidenciando a união basilar da dimensão social, econômica, ambiental e ética, com o objetivo de plexo de desenvolvimento.

Segundo Gomes e Ferreira, a "dimensão jurídico-política visa a efetivar e desenvolver os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, com o objetivo de asseverar e reforçar o plexo de desenvolvimento consubstanciado na preservação e proteção ambiental, sem, contudo, perder de vista a promoção social"[38].

Dessa maneira, a sustentabilidade é um novo valor a ser continuamente perseguido e será alcançado se todas as instituições da sociedade envolvidas priorizarem o crescimento no presente, mas com "desconto para o futuro", com compensações e mitigações para que todas as gerações presentes e futuras tenham vida digna.

O estudo da natureza jurídica do desenvolvimento sustentável faz-se necessário para a compreensão dos seus contornos jurídicos. Tem-se opiniões variadas, podendo ser identificadas em quatro correntes: i) conceito exógeno ao direito; ii) matriz conceitual; iii) norma intersticial e iv) obrigação de meio.

Os primeiros não reconhecem qualquer significado jurídico ao conceito, concordando apenas com a influência filosófica ou política e contribuindo apenas para formação da norma. A segunda corrente o enxerga apenas como matriz conceitual, dando relevância aos vários princípios que integram o conceito, não o reconhecendo como norma jurídica internacional. Os terceiros que apoiam a

---

[35] DIAS, R. *Eco-inovação: caminho para o crescimento sustentável*, Atlas, São Paulo, 2014, p. 32.
[36] FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 68.
[37] FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 64.
[38] GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. "A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento", *Revista do Direito*, 52, 2017, p. 96.

concepção de norma intersticial, relevante apenas para no processo de raciocínio judicial. Por fim, a quarta corrente o reconhece como norma jurídica, com a caracterização de obrigação de meio.

Filia-se à corrente que classifica o desenvolvimento sustentável como obrigação de meio que impõe aos Estados o dever de buscar o desenvolvimento sustentável, adotando políticas públicas e ações que levem a este objetivo.

É preciso envidar esforços para garantia da dignidade da pessoa humana, que abarca o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado aqui e para o futuro, nas suas vertentes social, econômica, ética e política-jurídica.

3.2 Fundamento constitucional da redução das desigualdades

A CRFB/1988 estabelece em seu art. 3º que: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Observa-se que reduzir desigualdades, tanto sociais quanto regionais, dada as dimensões do País, é um objetivo fundamental da República.

Assim, sendo um princípio que constitui objetivo fundamental da República, certo que é de aplicação obrigatória por todos os poderes no intuito de torná-lo efetivo. Neste pensamento, Bercovici nos ensina:

"Os princípios constitucionais fundamentais, como os do artigo 3º, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos, ou seja, conforma a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los. São marcos do desenvolvimento do ordenamento, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da constituição"[39].

Ainda no texto constitucional, no capítulo da "Ordem Econômica e Financeira", o art. 170, VII determina que a redução das desigualdades regionais e sociais é um dos princípios da ordem econômica. Analisando o princípio, Grau ensina que este expõe a realidade brasileira:

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter[40].

Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou em 2016 os dezessete objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para cumprir a agenda 2030 e aprovou o documento "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento sustentável". O objetivo de nº 10 é exatamente: "reduzir as desigualdades dentro dos países e entre eles"[41].

Os objetivos de desenvolvimento sustentável propõem participação e parceria para escolhas certas em prol de todos, gerações atuais e futuras em continua melhora da qualidade de vida de forma sustentável. É possível observar nos ODS um espírito inclusivo com orientações claras e metas para todos os estados nações adotarem, sempre com objetivo desafiante de defender e preservar o meio ambiente em todo o planeta.

---

[39] BERCOVICI, G. *Constituição econômica e desenvolvimento*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 105.

[40] GRAU, E. R. *A Ordem econômica na constituição de 1988*, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 219.

[41] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. "Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD)" in *Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS*.

Nota-se que o fundamento constitucional da redução das desigualdades vai ao encontro da ideologia constitucionalmente adotada de inclusão social e adoção de políticas públicas, com o intuito de alcançar uma maior igualdade entre as pessoas, em uma sociedade na qual cada cidadão tenha o mesmo direito sobre as liberdades básicas iguais, que o bem-estar de todos esteja sempre no centro das escolhas e que todos, indistintamente, possam desfrutar de um sistema equitativo de oportunidades.

4 A Teoria da justiça socioambiental e a sustentabilidade

As garantias expressas na CRFB/1988, sobretudo nos arts. 5º, 6º e 225 exprimem a perspectiva de Justiça Socioambiental que um Estado Democrático deve alcançar. Efetivar direitos fundamentais é imprescindível em uma sociedade que pretenda a igualdade social como justiça.

O reconhecimento da sustentabilidade como um valor a ser perseguido rumo ao desenvolvimento, que altera a realidade de todos por meio de um justa repartição de riquezas, com exploração sustentável fundada na solidariedade e que enxerga a necessidade da preservação do meio ambiente para a geração futura, passou a ser uma necessidade. Assim nos ensina Sachs ao dizer que: "obedece ao duplo imperativo ético da solidariedade com as gerações presentes e futuras, e exige a explicitação dos critérios de sustentabilidade social e ambiental e de viabilidade econômica"[42].

Deste modo, é necessário que haja desenvolvimento econômico, o que implica em crescer e dividir, na perspectiva da sustentabilidade, sem degradação dos recursos naturais, utilizando-os para as necessidades atuais, sempre se ocupando de garantir o uso no futuro, isto é, superando o crescimento selvagem e atingindo o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, Sachs estabelece um relação entre a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade social:

"[...] baseada no duplo imperativo ético da solidariedade sincrônica com as gerações futuras. Ela nos compele a trabalhar com as escalas múltiplas de tempo e espaço, o que desarruma a caixa de ferramentas do economista convencional. Ela nos impele ainda a buscar soluções triplamente vencedoras, eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais. Outras estratégias, de curto prazo, levam ao crescimento ambientalmente destrutivo, mas socialmente benéfico, ou ao crescimento ambientalmente benéfico, mas socialmente destrutivo"[43].

A sustentabilidade é um conceito derivado de um processo evolutivo em constante progresso, que demanda responsabilidade solidária do Estado e da Sociedade, em um contínuo esforço de reeducação e de mudança de paradigmas, cujas dimensões devem ser aplicadas de maneira conexa e concreta. Sustentabilidade no conceito de Freitas:

"Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar"[44].

Como já mencionado acima, a sustentabilidade possui multidimensões, que devem ser alcançadas e desenvolvidas conjuntamente em suas dimensões, social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, pois o Planeta não se sustenta sem a proteção ambiental, sem a divisão justa das riquezas, sem solidariedade, sem

---

[42] SACHS, I. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*, Garamond, Rio de Janeiro, 2008, p. 36.
[43] SACHS, I. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Garamond, Rio de Janeiro, 2008, p. 15.
[44] FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 43.

fraternidade, os quais formam a dimensão jurídico-política de forma a alcançar o "plexo da sustentabilidade" conceituado por Gomes e Ferreira como:

"(...) o plexo da sustentabilidade como sendo a união e a resolução indissolúvel das dimensões social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, no objetivo de consolidar o direito ao futuro, visando consubstanciar o direito ao bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações"[45].

Dessa maneira, é plenamente factível a cooperação social em convivências democráticas, desde que todos se respeitem e trabalhem em torno de objetivos comuns, entre os quais o de garantir condições básicas para todos na atualidade, com proteção para a geração futura.

5 Considerações finais

A globalização e a industrialização trouxeram riscos para a sociedade moderna, sendo que a preservação do meio ambiente se tornou ordem do dia nos debates internacionais. Os recursos naturais são finitos e devem ser utilizados de forma a satisfazer as necessidades atuais, mas observando o princípio da solidariedade em uma perspectiva intergeracional. A relação da justiça social com o desenvolvimento sustentável exige esforços para a sua compatibilização. A questão que se põe é como desenvolver, distribuir e não degradar o meio ambiente.

Uma sociedade na qual a cooperação, a solidariedade e o bem-estar de todos são objetivos fundamentais, confere vantagens para todos os cidadãos e não direciona o bem-estar para apenas um grupo, ainda que maioria, em detrimento da minoria. Neste sentido, a ordem constitucional tutelou os direitos fundamentais, sociais e ambientais.

Buscou-se no presente artigo, demonstrar que a teoria da justiça como meio de tutelar os direitos fundamentais e o desenvolvimento socioambiental, se mostra adequada na medida que as escolhas da sociedade são feitas em cooperação social e buscando promover o bem de todos.

A pesquisa parte de uma abordagem do regime jurídico-constitucional do direitos fundamentais e do também dever fundamental de proteção do meio ambiente sedimentado no princípio da solidariedade, buscando atingir uma sociedade livre e justa, na qual o desenvolvimento seja atingido por meio da partilha das riquezas, eliminando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos.

Neste sentido, foram utilizados conceitos de Rawls, autor que idealizou uma sociedade cooperativa com oportunidades e vantagems iguais para todos, que devem igualmente cumprir seu papel social e assumir deveres, fundada em princípios de justiça que compatibilizam a liberdade para todos e igualdade democrática.

O desenvolvimento sustentável pela sua complexidade deve ser analisado em um amplo contexto que abarque o Direito Ambiental e as dimensões social, econômica, cultural e jurídico política.

Dessa maneira, todas essas proposições parecem expressar que uma sociedade bem ordenada e regida por uma concepção política e pública busca uma identidade de interesses em comum e assim a cooperação social possibilita que todos os integrantes tenham uma vida melhor do que teriam se cada um dependesse de seus próprios esforços. Neste contexto de sustentabilidade socioambiental, a participação popular apresenta-se como importante instrumento para buscar alternativas, visando compatibilizar os interesses de desenvolvimento econômico com a justiça social e a preservação ambiental.

Conclui-se que a teoria da justiça de Rawls se assenta na ideia de uma sociedade em que um conjunto de princípios atribui a seus integrantes, pessoas racionais e livres, direitos e deveres básicos, bem como especifica um sistema de

---

[45] GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. "A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento", *Revista do Direito*, 52, 2017, p. 109.

cooperação, com encargos e benefícios, para que obtenham, afinal, vantagens mútuas e desenvolvimento sustentável.

Referências

BERCOVICI, G. *Constituição econômica e desenvolvimento*, Malheiros, São Paulo, 2005.

BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil de 1988" in *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra 1993.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra 2002.

CANOTILHO, J. J. G. "Tomemos a sérios os direitos económicos, sociais e culturais" in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2008.

DIAS, R. *Eco-inovação: caminho para o crescimento sustentável*, Atlas, 2014.

DIAS, P. I. "Natureza Jurídica do Desenvolvimento Sustentável no Direito Internacional", *Revista do Direito Internacional*, 2, 2015.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2016.

GOMES, M. F.; SANTOS, A. A. P. "As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável", *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, 1, 2016.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. "A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento", *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, 52, 2017.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. "Políticas Públicas e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável", *Revista de Direito e Desenvolvimento*, 2, 2018.

GRAU, E. R. *A Ordem econômica na constituição de 1988*. Malheiros, São Paulo, 2008.

LUMERTZ, E. S; VIEIRA, F. S. "A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental uma abordagem possível", *Revista do Ministério Público*, 72, 2012.

MARQUES, C. "Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações", *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, 2012.

MÖLLER, J.E. MÖLLER, L.L. *A justiça como eqüidade em John Rawls*, S. A. Fabris, Porto Alegre, 2006,

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. "Assembléia Geral das Nações Unidas" in *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, 1987.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. "Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD)" in *Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS*.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

ROHLING, M**. "**O sistema jurídico e a justificação moral da obediência ao direito em uma teoria da justiça de John Rawls"**,** *Universidade Federal de Filosofia de Santa Catarina*, 2011.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002.

SACHS, I. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Garamond, Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, I. W. "O direito fundamental à moradia na constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia", *Revista de Direito e Democracia*, 2, 2003.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. "Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente", *Revista dos Tribunais*, 5, 2017.

SILVA, R. F. T.; DIZ, J. B. M. "Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação", *Veredas do Direito*, 32, 2018.

TAVOLARO, S. B. F. "Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral", *Universidade Estadual de Campinas*, 1998.

THOMÉ, R. *Manual de direito ambiental,* Juspodivm, Salvador, 2020.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. "Our Common Future: the Brundtland Report" in *Oxford University Press*, 1987, p. 387.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 72-94
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O Direito Natural, o Direito Positivo e o Positivismo Jurídico: de como se decide no Brasil

Natural Law, Positive Law and Legal Positivism: how it is decided in Brazil

Bruno Cozza Saraiva[1]
Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria (Itália)

Sumário: Introdução. 1. O Positivismo Jurídico como construção histórica: de como tudo começou. 2. As Escolas do Direito: a tradição alemã, francesa, inglesa e o Positivismo Normativista Kelseniano. 3. A superação do Positivismo no Brasil: rumo à discricionariedade. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca da contraposição entre direito natural e direito positivo, assim como discutir, brevemente, a formação-construção do positivismo jurídico nas tradições alemã, francesa e inglesa e as suas relações com as Escolas Histórica, da Exegese e da Common Law. Além disso, analisar-se-á, neste estudo, o Positivismo Normativista Kelseniano, enfatizando que, na medida em que se discute o positivismo jurídico no Brasil, e a discricionariedade judicial, se evidencia a recepção equivocada de teorias jurídicas estrangeiras. Para isso, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta.

Palavras-chave: Direito Positivo, Direito Natural, Positivismo Jurídico, Discricionariedade e Constituição.

Abstract: This paper aims to discuss the contrast between natural law and positive law, as well as to briefly discuss the formation-construction of legal positivism in the German, French and English traditions and their relations with the Historical, Exegese and Portuguese Schools. Common Law. In addition, this study will analyze the Kelsenian Normativist Positivism, emphasizing that, as legal positivism in Brazil is discussed, and judicial discretion, the mistaken reception of foreign legal theories is evident. For this, a phenomenological-hermeneutic approach methodology, methods of historical and monographic procedure will be used, together with the technique of research by indirect documentation.

Keywords: Positive Law, Natural Law, Legal Positivism, Discretion and Constitution.

---

[1] Professor do Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Realiza estágio pós-doutoral em Novas Tecnologias e Direito, com bolsa da própria instituição, no MICHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Assistente universitário no MICHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, com estágio na Università Degli Studi Firenze, UNIFI, Itália. Mestre em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Aplicado pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul - ESMAFE. Advogado.

Recibido: 05/11/2020
Aceptado: 23/01/2021

Introdução

A discussão acerca da compreensão histórica do Positivismo jurídico remete, fundamentalmente, à importância dos traços característicos que fundaram uma tradição. Inicialmente, a contraposição entre direito positivo e direito natural (jusnaturalismo) demarcou os primórdios de um debate que, posteriormente, edificou o pensamento jurídico ocidental. A partir dessa diferenciação, é que fora possibilitado o esclarecimento e, por consequência, uma proximidade conceitual (primitiva) daquilo que, por definição, poderia ser Positivismo Jurídico.

Em consequência disso, tratar-se-á no presente artigo, especificamente, acerca do Positivismo Jurídico na Alemanha, na França e na Inglaterra e do Positivismo Normativista Kelseniano, de modo a estabelecer uma breve compreensão de como tudo começou, ou seja, de como o pensamento alemão, francês, inglês e Kelseniano influenciara no surgimento das codificações e, sobretudo, do Positivismo Jurídico e Normativista. Por isso, analisar a Escola Histórica, a Escola da Exegese, as características da Common Law e também a Teoria Kelseniana torna-se imprescindível para o delineamento – histórico – dos referenciais e, principalmente, das influências que consubstanciam, ainda, a tradição jurídica do Ocidente e, sobretudo, o modo pelo qual ainda se decide.

Por fim, analisar-se-á a compreensão equivocada de positivismo jurídico no Brasil, bem como explicitar-se-á, com vistas à demonstrar a problemática referente à interpretação realizada através de uma mixagem teórica (recepção descontextualizada de teorias jurídicas alienígenas) que, a partir dos métodos de interpretação (discricionariedade) estabelecidos pelas velhas correntes, a comunidade jurídica brasileira ainda busca "desvendar" o novo paradigma jurídico (com os olhos do velho) representado pela Constituição de 1988.

No intuito de se atender aos objetivos acima apresentados, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica (pois se compreende que a determinação do direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito), métodos de procedimento histórico (uma vez que consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, com o intuito de verificar a sua influência na sociedade contemporânea) e monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliados à técnica de pesquisa por documentação indireta.

1. O Positivismo Jurídico como construção histórica: de como tudo começou

Pensar e compreender a construção histórica do Positivismo Jurídico[2] e, consequentemente, o porquê dessa expressão não derivar do Positivismo entendido como corrente filosófica é, sobretudo, de fulcral importância para se estabelecer as bases originárias de toda uma tradição. No século XIX ocorrera, fundamentalmente, uma ligação no que diz respeito às origens do Positivismo Jurídico e do Positivismo. A confusão estabelecida, se remetia à versatilidade dos positivistas em estudar ambas as correntes. No entanto, a necessidade dessa distinção foi, à medida em que se contrapôs direito positivo à direito natural, imprescindível para a compreensão daquilo que se personificou como pensamento jurídico ocidental. "A expressão 'positivismo jurídico' deriva da locução *direito positivo* contraposta

[2] O que será "isto", o "positivismo jurídico"? Trata-se de uma das indagações mais relevantes a se fazer na área do direito. Tão importante que, fôssemos médicos, estaríamos falando do funcionamento do coração. Pois o positivismo é, por assim dizer, queiramos ou não, o "coração do direito" (no mínimo no tocante ao estudo da complexidade do fenômeno). O que quero dizer é que há algo na teoria do direito (e na sua operacionalidade) que, historicamente, tem sido a sua condição de possibilidade. Em síntese, é "onde tudo começou". STRECK, L. O (pos-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 7, 2010 p. 16-17.

àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*[3]".

Dessa forma, o traço característico da distinção entre direito positivo e direito natural[4] visualiza-se por meio da natureza da linguagem, pois, essa mesma linguagem, tem o condão de problematizar aquilo que é por natureza definido e, da mesma forma, aquilo que humanamente se estabeleceu. "O problema que se põe pela linguagem, isto é, se algo é 'natural' ou 'convencional', põe-se analogamente para o direito[5]".

O Direito Natural é "o Direito registrado por Deus na natureza humana. Este é o pressuposto, metafísico-teológico, sem o qual não é possível uma Teoria do Direito Natural e do qual a Teoria depende[6]". Dito de outra forma, o Direito Natural é definido como aquele em que as normas devem coincidir com a vontade divina, ou seja, aquele direito que é a vontade de Deus, uma vez que somente "Ele" "sabe o que é bom e mau, quer Ele que o bom deve ser e o mau não deva ser; como já se manifesta o conhecimento no mito da árvore (Gênesis 3)[7]".

Assim, pode-se dizer que "são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente[8]". Neste sentido, é que se fala em Direito Natural, é dizer, normas que independem de aceitação, mas que, substancialmente, estão presentes em todos os lugares.

Com isso, há, para Aristóteles, critérios pontuais que estabelecem a distinção entre direito positivo e direito natural. Por isso, ao caracterizar direito natural enfatizara, necessariamente, que o mesmo estaria presente em toda a parte, isto é, em contraposição ao direito positivo, cuja existência, historicamente, se faz dependente de uma determinada comunidade politicamente definida. Em consequência disso, o direito positivo consubstancia-se a partir de ações impostas pela Lei, exercitando-se, paralelamente, nos limites e no modo por ela determinados.

Por isso, a ideia de positivismo jurídico explicita, indeclinavelmente, uma concepção científica que, sobremaneira, se refere a fatos mensuráveis extraídos via interpretação da realidade. No âmbito do direito e para que essa interpretação se relacionasse à certa cientificidade, se buscou, em que pese o jusnaturalismo e a defesa de um estado de natureza, transformar os fatos da realidade em produto de um parlamento. Foi, dessa forma, que se consubstanciou a virada positivista: primeiramente, uma criação parlamentar como representação das leis, "mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica [...][9]".

À essa construção histórica somou-se a denominação romana para se referir à distinção entre direito natural e direito positivo. Para os romanos, inicialmente, a controvérsia atrelou-se à diferenciação entre jus naturale, jus gentium e jus civile. Necessariamente, o jus gentium e o jus civile corresponderam,

---

[3] BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 15.

[4] Encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalista que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural. *Ibidem*, p. 29.

[5] *Ibidem*, p. 15.

[6] KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, SAFE, 1986, p. 08.

[7] *Ibidem*, p. 09.

[8] SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira, UnB, 1997, p. 45.

[9] STRECK, L. O (pos-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 7, 2010 p. 16-17.

respectivamente, àquilo que se entende por direito natural e por direito positivo. Segundo a tradição romana, o primeiro identificava-se por representar a naturalis ratio, enquanto o segundo, caracterizava-se por ser a representação do populus. Em decorrência disso, fora estabelecido que o direito positivo advinha de um povo. Já o direito natural, identificado por uma naturalis ratio, explicitava-se a partir da inexistência de limite-mensuração, da vinculação à imutabilidade (aspecto temporal) e da percepção estagnada[10] de direito.

Ocorrera, também, a distinção acerca de direito natural e direito positivo realizada pelo pensamento medieval. "[...] O primeiro uso da fórmula jus positivum se encontra num filósofo medieval, em fins do século XI, e precisamente, em Abelardo (segundo investigações anteriores de Kantarowicz, ao contrário, acreditava-se que o primeiro uso de tal termo adviesse de Damaso, no século XII; e é provável que pesquisas mais acuradas permitissem remontar tal uso ainda anteriormente a Abelardo)[11]". Nessa quadra da história, o direito positivo era compreendido como algo construído pelo homem. Por outro lado, a definição atribuída ao direito natural era diversa, pois esse direito não era produzido pelo homem, mas sim por algo que transcendia ao próprio homem, considerando, assim, a própria natureza ou, melhor, o próprio Deus como criador[12] de um direito.

De acordo com essa distinção e com base na denominação construída a partir do pensamento filosófico de Santo Tomás, o direito positivo denominava-se de "lex humana" e o direito natural, enquanto concepção divina, de "lex naturalis". Essa diferenciação – humana e naturalis – se dava em função de que, para o autor, tanto a lex divina quanto a lex naturalis eram positivas. A lei positiva, segundo Santo Tomás, derivava, em determinadas situações, da lei natural. Dito de outro modo, há essa derivação, para ele, quando a lei humana estiver consubstanciada em pressupostos ditados pela lei natural. Por outro lado, quando se tratava da lei natural e da sua completa abstrativização, cabia ao direito positivo estabelecer como deveria, na prática, aplicar a lei[13].

Na concepção jusnaturalista de direito, juntamente com a definição de Hugo Grócio, fora estabelecida, no que se refere à terminologia direito positivo e direito natural, a conceituação moderna de maior relevância. Para Grócio o direito natural (jus naturale) era aquele determinado por Deus, pois, de acordo com esse filósofo, a natureza possuía um criador, atribuindo a esse criador uma origem divina. No entanto, o direito positivo (jus voluntarium), cuja origem adveio da busca por uma unidade comum, encontrara, no direito civil, como representação da vontade derivada de um poder, a associação entre Estado e homens livres. Além

---

[10] Enquanto, pois, o direito natural permanece imutável no tempo, a positivo muda (assim como no espaço) também no tempo, uma norma pode ser anulada ou mudada seja por costume (costume ab-rogativo) seja por efeito de uma outra lei. BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 18.

[11] *Ibidem*, p. 19.

[12] Essa distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritores medievais: teólogos, filosóficos, canonistas. Na Summa theologica (I, a II. ae, q. 90) de Santo Tomás, por exemplo, há uma extensíssima dissertação relativa aos diferentes tipos de lei. O autor distingue quatro, a saber: a "*lex aeterna*", a *lex naturalis*, a *lex humana* e a "*lex divina*". *Ibidem*, p. 19-20.

[13] A *lex humana*, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valor, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, per *conclusionem ou per determinationem*. A) Tem-se derivação por *conclusionem* quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo): por exemplo, a norma positiva impeditiva do falso testemunho deduz-se da lei natural segundo a qual é preciso dizer a verdade; B) tem-se a derivação *per determinationem* quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada: por exemplo, a lei natural estabelece que os delitos devem ser punidos, mas a determinação da medida e do modo da punição é feita pela lei humana. É essencialmente em relação a esta segunda categoria que Santo Tomás afirma ter a lei humana vigor apenas por força do legislador que a põe ("vigorem legis ex sola lege humana"). *Ibidem*, p. 20.

disso, para Grócio, o Estado seria apenas uma das formas possíveis para se instituir o direito voluntário, ou seja, segundo ele, a família, como direito familiar ou paterno e a comunidade internacional, compreendida como direito de regulação dos Estados e dos povos, representavam, assim como o Estado, instituições que poderiam estabelecer[14] o direito positivo.

Portanto, a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo, especificamente no final do século XVIII, determinara o nascedouro do Positivismo Jurídico. "Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos [...][15]" Diametralmente oposto ao direito natural, o direito positivo se fez representar pelo conjunto legal produzido, fundamentalmente, a partir da declaração de vontade do legislador. E foi assim, ao falar-se em definição, que surgira, ao mesmo tempo, a principal diferença entre ambas as correntes: direito natural é aquilo que, aprioristicamente, já se encontra estabelecido (dado), enquanto que direito positivo necessita, imprescindivelmente, de uma decisão advinda, sobretudo, do legislativo.

Os pressupostos históricos que condicionaram o nascimento do positivismo jurídico, em meio à discussão entre direito positivo e direito natural, proporcionaram a desconsideração de direito natural como direito em sentido próprio. Por isso, se passou a considerar, a partir desse cenário, o termo direito como direito positivo, ou seja, no final do século XVIII, ocorrera, com o surgimento do positivismo jurídico, a substituição e, por consequência, a redução de todo o direito a direito positivo. Dessa maneira, analisar a passagem da concepção jusnaturalista para a positivista remete também à compreensão do Estado enquanto construção moderna e como marco sucessório daquilo que se entendia por medievo.

As características que perfilaram a sociedade medieval condicionaram a produção jurídica à pluralidade e à descentralização como representações desse modelo social. Por outro lado e em contraposição a esse modo de regulação, o surgimento do Estado moderno, construído a partir da ideia de unidade e de concentração de poderes, identificou-se por meio do controle-monopólio da produção jurídica. No entanto, inicialmente, coube à sociedade a produção do direito, pois, o Estado, ainda primitivo, atribuiu ao juiz a resolução das controvérsias surgidas socialmente. Neste sentido, em razão da função exercida pelo juiz juntamente com a sua importância em relação às modificações-transformações que se sucederam, direito não-estatal e direito estatal, se tornou possível vislumbrar a diferença entre a tradição dualista de direito (positivo e natural) e a tradição monista (direito positivo).

Ademais, anteriormente à formação do Estado moderno, o juiz, enquanto responsável pela resolução das problemáticas advindas da sociedade, possuía certa liberdade no que tange à escolha da norma necessária para resolver a situação apresentada. Com isso, estava à sua disposição, para dirimir os conflitos, as regras costumeiras, bem como aquelas elaboradas pelos juristas. Ao mesmo tempo, somou-se a isso, ou seja, como mecanismo de escolha do juiz, critérios meramente equitativos que eram extraídos, sobretudo, dos princípios de direito natural.

---

[14] Observamos, porém, que segundo Grócio o Estado é apenas uma das três instituições que podem pôr o "direito voluntário"; as outras duas são, a primeira, inferior ao Estado, a família, que enseja o direito familiar ou paterno (também Aristóteles falava do "dispotikón díkaion", que se poderia traduzir como "direito patronal", enquanto direito posto pelo chefe da comunidade familiar); a outra instituição, superior ao Estado, é a comunidade internacional que põe o *jus gentium*, entendido não no sentido (que vimos anteriormente) de direito comum a todas as pessoas, mas no sentido de jus inter gentes (isto é, direito que regula as relações entre os povos ou os Estados). BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 21.

[15] *Ibidem*.

Todavia, a transformação que se sucedera atrelou o juiz aos ditames do Estado e, consequentemente, a partir disso, ocorrera, paulatinamente, a incorporação do juiz como titular do poder judiciário. Assim, por força do Estado-Legislativo, se impôs ao judiciário, em detrimento das normas consuetudinárias e do direito natural, as regras proferidas pelo legislativo. "As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível [...][16]". Por isso, com a formação do Estado e também por meio da segurança que a regulação estatal passou a fornecer para a sociedade, o direito positivo, como direito construído pelo legislativo, consubstanciou-se no único direito, é dizer, naquele posto pelo Estado.

De fato, o direito romano, a começar por Justiniano, influenciou fundamentalmente na unicidade do regramento estatal. Com a criação do *Corpus juris civilis* as normas advindas do direito romano despiram-se do caráter iminentemente social, para com isso validarem-se na vontade do príncipe. Por isso, "no desenvolvimento histórico sucessivo considera-se o direito romano como um direito imposto pelo Estado (ou, mais precisamente, pelo Imperador Justiniano)[17]". Consequentemente, a monopolização da produção jurídica esteve umbilicalmente ligada à formação do Estado absoluto, de modo que, historicamente, tornara possível, por meio das codificações, entre o final do século XVIII e início do século XIX, a consolidação do positivismo jurídico propriamente dito.

Para compreender a história do positivismo jurídico faz-se necessário analisar brevemente o desenvolvimento do direito a partir de outras tradições. Na Inglaterra, em que pese a pouca influência do direito comum romano, ocorreu a contraposição entre common law e statute law. Nessa tradição, o direito estatutário assumia uma posição de inferioridade em relação ao direito comum, pois, a prevalência do primeiro se dava à medida em que não contrariasse as normas comuns. Neste sentido, a common law[18] apresentava-se como um direito consuetudinário, cuja origem, remetia para aquilo que derivava das relações sociais. Esse modelo normativo, posteriormente, transformou-se em um direito de elaboração judiciária.

Em contrapartida, o direito estatutário, caracterizado por ser um produto do poder do soberano juntamente com o poder do parlamento, era limitado pelos pressupostos da common law. Essa limitação advinha, necessariamente, da separação dos poderes, isto é, a monarquia inglesa, apesar de exercer a jurisdição por meio de juízes escolhidos, restringia-se à common law no que tange à aplicação de seus poderes, uma vez que "na Inglaterra fora desenvolvida a separação dos poderes (transferida depois na Europa graças à teorização executada por Montesquieu) e porque tal país é a pátria do liberalismo (entendido como a doutrina dos limites jurídicos do poder do Estado)[19]".

A codificação como produto do iluminismo e fundamentalmente como resultado de uma formulação liberal de Estado, derivara, em que pese a passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal, de uma reformulação no que refere à institucionalização do poder. Entretanto, a concepção liberal, ao recepcionar a ideia absolutista relacionada à plenitude e exclusividade[20] do legislador como detentor do

---

[16] BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 29.

[17] *Ibidem*, p. 30.

[18] A unidade política da Grã-Bretanha (com exceção da Escócia) realizada por Guilherme, o Conquistador, teve como consequência direta também a unificação do direito. Esse direito unificado foi chamado "direito comum", Common Law, porque substituía os direitos particulares anteriormente em vigor. S.F.C. Milsom inicia com estas palavras a sua história do direito inglês: "O Common Law é o subproduto de um triunfo administrativo". LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Martins Fontes, 2007, p. 324.

[19] BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 33.

[20] Por um lado, de fato, tal teoria elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, que é o aspecto absolutista. Mas tal eliminação dos

monopólio jurídico (onipotência do legislador), buscara restringir a ocorrência de arbitrariedades por parte desse legislador. Isto porque a corrente liberal adotara a doutrina da separação dos poderes como representação de um governo subordinado[21] à lei.

Como precursor da lógica estatal de direito, Montesquieu, ao teorizar a doutrina da separação dos poderes, possibilitou a redução da atuação do juiz à mera reprodução legal, ou seja, para ele, essa subordinação garantiria segurança ao direito e, consequentemente, possibilitaria ao cidadão conduzir-se a partir da lei. Essa restrição impedia, como consolidação do poder estatal, a modificação da lei por parte do poder judiciário. Da mesma forma, Beccaria, também como precursor de um direito estatal, elaborou o princípio da estrita legalidade do direito penal. Assim, ao condicionar o juiz, esse princípio tornou a limitar o magistrado no que diz respeito à aplicação da pena. Dito de outro modo, o juiz não poderia interpretar, pois, segundo o autor, essa interpretação daria sentido adverso àquele construído pelo legislador.

Essas reformulações caracterizaram-se por representar as inovações iluministas, assim como a transformação moderna (direito) que adveio a partir desse ideal. "Com o Iluminismo, começa a época moderna do direito: a interrupção da continuidade jurídica precedente é claramente expressa pela polêmica contra o direito romano, que caracterizou o debate do século XVIII e teve como efeito prático a substituição desse direito pelas novas codificações europeias[22]". Dessa forma, as modificações que se sucederam produziram diferenciações no cenário da época, pois, à medida em que o direito romano ainda regulava essa realidade, progressivamente à sua inovação, é que se possibilitou vislumbrar verdadeiras transformações no cenário jurídico.

Apesar de se tratar da consolidação do paradigma estatal, se pode dizer que, de certa forma, em razão das lacunas jurídicas, estas consubstanciadas pela ideia de direito natural como complemento à limitação advinda das leis gerais, persistira a influência jusnaturalista, passando-se a utilizar a lei natural como subsidiária da lei positiva. "Essa concepção do direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo sobrevive até o período das codificações, e mais, tem uma extrema propagação na própria codificação[23]".

2. As Escolas do Direito: a tradição alemã, francesa, inglesa e o Positivismo Normativista Kelseniano

O Positivismo Jurídico na Alemanha amoldou-se, em decorrência da discussão entre racionalismo e Historicismo, à ideia de dessacralização do direito natural. A Escola História do Direito, cuja origem remonta ao final do século XVIII e início do século XIX, possibilitou o surgimento do positivismo jurídico no país germânico. Por isso, para discorrer acerca do positivismo jurídico em território

---

poderes intermediários possuir também um aspecto liberal, porque garanto o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes: a liberdade do juiz de pôr normas extraindo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário. *Ibidem*, p. 38.

[21] Para impedir as arbitrariedades do legislador, o pensamento liberal investigou alguns expedientes constitucionais, dos quais os principais são dois: a) *a separação dos poderes*, pela qual o poder legislativo não é atribuído ao "príncipe" (isto é, ao poder executivo), mas a um colegiado que age junto a ele, com a consequência de que o governo fica subordinado à lei; b) a representatividade, pela qual o poder legislativo não é mais expressão de uma restrita oligarquia, mas da nação inteira, mediante a técnica da representação política: sendo assim o poder exercido por todo o povo (ainda que não seja diretamente, mas através de seus representantes), é provável que seja também exercitado não arbitrariamente, mas para o bem do próprio povo. *Ibidem*, p. 39.

[22] LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Martins Fontes, 2007, p. 07.

[23] BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 44.

alemão torna-se de fundamental importância analisar as características do historicismo como movimento de ruptura em um cenário impulsionado pela Revolução Francesa. Esse movimento, por assim dizer, defendia que a história construía-se à medida em que o homem diferenciava-se em relação à cultura, à língua e, principalmente, aos costumes. Em decorrência disso, institucionalizava-se a crítica adstrita ao Iluminismo e necessariamente à defesa da codificação como instrumento abstrato e a-histórico.

Também, como crítica ao Iluminismo e consequentemente ao que surgia dessa Revolução, ou seja, a interpretação racional da história, o historicismo se contrapôs ao surgimento do Estado como decisão (contrato social) umbilicalmente atrelada à razão e vinculada à correção das intempéries advindas do estado de natureza. Da mesma forma, era possível traçar um paralelo no que refere à razão e à história. Enquanto o Iluminismo considerava a razão como instrumento capaz de transformar dada realidade, o Historicismo, atrelado ao pessimismo antropológico, defendia a incapacidade humana – compreensão histórica – de melhorar o mundo. Além disso, o culto ao passado, juntamente com a referência dessa escola à Idade Média como ápice civilizacional, contrastou, profundamente, com as concepções iluministas revolucionárias e contrárias à tradição[24].

Além disso, no movimento historicista e fundamentalmente no decorrer do momento histórico em que toda essa transformação se sucedera, ocorrera um embate entre as posições defendidas por Savigny e as sustentadas por Thibaut. Para Savigny, a individualidade-variedade do homem, a irracionalidade das forças históricas e o pessimismo antropológico, associado ao amor pelo passado, e o sentido de tradição perfaziam a diversidade e a pluralidade do direito encontradas em cada comunidade. Com isso, havia no direito uma relação irracional com relação à existência do justo e do injusto, ou seja, esse sentimento estaria, segundo Savigny[25], atrelado à condição do homem como sujeito histórico e vinculado a um determinado lugar. Negar a história e romper com a tradição, concepção defendida pelos iluministas, reduziria o direito a uma fórmula matemática e cartesiana.

A crítica do historicismo dirigida à codificação está relacionada, sobretudo, ao direito legislado. Dito de outra forma, como construção interna, não deveria estar, o direito, vinculado a uma construção arbitrária e casuística, mas sim, conectado a um desenvolvimento orgânico, de modo a surgir, desse movimento, uma consciência – histórica – comum do povo. Por isso, desconsiderar a história, seria desconsiderar a historicidade como princípio edificante do próprio ser, além de negar que o "passado não teria apenas o valor pedagógico de uma experiência feita, mas um autêntico valor ontológico[26]".

Entretanto, para isso, a diferenciação-conjunção[27] entre o elemento político e o elemento material se consubstanciaria na comunidade e também no direito

---

[24] Também está posição historicista é antitética à dos iluministas, os quais desprezavam a tradição. Para estes era suspeito aquilo que os homens repetiam mecanicamente, pela simples força da inércia, e desejavam que o homem aplicasse o seu espírito inovador para reformar as instituições e os costumes sociais adequando-os às exigências da razão (basta recordar a polêmica de Voltaire contra as superstições). BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, Ícone, 2006, p. 51.

[25] Disse-o, aliás expressamente Savigny: a história de um povo não é só <<uma coleção de exemplo ético-políticos>> antes <<cada época (é) a continuação e o desenvolvimento de todos os tempos passados>>, já que, se cada elemento individual teria de ser sempre considerado <<como membro de um todo superior>>, também cada época só poderia ser compreendida no todo da história de que fazia parte; e daí a conclusão fundamental de que <<a história não é uma mera coleção de exemplos, mas o único caminho para o conhecimento verdadeiro da nossa própria situação>> (Uber den Zweck, 4). NEVES, A. C. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, 2, Coimbra Editora, 1995, p. 207-208.

[26] *Ibidem*, p. 207.

[27] Daí também a distinção entre <<o elemento político>> (decerto em referência à *polis* e não a política) – o elemento material que traduz <<a conexão em que o direito se encontra com a vida geral do povo>> – o <<elemento técnico>> – <<a vida científica do direito>>

construído historicamente por um povo, ou seja, na consciência jurídica do povo (como formadora), juntamente com o jurista (detentor da vontade comum). Dito isso, torna-se de fulcral importância explicitar que, apesar da Escola Histórica defender uma formação histórica do direito, não defendia, ao mesmo tempo, a exclusão dogmática para esse direito. Nesse sentido, por meio da dimensão histórica "devia concorrer uma dimensão <<*sistemático-filosófica*>> (v. Savigny, *Juristische Methodonlehre*, p. p.; G. Wesenburg, 17, 31, ss., 35, ss.) – a dimensão verdadeiramente científica que a dogmática jurídica haveria de realizar, já que pela sistematicidade definia também a escola histórica a cientificidade[28]".

Por outro lado, Thibaut sustentava que, em decorrência da inexistência de precisão e de perfeição formal, seria de imprescindível a construção de um ordenamento jurídico geral, que se consubstanciasse, fundamentalmente, em um código. Para ele, juntamente com as vantagens advindas de uma codificação tanto para os juízes quanto para os estudiosos, "a codificação, por outro lado, traria também algumas vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação da Alemanha[29]". Essa ruptura de Thibaut com a Escola Histórica proporcionou um alinhamento[30] para com os ideais iluministas, ou seja, esse desvirtuamento explicitou que as características locais não eram necessariamente naturais, pois, decorrentes da vontade dos príncipes, se tratavam de imposições meramente artificiais.

Assim, a Escola Histórica como precursora do positivismo jurídico na Alemanha produziu uma crítica contundente aos valores iluministas. Dessa forma, relegou o direito natural em detrimento do direito consuetudinário, uma vez que compreendera que o direito, advindo dos costumes, representava a realidade histórica, social e, fundamentalmente, o Volksgeist. No entanto, do debate entre Savigny e Thibaut adviera a prevalência da posição de Thibaut, de modo que a Escola Histórica tornou a relegar o método histórico em razão da exigência do método científico. A partir disso, ao abandonar a defesa das ideias jusnaturalista nas vestes iluministas, se passou a buscar, segundo Thibaut, um raciocínio lógico-sistemático na interpretação jurídica, é dizer, tornou-se imprescindível realizar uma inter-relação com as outras normas.

Com isso, Thibaut assumiu uma posição de defesa no que tange à interpretação filosófica (lógico-sistemática) que, para ele, integrava a interpretação histórica. Neste sentido, não era possível, a partir desse pensamento, defender ou, até mesmo, fazer ressurgir o jusnaturalismo, mas, de fato, para ele, era possível construir um sistema de direito positivo[31]. Portanto, o pensamento de Thibaut (positivismo científico), juntamente com a obra de Heise, representou "os primórdios daquela escola alemã que, na primeira metade do século XIX,

---

(Vom Beruf, §8). E se se exigia para este <<duplo princípio vital>> uma articulação de <<um modo perfeitamente orgânico>> (ibid.), a verdade é que nestes termos a escola histórica atribuía aos juristas (<<o portador e sabedor do espírito do povo é o jurista erudito>>, DAHM, 122), e não podia assim deixar de reconhecer-se que o direito resultaria fundamentalmente da sua elaboração doutrinal: seria sobretudo Juristenrechet (PUCHTA) ou antes Wissenschaftlithes Recht (SAVIGNY), e a Rechtswissenschaft acabava por surgir como a decisiva fonte da sua determinação e produção. *Ibidem*, p. 210-211.

[28] *Ibidem*, p. 211.

[29] BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 59.

[30] A inspiração iluminista de Thibaut pode ser vista claramente nas últimas páginas de seu escrito, onde ele entra numa polêmica contra a excessiva reverência para com a tradição, afirmando que o homem não deve ser súcubo dela, devendo sim superá-la e renová-la. BOBBIO, N. *Ibidem*, p. 60.

[31] Na Alemanha, a polêmica da Escola histórica do direito contra a codificação surge precisamente do fato de que os Estados germânicos, pátria da reação, não podiam aceitar uma codificação de tipo francês, expressão jurídica da nova ordem social nascida da Revolução Francesa de 1789. Contudo, todo o debate se concluiu com a entrada em vigor do código civil alemão de 1900, tardia consolidação jurídica de uma tardia revolução burguesa. LOSANO, M. G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, Martins Fontes, 2007, p. 59.

sistematizou cientificamente o direito comum vigente na Alemanha, levando este o nome de 'escola pandectista'[32]".

A história do positivismo jurídico na França e, por consequência, da codificação, remonta à vigência, em 1804, do Código de Napoleão. As bases dessa codificação, construídas por concepções iluministas, nasceram por meio de uma cultura racionalista impulsionada, sobretudo, pelo acontecer da Revolução Francesa. Por isso, a ideia de legislador universal, juntamente com a possibilidade de unificação do direito, norteou a França, pois, neste período, a sociedade francesa desfrutava de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos que se definiam a partir de um dado território. Neste sentido, a divisão jurídica se dava através de duas formas: na parte setentrional, vigia o direito costumeiro e na meridional o direito comum romano. Dessa maneira, para os iluministas, o direito deveria abandonar a arbitrariedade contida na construção histórica e, assim, estabelecer um ordenamento jurídico imutável, de modo a ocorrer um retorno à natureza, sendo este retorno consubstanciado pela universalidade do homem[33].

Inicialmente, o projeto de codificação surgiu com base em pressupostos jusnaturalistas. A elaboração do Código Civil, cuja inspiração desvinculou-se do iluminismo e do jusnaturalismo, buscou, no direito romano comum, uma roupagem definitiva em 1804. Em consequência disso, o Código de Napoleão, como ruptura e, ao mesmo tempo, como construtor de uma nova tradição jurídica, proporcionou, no artigo 4º, uma abstração que poderia impor ao juiz, no que diz respeito ao julgamento, inúmeras dificuldades relativas à obscuridade, à insuficiência e também ao silêncio da lei. Para resolver essa problemática, a solução adotada pelo positivismo jurídico se vinculou na ideia de onipotência do legislador, bem como da organicidade-completude do ordenamento jurídico, adotando, fundamentalmente, a premissa da individualização dos casos de acordo com a interpretação contida nos princípios basilares dessa codificação (onipotência e completude).

Em contrapartida, para os redatores do Código, deveria ser permitida a livre interpretação[34] do direito pelo juiz. Dito de outra forma, segundo os cultores dessa possibilidade, a redução drástica da lei, em decorrência da sobreposição do princípio da onipotência do legislador e da completude do ordenamento jurídico, tornaria o juiz servo da Lei e, sobretudo, conduziria o Estado ao estabelecimento de um despotismo capitaneado pela codificação. Além disso, se defendia, para a viabilidade dessa proposta, a liberdade do juiz no que se refere à escolha dos melhores critérios, advindos da Lei, mas consubstanciados na doutrina e, principalmente, em um conjunto de decisões anteriores. Por isso, "a integração da lei deve acontecer, prossegue Portalis, recorrendo-se ao juízo de equidade, com referência ao qual ele afirma (polemizando com aqueles que querem que as

---

[32] BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 57.

[33] [...] Tal postura tem a sua mais peculiar expressão em Rousseau, que em sua obra-prima, o Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, considerou a civilização e os seus costumes como a causa da corrupção do homem que é "naturalmente bom". Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas. Dissemos anteriormente que, segundo esses juristas racionalistas, sendo a natureza das coisas simples e unitária, também o direito devia ser como tal: insistiram sobretudo na simplicidade, até transformar esta vigência num mito propriamente dito. O mote deles é: poucas leis. A multiplicidade das leis é fruto da corrupção. *Ibidem*, p. 65-66.

[34] A ratio do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era a de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emanada de um grupo para combater um outro. *Ibidem*, p. 77.

decisões do juiz, não só em matéria penal como também civil, sejam sempre baseadas numa lei, já que a equidade é subjetiva e arbitrária[35]".

No entanto, se ignorou essas reivindicações e se estabeleceu, por meio do artigo 4º, a vinculação da interpretação com base nos pressupostos advindos da onipotência do legislador e da completude do ordenamento. Dessa maneira, esse modo de compreender o artigo em questão fora utilizado como argumento primordial para a institucionalização da Escola da Exegese que, efetivamente, tornou a limitar a interpretação da lei a partir de um a priori, ou seja, da codificação como representação do princípio da autoridade, da certeza do direito e da separação dos poderes juntamente com a natureza política[36] do regime vigente neste estágio societário. Assim, torna-se necessário, para analisar a Escola da Exegese[37], explicitar os três períodos referentes à sua vigência. A primeira fase, denominada de instauração, se iniciou em 1804 e perdurou até 1830. Enquanto que a fase posterior, chamada de apogeu, vigeu de 1830 a 1880 e, por fim, a terceira fase, isto é, o declínio, se estendeu de 1880 a 1900.

No que diz respeito à codificação, a sua funcionalidade permitiu resolver boa parte das controvérsias apresentadas. Em consequência disso, para os operadores do direito, o código representou certa simplicidade referente à resolução das demandas surgidas, ou seja, à medida que desprezava a doutrina, a jurisprudência e o costume, a adoção de uma sistemática interpretativa atrelada ao código mecanizou a atividade jurídica e, ao mesmo tempo, por meio do princípio da certeza, assegurou uma exatidão-segurança à sociedade. Também, como pressuposto basilar dessa Escola, a ideia de autoridade, juntamente com a codificação, transmitira segurança aos profissionais do direito, pois, esse instrumento, delineou-se a partir de uma concepção soberana e, por isso, exercia, fundamentalmente, uma autoridade (vontade do legislador). Outra condição para o surgimento da Escola da Exegese fora a adoção da separação dos poderes como alinhamento ideológico e constituinte do Estado Moderno (Executivo, Legislativo e Judiciário). Da mesma forma e, em razão do regime napoleônico, a natureza política também influenciou no surgimento dessa Escola.

Dessa forma, a Escola da Exegese se caracterizou a partir da inversão das relações entre direito natural e direito positivo, da rigidez do direito, bem como da interpretação vinculada na intenção do legislador e do culto ao texto legal. Dito de outra forma, "que tanto é dizer: um código que recusava a história e que, na sua axiomática racionalidade, se bastaria a si próprio[38]". Inicialmente, a legislação que surgiu durante a Revolução Francesa se inspirou no jusnaturalismo. Posterior a esse acontecimento (pós-Revolução), o jusnaturalismo passou a ocupar apenas o

---

[35] BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, Ícone, 2006, p. 76.

[36] É representado pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito (as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas Escolas centrais por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em Escolas de Direito e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas), a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou perigosas, aos olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário). *Ibidem*, p. 81.

[37] Os participantes da E.E. foram sobretudo autores de comentários, obras de exposição, interpretação e explicação dos códigos e pela própria ordem destes – seguindo-os de artigo por artigo, se commentaires em sentido estrito; mediante divisões em livros, títulos, capítulos, secções, se tomavam a designação de traités. E sendo a maioria deles professores das Faculdades de Direito – a E.E. foi também uma escola universitária –, o seu ensino era o mesmo tipo, exegético-analítico, dirigido apenas ao estudo dos códigos numa explicação comentarista, segundo o seu sistema e na sucessão dos seus artigos. Pode dizer-se que a E.E. estava toda ela caracterizada, com verdade e como que paradigmaticamente, na declaração de Bougnet: <<Je ne connais pas le Droit civil, je n'enseigne que le code de Napoléon>>. NEVES, A. C. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, 2, Coimbra Editora, 1995, p. 190.

[38] *Ibidem*, p. 183.

viés filosófico, pois fora substituído pelo legalismo que, fundamentalmente, passou a ditar a relação de exclusividade entre direito e lei. Essa exclusividade, ou seja, o conteúdo da lei como único critério jurídico, negou validade para outros critérios que não estivessem estritamente contidos na lei. Por isso, se passou a defender que "a lei é não só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo [...] [39]".

Ademais, a ideia de suficiência contida na lei expressava, diferentemente da concepção de exclusividade, a solução – no próprio código – para todas as controvérsias jurídicas. "E em que teremos de ver, por sua vez, a concepção do sistema jurídico-legal que era a própria E.E.: esse sistema seria para ela um sistema completo e fechado[40]", uma vez que, por meio da promulgação do Código Civil e necessariamente do artigo 4º desse diploma, se passou definitivamente a atribuir a característica da suficiência[41] à lei (Código). "Estava-se perante um sistema que se definia e subsistia em si, e não num diálogo problemático-normativo com a realidade social – um sistema axiomático, numa palavra, diretamente inspirado, como se já disse, no racionalismo sistemático do jusnaturalismo (v. também neste sentido, *Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 6; Privatrechtgechichte der Neuzeit, 399*, ss.) e que a ideia de um código pleno repetia[42]".

O nascimento do positivismo jurídico na Inglaterra atrelou-se também à crítica realizada por Bentham referente ao sistema da common law, é dizer, à produção do direito via judiciário. Para ele existiam defeitos intrinsecamente contidos nessa modalidade de criação jurídica, tais como: a incerteza da common law, a retroatividade do direito comum, a sua não fundação no princípio da utilidade[43], juntamente com a inexistência de competência[44] em todos os campos regulados pelo direito e, por fim, a crítica de caráter político relativa à inexistência de controle popular (povo) em relação à produção jurídica por parte dos juízes. No que diz respeito à inexistência de certeza, a common law proporcionara um ambiente de insegurança[45] e, por isso, inviabilizara qualquer previsão condizente às consequências das condutas praticadas pelos cidadãos.

---

[39] NEVES, A. C. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros, 2, Coimbra Editora, 1995, p. 184.

[40] *Ibidem*, p. 185.

[41] O que importa agora acentuar é que só o facto de se admitir que uma solução nesse sentido fosse possível, em lugar de se aceitar que o sistema legal é insuficiente ou de possibilidades jurídicas limitadas para dar resposta a todos os problemas jurídicos concretos que a vida histórico-social põe ao direito – que a problemática jurídica da vida histórico-social supera um qualquer sistema normativo pré-constituído, e que, portanto, as lacunas assim manifestadas, posto se mantenha a proibição da denegação de justiça, haveriam de ser autónoma e constitutivamente preenchidas pelo juiz, como fora autorizado pela codificação iluminista pré-revolucionária, como veio a ser também posteriormente interpretado o mesmo art. 4 e hoje comumente se entende – confirma-nos só por si que o direito era pensado como um sistema racional que a sua própria racionalidade constituía e que na sua imanente e autodefinada racionalidade se fechava. *Ibidem*, p. 186.

[42] *Ibidem*.

[43] O terceiro defeito do direito comum é representado pelo fato de ele não ser fundado no princípio da utilidade. Enquanto o legislador pode criar um sistema completo de normas jurídicas, que se fundam em alguns princípios basilares (e, antes de mais nada, no princípio de utilidade), o juiz não pode seguir mas aplica (e cria) tal critério, o direito fundando-se numa regra preexistente, ou na analogia entre o caso que ele deve resolver e aquele disciplinado por uma sentença precedente. BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, Ícone, 2006, p. 98.

[44] O quarto defeito é representado pelo dever que um juiz tem de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, embora necessariamente lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito; este inconveniente é, em contrapartida, eliminado com a produção legislativa do direito, visto que a redação de códigos e leis é confiada a indivíduos ou a comissões dotados de competência específica. *Ibidem*, p. 99.

[45] O distinto grau de segurança do direito legislativo e do direito judiciário depende do fato de que enquanto é claramente estabelecida a fonte e, portanto, o autor do primeiro, não é

Da mesma forma, a retroatividade do direito comum, para Bentham, acontecia a partir do momento em que o juiz, diante de uma situação não amparada pelos precedentes, conclui a determinada situação com base em uma norma criada por ele mesmo. Neste sentido, essa norma possui uma eficácia retroativa, pois fora aplicada a uma prática comportamental anterior à sua criação. Dito de outra forma, cria-se a norma após o surgimento de dada demanda, passando esta norma a tutelar o passado. "Assim sendo, o direito comum viola uma exigência fundamental do pensamento jurídico liberal: a irretroatividade da lei (especialmente a penal), segundo a qual uma norma não deve ser aplicada a um fato sucedido antes da emissão dessa norma (visto que o cidadão não pode saber que uma lei posterior declarará ilegítimo o seu comportamento[46]".

No que se refere à crítica de caráter político, para Bentham, torna-se inviável ao povo controlar a produção do direito por parte dos juízes. Com isso, o autor defende a criação do direito pelo parlamento, pois, assim, seria possível controlar a criação jurídica e, sobretudo, estabelecer uma estreita vinculação do direito às necessidades (vontade) do povo. Logo, segundo Bentham e as suas ideias não populares, deveria ser realizado um concurso para a elaboração de um código. Esse código deveria consubstanciar-se em uma criação unitária, universal, coerente e simples. Neste contexto, para o autor, seriam quatro os requisitos básicos necessários à elaboração de um código: justificabilidade, utilidade, completitude e cognoscibilidade.

Assim, o princípio do utilitarismo, para ele, deveria proporcionar uma maior felicidade para um número maior de pessoas, isto é, o código, como instrumento imperativo e de caráter utilitário, deveria se converter em um mecanismo útil ao povo. Em relação à completitude, esse princípio se referia ao código como instrumento completo, pois, caso assim não fosse e vigorasse ainda as lacunas, se poderia, com isso, dar margem ao direito judiciário. Também, de acordo com essas premissas, o código deveria ser representado através de pressupostos claros e objetivos, tendo, como finalidade, proporcionar ao povo um maior conhecimento do conteúdo posto. "Para Bentham uma lei é uma lei não apenas porque é posta pela autoridade, mas também porque é posta devido a determinados motivos, racionalmente cognoscíveis. Esta motivação, observa o filósofo, é muito útil não só para os cidadãos, como também para os magistrados e para o ensino direito[47]".

Conjuntamente ao pensamento de Bentham, na Inglaterra, surgira, também, a compreensão do direito realizada por Austin. A concepção defendida por esse autor não negou por completo a juridicidade do direito criado pelos juízes. Todavia, ao atrelar o poder dos juízes à autoridade soberana, ele sustentou que a criação do direito, por parte destes, não representava a desvinculação do direito em relação ao Estado, uma vez que essa produção não desvincularia direito e Estado. "A distinção entre direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não-estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente[48]".

A partir dessa concepção, tornou-se possível explicitar que a distinção entre direito legislativo e direito judiciário não estaria vinculada às fontes do direito,

---

absolutamente possível individualizar a fonte e, portanto, o autor do segundo: pode-se, de fato, considerar o juiz como o autor da common law? Segundo Blackstone, o juiz está vinculado ao precedente, por ser este *rationabilis*. Mas, observa Bentham, o que é essa racionalidade (*rationabilitas*) com base na qual o juiz decide se adota ou rejeita um precedente? Não se trata de um critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio. Bentham também critica a ideologia com a qual os juízes disfarçam sua atividade criativa do direito. Pretendem, assim, se limitar a descobrir o "verdadeiro direito" que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes. *Ibidem,* p. 97.

[46] *Ibidem*, 98.

[47] *Ibidem*, p. 100.

[48] *Ibidem*, p. 109.

mas sim estaria adstrita ao modo de produção desse direito. Enquanto o direito legislativo se fazia representar por normas abstratas e gerais, o direito judiciário, contrariamente, constituía-se por meio de normas específicas-particulares que, necessariamente, deveriam regular uma determinada situação. Diante disso, Austin passara a sustentar algumas objeções relativas ao modo pelo qual se produzia o direito. Para ele o direito produzido pelo judiciário caracterizava-se também por expressar uma maior dificuldade no que se refere à disponibilidade do conhecimento-informação. Da mesma forma, para o autor, o direito construído pelo judiciário possuía, como característica, uma menor ponderação, pois, em comparação com o direito legislativo, era produzido de forma mais apressada.

Outra característica criticada por Bentham e, necessariamente, recuperada por Austin, era a produção normativa com a eficácia retroativa, ou seja, após o fato, o juiz poderia criar determinada norma para regular essa situação. O direito judiciário caracterizava-se pela vagueza e pela incoerência comparado ao direito legislativo. Essa contraposição ocorria, de acordo com Austin, em decorrência da quantidade de documentos existente no direito judiciário, assim como pela dificuldade de se produzir, em relação aos casos apresentados, uma norma de caráter geral. Além disso, o autor se referira à problemática existente em relação à certificação da validade das normas criadas pelo judiciário. "Para o direito legislativo, segundo Austin, o problema não apresenta dificuldade, visto que vigora o critério segundo o qual é válida a norma emanada pelo órgão legislativo; mas tal critério não pode ser aplicado ao direito judiciário e, por conseguinte, não é possível afirmar a validade da norma emanada por um juiz [...][49]".

Ademais, a dificuldade advinda da compreensão do direito produzido pelo judiciário, levou Austin a explicitar que, para o entendimento desse direito, fazia-se necessária a realização de um trabalho de abstração ou de indução, porquanto que somente assim seria possível construir uma norma geral. Ainda, dentre as críticas produzidos pelo autor, estaria a questão da autossuficiência do direito judiciário, ou seja, "o direito judiciário não é jamais auto-suficiente, necessitando sempre ser 'remendado' aqui e ali com normas legislativas, determinando assim a existência de um ordenamento jurídico híbrido, no qual se acham justapostos dos sistemas normativos diferentes mal amalgamados [...][50]".

Dito isso, para se proceder à codificação, seria necessário não apenas um conjunto de leis, mas sim, uma reformulação coerente e unitária de todo o direito vigente em determinada sociedade. Também, se deveria, ao mesmo tempo, inovar no que tange à forma. Ao reconhecer a incompletude do código, Austin defende que, ainda assim, mesmo possuindo lacunas, o código era menos incompleto do que o direito judiciário. Da mesma forma, para ele, "a completitude do código não consiste em disciplinar todos os casos individualmente considerados, mas em estabelecer normas, cada uma delas aplicável a toda uma categoria de casos (em linguagem moderna, diremos que a norma alcança um *fatti specie* abstrato)[51]". Quanto à inalterabilidade, Austin defendia que o direito judiciário, consubstanciado por um sistema de precedentes, se tornaria mais inalterável do que o direito legislativo, pois a produção judiciária do direito se fundava, substancialmente, em uma época anterior, de modo a continuar a viger em um ambiente social não mais correlato à sua criação.

Neste sentido, o autor também elucidou sobre a rigidez do direito codificado. Para ele essa rigidez não seria "um inconveniente, mas uma vantagem, já que a excessiva maleabilidade determina a insegurança jurídica, posto que o direito pode ser mais facilmente alterado[52]". Por fim, Austin ainda defende a codificação como mecanismo destinado à correção dos equívocos e ambiguidades, de modo que a codificação representaria uma elevação da técnica profissional e da

---

[49] BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, Ícone, 2006, p. 111.
[50] *Ibidem*, p. 112.
[51] *Ibidem*, p. 115.
[52] *Ibidem*.

ética, pois eliminaria os rábulas e possibilitaria o ingresso de intelectuais e de pessoas moralmente bem intencionadas. Diferentemente de Bentham, Austin explicitava que a realização da codificação não deveria, de maneira alguma, se consubstanciar em trabalho de uma única pessoa. A codificação deveria, segundo ele, se respaldar em um amplo conhecimento, uma vez que essa sistemática deveria abarcar toda uma realidade socialmente estabelecida.

Por isso, o autor organizou uma fórmula que promoveria, em um plano intermediário, uma dada solução. "O projeto deve ser redigido por uma só pessoa, mas posteriormente será reexaminado por uma comissão, que providenciará as correções e a integração que se fizerem necessárias[53]". Assim, como produto dessa construção, o código, para Austin, deveria tornar-se acessível apenas aos juristas. Assim, justificativa apresentada estava adstrita à ideia de simplificação, ou seja, um código de fácil acesso seria, na verdade, um mecanismo simplificado e passível de contínuas reformas.

Inicialmente, no século XX, alguns pensadores-cientistas buscaram pesquisar, novamente, os métodos contrários à lógica metafísica. Sob a denominação de neopositivistas e, a partir do Círculo de Viena, cultivaram as heranças positivistas referentes a Ernst Mach, à "[...] lógica matemática e à análise da linguagem[54]". Em consequência disso, como característica fundamental da análise realizada por esse círculo, estaria a linguagem, afastada da metafísica sem sentido, como base científica destinada a unificar as ciências da natureza com as ciências da cultura. "Esse é o pensamento que permeia Der logische Aufbau der Welt, publicado por Carnap em 1928, e que Neurath incansavelmente promove. Logo Carnap se afastou dessa concepção, ao que o Círculo de Viena sofria a influência cada vez maior da lógica matemática de Gottlob Frege (1848-1925) e do pensamento de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) e de Bertrand Russel (1872-1972)[55]".

Também, em função das reviravoltas ocasionadas em função da Segunda Guerra Mundial, alguns cientistas rumaram para outros países. Assim, sob a influência do Círculo de Viena, o neopositivismo acabou por delinear, por meio da lógica formal, um pensamento que se tornou conhecido como Filosofia Analítica do Direito. Com isso, "a partir de 1970, a teoria da ciência, proposta pelo Círculo de Viena, encontrou acolhida entre os filósofos do direito interessados em construir uma teoria que tivesse como objeto a globalidade do fenômeno jurídico". (LOSANO, 2010, p. 32) Por outras palavras, o Positivismo Lógico se inspirou, por assim dizer, em um ideal científico que "não pode ser confundido com o positivismo legislativo ou jurídico[56]".

A Teoria Pura[57] do Direito de Kelsen pretendeu construir uma Ciência Jurídica a partir dos moldes epistemológicos da Ciência Básica. Dito de outra forma, "a ciência jurídica procura apreender o seu objeto 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica[58]".

Em contrapartida, para Weber, referenciado por uma compreensão culturalista e hermenêutica, a ciência funciona como uma espécie de tipo ideal, uma estilização da realidade influenciada por Dilthey, Marx, Nietzsche e Kant,

---

[53] BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito, Ícone, 2006, p. 117.

[54] LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 30.

[55] *Ibidem*, p. 32.

[56] *Ibidem*.

[57] A teoria pura do direito de Kelsen é a mais exaustiva descrição do sistema jurídico realizada em linguagem natural e pode ser considerada o ponto de chegada da concepção sistemática do século XX. Visto que a de Kelsen foi provavelmente a teoria mais influente do século XX [...]. *Ibidem*, p. 52.

[58] KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 79.

dentro da lógica da causalidade adequada. Já para Kelsen, a causalidade[59] é direta e ditada pela lógica da imputação paralelamente à compreensão do direito como ciência básica, legitimando-o dentro do modelo dedutivo e axiomático das verdades matemáticas auto-demonstráveis. "Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferentemente da causalidade, que podemos designar como imputação[60]".

A Ciência proposta por Kelsen possui características específicas. É dizer, a Teoria Pura do Direito fora consubstancia a partir de uma visão de mundo dualista, em uma divisão entre ser e dever ser. Há, na teoria kelseniana, variações contextuais referentes à utilização dos termos "monismo" e "dualismo". "Kelsen é monista na teoria da justiça e na do direito internacional[61]". Também, pode-se dizer que a Ciência proposta pelo autor buscou construir, com base em uma unidade, o seu objeto de estudo. O princípio da unidade, inserido nessa sistemática, representou, fundamentalmente, a influência do Círculo de Viena no pensamento de Hans Kelsen.

Em decorrência da ideia de unidade "[...] a teoria pura se apresenta, por isso, como uma construção unitária que dá conta de *todo* o mundo do direito, mas *somente* do mundo do direito[62]". A concepção de unidade do direito, para esta teoria, encontra-se vinculada, substancialmente, a uma Norma Fundamental, pois é dessa norma que deriva todo o ordenamento jurídico. A Norma Fundamental não é determinada pelo legislador, mas sim, por quem analisa o ordenamento. "[...] É uma norma pressuposta, mas não posta, e, como tal, é uma norma não conforme à definição kelseniana de norma[63]". Consequentemente, a Norma Fundamental representa, para a Teoria Pura do Direito, o centro de referência e de sustentação da unidade do ordenamento jurídico.

No que tange à validade[64], "a constituição é válida se a norma fundamental – que está fora do direito positivo – declara que essa constituição deve ser obedecida. Visto que para Kelsen a validade de uma norma de qualquer nível coincide com sua existência, o sistema kelseniano inteiro existe graças à norma fundamental [...][65]".

A Teoria Pura, influenciada a partir da formação de Kelsen como matemático e também como seguidor de Kant, buscou uma compreensão do objeto[66] da Ciência do Direito depurada, sobretudo, de fatores extrajurídicos inseridos na concepção de positivismo analítico traçado no interior do círculo de

---

[59] Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, o Direito – quer seja um Direito nacional ou Direito internacional –, é aplicado efetivamente um princípio que, embora análogo ao da causalidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica. A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto. KELSEN, H. Teoria Pura do Direito, WMF Martins Fontes, 2009, p. 86.

[60] *Ibidem*.

[61] LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 53.

[62] LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 54.

[63] *Ibidem*.

[64] [...] Aceita a noção de norma fundamental, o sistema inteiro descreve, admiravelmente, a estrutura do direito moderno ocidental; rejeitada a noção de norma fundamental, cai o sistema kelseniano inteiro. A noção de validade é, portanto, um adesivo essencial do sistema kelseniano [...]. *Ibidem*.

[65] *Ibidem*.

[66] Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo 'norma' se quer significar que algo se deve conduzir de determinada maneira. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 05.

Carnap. O método em questão depuraria, nos moldes da ciência básica, não no da ciência aplicada, o isolamento da compreensão do fenômeno jurídico. Neste sentido, o Direito seria igual a Lei. Este, é o Normativismo Jurídico estatal reducionista[67], ou seja, o ordenamento jurídico exprimido em sua própria constituição básica normativa sem qualquer pré-compreensão de ordem histórica, sociológica e filosófica.

Assim, a pureza normativa, que tem como fundamento transcendental "a norma fundamental[68]", dentro da conceituação kantista, surgira a partir de um ordenamento jurídico piramidal, em que a validade das normas decorre de sua posição hierárquica[69] dentro do sistema normativo, isto é, uma norma jurídica emanada da sua posição imediatamente superior. "Em suma, tanto Kelsen quanto Bobbio – na justa polêmica destes com o jusnaturalismo, destinada a distinguir o direito positivo como 'fato' do seu dever ser ético-político como 'valor' – estão unidos por uma concepção unidimensional da validade como 'ser', e não como 'dever ser jurídico' do direito, não distinta da existência, a qual por sua vez é necessariamente determinada somente pelas formas da produção jurídica[70]".

Neste sentido, esta ordem jurídica estatal detém o monopólio jurídico da coerção que se expressa pelo poder externo institucionalizado pela sanção. Ocorre, pela lógica da imputação, a imediata subsunção do fato à norma. O ordenamento jurídico Kelseniano não possui preceitos premiais, é dizer, a sua essência é, fundamentalmente, coercitiva. "[...] Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado[71]".

A Teoria em discussão é um modelo idealizado de funcionamento do ordenamento jurídico inserido em uma moldura produzida, ou seja, dentro da aparência, não da essência do fenômeno analisado a partir das premissas kantianas. Dito isso, com base na constituição prática do ordenamento jurídico pode-se falar em política judiciária, pois, o juiz, por meio da aplicação concreta do direito, preenche a moldura normativa jurisprudencial com valores extrínsecos ao ordenamento jurídico, ou seja, a sua postura é influenciada por fatores externos ao ordenamento jurídico e também por valores que adere na interpretação da norma. No entanto, essa prática não é o propósito da ciência básica normativista estatalista Kelseniana que busca, sobretudo, uma compreensão científica, objetiva e rigorosa do funcionamento abstrato do ordenamento jurídico.

A Teoria Pura do Direito fora compreendida de forma equivocada, pois, inserida em um recorte de método de pesquisa do fenômeno, transformou-se, a

---

[67] Mas o certo é que o problema da forma do Estado, como questão relativa ao método da criação do Direito, não só se apresenta ao nível da Constituição, e, portanto, não só se levanta relativamente à atividade legislativa, como também se põe a todos os níveis da criação jurídica e, especialmente, com referência aos diversos casos de fixação de normas individuais: atos administrativos, decisões dos tribunais, negócios jurídicos. KELSEN, H. Teoria Pura do Direito, WMF Martins Fontes, 2009, p. 310.

[68] [...] A função da norma fundamental é dar um fundamento à validade de um ordenamento jurídico-positivo, ou seja, de um ordenamento jurídico estatuído por atos de vontade humana e eficaz em suas grandes linhas. Pode-se, portanto, corretamente sustentar que a norma fundamental é o reflexo de uma certa concepção filosófica em uma teoria jurídica: isso significa, porém, admitir a natureza metajurídica que Kelsen procurou mascarar, mas sem sucesso. LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 93.

[69] De uma ampla citação emerge o modelo Kelseniano de sistema jurídico interno, concebido como um conjunto de normas jurídicas de vários níveis, unificadas por um nexo de delegação de validade. *Ibidem*, p. 65.

[70] FERRAJOLI, L. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

[71] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, WMF Martins Fontes, 2009, p. 121.

partir de um uso tecnicista e ornamental, em instrumento normativo ideológico, desvinculando o direito da justiça e de qualquer conformação moral. Para Kelsen o estudo do ordenamento jurídico estatal deveria basear-se na neutralidade científica, em que o sujeito não contamina o objeto, analisando-o de forma racional, objetiva e distanciada, isto é, defendia o estudo do ordenamento jurídico em sua forma pura.

Dessa forma, como ciência, tanto o Estado liberal quanto o Estado totalitário nazista/fascista ou stalinista soviético seriam ordenamentos jurídicos válidos, em que Direito e Estado coincidem. Neste sentido, até mesmo um golpe civil-militar como o brasileiro seria uma revolução jurídica no sentido Kelseniano, uma vez que ocorreria a transformação do ordenamento jurídico, apesar da ruptura com toda a teoria constitucional contemporânea em função da criação-aplicação dos Atos Institucionais ao arrepio da Constituição vigente.

O exercício epistemológico-científico proposto por Kelsen não ignorou que, por de traz da norma hipotética fundamental transcendental de inspiração Kantista, poderiam estar os tanques, o poder militar ou o poder social revolucionário constituidor do poder em sua formalização jurídica em um ordenamento que deve ser cientificamente estudado e exposto. Porém, em termos do monismo jurídico estatal, expressão máxima do Estado moderno, o fenômeno normativo estaria encerrado na forma e não em questões éticas ou de justiça, embora estas sejam fundamentais para a política judiciária, bem como para o exercício prático do poder jurídico.

3. A superação do Positivismo no Brasil: rumo à discricionariedade

A problemática atinente à interpretação do direito, mormente as inúmeras discussões que se apresentam como infindáveis, continua, contemporaneamente, a partir do incremento da complexidade social e do surgimento de múltiplas concepções interpretativas destinadas a pôr fim neste debate, a produzir distorções sob a égide da ideia de correção do direito. As Constituições do segundo pós-guerra institucionalizaram, como representação da substituição dos princípios gerais do direito, os princípios constitucionais, de modo que, algumas concepções, com base nesses princípios, passaram a defender a correção do direito, pois, para elas, com essa positivação, havia se positivado valores e que, por isso, esses valores deveriam corrigir o direito. Neste sentido, se passou a considerar – equivocadamente – "que princípios são mandados de otimização, que o método da ponderação (sic) é o mais adequado para o enfrentamento da complexidade dos textos constitucionais e que a subsunção agora foi substituída pela ponderação (embora ela, a subsunção, ainda seja indispensável para os casos fáceis etc). É o que se diz por aí[72]".

Diante disso, a problemática referente à interpretação advém dos métodos pelos quais se realiza esse feito. Conforme se discorreu no capítulo acima, há, no hodierno paradigma (principiológico), a utilização – mixagem teórica – dos métodos condizentes às velhas correntes interpretativas, é dizer, gramatical, teleológico, lógico-sistemático, histórico-evolutivo e axiológico, para se aludir à Savigny. Consequentemente, a utilização – tardia – desses métodos consubstancia-se, contrariando a lógica contemporânea, que é constitucional e principiológica, na adoção das correntes historicista e pandectista surgidas na Alemanha no século XIX. Da mesma forma, visualiza-se também a interpretação com vistas ao rompimento[73] da concepção "juiz-boca-da-lei" originária do positivismo clássico

[72] STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 196-197.

[73] Escuto muito em palestras – e leio em alguns livros – que, para estes autores "descobridores", haveria dois tipos de juízes: o juiz-boca-da-lei a o juiz-dos-princípios, Aqui cabe o "mundo", por assim dizer, uma vez que, no lugar desse juiz exegeta (positivista primitivo), a vulgata do "pós-positivismo" colocou o "juiz proprietário dos sentidos", um juiz solipsista (Selbstsuchtiger). E por que isso acontece(u)? Porque o campo jurídico (no sentido

(exegético). "Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o juiz não é a boca da lei etc. – enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas descobertas da pólvora[74]".

Quando se fala de positivismo, faz-se imprescindível explicitar que, juntamente com essa concepção, advieram discricionariedades, cuja identificação remete à produção da norma por parte do juiz. E é neste cenário, qual seja, de positivismo normativista pós-kelseniano, que se estabeleceu a confusão relativa à forma pela qual Kelsen trata da interpretação. Assim, "alguns manuais chegam a apresentar a tese kelseniana de separação entre direito e moral na ciência do direito como o desligamento da moral com o direito, o que torna a aplicar a letra da lei uma atitude positivista. Kelsen, desse modo, segundo uma equivocada interpretação, teria sido um positivista que pregava uma interpretação pura do direito[75]". Com isso, se sustenta, ainda, que para romper com esse formalismo[76], exegetismo atribuído à interpretação Kelseniana, seria fundamental apostar, a partir dos valores estabelecidos socialmente, na capacidade do juiz como intérprete do direito.

Especificamente no Brasil, a compreensão equivocada daquilo que se convencionou chamar de pós-positivismo tem possibilitado, através de concepções progressistas, tornar o juiz um pragmático, mesmo após o vir a ser de um constitucionalismo democrático e principiológico. Parece, assim, que a Constituição de 1988, para esses juristas que nela – tardiamente – enxergam o legalismo exegético, não representa uma transformação-possibilidade para uma hermenêutica de cunho constitucional, principiológica e filosófica. Dito de outra forma, esse entendimento "positivista" que se tem no Brasil, parece transmutar-se em uma única experiência, qual seja, a do velho positivismo clássico (exegético). O desconhecimento em relação ao positivismo surgido na Inglaterra e na Alemanha e, sobretudo, a confusão existente entre o que é direito positivo e positivismo jurídico, perfazem o cenário jurídico e interpretativo brasileiro.

Tem-se, portanto, a compreensão da Constituição com base na ideia essencialmente equivocada de Código, aquela mesma do século XVIII, de que o ordenamento jurídico – codificado – não abarcava toda a realidade. Por isso, em tempos de Constituição e de princípios, dever-se-á substituir o legalismo exegético – que fora superado de há muito – pela Constituição Federal de 1988, pela hermenêutica filosófica, juntamente com a metáfora, proposta por Lenio Streck, da resposta[77] constitucionalmente adequada. A problemática atinente a esse equívoco

---

de Bourdieu) ainda não deslindou devidamente a problemática denominada "o que é isso, o positivismo jurídico?" *Ibidem*, p. 197.

[74] *Ibidem*, p. 198.

[75] *Ibidem*.

[76] A partir disso, a confusão é interminável, chegando até aos debates no Supremo Tribunal Federal. Forma-se uma espécie de "estado de natureza da compreensão do direito", em que cada um defende sua tese. Resultado: para "fugir" do formalismo exegético (porque, no imaginário dos juristas, positivismo é sinônimo de exegetismo), parcela considerável da doutrina acaba optando pelo relativismo (filosófico), ou seja, ao confundirem a verdade com um conceito apodítico, dizem que "a verdade é sempre relativa". É o pragmati(ci)smo conquistando as últimas trincheiras do direito. STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.

[77] Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se *interpreta*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar de "países de modernidade tardia", em que se destaca o Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias

subjaz a não compreensão, por parte da comunidade jurídica brasileira, de que até mesmo Kelsen, considerado por ela um positivista exegético, havia superado esse modo de compreender o positivismo. Ou seja, "Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da 'aplicação'. E nisso reside a 'maldição' de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação 'pura da lei'[78]".

Por isso, a superação da literalidade da lei, por posturas discricionárias, tem dominado a interpretação do direito e acarretado, necessariamente, o afastamento do conteúdo dessa lei. "Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores como tal só fazem esconder, e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático[79]". Dessa forma, respeitar a integridade da lei é fundamentalmente respeitar a democracia. Também, é preciso explicitar que, quando se busca evitar a discricionariedade, isso não significa a proibição de interpretar, ou seja, o que se quer dizer é que, em democracia, não é permitido ao juiz atribuir sentidos – fruto de sua vontade – como se dele fossem. Dito de outra maneira, essa discricionariedade não pode transformar o juiz em legislador. "As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonismo (intérprete *lato sensu*). Consequências disso? Inúmeras[80]".

Assim, quando Kelsen (fatalista) apostara na discricionariedade estritamente institucionalizada no nível da aplicação do direito (juiz), ele buscara, com isso, preservar a pureza metodológica da ciência do direito. "Ou seja, se Kelsen faz essa aposta nesse 'nível', as diversas teorias (semânticas e pragmaticistas) aposta(ra)m na discricionariedade a ser feita 'diretamente' pelo intérprete/juiz[81]". Todavia, a teoria pós-positivista criou uma mixagem da teoria kelseniana. Por outras palavras, criou-se uma metalinguagem e uma linguagem-objeto e, o juiz, guardião dos valores sociais, se tornou o encarregado que, por meio de um ato de vontade[82] e não de conhecimento, passaria a corrigir o direito. Com efeito, esse ato de vontade, para Kelsen, era uma fatalidade e não uma solução. Mas "para as correntes semanticistas passou a ser a salvação para as 'insuficiências' ônticas do direito[83]".

A discussão em torno de positivismo e não positivismo atribuiu à ideia de não positivismo tudo aquilo que, de alguma forma, possibilitasse a superação do positivismo ainda entendido como exegético. No entanto, a superação conceitual do positivismo clássico (exegético) demonstrara a problemática existente na decidibilidade, pois, a partir do momento em que ocorreu a substituição do conceito de lei pelo de norma (Kelsen), compreendeu-se que a norma não está contida somente na lei, e sim, está contida, também, nas decisões. E é por isso que "Kelsen não foi superado pelos teóricos do direito justamente por não terem

---

voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas para citar algumas, as quais guardam um traço comum: *o arraigamento ao esquema sujeito-objeto*. STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Livraria do Advogado, 2014, p. 411-412.

[78] STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.

[79] *Ibidem*.

[80] STRECK, L. L. O *que é isto – decido conforme minha consciência?*, Livraria do Advogado, 2013, p. 96.

[81] STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 203.

[82] Com isso, quem defende – consciente ou inconscientemente – o poder discricionário (e suas variantes) não se dá conta do grande dilema contemporâneo: quando superamos o formalismo racionalista, colocamos no seu lugar o voluntarismo. Só que nos esquecemos de explicar o modo pelo qual esse voluntarismo será contido ou controlado... Quem controla a vontade de poder? Quem nós colocamos no lugar do juiz-boca-da-lei? *Ibidem*, p. 206.

[83] *Ibidem*, p. 204.

conseguido compreender o alcance nem da primeira fase da viragem linguística (neopositivismo lógico) nem de seu sequenciamento/aprimoramento (*o giro ontológico-linguístico*)[84]". Essa não superação acompanhada pela apropriação da teoria kelseniana, ou seja, da separação entre ato de vontade e ato de conhecimento, se consubstanciou no cerne da problemática[85] referente à decisão, de modo a relegar a interpretação à vontade do intérprete.

Por conta disso, em que pese se tratar de Brasil, houve e ainda há uma recepção equivocada de teorias estrangeiras. As carências relativas ao problema da teoria das fontes suscitaram e ainda suscitam uma discussão em torno do surgimento das Constituições (constitucionalismo) contemporâneas. A tradição liberal-individualista, originária da Alemanha e da França, prevaleceu diante da abertura para uma nova hermenêutica e uma nova teoria que, nesta quadra da história, o constitucionalismo proporciona. "A perguntava que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do velho?[86]" Juntamente com as Constituições exsurge um novo paradigma jurídico, ao mesmo tempo em que não se tem uma teoria do Estado e uma teoria da Constituição adequadas para esse novo modelo constitucional. Com isso, apostou-se em teorias estrangeiras, de modo a apostar no juiz como protagonista decisional. Ademais, a recepção da Jurisprudência dos Valores, do Realismo norte-americano e da Teoria da Argumentação de Robert Alexy perfazem a lógica (descontextualizada) doutrinária e interpretativa (tribunalística) que vigora no Brasil.

Em um contexto de pós-Segunda Guerra Mundial, a Jurisprudência dos Valores surgiu, na Alemanha, como condição de possibilidade à interpretação voluntarista e principalmente como forma de descobrir os valores[87] socialmente estabelecidos. "Da confluência axiologista da jurisprudência dos interesses – especialmente a partir de Philipp Heck (que, aliás, inventou a expressão Abwangung – sopesamento ou ponderação) – e da jurisprudência dos valores exsurge a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a Wertungjurisprudenz, tida como irracional[88]". No que tange ao Brasil, é possível se notar que há um equívoco na adoção da Teoria da Argumentação Jurídica, pois, ao se traçar um paralelo entre Brasil e Alemanha, percebe-se a diferença entre as realidades.

Esse imaginário ainda não compreendeu o que realmente representa – hodiernamente – a Constituição. "A moral, nesse sentido, é normativa; a ética é que é axiológica (veja-se como essa questão afetará a teoria da argumentação jurídica, na questão dos valores a serem 'sopesados'[89]". Assim, a moral constitucional institucionalizou-se, fundamentalmente, nos princípios, de modo que esses princípios passaram a personificar o ideal – constitucional – de sociedade. "Os princípios – ou, se se quiser, a materialidade principiológico-constitucional – passam a compor, dessa maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases'

---

[84] STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

[85] Veja-se destarte, como é temerário falar sobre "hermenêutica jurídica", positivismo, pós-positivismo, cognotivismo, não cognotivismo, realismo moral, pragmati(ci)smo etc. Quando Dworkin ataca o positivismo, está falando não do velho positivismo exegético e, sim, de outro positivismo, mais perigoso. Trata-se de um positivismo que coloca na discricionariedade (por que não dizer, na vontade, isto, na velha Wille zur Macht) do intérprete o poder de estabelecer os sentidos jurídicos. *Ibidem*.

[86] *Ibidem*, p. 284-285.

[87] Daí a afirmação de um jus distinto da lex, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de "abertura" de uma legalidade extremamente fechada. *Ibidem*, p. 286.

[88] *Ibidem*, p. 285.

[89] STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Lumens Juris, 2009, p. 172.

anteriores do Estado e do direito. Falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático [...][90]"

A discussão em torno do Ativismo Judicial (Realismo), que também tem permeado o entendimento dos juristas brasileiros no que diz respeito à decisão, remonta aos Estados Unidos. Com o advento da Constituição de 1988, a comunidade jurídica recebera as inovações trazidas por esse novo paradigma jurídico-político, de modo a compreender que a Constituição ampliara o papel político-institucional do STF[91]. "Esta circunstância repercutiu sobremaneira na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a propagação de um ativismo judicial[92]". A definição acerca de Ativismo Judicial no Brasil torna-se cada vez mais difícil, porquanto que em meio à diversidade de compreensões que surgem dessa temática e, juntamente com a necessidade de sistematização de todas as concepções[93] existentes, há também, posturas pragmaticistas edificadas a partir de mixagens teóricas. Em razão destas posturas, "[...] que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil –, podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismo dos mais variados [...][94]".

Conclusão

Portanto, ainda que se esteja longe de qualquer conclusão relativa a direito positivo e direito natural, à Positivismo Jurídico e, fundamentalmente, aos rumos da interpretação-decisão jurídica no Brasil, no presente trabalho se pretendeu discorrer – brevemente – acerca de como surgiu o pensamento jurídico ocidental e, principalmente, de como ainda se decide – equivocadamente – diante de uma Constituição principiológica e da possibilidade proporcionada pela hermenêutica filosófica.

Perante a situação traçada, as modificações advindas da codificação representaram à época, um rompimento e, ao mesmo tempo, uma relação umbilical com as exigências que surgiam a partir dos anseios estabelecidos socialmente. No entanto, em tempos de Constituição, cuja promulgação deveria estabelecer um novo modo de interpretar-decidir, no Brasil, o juiz, acreditando na necessidade de superar o positivismo de cariz exegética, ou seja, algo que já fora ultrapassado por Kelsen, acaba por recepcionar teorias como a Jurisprudência dos Valores, a Teoria da Argumentação e o Realismo norte-americano (Ativismo Judicial) como ferramentas aptas a romper com o positivismo clássico.

Neste sentido, a aposta na discricionariedade, naquilo que tem possibilitado aos juízes tornarem-se os detentores do sentido da norma, diga-se isso, em tempos de superação da viragem linguística (neopositivismo lógico) e, por consequência, de seu sequenciamento, o giro ontológico-linguístico, boa parte dos os juristas, no Brasil, não compreendera que o juiz não pode, de maneira alguma, realizar, por meio de um ato de vontade, uma interpretação valorativa-subjetiva da

---

[90] STRECK, L. L. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, Lumens Juris, 2009, p. 172.

[91] Como já mencionado, a doutrina brasileira concebeu as transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988 através da constatação da ocorrência de "ampliação do papel político-institucional do STF". TASSINARI, C. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*, Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

[92] *Ibidem*.

[93] [...] É possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a)* como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b)* como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c)* como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d)* como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. *Ibidem*.

[94] STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 289.

Constituição, de modo a desconsiderar democracia, o constitucionalismo e a moral-principiológica estabelecida (pela) e (na) Constituição.

Referências

BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

FERRAJOLI, L. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, H. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Editora SAFE, 1986.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LOSANO, M. G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, M. G. Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NEVES, A. C. Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRECK, L. O (pos-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, L. L. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, L. L. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2009.

STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SÓFOCLES. Antígona. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997.

TASSINARI, C. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 95-129
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Lacunas jurídicas e crimes informáticos: comentários sobre o tratamento acerca do crime de pornografia infantil na internet

Legal gaps and computer crimes: comments on the treatment of the crime of child pornography on the Internet

José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins [1]
Victor Augusto Estevam Valente [2]
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Sumário: 1. Introdução. 2. Da subsunção e os problemas de solução do caso concreto. 3. Interpretação. 3.1. Integração e construção. 4. Da incompletude do ordenamento jurídico. 4.1. Lacuna e Inconstitucionalidade por omissão. 5. Das lacunas nos crimes informáticos. 5.1. Legalidade Penal. 5.2. Legalidade e Tridimensionalismo Jurídico. 5.3. Das lacunas ontológicas nos crimes informáticos. 5.4. Lacunas axiológicas e análise econômica dos crimes informáticos. 6. Pornografia infantil na Internet e a atividade jurisprudencial. 6.1. Habeas Corpus n. 76.689-0 e a ausência de lacuna normativa. 6.1.1. Críticas. 6.1.1.1. A Internet no Direito Penal: Analogia, Interpretação Extensiva ou Interpretação Analógica?. 6.1.1.2. Equidade e Excludentes de Ilicitude nos crimes informáticos. 6.2. Evolução da atividade legislativa. 6.3. Evolução jurisprudencial. 7. Da exposição pornográfica não consentida na Internet. 8. Da aplicação analógica na produção das provas virtuais e o processo penal brasileiro. 9. Conclusões.

Resumo: O presente artigo analisa a evolução jurisprudencial no tratamento do crime de pornografia infantil praticado pela internet, sobretudo através do Habeas Corpus n. 76.689-0/PB. Para tanto, é realizada uma revisão bibliográfica do tema das lacunas jurídicas na perspectiva do direito penal e dos crimes informáticos, sob o prisma dos fundamentos e distinções entre aplicação, interpretação, integração e construção. Ao final, entende-se pela inexistencia, em parte, de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, sendo as redes digitais apenas um novo meio para a prática do crime de pornografia infantil, suficientemente regulados pelo Código Penal e legislação extravagante.

Palavras chave: lacunas jurídicas; crimes informáticos; pornografia infantil.

Abstract: This article analyzes the evolution of jurisprudence in the treatment of the crime of child pornography practiced on the internet, especially through Habeas Corpus n. 76.689-0/PB. To this end, a bibliographic review of the theme of legal

---

[1] Pós-doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Cursou *Law and Economics* na Universidade de Chicago. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogado.

[2] Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordenador do curso de Especialização de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal e dos Cursos de Extensão em *Compliance Digital* da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Advogado, parecerista e consultor jurídico.

Recibido: 20/02/2021
Aceptado: 03/05/2021

gaps from the perspective of Criminal Law and computer crimes is carried out, under the prism of the fundamentals and distinctions between application, interpretation, integration and construction. In the end, it is understood that in partly there is no gap in the Brazilian legal system, with digital networks being only a new means for the practice of the crime of child pornography, sufficiently regulated by the Penal Code and extravagant legislation.

Keywords: legal gaps; computer crimes; child pornography

1 Introdução

A presente incursão tem o objetivo de analisar o julgamento do *Habeas Corpus* n. 76.689-0/PB e a evolução jurisprudencial para suprir eventuais lacunas jurídicas referentes ao crime de pornografia infantil praticado pela internet.

Antes de adentrarmos na compreensão das lacunas jurídicas na perspectiva do direito penal e dos crimes informáticos, revela-se indispensável o estudo, sob o ângulo da teoria geral do direito, acerca dos seus fundamentos científicos e da distinção entre aplicação, interpretação, integração e construção[3].

Primeiramente, discorrer-se-á sobre a aplicação jurídica com ênfase na atividade judicial.

O direito é uma prescrição ou um imperativo, eis que existe para ser obedecido e aplicado. Porém, a aplicação do direito consiste na forma de aplicação de uma norma geral, por um órgão ou autoridade judicial competente, a um fato individual[4]. Ou seja, a aplicação do direito decorre de uma competência legalmente imposta ao órgão ou autoridade.

Assim, a aplicação da norma deve ser compreendida na perspectiva do direito positivo, eis que a própria norma existe para ser aplicada por um órgão competente, ou seja, juiz, tribunal, autoridade administrativa ou particular[5].

Assinala Miguel Reale: "a aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara [...][6]". Assim, a aplicação do direito, ainda que a norma geral seja clara, pressupõe a interpretação do próprio direito, em especial a subsunção.

Complementa Maria Helena Diniz que a aplicação do direito envolve as seguintes operações técnicas: (i) construção de conceitos jurídicos e ordenação sistemática do direito pela ciência jurídica; (ii) determinação da existência da norma jurídica no espaço e no tempo, pelo órgão competente; (iii) interpretação da norma pelo jurista e pelo órgão; (iv) integração do direito pelo órgão; (v) investigação corretiva do direito pelo órgão e pelo jurista; (vi) determinação, pelo

---

[3] Sob o ângulo da ciência jurídica, interpretação, aplicação e integração guardam relação entre si, embora tenham significados distintos Cf. REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295.

[4] Para Maximiliano: "A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em norma jurídica adequada. Submete as prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim resulta a Aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes" (MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 05).

[5] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito:* introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

[6] REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295-296.

órgão, da norma ou das normas aplicáveis, por servirem de fundamento de validade à norma individual, chamada de sentença; e (vii) estabelecimento de uma relação entre a norma individual, criada pelo órgão para o caso *sub judice*, com outras do ordenamento que se sabe válidas[7].

Para Ferrara, a aplicação das leis envolve uma tríplice investigação, isto é, compete ao juiz verificar a existência da norma, o seu significado e valor e, por fim, a sua aplicabilidade[8]. Reconhece o predito jusfilósofo: *"Mas a atividade central que se desenvolve na aplicação da norma de direito é a que tem por objeto a interpretação"*[9].

Segundo Serpa Lopes: "a aplicação do direito envolve sempre a interpretação, mas esta nem sempre importa na primeira, atento a que pode permanecer muitas vezes no plano da exegese, sem objetivar um caso concreto"[10].

Por exemplo, compete ao juiz, na sentença, aplicar as normas gerais para solucionar o conflito de interesses. Da mesma forma, é de incumbência do legislador aplicar as normas da Constituição para editar leis infraconstitucionais.

Ademais, o administrador ou funcionário público aplicam as normas gerais para a prática dos atos administrativos.

Na esfera privada, os particulares aplicam normas gerais para a celebração de negócios jurídicos ou elaboração de testamentos[11].

É indispensável a análise, nada obstante, acerca da aplicação da norma pelo Poder Judiciário, submetendo o particular ao império da própria norma jurídica[12].

Precipuamente, a norma jurídica é caracterizada por sua generalidade ou abstração, pois, ao fixar tipos de comportamento, se refere a casos indefinidos, sem ainda abarcar os casos concretos.

Sustentamos que, sob o ângulo do tridimensionalismo jurídico, o direito é fato, valor e norma. Essa concepção é indispensável para se compreender o caráter generalizante das normas jurídicas.

Tendo em vista que as normas jurídicas tratam de situações genéricas, elas estão, ao menos em um primeiro momento, afastadas da realidade, exsurgindo um antagonismo ou hiato entre as próprias normas e os fatos.

Essa contrariedade, no entanto, não é insanável, haja vista que os fatos individuais, ou seja, aqueles que ocorrem no caso concreto, trazem em seu bojo a abstração da norma jurídica. Vale dizer, há, nos fatos individualmente considerados, o mínimo de tipicidade, sendo que eles se enquadram na hipótese abstrata e generalizante da norma jurídica.

À medida que ocorre o fato concreto, a norma jurídica, outrora estática, torna-se dinâmica, pois será suscetível à aplicação pelo magistrado, competindo-lhe resolver o caso concreto com o mínimo de perturbação social.

Entendemos, neste ponto, que a aplicação do direito é o momento final do processo interpretativo, convertendo a disposição normativa abstrata em regra

---

[7] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448.

[8] FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963, p. 113 e 185-187.

[9] Cf. FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963, p. 127.

[10] Cf. SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 105.

[11] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

[12] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito:* introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

concreta, quer dizer, em norma de decisão. Busca-se conformar a realidade ("*ser*") ao direito ("*dever-ser*")[13]. [14]

Assim, o juiz é o intermediário entre a norma e o fato da vida social, passando a conduzir o direito com vista à solução do caso concreto.

Exemplificativamente, o direito civil prevê o conceito de posse, assegurando-a ao possuidor no plano abstrato. Porém, ao alegar turbação da posse, o possuidor, valendo-se da sua legitimidade, invoca a proteção do órgão judicante, a quem compete aplicar a norma destinada a resguardar a posse[15].

A norma de direito é um modelo funcional, cujo fato abstrato nela contemplado pode ser adaptado às peculiaridades do fato individual. Assim, ela assume dupla função, a saber: (i) serve para, em seu bojo, designar elementos hipotéticos de um fato com relevância jurídica; e (ii) apreender e expor as relações jurídicas que integram aquele fato social.

Porém, a subsunção, que integra o processo de interpretação do magistrado, pode ser objeto de diversas dificuldades no caso concreto, conforme será analisado a seguir.

2 Da subsunção e os problemas de solução do caso concreto

Denomina-se subsunção o processo de aplicação da norma jurídica ao fato social. Para Maria Helena Diniz:

> O conceito normativo contém uma potencialidade que possibilita a subsunção dos objetos individuais por ele

---

[13] Nesse sentido: BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269-270.

[14] Por outro lado, Limongi França emprega "*aplicação*" como sinônimo de "*integração*" – não no sentido de preenchimento de lacunas -, mas para designar o fato de que quando o intérprete aplica a lei, por um princípio puramente eidético (ou seja, do "*ser*" da lei), tal lei passa a integrar a realidade dos fatos jurídicos. Assim, a aplicação (ou integração) seria composta por três fases distintas: (i) a primeira refere-se ao conhecimento da hermenêutica, ou seja, ao conjunto de regras que norteiam a interpretação, verificando o direito contido nas leis e nas demais formas que o direito se apresenta; (ii) a segunda refere-se à fase de interpretação do direito, no sentido de aplicação das regras hermenêuticas; e (iii) a terceira é a fase propriamente dita da integração dos resultados do trabalho interpretativo, recaindo já no caso concreto, com a finalidade de dar uma melhor solução jurídica (FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 55-56). E complementa o predito autor: "Sobre esta matéria são correntes dois erros que não há razão para continuarem sendo perpetrados. Um deles consiste no fato de alguns autores, ao versarem o seu objeto, confundirem aquilo que efetivamente constitui *meio de integração da norma jurídica* com assuntos que dizem respeito ao estudo das formas de expressão do direito, ou das "fontes" do direito, como comumente se diz. É o caso daqueles juristas que, sob a rubrica acima extremada, cuidam do costume e dos princípios gerais de direito. O outro engano está no procedimento inverso: ao se ocuparem das chamadas "fontes formais", aí incluem a analogia e a equidade. Como já foi visto, a despeito da sua indicação no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – atual LINDB -, referente à aplicação do direito, o costume e os princípios gerais de direito, assim como a lei, a jurisprudência etc., constituem modos de expressão da regra jurídica, devendo ser examinados sob um mesmo prisma e dentro da mesma exposição sistemática. Por outro lado, a analogia não tem o mesmo caráter, senão o de simples método de *aplicação do direito*; ao mesmo passo que a equidade, não sendo propriamente um daqueles modos de expressão, vem a ser, como a justiça, *um princípio de direito natural*. O costume e os princípios de direito pertencem ao capítulo das "fontes" do direito, e não devem ser referidos quando do tratamento dos meios de integração. Inversamente, entre esses meios se inserem a analogia e a equidade, cuja matéria é deslocada no capítulo das "fontes"" (FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 59-60, grifo do autor).

[15] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito:* introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

> abarcados, excluindo os que não o são. A subsunção revela a perseverança do juiz em se aproximar mais da realidade fática, completando o pensamento abstrativo contido na norma[16].

A qualificação jurídica dos casos concretos é o problema central da subsunção, devido aos seguintes motivos: (i) falta de conhecimento empírico, ou seja, de informação sobre os fatos do caso; e (ii) indeterminação semântica dos conceitos normativos[17].

No que concerne à falta de conhecimento empírico, o juiz, com frequência, não possui as informações necessárias sobre o caso concreto, razão pela qual não tem condições de determinar a qual classe pertence o caso *sub judice*.

O magistrado, sem ainda entrar na análise do caso concreto, não reúne condições necessárias de enquadrar tal caso no preceito normativo, eis que se encontra diante da indeterminação semântica, vaguidade ou ambiguidade da norma jurídica.

De todo caso, compete ao magistrado construir o seu livre convencimento a partir de presunções legais, com o objetivo de suprir o desconhecimento das circunstâncias fáticas relevantes.

Assim, ele deverá tomar em conta o ônus de prova (*onus probandi*), sob o fundamento de que quem alega violação à direito próprio ou alheio deve prová-lo.

Ademais, a produção da prova é indispensável para a construção do convencimento do juiz acerca da existência do fato individual, sendo que tal produção deve seguir uma forma prescrita em lei e que admita certos meios de prova, tais como a confissão, depoimento testemunhal, perícia, entre outros.

Se não bastasse, devem ser analisados diversos critérios auxiliares que servem para determinar a existência jurídica dos fatos, a exemplo da boa-fé[18].

Entendemos, outrossim, que a subsunção não se restringe simplesmente a um silogismo legal, ou seja, a aplicação de uma lei geral a um fato individual. Vai

---

[16] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

[17] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

[18] Obtempera Maria Helena Diniz: "1º) A *falta de informação* sobre os fatos do caso. Com frequência, o juiz ignora se o caso concreto pertence ou não a uma classe, a um tipo legal, porque não possui as informações necessárias. P. ex.: mesmo sabendo que todo ato de alienação é gratuito ou oneroso, ele pode ignorar se a alienação que ´A´ fez de sua casa a ´B´ foi a título oneroso ou gratuito, simplesmente porque desconhece se ´B´ pagou ou não uma importância pelo imóvel. Essa dificuldade de se saber se ´A´ dispôs da casa a título oneroso ou gratuito pode originar-se de outra fonte, ou seja, a *indeterminação semântica*, *vaguidade* ou *ambiguidade*, dos conceitos gerais contidos na norma. Mesmo conhecendo todos os fatos do caso, pode o magistrado, ainda, não saber se a soma de dinheiro que ´B´ entregou a ´A´ como pagamento pelo imóvel constituía ou não um preço, em sentido técnico. Suponha-se, p. ex., que essa quantia fosse muito inferior ao valor econômico da casa. Hipótese em que podem surgir dúvidas sobre o fato: trata-se de uma compra e venda ou de uma doação encoberta? Essa primeira dificuldade – falta de conhecimentos empíricos – é de uma certa forma remediável pelas *presunções legais*, que permitem ao órgão jurisdicional suprir sua falta de conhecimento dos fatos e atuar como se conhecesse todas as circunstâncias relevantes do caso; levam-se em conta o princípio do *onus probandi*, segundo o qual todo aquele que afirma a existência de um fato deve prová-lo, e uma série de outras presunções: a da boa-fé, a da onerosidade dos atos mercantis etc., que constituem um conjunto de regras auxiliares para a determinação da existência jurídica dos fatos. A produção da prova visa criar no juiz a convicção da existência de certos fatos, direta ou indiretamente relevantes, descobertos sempre com base nas normas que regem os meios de prova admitidos em direito (confissão, depoimento testemunhal, documentos, perícia etc.)" (DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442-443, grifo da autora).

mais além: desde o processo de subsunção, o magistrado já é adepto a uma linha hermenêutica.

E, conforme já salientado, outro problema da subsunção é a indeterminação semântica dos conceitos normativos[19].

Não é possível que essa indeterminação seja totalmente eliminada, mas pode ser mitigada ou atenuada "[...] *mediante a introdução de terminologia técnica, o emprego de conceitos técnicos, introduzidos por meio de definições explícitas, que estipulam suas regras de aplicação*"[20].

Nesse compasso, juristas passaram a empregar a palavra "lacuna" para designar o problema da indeterminação semântica dos conceitos normativos.

Em uma primeira proposta teórica, foi cunhada a distinção entre lacunas normativas e lacunas de reconhecimento, com o objetivo de vincular a última categoria aos problemas afetos à subsunção.

De um lado, as *lacunas de conhecimento* significam que, nos casos individuais, o magistrado, devido à falta de informação fática, não sabe se os próprios casos individuais pertencem ou não a determinada classe ou grupo[21].

Noutro viés, as *lacunas de reconhecimento* significam que, nos casos individuais, o juiz enfrenta uma indeterminação semântica dos conceitos normativos, que são genéricos e abstratos, sendo que ele não reúne condições de determinar se tais conceitos se enquadram ou não no caso *sub judice*.

Certo é que as lacunas de reconhecimento decorrem do que Herbert Hart denominou problemas de penumbra. Ou seja, o direito, diante das penumbras existentes nos casos individuais, é incompleto e, via de consequência, contem diversas lacunas.

De se esclarecer, no entanto, que as penumbras não são decorrentes das lacunas jurídicas, tampouco desencadeadas da completude ou incompletude do ordenamento jurídico. Em verdade, se originam de problemas semânticos da linguagem[22].

3 Interpretação

Para resolver os problemas decorrentes das lacunas de conhecimento e de reconhecimento, a subsunção requer interpretação. Ou seja, a subsunção se condiciona, inexoravelmente, à interpretação.

Complementa Maria Helena Diniz: "[...] *Para subsumir o órgão precisa interpretar. A subsunção está condicionada por uma prévia escolha de natureza axiológica, entre as várias interpretações possíveis*"[23].

Aqui, interpretar significa definir a qualificação jurídica do fato individual para, com isso, concluir qual norma geral deverá incidir sobre aquela situação fática[24].

---

[19] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

[20] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

[21] Elucida Maria Helena Diniz: "A subsunção do caso individual sob um genérico encontra-se, sinteticamente, ante a questão: o caso concreto tem solução, mas o magistrado não sabe qual é, ou porque falta informação sobre algum fato relevante (lacuna de conhecimento) ou porque o caso individual cai dentro da zona de vaguidade ou de penumbra de algum conceito relevante (lacuna de reconhecimento). Na determinação do direito que deve prevalecer no caso concreto, o juiz precisa verificar se o direito existe, qual o sentido exato da norma aplicável e se esta aplica-se ao fato *sub judice*" (DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444, grifo da autora).

[22] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

[23] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

E a interpretação não é tarefa simples, tampouco imediata, pois pressupõe a escolha entre as várias interpretações possíveis.

Nessa vereda, a interpretação consistente em apurar e apreender o conteúdo da lei, no intento de completá-lo para aplicar o direito. Assim, a interpretação é, precipuamente, uma interpretação prática, pois se volta a uma finalidade prática[25].

Caracteriza-se como uma operação em que o aplicador da lei apreende o conteúdo do texto legal e das situações correspondentes, buscando aplicação normativa. À medida que realiza tal operação, o aplicador do direito deixa o plano textual e, gradativamente, ingressa no plano fático real, tomando conhecimento, em maior medida, sobre o caso *sub judice*.

No mesmo sentido, o entendimento de Herkenhoff:

> A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do Direito. A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. A aplicação transforma a norma geral em norma individual, sob forma de sentença ou decisão administrativa. Quando para o fato não há norma adequada, o aplicador preenche a lacuna, através da integração do Direito. A integração é o processo de preenchimento das lacunas existentes na lei. Na interpretação, parte-se da lei, para precisar-lhe o sentido e o alcance. Na integração, parte-se da inexistência de lei. Se existe a norma, o aplicador, grosso modo, enquadra o fato na norma. Na pesquisa da relação entre o caso concreto e o texto abstrato, entre norma e o fato social, a tarefa do aplicador, sobretudo a do juiz, não se resume, contudo, a um mero silogismo, no qual fosse a lei a premissa maior, o caso, a premissa menor, e a sentença judicial, a conclusão. A liberdade maior ou menor do juiz, no julgar, a irrestrita submissão à lei ou abrandamento dessa submissão, em diferentes graus, marcam posturas ligadas às diversas escolas hermenêuticas[26].

Essa sistemática corrobora do entendimento de que a interpretação antecede à aplicação do direito[27] - embora sustentamos certa ressalva sob a ótica do pós-

---

[24] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

[25] Corroborando do entendimento de Maximiliano, a interpretação se volta à análise das palavras e de seus respectivos sentidos, com o objetivo de depreender o exato alcance do texto legal. É o caso da exegese, que busca a compreensão do texto, no intuito de verificar a autenticidade da norma positiva e a do costume. Assenta-se na crítica, que assume uma acepção técnica, consistente em fase que precede à hermenêutica. Ou seja, é um pressuposto de aplicação geral do direito, pois precede à interpretação. Obtempera o predito autor que em certos países, como no caso do Brasil, a crítica é empregada de modo mais vasto, eis que, além de verificar a autenticidade das normas, deve também analisar preliminarmente a constitucionalidade do dispositivo. Ademais, se o legislador ultrapassar os limites de suas próprias atribuições, o juiz tem o condão de negar eficiência ao texto. No caso, não há de se falar em disposições válidas, mas em típico excesso de poder no processo de elaboração da lei. Nesse sentido: MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.

[26] HERKENHOFF, J. B. *Como aplicar o direito*: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Forense, 2011, p. 09-10.

[27] Cf. ANDRADE, C. J. de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p 12; REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295-296).

positivismo nos dias atuais, no qual a interpretação consiste em concretização e aplicação das regras-princípio com base na técnica da ponderação.

Em miúdos, a aplicação do direito pressupõe a interpretação, que, por sua vez, envolve a subsunção.

Por outro lado, há situações em que o magistrado não logra encontrar norma que seja aplicável a determinado caso, tornando inviável a subsunção.

Vislumbra-se, assim, um defeito no sistema normativo, que pode ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) diante da ausência de solução do ordenamento jurídico, ou seja, há fato e valor, mas não há norma para regulamentá-los, perfazendo a chamada *lacuna normativa*; e (ii) há conflito ou incompatibilidade entre as normas a serem aplicadas no caso concreto, o que se denomina *antinomia* ou conflito normativo.

E, se antes buscava-se a interpretação, torna-se inevitável, diante dos problemas acima mencionados, formas de integração com vista ao preenchimento da lacuna e, via de consequência, à solução do caso concreto.

Neste ponto, a aplicação e interpretação do direito não se confundem com integração, tampouco com construção.

Até porque, se existem lacunas, não há um estado completo do sistema que torna viável a interpretação. Em verdade, há um estado incompleto que, à primeira vista, impede uma linha coerente de raciocínio interpretativo e de subsunção por parte do aplicador da lei.

No propósito de tornar o ordenamento jurídico coerente, faz-se indispensável a integração, ou seja, a colmatação da lacuna. Já para os casos de antinomia, é necessária a correção do estado incorreto do sistema.

Diante disso, se revela necessário compreender o sentido de integração e construção do direito.

3.1. INTEGRAÇÃO E CONSTRUÇÃO

Em que pesem entendimentos doutrinários em sentido contrário, a integração não se insere no campo da interpretação.

A integração está relacionada aos problemas de lacuna, ou seja, da falta de norma abstrata ou, mesmo em caso de existência, da sua incompatibilidade no ordenamento jurídico, havendo um vácuo ou uma falha legislativa na regulamentação de um fato social.

Assim, o juiz não reúne condições para a interpretação, mas, tendo em vista que não pode se furtar da decisão, lhe compete integrar o direito, com o objetivo de suprir a lacuna[28].

Assim, procede-se à colmatação da lei quando de sua aplicação ao caso concreto, porquanto é necessário preencher os vazios legislativos em busca de uma resposta jurídica favorável ou contrária, com fundamento da proibição do *non liquet* e no *iuria novit curia*.

Há, assim, uma perquirição do direito, sendo que, apenas depois de encontrada a norma jurídica ao caso, é que se realiza a interpretação[29].

Se houver norma legal ou costume jurídico aplicáveis ao caso concreto, proceder-se-á à interpretação (em sentido estrito) e, consequentemente, aplicação do direito, não havendo que se falar em lacuna. Porém, se inexistir qualquer

---

[28] Segundo Serpa Lopes, a doutrina já designava a integração como uma interpretação em sentido lato ou impróprio, ao passo que a interpretação em si classificava-se como uma interpretação em sentido estrito ou próprio (SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 104).

[29] SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 104.

norma, cabe ao magistrado a integração da ordem jurídica, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito para preenchimento da lacuna[30].

Prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito[31], deixando de admitir-se o *non liquet*, ou seja, o juiz está impedido, diante da falta de disposição legal regulando o caso concreto, abster-se de julgar sob a alegação de que não há elementos suficientes para a decisão[32].

Neste caso, compete ao jurista analisar se o caso é solúvel pelas técnicas de interpretação, tais como a interpretação extensiva ou analógica.

Se ainda prosperar o problema no caso *sub judice*, há de se recorrer ao disposto no artigo 4º da LINDB, empregando-se, sequencialmente, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

E, caso ainda subsista o problema, recorre-se à equidade, ou seja, à busca do justo no caso concreto, com esteio no artigo 5º da LINDB, que assim dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Importante salientar que o fato de existir uma lacuna jurídica não impede a existência, paralelamente, de antinomia jurídica.

Por fim, interpretação também não se confunde com construção. Com feito, a construção vai além, vez que tem por fim precípuo descobrir e revelar o direito além dos textos ou signos correlatos[33]. Dedica-se, destarte, a tirar conclusões extrínsecas e fora do texto da norma, de modo que "*[...] São conclusões que se*

---

[30] Complementa Franco Montoro que, na integração das leis, há dois métodos que podem ser empregados: (i) método das construções jurídicas, de cunho legalista (dogmático ou lógico-sistemático), consubstanciado em processos indutivos ou dedutivos, mas sempre com apoio nos textos legais; e (ii) método da livre investigação científica, perfilhado por Geny e as escolas correlatas, pois, diante da lacuna da lei, deve o jurista criar a norma aplicável por meio da livre investigação científica, sendo considerada como "livre" pelo fato de não sujeitar aos textos ou fontes formais e, "científica", pelo fato de dever fundamentar-se em critérios objetivos – e não subjetivos (MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 434-435).

[31] REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

[32] Para Franco Montoro: "Podem existir lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, porque este possui outras fontes, além dos textos legais, e, por isso, fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar todos os casos. Na omissão da lei, cabe-lhe encontrar ou mesmo criar uma norma especial para o caso concreto. Trata-se, então, não apenas propriamente da ´interpretação´ de uma norma preexistente, mas de ´integração´ de uma norma no ordenamento jurídico." (MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 432).

[33] De acordo com Alípio Silveira, a construção dedica-se ao exame das normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, deduzindo um todo orgânico. Privilegia a explicação da norma, buscando sua compreensão e observação. Exemplificativamente, no campo da hermenêutica ampla e tradicional do direito norte-americano, a construção ("*construction*") das leis constitucionais consiste em um processo mais amplo que a interpretação propriamente dita. A interpretação consiste em matéria de direito, limitando-se a analisar o texto normativo, ao passo que a *construção* refere-se à matéria de política, com a finalidade do jurista extrair, por meio de seus elementos axiológicos atrelados à realidade social, conclusões a respeito de matérias que se situam além da expressão direta dos textos, mas a partir de elementos contidos no texto. Quer dizer, extraem-se aspectos extrínsecos ou situados fora da lei a fim de se imprimir um sentido, mas ainda atrelado à norma. Dividia-se a "*construction*" em "*liberal construction*" – para a interpretação do direito constitucional norte-americano, considerando a característica sintética e elástica do texto constitucional - e em "*strict construction*" – geralmente aplicada à lei penal anglo-americana (SILVEIRA, A. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 08).

colhem no espírito, embora não na letra da norma [...]"[34], ao passo que a interpretação é se circunscreve ao texto normativo.

Indispensável, doravante, a análise acerca das lacunas jurídicas, eis que consistem no objeto temático da presente incursão para análise dos crimes informáticos[35].

4 Da incompletude do ordenamento jurídico

Diante da incompletude do ordenamento jurídico, é indispensável o constante desenvolvimento da ciência jurídica, ou seja, a construção de critérios, por meio de linguagem descritiva e que tenha o direito como objeto, que sejam aptos o suficiente a solucionar a omissão, a vagueza ou as contradições existentes no ordenamento jurídico.

Vale dizer, compete ao jurista, identificando a lacuna ou a antinomia jurídica, sistematizar o direito, apontando critérios que sejam aptos ao preenchimento da lacuna ou à solução da antinomia[36].

Certo é que a lacuna e os critérios de integração apresentam diversas nuances conforme a corrente jurídica adotada.

Sob o prisma do jusnaturalismo, sustenta-se que os princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico são insuficientes para o preenchimento das lacunas, tornando-se indispensável que se recorra ao direito natural para a solução desse problema.

Por outro lado, defende a corrente positivista que os princípios existentes dentro do ordenamento jurídico positivo podem ser tomados em conta, por analogia, para colmatar lacunas[37].

---

[34] Cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 270.

[35] A presente incursão não tem por finalidade a análise terminológica da criminalidade praticada no ambiente digital, sob o risco de desvirtuamento temático. A despeito das mais diversas propostas conceituais e de classificação, registramos a nossa preferência pelo emprego da nomenclatura "crimes informáticos", haja vista que os bens jurídicos penalmente tutelados são a inviolabilidade dos dados, ou seja, as informações automatizadas, além dos programas de computador, que tám são dados. No mesmo sentido: VIANNA, T. L.; MACHADO ,F.. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle), posição 228.

[36] Em países de *common law*, compete ao jurista sistematizar os precedentes judiciais, cujas as sentenças ou acórdãos (direito objetivo) reconhecem um estado de coisas (direito subjetivo).

[37] Preconiza Paulo Bonavides: "A juridicidade dos princípios passa por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito. Cedeu lugar, em seguida, a um positivismo tão forte, tão dominante, tão imperial [...] Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Váldes, em forma de "axiomas jurídicos" ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, "um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana" [...] Com efeito, escreve esse autor espanhol: "Em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural (demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia." (BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 233-236).

Já no tridimensionalismo jurídico, o direito será sempre lacunoso, posto que as modificações dos fatos sociais geram novos valores e, consequentemente, a necessidade de compatibilizar as normas à realidade social.

Obtempera Ferraz Júnior:

> [...] Com a palavra incompletude, negamos a palavra completude, aquilo que é completo, qualidade do que está acabado, concluído, mais propriamente: acabado de fazer. Completo é, assim, o que está feito, plena e cabalmente, o que não possuía mas passou a possuir tudo o que lhe convém [...] incompletude é um não acabado, o que não foi acabado de ser feito, dentro de um limite [...] No caso da lacuna, conforme Engisch, essa incompletude é ainda insatisfatória [...] Quando dizemos, portanto, que a lacuna é uma incompletude insatisfatória, exprimimos uma falta, uma insuficiência que não devia ocorrer, dentre de um limite[38].

Destarte, a lacuna é a falta de solução do ordenamento jurídico para um caso individualmente analisado. Quer dizer, é um estado de coisas dado que, dentro de um sistema de normas, não é regulado pelo próprio sistema.

Essa incompletude ocorre por deficiência do sistema, daí o que denomina *incompletude por deficiência*. Isto é, há uma insuficiência no ordenamento jurídico em resolver os casos submetidos à análise do aplicador da lei. A problemática deve ser resolvida por meio da *unidade positiva*, consistente no método de integração ou preenchimento de lacunas.

Para Maria Helena Diniz: "*A lacuna constitui um estado incompleto do sistema que deve ser colmatado ante o princípio da plenitude do ordenamento jurídico* [...]"[39].

Acrescenta Maria Helena Diniz que o direito é, na perspectiva dinâmica do fenômeno jurídico, sempre lacunoso, embora, concomitantemente, não possua lacunas[40].

Existem lacunas pelo fato de a vida social e as condutas humanas possuírem dinamismo e passarem por constantes mudanças, surgindo novos problemas sociais e, via de consequência, tornando impossível que a norma jurídica alcance todas as situações da vida social na coletividade.

Assim, as lacunas se dividem em: (i) normativa, quando há fato e valor, mas a ausência de norma sobre determinado caso; (ii) ontológica, quando há norma, conquanto ela não mais corresponda aos fatos sociais, tornando sem eficácia social, devido ao dinamismo da realidade e, ao mesmo tempo, ao caráter estático da legislação, que se encontra vinculada à carga axiológica da sua época; (iii) axiológica, se existir preceito normativo, porém, uma vez que tal é aplicado, trará solução insatisfatória ou injusta, havendo, por conseguinte, a ausência de norma justa no ordenamento jurídico; e (iv) de conflito ou colisão, como no caso das antinomias jurídicas reais.

Paralelamente, o direito se revela sem lacunas, em razão de o seu dinamismo apresentar soluções que servem de base para toda e qualquer decisão, tanto em nível jurisdicional, como na esfera do Poder Legislativo[41].

Faz-se indispensável, nesse quadrante, a perquirição sobre o método de integração normativa, com o desiderato de compreendê-lo, em um primeiro

---

[38] FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 187.
[39] DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 445.
[40] DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.
[41] DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito:* introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 477.

momento, na perspectiva da ciência do direito e, em sequência, sob o ângulo da dogmática jurídico-penal.

4.1 LACUNA E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Na ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão, não tem cabimento a pronúncia de nulidade da norma, eis que não há norma, não podendo ser declarada a inconstitucionalidade de uma lacuna jurídica. O problema não é no sentido de se constatar eventual existência de inconstitucionalidade da norma para revogá-la, mas da falta de norma que deveria regular determinada matéria em nível constitucional.

Assim, estar-se-á diante de mora inconstitucional por parte do legislador, sendo que, nos termos do §2º do artigo 103 da Constituição de 1988: "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*".

Assim, os remédios constitucionais para sanar a inconstitucionalidade por omissão são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF) e a ação de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF)[42], a fim de que se propicie o cumprimento do preceito constitucional pelo legislador, evitando que a Lei Maior torne-se "*letra morta*" e, consequentemente, seja rechaçada a violação negativa da Constituição[43].

Sustentamos, nesse ponto, que é equivocada a atual proposta de criminalização da homofobia pelo Poder Judiciário, porquanto não lhe compete, por força da divisão de poderes, o exercício da atividade legiferante, sobretudo em matéria penal.

5 Das lacunas nos crimes informáticos

Antes de discorrermos sobre a evolução jurisprudencial do crime de pornografia infantil praticado pela internet, é indispensável a compreensão sobre as noções gerais dos crimes informáticos.

A criminalidade informática não é fenômeno recente. Desde a década de 70, esse tipo de criminalidade, conhecida à época como criminalidade mediante computadores, tem sugerido a implantação e o desenvolvimento de novas formas de controle da manifestação patológica por meio da tecnologia.

Assinala-se que, em 1973, um dos casos emblemáticos de criminalidade econômica envolveu a manipulação de dados virtuais por certa empresa norte-americana de seguros, qual seja, a *Equity Funding Corporation of America*.

---

[42] Cumpre salientar que tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como ao mandado de injunção são espécies de ações constitucionais autônomas de impugnação que visam a sanar a inércia do legislador infraconstitucional, no intuito de que ele atenda ao preceito constitucional para regulamentar o direito neste previsto. De todo caso, ambas as ações são distintas, em particular quanto à legitimação, objeto, procedimento, julgamento, competência legitimação, efeitos da decisão, dentre outros. Com efeito, o *mandado de injunção* (artigo 5º, LXX1, CF) possui as seguintes características: (i) pode ser impetrado por qualquer pessoa que se sinta prejudicada no exercício de algum direito ou prerrogativa assegurada pela Constituição, em virtude da falta de norma regulamentando a respectiva matéria quando o legislador já deveria tê-lo feito; (ii) tem por objetivo declarar a mora inconstitucional e comunicar ao poder ou órgão competente a obrigação de complementar a Constituição, sendo que, tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, não se declara a nulidade da lei; e (iii) trata da ausência (inconstitucional) de norma regulamentadora, de modo que não há norma alguma para ser declarada inconstitucional.

[43] Para mais detalhes, cf. VALENTE, V. A. E.. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*: teoria geral do direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

Neste caso, a *Equity* praticou fraude em seu sistema de processamento de dados destinado ao controle das apólices de seguros, sofrendo um prejuízo superior a 30 milhões de dólares e, via de consequência, chegando à falência[44].

Verifica-se que, ao menos um primeiro momento, a criminalidade mediante computadores era punida, preponderantemente, no contexto da criminalidade econômica. A título de exemplo, a Alemanha, uma das primeiras nações a legislar sobre o tema, passou a punir a criminalidade informática para garantir a proteção da ordem econômica[45].

Na década de 80, o Comitê Europeu chegou a certas conclusões sobre os problemas criminais de competência do Conselho da Europa, constatando que a criminalidade informática não violava unicamente a ordem econômica, senão também direitos de diversas naturezas, tais como a privacidade e os direitos autorais.

Em nível global, a Convenção de Budapeste prevê recomendações para o tratamento universal e uniformizado de prevenção e de combate à criminalidade digital.[46]

Sustenta-se, nesse sentido, que o acesso à comunicação virtual, em especial o direito de acesso à internet, é um direito fundamental de quinta dimensão, guardando relação umbilical com os direitos humanos na atualidade.

Isto porque a internet é uma ferramenta indispensável para a inserção social e a educação do cidadão na globalização mundial, garantindo o alcance dos direitos sociais (CF, Art. 6º) e, via de consequência, um piso mínimo existencial, com fundamento na dignidade humana e no princípio da proibição ao retrocesso social (efeito *cliquet*).

Em que pese não ser expressamente previsto na Constituição, entende-se que o direito de acesso à internet encontra fundamento no §2º do artigo 5º da Constituição Federal, sob o fundamento de que "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".

Dessa forma, indispensável que o ordenamento jurídico interno, em especial o direito penal, seja conformado com a atual dinâmica dos direitos humanos em nível global. Cabe dizer, deve o direito penal brasileiro ser compatibilizado com a Convenção de Budapeste em matéria de crimes informáticos, legitimando a edificação de um microssistema jurídico-penal que seja sistemicamente coerente e eficiente para o combate dos delitos informáticos, tanto em nível nacional, como na perspectiva da cooperação jurídica internacional.

Nos dias atuais, constata-se um aumento exponencial nos crimes praticados por meio da internet, causando danos incomensuráveis às pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público, como no setor privado.

Se não bastasse, não se vislumbra um efetivo controle de prevenção e repressão dessa criminalidade por parte do Estado, fomentando as situações de autotutela como forma de solução dos conflitos. Para Rossini e Brito:

> A busca intensa por inclusão digital, em geral, aquém do adequado; a substituição de contato físico por relacionamentos via internet; a expansão e a popularização

[44] ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. *In:* VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico:* crimes financeiros e correlatos. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

[45] ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. *In:* VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico:* crimes financeiros e correlatos. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

[46] ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. *In:* VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico:* crimes financeiros e correlatos. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

> do comércio eletrônico; e, principalmente, o aumento das transações bancárias e financeiras pelo computador são as principais características identificadas na sociedade atual como incrementadoras dos riscos relacionados à delinquência informática[47].

Assim, o direito penal tradicional não se apresenta suficientemente apto ao combate dos crimes perpetrados na sociedade contemporânea, máxime dos delitos informáticos, eis que desvencilhado da carga axiológica da atual sociedade da informação e da tecnologia. Nesse sentido, preconiza Antonio Carlos da Ponte:

> Forçoso torna-se reconhecer que o Direito Penal tradicional não possui ferramentas suficientes ao combate de novas formas de criminalidade, que atentam contra bens jurídicos que se afastam da criminalidade ordinária. A salvaguarda do meio ambiente, do consumidor, do mercado financeiro, da lisura do processo eleitoral, da informática, etc., exige um novo atuar, que começa com o reconhecimento da existência de tais bens jurídicos e da necessidade de proteção dos mesmos.[48]

Revela-se imprescindível, à luz do tridimensionalismo jurídico, a compatibilidade do direito penal com os novos fatos sociais, de relevância criminal, praticados na sociedade da informação, com o fim precípuo de proteção penal dos direitos da personalidade na rede mundial de computadores, tanto na perspectiva da pessoa física, como no da pessoa jurídica.

5.1. LEGALIDADE PENAL

Historicamente, a Carta Magna de 1215, também chamada de *Magna Charta Libertatum* ou Carta do "Rei João Sem Terra", editada na Inglaterra, consagrou diversos princípios basilares para a construção dos sistemas constitucionais modernos, entre os quais o princípio da legalidade.

Nesse contexto, Feuerbach cunhou, pela primeira vez, o brocardo "*não há crime nem pena sem prévia lei*" ("*nullum crimem, nulla poena sine praevia lege*").

Obtempera Roxin, nada obstante, que aludido princípio tem raízes nos períodos do Iluminismo e do liberalismo político, devido à divisão de poderes no contexto do Estado[49].

No Brasil, a Constituição de 1824, em seu artigo 129, II, privilegiava os princípios da legalidade, da anterioridade e do juiz natural. As Constituições brasileiras posteriores também reproduziram o princípio em tela, embora com singelas alterações (Constituição de 1891; 1934; 1937; 1946; 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69; 1988).

Assim, tornou-se a legalidade a viga-mestra do direito penal liberal, desdobrando-se em três vertentes: (i) princípio da legalidade em sentido político: cuida-se de conotação política em nível constitucional, de modo que a legalidade constitui-se em garantia fundamental do cidadão face ao Estado, a fim de evitar arbitrariedades; (ii) princípio da legalidade *lato sensu* ou em sentido amplo: também é analisado em nível constitucional, especificamente no artigo 5º, inciso II, da Constituição, que assim proclama: "*Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.*"; e (iii) princípio da legalidade *stricto*

---

[47] ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. *In:* VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico:* crimes financeiros e correlatos. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

[48] PONTE, A. C. da. *Crimes Eleitorais.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43.

[49] ROXIN, C. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, La estructura de La teoria do delito.* Tomo I. Madrid: Civitas, 2006, p. 144.

sensu ou em sentido restrito ou penal: também é analisado em nível constitucional, mas com efeitos diretamente vinculados à esfera penal, porquanto consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que assim dispõe: "*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*".

Segundo Nucci, a legalidade em sentido penal consiste em princípio constitucionalmente explícito, referindo-se à atuação do Estado[50].

Com essa conotação, exara esse princípio que a matéria penal – leia-se, crime e sanção correlata-, é reserva de lei. Quer dizer, a conduta e a sanção correspondente devem ser expressamente definidas em lei, antes da prática da conduta delituosa.

Essa sistemática admite exclusivamente o emprego de analogia favorável ao réu ("*in bonam partem*"), rechaçando-se a analogia "*in malam partem"* e a imposição de penas não previstas em lei[51].

Por fim, a legalidade penal fornece balizas ao aplicador da lei, a saber: (i) anterioridade (*lege praevia*); (ii) taxatividade (*lege certa*); e (iii) reserva legal (*lege scripta*).

5.2. LEGALIDADE E TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO

A tipicidade penal, que guarda relação umbilical com a legalidade, é princípio implícito na Constituição brasileira de 1988, constituindo um dos principais alicerces do direito penal liberal.

Por esse princípio, todo comportamento delituoso deve ser descrito pormenorizadamente em lei, com fundamento nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Porém, entendemos que a legalidade, ainda que pretenda garantir um núcleo duro ou imodificável em matéria penal, também é, forçosamente, elástica. Até porque todas as normas jurídicas são caracterizadas por sua elasticidade no tempo, a fim de que ela mantenha sua vigência na ordem jurídica[52].

Quer dizer, as leis penais não apresentam sentidos e descrições absolutas e uníssonas, de modo que cada intérprete confere a interpretação conveniente conforme os aspectos axiológicos, humanísticos e técnico-jurídicos de seu tempo.

Tais considerações se amoldam à perspectiva do tridimensionalismo jurídico, no sentido de que os elementos "valor" e "fato" invariavelmente influenciam o elemento "norma" na sua dialética de complementaridade. Com isso, os fatos sociais demandam, constantemente, a adaptação das leis penais para a proteção de novos valores da sociedade, em especial dos bens jurídico-penais de nova geração.

Assim, não existe ordenamento jurídico perfeito, sobretudo no que diz respeito à legislação penal face às novas formas de criminalidade, sobretudo da delinquência informática, conforme será analisado a seguir.

5.3. DAS LACUNAS ONTOLÓGICAS NOS CRIMES INFORMÁTICOS

Ao longo da história da humanidade, jamais se presenciara, tal como se verifica na atual sociedade da informação, tamanha devassa à intimidade e à

---

[50] NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

[51] Para Bitencourt: "*Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida*" (BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11).

[52] A propósito das correntes moderada e extremada que versam sobre a elasticidade das normas jurídicas, cf. ANDRADE, C. J. de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27.

privacidade do ser humano por meio do uso desregrado e desmensurado da tecnologia, em especial na rede mundial de computadores (*internet*).

Com efeito, a criminalidade informática acarreta danos incalculáveis e indeléveis à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, tanto das pessoas físicas, como das pessoas jurídicas, sugerindo não só uma atuação reparatória, senão também uma resposta criminal inibitória e prospectiva.

A título de menção, podem ser indicados certos aspectos controvertidos acerca dos crimes informáticos, a saber: (i) quanto à interpretação de certos tipos penais incriminadores, tendo em vista que o Código Penal então vigente, se revela incompatível, à primeira vista, com certos crimes praticados pela internet e, concomitantemente, a atual carga axiológica da sociedade da informação; e (ii) quanto à leitura integrada e conjuntural dos crimes informáticos com os demais ramos jurídicos e os textos normativos então vigentes, tais como a Convenção de Budapeste, também conhecida como Convenção do Cibercrime, a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), o GDPR (*General Data Protection Regulation*) e a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), além de outras legislações e diretrizes normativas no direito comparado.

Nessa linha, a realidade brasileira sugere uma reformulação do Código Penal de 1940[53], assim como de legislações penais extravagantes que foram elaboradas, em sua maioria, em sintonia com os valores e ideologias preponderantes de épocas passadas e desconexas à atual sociedade tecnológica da informação.

Assim, o Substantivo Penal então vigente, que ora se aplica, em sua maioria, aos crimes praticados pela internet, apresenta incongruências nas tipificações penais, bem como no sentido e alcance dos elementos normativos do tipo, havendo lacunas ontológica e axiológica para o tratamento suficiente da criminalidade informática no Brasil.

Em se tratando de lacunas ontológicas, há a vigência do Código Penal brasileiro, embora aludido diploma não mais corresponda aos fatos sociais de relevância penal praticados pela *internet*, devido ao dinamismo da realidade tecnológica e, ao mesmo tempo, ao caráter estático daquela legislação. Exemplificativamente, há embaraços práticos para se caracterizar o crime de falsa identidade perpetrado no ambiente digital, devido ao conceito tradicional de "identidade pessoal" no artigo 307 do Código Penal, o qual demonstra ser incompatível com o atual sentido e o alcance da identidade digital na era da sociedade da informação.

Evidencia-se, nessa senda, que a resposta criminal é incongruente e, acima de tudo, insuficiente no ambiente digital, em especial quanto à proteção da intimidade e dos dados pessoais, a despeito da edição da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), da Lei 13.709/18 (Lei de Proteção de Dados) e da Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012[54], sendo que a última produziu repercussões na órbita criminal, dispondo sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos e alterando o texto penal então vigente.

Certo é que a existência ou não de lacunas dependerá da espécie de crime informático; ou seja, se estar-se-á diante de um crime informático puro ou próprio, impróprio ou misto[55].[56]

---

[53] É o caso do Projeto do Novo Código Penal (PLS n. 236/12).

[54] Repudia-se qualquer discurso de etiquetamento social ou de *labeling approach*. De todo caso, registra-se, apenas para fim de identificação, que a mencionada legislação é conhecida vulgarmente como "Lei Carolina Dieckmann".

[55] Os crimes informáticos mistos são condutas praticadas, intencionalmente, contra a inviolabilidade das informações automatizadas, conquanto a lesão também seja direcionada a bem jurídico de diferente natureza. Caracterizam-se, pois, por uma mescla – daí chamados de "mistos" - entre a inviolabilidade dos dados informáticos e a natureza comum do outro bem-jurídico.

[56] Ao lado dessas classificações, Túlio Vianna e Felipe Machado acrescentam outra que se refere ao crime informático mediato ou indireto, ou seja: "[...] é o delito-fim não informático

Em se tratando de crimes informáticos próprios ou puros[57], entendemos que apenas uma parcela dessas condutas é tipificada na legislação penal brasileira. Exemplificativamente, a Lei nº 9.983/2000 inseriu no Código Penal os crimes de peculatos anômalos, que se dividem em: (i) "peculato eletrônico", também chamado de inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A); e (ii) peculato "hacker", também identificado como modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B).

Contudo, outra parcela das condutas correspondentes a essa categoria delitiva não possui tipificação (v.g., interferência em sistemas computacionais), tampouco legislação própria, contando com uma subsunção forçada no Código Penal, como ocorre na conduta lesiva aos dados informáticos e controvérsias acerca do crime de dano, por exemplo.

Os crimes informáticos impróprios, por seu turno, são as condutas nas quais o agente, intencionalmente, se vale do computador como instrumento de execução do delito, embora o bem jurídico atingido seja diverso ao da inviolabilidade da informação automatizada, caracterizando crimes comuns previstos na legislação penal, a exemplo da pornografia infantil e da exposição pornográfica não consentida. Entendemos, ainda assim, que não é incomum uma uma subsunção forçada desses crimes quando praticados pela internet, eis que as tipologias correspondentes não disciplinam tal meio de execução na maior parte das vezes.

Nota-se que a atividade jurisprudencial se encarregou de suprir as lacunas jurídicas nos crimes de pornografia infantil praticados na internet, conforme será analisado oportunamente.

5.4. LACUNAS AXIOLÓGICAS E ANÁLISE ECONÔMICA DOS CRIMES INFORMÁTICOS

Aponta-se a existência de lacunas axiológicas no ordenamento penal brasileiro, havendo uma desproporcionalidade na sanção quanto aos crimes praticados pelas redes digitais.

Sustentamos que a existência de lacunas axiológicas guarda relação umbilical com a análise econômica do direito, em especial dos crimes informáticos.

A análise econômica do direito é um método que permite analisar e detectar as utilidades e os motivos que levam o indivíduo a se enveredar à prática de crimes na sociedade.

A partir dessa linha, sustenta-se que são inviáveis a prevenção e a repressão plena dos delitos no tecido social, devendo se reconhecer, por outro lado, a necessidade de redução da criminalidade. Preconiza Vasco Rodrigues:

---

que herdou esta característica do delito-meio informático realizado para possibilitar a sua consumação" (VIANNA, T. L.; MACHADO, F.. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle), posição 572). Por exemplo, a invasão a dispositivo informático de um banco pelo infrator, com a consequente transferência indevida de dinheiro para a sua conta, configura dois crimes, a saber, o de invesão de dispositivo informático, que é genuinamente informático, e o furto, considerado crime essencialmente patrimonial. Logo, o crime de invasão de dispositivo informático é crime-meio para a prática do furto, que é crime-fim, razão pela qual o agente será punido somente pelo último delito, por força do princípio da consunção.

[57] Os crimes informáticos próprios ou puros são as condutas humanas praticadas intencionalmente contra o sistema de informática ("*hardware*" ou "*software*"), por meio de atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, com o objetivo de atingir a inviolabilidade das informações automatizadas (dados informáticos). Cf. VIANNA, T. L.; MACHADO, F;. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle), posição 444; PINHEIRO, R. C.. Dos Delitos praticados no Âmbito da Internet Em Face da Legislação Penal Brasileira. In: *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Toledo/PR, v. 5, n. 1, p. 83-94, jan./jun. 2002, p. 85.

> A afirmação de que a sociedade bem governada aceita um certo nível de crime refere-se ao esforço que deve ser efetuado para o prevenir. Não se refere à atitude que a sociedade deve ter perante um qualquer ato criminoso já efetivamente concretizado. O que se está a afirmar é que a sociedade não deve dedicar à prevenção do crime os meios que seriam necessários para o reduzir a zero, salvo se essa for a afetação mais eficiente dos recursos, não que a sociedade deva deixar de punir quem, em concreto, cometeu um determinado crime[58].

Entende-se, nessa senda, que a prevenção e repressão da criminalidade informática deve ser suficiente e, ao mesmo tempo, eficiente no ordenamento penal brasileiro.

Por eficiência, entende-se necessária a relação entre os resultados obtidos e os meios empregados, tornando-se indispensável a metodologia da análise econômica do direito para o tratamento dos delitos informáticos[59].

Porém, diante das incongruências e das lacunas ontológicas e axiológicas, é evidente que há uma ampla utilidade ou rendimentos decorrentes da prática da criminalidade informática no Brasil.

A partir da análise econômica do direito[60], é possível apontar que as decisões de se praticar o crime são voltadas às seguintes utilidades: (i) acréscimo de rendimento gerado pelo crime diante da melhor alternativa a ser adotada no tempo, ou seja, o crime proporciona melhor nível de utilidade ou de rendimento, inclusive financeiro, do que outras atividades ao longo do tempo; (ii) o custo que o autor terá de arcar se for penalizado; e (iii) a probabilidade subjetiva de o infrator ser penalizado[61].

Complementa Vasco Rodrigues que os indivíduos escolhem suas atividades às quais pretendem se dedicar com o objetivo de maximizar ou potencializar a utilidade de tais atividades, "*Ou mais precisamente, a sua ´utilidade esperada´: as decisões são tomadas em função de expectativas em relação ao futuro*"[62].

Com relação aos crimes informáticos, nota-se que, ao menos no atual contexto da sociedade brasileira, os três vetores acima mencionados estão

---

[58] RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito.* 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 217.

[59] Preleciona Vasco Rodrigues: "As questões a que a Análise Económica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre diretamente da Economia como o estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a questão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atrativa do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Esse tipo de questões corresponde à ´análise positiva´ do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma ´análise normativa´, que decorre da preocupação dos economistas com a ´eficiência´. Diferentes sistemas de incentivos, e portanto diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes" (RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 32).

[60] Tecnicamente, a análise econômica do direito não corresponde com os fundamentos do tridimensionalismo jurídico. Ainda que a presente incursão não seja endereçada ao estudo do tema, é indispensável que seja compreendida a análise econômica do direito na perspectiva dos crimes informáticos, eis que consiste em temática em voga, cujas diferenças devem ser melhor delineadas com outras linhas do pensamento jurídico, tal como o tridimensionalismo jurídico.

[61] RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 207.

[62] RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 206.

onipresentes, tornando positiva a utilidade esperada por meio da prática daqueles delitos.

Primeiramente, a internet se apresenta como um meio eficiente e dinâmico de o infrator alcançar os seus objetivos, inclusive para fins delituosos. Por exemplo, o infrator, em um crime contra a honra, pode lograr, em poucos segundos, em aviltar a honra objetiva tanto de uma pessoa jurídica, como de uma pessoa física, utilizando-se da internet como meio de potencializar as ofensas e, com isso, obter maior utilidade do que se fossem adotados outros meios.

Ademais, a maioria dos crimes previstos no Código Penal e em legislações extravagantes conta com penas brandas, geralmente o que ocorre nos crimes contra a honra, que consistem, em regra, em infrações penais de menor potencial ofensivo e que comportam benefícios despenalizadores, a exemplo da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/95). Também seria cabível uma simples retratação, de modo que o conteúdo ofensivo ainda poderia correr o risco de permanecer em circulação na rede mundial de computadores[63].

É evidente, neste ponto, a existência de lacunas axiológicas, diante da desproporcionalidade na sanção penal cominada aos crimes praticados pelas redes digitais.

Ou seja, há preceito normativo, porém, uma vez que tal é aplicado, acarreta em solução insatisfatória ou injusta.

Por vezes, sequer existe uma tipologia penal adequada e específica para o fato concreto, tornando o fato atípico e, via de consequência, gerando impunidades. Noutros casos, sequer os crimes informáticos são comunicados às autoridades competentes, caracterizando o que denominamos "cifra digital ou cibernética da criminalidade".

Também é possível afirmar a existência de antinomia valorativa para certos crimes informáticos, tendo em vista que opta o legislador penal, entre os mais diversos tipos penais, por cominar sanção penal menos drástica a delito de elevada de intensidade de lesão.

Além do que, é reduzida ou precária a probabilidade de o autor ser penalizado. Isto porque, ao menos no presente estágio da realidade brasileira, os tipos penais e os mecanismos de persecução criminal são incongruentes, insuficientes e ineficientes, havendo um elevado número de usuários no Brasil que dificulta o armazenamento e o fornecimento de todas as informações por parte dos provedores da internet, além de não existir um banco de dados nacional para identidade digital obrigatória.

Salienta-se, outrossim, que existe reduzida quantidade de Varas Especializadas em Crimes Digitais, além de ser tímida a cooperação jurídica entre os órgãos de persecução criminal, tanto em nível nacional, como internacional.

Se não bastasse, os mecanismos de persecução criminal, muitos deles inéditos, ainda se encontram em fase de evolução no direito brasileiro, dificultando a identificação da autoria e da prova de materialidade dos crimes informáticos.

Diante disso, devem ser encontrados meios eficientes para a prevenção e a repressão dos delitos informáticos. Ou seja, é salutar que o Estado se utilize das seguintes soluções para desmotivar o crime, cuja sistemática também deve ser aplicada aos crimes informáticos: (i) ampliar a perda de utilidade do crime, causando uma insatisfação no infrator, isto é, tornar mais difícil que a utilidade decorrente do crime seja positiva, o que pode ser feito por meio da pena; e (ii)

[63] Em razão disso, sugere-se não apenas suficiência da lei penal, mas, acima de tudo, uma maior eficiência, com o objetivo de reduzir a utilidade decorrente da prática dos crimes informáticos. Assim, se revela coerente e necessária a adoção da tutela penal inibitória e do direito à desindexação virtual, pois ambas são medidas eficientes para reduzir a utilidade da prática dos crimes informáticos. Por exemplo, o infrator de um crime contra a honra saberia que, nestas circunstâncias, as ofensas por ele proferidas seriam imediatamente desindexadas ou, até mesmo, deixariam de ser vinculadas se fossem adotadas essas medidas.

ampliar a probabilidade de penalização[64], pois "*quanto mais provável a punição, menos o incentivo para cometer o crime*"[65].

Por exemplo, sugere-se que, para a proteção eficiente da honra no ambiente virtual, torna-se indispensável a seleção de meios materiais e processuais legítimos para se alcançar aquela proteção, a exemplo do direito à desindexação virtual.

Nesse sentido, parece que o legislador penal tem se inclinado a adotar essa política criminal para a prevenção e a repressão dos crimes dos crimes de pornografia infantil e de exposição pornográfica não consentida na internet, conforme será compreendido a seguir.

6. Pornografia infantil na internet e a atividade jurisprudencial

6.1. *HABEAS CORPUS* N. 76.689-0 E A AUSÊNCIA DE LACUNA NORMATIVA

Em 1998, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 76.689-0, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal inovou, de forma paradigmática, no tratamento conferido aos crimes informáticos no Brasil, sob o fundamento de que é possível a adaptação do Código Penal e das legislações extravagantes para a repressão dos delitos praticados pela internet.

Neste julgamento, o Pretório Excelso, no voto de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, firmou o entendimento de que a publicação de cena de sexo explícito infanto-juvenil pela internet configura o crime previsto no artigo 241 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA)[66].

No caso em tela, adolescentes de quinze anos de idade, por meio da internet, veicularam imagens de crianças e adolescentes completamente nus, em práticas sexuais diversas, razão pela qual foi imputada, aos menores infratores, a prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 241 do ECA.

Diante disso, aos dois adolescentes foi imposta, perante a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Campina Grande/PB, medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, nos termos do artigo 112, inc. III, c./c. o artigo 241 da lei n. 8.069/90.

Os adolescentes, por intermédio de advogados, interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, sendo negado o provimento ao recurso, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Após, interpuseram recursos especial e extraordinários contra o acórdão que negou provimento à apelação.

Ainda inconformados, impetraram ordem de *Habeas Corpus* (*HC* n. 76.689-0) perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de liminar, com o objetivo de rejeição da representação, além do trancamento do processo e arquivamento, sob

---

[64] Obtempera Rodrigues: "O outro instrumento é a probabilidade de penalização: quanto mais provável a punição, menor o incentivo para cometer o crime. A probabilidade de penalização depende da eficácia policial na detecção e captura dos criminosos que, por sua vez, resulta do número de polícias existentes, do seu treino, dos meios que têm para exercer a sua função, entre outros fatores. Mas depende, também, do funcionamento do sistema judicial. Num país em que os processos caiam frequentemente em prescrição, por exemplo, a probabilidade de penalização reduz-se e, consequentemente, o crime torna-se mais atrativo. Outra vertente importante do funcionamento do sistema judicial é o padrão exigido em matéria de produção de prova. Um padrão pouco exigente aumento a probabilidade de penalização e, dessa forma, desincentiva o crime. Evidentemente, fá-lo à custa de uma maior probabilidade de condenação de inocentes. Tornar o padrão de prova mais exigente, reduz a probabilidade de condenar inocentes, mas aumenta a probabilidade de inocentar criminosos e, dessa forma, incentiva o crime. Não há solução perfeita para o problema: diminuir um tipo de erro implica aumentar o outro" (RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 209).

[65] RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 209.

[66] STF, Primeira Turma, Habeas Corpus n. 76.689-0/PB, Rel Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 22/09/1998. Divulg. 06/11/1998.

o fundamento de inexistir qualquer legislação específica referente aos fatos que lhes foram imputados.

Em geral, alegaram os impetrantes: (i) a atipicidade da conduta; (ii) a ofensa ao princípio da reserva legal; e (iii) a nulidade pela ausência do indispensável exame corpo de delito.

Quer dizer, argumentaram que o "pseudocrime" não existe no ordenamento penal nacional, não havendo qualquer previsão legal de inclusão de cenas pornográficas pela internet, com a consequente ofensa ao princípio da legalidade e o emprego de analogia *in malam partem*.

Nada obstante, de acordo com o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, o tipo penal em referência, ainda que norteado pelo princípio da legalidade, é uma norma aberta, eis que, para a caracterização do crime de pornografia infantil, basta a idoneidade técnica do veículo utilizado com a divulgação das cenas de sexo explícito pela internet para um número indeterminado de pessoas.

Na ocasião do julgamento, o Ministro Relator ressaltou que, no caso analisado, não se trata de colmatar lacuna da lei por analogia, pois o fato se enquadra perfeitamente no artigo 241 do ECA. Nos termos do voto do Relator:

> Não se trata no caso, pois de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta incriminada, o meio técnico empregado para realiza-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo[67].

Segundo esse posicionamento, a lei se preocupa com a conduta, e não com o meio de tornar públicas as cenas proibidas, bastando o emprego de qualquer meio visual eficaz. Consequentemente, o tipo penal restou integralmente preenchido, não havendo que se falar em atipicidade ou ofensa ao princípio da legalidade.

E, ainda que a transmissão de dados e imagens por meio da internet tenha ocorrido em data anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente e que tenha se popularizado apenas ulteriormente, não há que se falar em analogia *in malam partem* quanto à aplicação do ECA.

Essa sistemática segue o posicionamento de que quem interpreta a lei de dado momento histórico tem o objetivo de nela buscar respostas em conformidade com os padrões da atualidade.

De se ver que, na ocasião do julgamento, foi analisada a redação do tipo penal vigente à época, embora tal tenha sido alterado pela lei n. 11.829/2008.

Nada obstante, trata-se de caso emblemático, eis que foi um dos primeiros a consolidar o entendimento de que é possível a prática de pornografia infantil pela internet.

Portanto, essa jurisprudência teve o condão de demonstrar que, na maioria dos casos, não há a existência de lacuna normativa para o tratamento dos crimes informáticos.

Inclusive, não seria o caso de se falar de analogia *in malam partem*, haja vista que os fatos se enquadravam no crime preceituado no artigo 241 do ECA.

6.1.1. Críticas

6.1.1.1. A Internet no Direito Penal: Analogia, Interpretação Extensiva ou Interpretação Analógica?

[67] STF, Primeira Turma, Habeas Corpus n. 76.689-0/PB, Rel Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 22/09/1998. Divulg. 06/11/1998.

Conforme já salientado, doutrina e jurisprudência entendem que a atual legislação penal, embora seja incompleta, fornece soluções para o tratamento dos crimes praticados por meio das novas tecnologias, reconhecendo a internet ora como meio, ora como objeto material.

De acordo com esse entendimento, não há que se falar em analogia, mas em interpretação analógica ou extensiva.

A jurisprudência já reconheceu as diferenças entre analogia, interpretação extensiva e interpretação analógica:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. 1. Embora taxativa, em sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedentes do STF e desta Corte. 2. Esse entendimento não ofende a regra o art. 108, §1º, do CTN, que veda o emprego da analogia para a cobrança de tributo não previsto em lei. Na hipótese, não se cuida de analogia, mas de recurso à interpretação extensiva, de resto autoriza pela própria norma de tributação, já que muitos dos itens da lista de serviços apresentam expressões do tipo "congêneres", "semelhantes", "qualquer natureza", "qualquer espécie", dentre outras tantas. 3. Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos. 4. Recurso especial improvido[68] .

Sob o ângulo do direito penal, a interpretação extensiva consiste em método de interpretação de normas penais, tendo por fim precípuo o de ampliar o conteúdo de determinados termos e expressões constantes em alguns tipos incriminadores.

Acrescenta Ferraz Júnior que a interpretação extensiva amplia o conteúdo da norma para além do contido em sua letra[69].

Destarte, a interpretação extensiva não se confunde com a analogia.

Isto porque a interpretação extensiva se restringe a incluir no conteúdo da norma um sentido que nela já se encontra previsto, sendo que tal sentido apenas não havia sido mencionado explicitamente pelo legislador.

Já na analogia, o intérprete toma de uma norma de um caso semelhante e a aplica a outro para o qual não há preceito algum.

A interpretação analógica, por sua vez, consiste em método de interpretação que permite seja extraído o conteúdo de certa norma penal incriminadora, utilizando-se de exemplo previamente previsto na mesma ou em outra norma.

Assim, a interpretação analógica ou extensiva teria o condão de tornar aplicáveis as normas penais então existentes para o tratamento da criminalidade informática, incluindo o estelionato virtual, furto eletrônico, dano informático,

---

[68] STJ, Segunda Turma, REsp 121428 RJ 1997/0014040-7, Rel. Min. Castro Meira, Data de Julgamento: 01/04/2004, Data de Publicação: DJ 16/08/2004.

[69] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* São Paulo: Atlas, 2012, p. 271.

crimes contra a honra perpetrados pelas redes digitais, violação de correspondência ou de *e-mail*, entre outros.

Por outro lado, sustenta parte da doutrina que os ilícitos praticados por meio das novas tecnologias da informação e comunicação[70] não se enquadram no Código Penal de 1940 ou na legislação criminal extravagante, sendo o caso de analogia *in malam partem* e, consequentemente, ofensa ao princípio da legalidade, previsto no artigo 1º do Substantivo Penal e no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Sob o ângulo do direito penal, o emprego acentuado da analogia remete aos períodos de exceção, embora essa técnica de interpretação tenha sido adaptada às bases do direito penal liberal ao longo do tempo.

Para Mezger, a culpabilidade era embasada na personalidade do autor, pois consistia no conjunto de pressupostos que fundamenta a reprovação pessoal do agente pelo fato punível praticado[71].

Assim, operava-se uma antecipação da tutela penal sem procedentes, priorizando o emprego de prisões cautelares e o uso da analogia, com arrepio aos princípios da segurança jurídica, da legalidade dos delitos e das penas, da irretroatividade da lei penal, do devido processo legal e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Com a reimplantação das bases liberais, o direito Ppnal garantista tornou a permitir apenas o emprego da analogia "*in bonam partem*", ou seja, desde que benéfica às partes.

De se ver que não há um conceito unívoco sobre analogia. Nada obstante, aponta Tércio Sampaio de Ferraz Júnior: "[...] *Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada `facti species`, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança* [...]"[72].

Destarte, a analogia é método de integração das normas diante de uma lacuna normativa. O próprio termo "*integrar*" significa, em sua essência, "*completar*", "*preencher*", a ponto de tornar um sistema coerente e satisfatório.

Assim, a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não contemplada em lei, disposição legal que regula caso semelhante.

Em se tratando de direito penal, é complexo o uso de analogia, pois todos os comportamentos e as respectivas sanções penais devem ser previstos em lei, em consonância com o princípio da legalidade.

Neste azo, não se admite analogia em prejuízo ao acusado (analogia "*in malam partem"*), de modo que é vedada a criação judicial (por analogia) de tipos penais, causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes.

Sem prejuízo, é possível o emprego de analogia em favor do réu (analogia "*in bonam partem"*), como forma de se privilegiar o direito penal liberal e as garantias individuais do acusado, a exemplo da criação judicial de atenuantes, causas exculpantes (dirimentes, eximentes ou exclusão da culpabilidade) e justificantes (exclusão da ilicitude ou da antijuridicidade).

No aporte de Juan Pablo Montiel:

> Em nuestra discusión actual la analogia favorable al reo encuentra uma muy amplia cogida. Tanto em la doctrina nacional, como también, se acepta la prohibición de analogia

[70] Por novas tecnologias da informação e comunicação, entendem-se a fotografia digital, vídeo digital, *wi-fi*, *webcam*, *Bluetooth*, telefonia móvel, correio eletrônico (*e-mail*), entre outros.

[71] MEZGER, E. *Derecho penal. Parte general*. Mexico: Cardenas Editor e Distribuidor, 1985, p. 189.

[72] FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* São Paulo: Atlas, 2012, p. 277.

> deve ser exceptuada em aquel terreno donde no se produce uma extensión de la punibilidade. Precisamente el sentido liberal de nuestro Derecho penal aboga por exceptuar el principio de legalidade en supuestos en los que la Asunción de potestades creativas por parte del juez significa uma ampliación de la libertad individual. Por esta razón, la creación judicial por analogia de tipoes penales o agravantes (analogia *in malam partem*) se mantiene vedada por el principio de legalidade, mientras que la creación analógica de eximentes o de atenuantes (analogia *in bonam partem*) es de recibo em nuestros esquemas garantistas. De este modo puede observarse que la analogia favorable al reo y la retroactividad de la ley penal más favorable comparten em su esencia um idêntico fundamento de admisibilidad[73].

Como exemplo de aplicação de analogia "*in bonam partem"*, Nucci cita o exemplo de autorização de aborto relativo à gravidez decorrente de crime de violação sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal).

Como se sabe, o aborto é tão somente legalmente autorizado quando a gravidez decorre de estupro, nos moldes do artigo 128, II, do Código Penal. Porém, se a gravidez não decorrer de estupro, mas de crime de violação sexual mediante fraude – como no caso do *stealthing*[74] -, entende-se ser possível a aplicação de analogia "*in bonam partem*" à "autora-gestante", como forma de autorizar o aborto. Isto porque a gravidez decorreu igualmente de crime contra a dignidade sexual[75].

Por outro lado, Nucci cita caso de analogia "*in malam partem"* em assédio sexual.

O crime de assédio sexual (artigo 216-A do Código Penal) exige, para sua configuração, relação laboral entre autor e vítima, na qual o agente se vale de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do cargo, emprego ou função. Não poderia ser considerada, para a configuração do delito em questão, eventual relação existente entre docente e aluno. Se assim fosse concebido, estar-se-ia diante do emprego de analogia "*in malam partem"*, aplicada com o fim de incriminar indevidamente o acusado.

Certo é que, para a segunda corrente, a aplicação das normas penais então vigentes é caso de analogia *in bonam partem*. E, se não há legislação penal a ser aplicada para o tratamento dos crimes informáticos, é indispensável que seja suprida essa lacuna normativa no ordenamento penal brasileiro, com a edição de legislação específica sobre o tema, versando sobre os mais diversos delitos.

6.1.1.2. Equidade e Excludentes de Ilicitude Nos Crimes Informáticos

A analogia favorável ao réu (analogia "*in bonam partem"*) e os reflexos dela advindos são amplamente discutidos no atual contexto do direito penal, a ponto de despertar as seguintes reflexões:

(i) ao longo dos anos, a doutrina tem debatido as problemáticas do emprego da analogia favorável ao acusado. Neste azo, discute-se acerca da legitimidade do

---

[73] MONTIEL, J. P. *Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*. *In*: AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 279-280.

[74] Consiste na conduta de o companheiro, durante a prática sexual, retirar sorrateiramente o preservativo sem o consentimento da outra(o) companheira(o). Discute-se se tal conduta caracteriza o crime de estupro, embora prevaleça o entendimento de que configura o crime de violação sexual mediante fraude (CP, art. 215).

[75] NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 105.

julgador de criar o Direito, o que afrontaria os princípios da legalidade e da separação dos poderes[76];

(ii) discute-se sobre os limites e possibilidades de reconhecimento, por meio de analogia "*in bonam partem"*, de causas (supralegais) de justificação, diante da existência de lacunas axiológicas;

e (iii) existem problemas de natureza conceitual da analogia "*in bonam partem"*, de modo que pode apresentar um formato peculiar em cada sistema jurídico. Nem sempre o conceito de analogia é empregado no mesmo sentido, mas é associado a diferentes questões: à criação livre do Direito, criação moderada do Direito, interpretação, conceitos vagos, cláusulas gerais, discricionariedade judicial, entre outros.

Entendemos, nada obstante, que a analogia *in bonam partem* deve ser vista como um instrumento de aperfeiçoamento do direito penal, permitindo a criação judicial de uma nova causa de justificação, causa de exclusão da culpabilidade ou atenuante, a partir da análise da semelhança estrutural e jurídica entre o caso regulado pela eximente legal e o afetado pela lacuna.

Uma vez comprovada essa semelhança, é possível que o juiz, por equidade, crie uma norma geral, tomando como molde a regulação legal análoga, com fulcro no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[77].

Essa sistemática é compatível com o tridimensionalismo jurídico, sob o fundamento de que o direito é aberto e sempre lacunoso. Consequentemente, a possibilidade de integração das normas, notadamente o emprego de analogia *in bonam partem*, pode tornar a "nova norma" compatível com o fato social e, ao mesmo tempo, o valor.

Ademais disso, a analogia "*in bonam partem*" tem o condão de enaltecer a dignidade humana e os direitos fundamentais, guardando pertinência com o direito penal de linha liberal.

De se ver que essa postura judicial é indispensável nos crimes informáticos, pois, por consistirem em novas modalidades típicas que envolvem a complexidade das tecnologias da informação, é possível que, em certos casos, se faz necessária ora a analogia *in bonam partem*, ora a interpretação extensiva, para a ampliação das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal.

6.2. EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

Ainda que se discutisse sobre eventual lacuna normativa referente à pornografia infantil engendrada pela internet, tal foi superada no âmbito legislativo com a edição da Lei n. 11.829/08, que alterou os artigos 241 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto porque o legislador penal, acompanhando a evolução dos meios tecnológicos e dos fatos sociais subjacentes, alterou a redação do artigo 241 da Lei n. 8.069/90, que prevê o crime de fotografia, vídeo ou registro de cena de sexo explícito ou pornográfica, com o objetivo de conferir proteção integral e assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente no contexto da pornografia infantil.

No caso, a conduta do crime é "vender" ou "expor à venda", dolosamente, fotografia, vídeo ou registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

---

[76] Cf. MONTIEL, J. P. Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem. In: AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fábian I.; CESANO, José Daniel. *Reflexiones sobre la cuestión criminal:* libro homenaje AL Prof Carlos J. Lascano. Cordoba: Lemer, 2011, p. 280.

[77] MONTIEL, J. P. *Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*. *In*: AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 287.

Se não bastasse, foi inserido o artigo 241-A, que prevê, de forma específica, o crime de transação de fotografia, vídeo ou outro registro de cena de sexo explícito ou pornográfica, inclusive por meio de sistema informático ou telemático.

Assim, se o crime for praticado pela rede mundial de computadores, estar-se-á diante de conflito aparente de normas, sendo que, pelo princípio da especialidade, será aplicada a norma especial, qual seja, a do artigo 241-A do ECA.

Trata-se de crime formal, pois basta para a sua caracterização a prática das condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático.

Já o §1º traz o verbo "assegurar", equiparando-o à figura típica do "caput" do art. 241-A do ECA. Neste caso, o assegurar refere-se aos meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens proibidas, ou ainda, ao acesso por rede de computadores.

É bem de ver que esse crime pode ser praticado não só por revistas e jornais, mas também por computador, sobretudo pela internet, nos casos em que houver a publicação da imagem a um número indeterminado de pessoas.

A consumação ocorre com a efetiva prática das condutas descritas no tipo incriminador, independentemente de qualquer resultado naturalístico.

A conduta delituosa recai sobre as fotografias, vídeos ou outros registros que contenham cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo crianças e adolescentes.

O §2º do artigo 241-A prevê uma condição objetiva de punibilidade das figuras típicas previstas no §1º, I e II. Essa condição objetiva de punibilidade é a negativa do responsável legal pela prestação do serviço (de armazenamento ou de acesso), após oficialmente notificado, em desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito.

De se esclarecer que a definição de "cena de sexo explícito ou pornográfica" é trazida pelo artigo 241-E do ECA, compreendendo qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

6.3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RE 617.221/RJ, firmou o entendimento de que, mesmo que os agentes realizem troca particular de fotos pornográficas de crianças e adolescentes em ambiente virtual, resta caracterizado o crime do artigo 241 do ECA – atual artigo 241-A -, pois os próprios agentes permitiram ou ao menos correram o risco da difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, gerando um dano potencial às vítimas, as quais devem ser protegidas integralmente, por força do princípio da proteção integral.

Logo, é prescindível, para a caracterização do crime em questão, apenas o dano efetivo ou real[78].

---

[78] Nesse sentido: "V. Hipótese em que o tribunal "a quo" (de origem) afastou a tipicidade da conduta dos réus, sob o fundamento de que o ato de divulgar não é sinônimo de publicar, pois "nem todo aquele que divulga, publica", entendendo que os réus divulgavam o material "de forma restrita, em comunicação pessoal, utilizando a internet", concluindo que não estariam, desta forma, publicando as imagens. VI. Se os recorridos trocaram fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes através de internet, resta caracterizada a conduta descrita no tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que permitiram a difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, tornando-as públicas. VII. Para a caracterização do disposto no art. 241 do ECA, "não se exige dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade etc. de alguma criança ou adolescente, individualmente lesados. O tipo se contenta com o dano à imagem abstratamente considerada". VIII. O ECA garante a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, acima de qualquer individualização. IX. A proposta de suspensão condicional

Além disso, outra evolução jurisprudencial em crimes de pedofilia pela internet (ECA, arts. 240 e 241) diz respeito à competência.

Prevalece que, em se tratando da prática desse crime pela internet, mediante divulgação de imagens pornográficas de crianças e de adolescentes, como não é possível determinar o lugar do resultado, a competência será firmada pelo lugar da ação ou omissão (momento consumativo do crime), sendo irrelevante o local da sede do respectivo provedor[79].

Ademais disso, compete à Justiça Federal o processo e o julgamento desse crime se a sua consumação ocorrer no estrangeiro (artigo 109, V, CF)[80].

7. Da exposição pornográfica não consentida na internet

A exposição pornográfica não consentida na internet é ampla, compondo-se das mais diversas condutas que envolvem a divulgação da intimidade da vítima em casos de pornografia de vingança e em cenas de estupro.

Assim, a Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou os artigos 215, 217, 218, 225, 226 e 234 do Código Penal, bem como o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais.

Essa legislação inseriu o artigo 218-C no Código Penal, criando o crime de exposição pornográfica não consentida[81].

Entende-se que essa alteração legislativa é de suma importância para suprir eventuais lacunas jurídicas, a despeito de tal ser insuficiente, porquanto se restringe a tipificar a pornografia de vingança, enquanto que a exposição pornográfica não consentida abarca outras situações de maior amplitude.

No mesmo dispositivo penal, também foi inserido o crime de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável e de apologia ou induzimento a sua prática.

Também foi criado o crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, sendo revogada a contravenção penal preceituada no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais.

Ademais, foi modificada a natureza da ação penal referente aos crimes contra a dignidade sexual, que se tornou pública incondicionada, além de serem criadas novas causas de aumento de pena para o crime do artigo 218-C[82].

Por fim, passaram a ser previstas as causas de aumento de pena no artigo 218-C, §2º, do Código Penal, com a finalidade de evitar a colisão com o princípio constitucional da liberdade de expressão (CF, art. 5º, inc. IX)[83].

---

do processo incumbe ao Ministério Público, titular da ação penal pública, sendo inviável sua propositura pelo julgador. X. Recurso parcialmente provido, para cassar o acórdão recorrido, dando-se prosseguimento à ação penal instaurada contra os réus" (STJ – 5ª Turma, RE 617.221/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j 19/10/2004).

[79] TAVORA, N. *Curso de direito processual penal*. 9 ed. Juspodivm: Salvador, 2014, p. 338.

[80] STF, 1ª Turma, HC 86289/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 06/06/2006, Data de Publicação: DJ 20/10/2006

[81] "Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave."

[82] "Aumento de pena §1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação."

[83] "Exclusão de ilicitude Art. 218-C. § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou

8. Da aplicação analógica na produção das provas virtuais e o processo penal brasileiro

É indispensável, para a análise dos crimes informáticos, a compreensão acerca da persecução criminal correlata, em especial da produção analógica das provas digitais.

Tecnicamente, prova digital é qualquer tipo de informação, dotado de valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digital, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicação, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital[84].

Além das provas digitais, são admissíveis as chamadas evidências digitais, as quais, segundo Patrícia Peck, são evidências de maior solidez que indicam a ocorrência do ilícito, tais como as informações coletadas, mediante busca e apreensão, de um disco rígido[85].

O Código de Processo Penal, datado de 3 de outubro de 1941, não veda a produção das provas virtuais. Com efeito, as provas digitais são imprescindíveis para a demonstração da autoria e da materialidade delitivas, motivo pelo qual são plenamente legítimas e admissíveis no âmbito do processo penal, com baluarte nos artigos 231 e 232 do Código de Processo Penal[86]. Ademais, o artigo 3º do CPP admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito, cujos instrumentais podem ser aplicados para a persecução penal dos crimes informáticos.

Sustentamos, outrossim, a possibilidade de aplicação analógica do Novo Código de Processo Civil, desde que a matéria disciplinada no NCPC não seja incompatível com o disposto no CPP.

Diante de eventual lacuna normativa no CPP, torna-se indispensável a aplicação residual do NCPC, contanto que sejam respeitadas a lógica e os princípios do processo penal.

Esse é o teor do Enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil: "*As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei*". Também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> [...] A Lei 9.756/98, ao alterar o CPC, art. 557, previu a possibilidade de o Relator dar provimento a recurso, se a decisão estiver em manifesto desacordo com a jurisprudência do Tribunal. O Código de Processo Penal é omisso a respeito do tema. Igualmente a Lei 8.038/90. A lei processual civil é aplicável ao processo penal por interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3º). É possível o Relator dar provimento a RE, em matéria criminal, por despacho [...] **(STF, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso**

---

acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos."

[84] Segundo Antunes e Rodrigues: "Ou seja, a prova digital é a informação armazenada ou transmitida em formatos ou meios digitais, cujo teor consubstancia prova, seja ela material ou meramente indiciária, de um determinado incidente ou acontecimento. A prova digital é frágil e volátil, pelo que a atenção de um perito forense certificado é requerida, com o intuito de garantir que os dados de valor probatório são efetivamente isolados e extraídos de forma correta e lícita, respeitando as normas técnicas e legais existentes sobre esta matéria." (ANTUNES, M.; RODRIGUES, B.. *Introdução à Cibersegurança: a internet, os aspectos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA, 2018, p. 137).

[85] Cf. PINHEIRO, P. P.. *Direito Digital*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263.

[86] "Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.".

Extraordinário nº 256.15, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 31/10/2000).

Se não bastasse, devem ser aplicadas residualmente no processo penal outras legislações especiais para a produção das provas virtuais, a exemplo do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14).

Em se tratando de manipulação de dados e informações pessoais, os autores dos crimes informáticos são pessoas de perfil diferenciado, pois dotados de elevado conhecimento tecnológico e que se utilizam da internet para assegurar o anonimato, principalmente nos crimes de pedofilia e de pornografia infantil.

Nessa esteira, a Constituição Federal veda expressamente o anonimato, que é a forma mais vil e torpe de se omitir o pensamento, motivo pelo qual os crimes praticados pela internet devem ser punidos, em especial a falsa identidade. Dispõe o artigo 5º, inciso IV, da CF: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

De se ver que esse é um dos principais empecilhos da persecução penal relativa aos crimes informáticos, pois é cediço que o autor se utilize da internet como meio facilitador para a prática de ilícitos, principalmente para garantir o anonimato e a clandestinidade que ela proporciona.

Nessa esteira, é de suma importância que a infiltração clandestina em sistemas de tecnologia da informação seja enfrentada no direito brasileiro, com o escopo de viabilizar a eficiência da persecução criminal.

No decorrer do tempo, além de não haver qualquer precedente na Suprema Corte, havia uma insuficiência legislativa quanto à possibilidade de utilização de *softwares* espiões com o propósito de monitorar *online* as atividades cibernéticas.

Por sinal, discutia-se se seria viável a aplicação analógica, a todas as infrações penais, dos procedimentos de interceptações telefônicas e telemáticas, regulamentados pela Lei n. 9.296/1996, para fundamentar a utilização de *software* espiões e, consequentemente, o monitoramento *online* das atividades cibernéticas.

Suprindo essa lacuna normativa, a Lei n. 13.441, de 8 de maio de 2017, alterou a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para prever a infiltração de agentes de polícia na internet, com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente[87].

---

[87] "Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterá a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. §1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo. §2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se: I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. §3º A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios. Art. 190-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo. Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o

Ocorre que essa alteração legislativa não alcançou todos os crimes, mas unicamente aos delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, razão pela qual se identificava, a nosso sentir, uma insuficiência da proteção penal nesse âmago. Contudo, o artigo 10-A da Lei nº 12.850/13, inserido pela Lei nº 13.964/19, popularmente chamada de "Lei Anticrime", disciplina sobre a "infiltração digital", é dizer, um meio de obtenção de prova que se se destina à apuração de crimes cometidos pela internet, geralmente no caso de pornografia infantil[88], além de outros possíveis delitos cometidos no ambiente *web*.

Se não bastasse, é comum que autor dos delitos informáticos proceda ao envio de e-mails em cibercafés ou *lanhouses*, cujas redes corporativas permitem uso particular ou carecem de autenticação.

Dessa forma, é comum que cada Estado discipline o fornecimento de dados cadastrais, tais como nome, documentos de identidade, endereço e demais dados disponíveis, para auxiliar na identificação de usuário que se utiliza da conexão à internet de alguma *lanhouse* ou cibercafé em período devidamente indicado[89].

Também são comuns as seguintes solicitações: **(i)** fornecimento de eventuais filmagens feitas por câmeras de filmagem instaladas no estabelecimento comercial ou em sua fachada para auxiliar na identificação do responsável; e **(ii)** fornecimento de eventuais comprovantes de pagamento para utilização da internet e qualquer outra evidência que for possível para identificação do infrator.

Entendemos, neste azo, que as provas periciais não devem se restringir a simples e-mail e a números de *Internet Protocol* (IP). Em verdade, para a demonstração da autoria e da prova da materialidade do delito, é indispensável que outras provas virtuais sejam robustas e cuidadosamente produzidas, tais como a perícia virtual, a ligação de sinais da internet e de sinais *wireless* (*wi-fi*), procedimentos auditáveis, ata notarial, entre outros.

Com efeito, pode ocorrer de o suposto número de *Internet Protocol* (IP) fornecido ser considerado um IP "dinâmico", havendo uma mutação contínua de máquinas de usuários que se valem do mesmo endereço de IP para, assim, navegar pela rede mundial de computadores. Explica-se:

O IP é, a rigor, um código numérico atribuído a cada dispositivo conectado em uma rede, de modo que esse número é único para cada aparelho, ou seja, é encarado como um endereço desse equipamento.

Devido à quantidade excessiva de usuários na rede mundial de computadores no Brasil, não há números de IP suficientes para todos os usuários, razão pela qual um único número de IP, que pertence a certa rede de operadora, pode designar a utilização e o acesso à internet por mais de uma máquina de usuário.

Além disso, o IP "dinâmico" se refere a um endereço que muda constantemente, ou seja, quando o usuário liga o *modem* ou em intervalos de tempo definidos pelo provedor, o que geralmente ocorre em conexões domésticas[90].

---

acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações".

[88] Salienta-se que, no ordenamento penal brasileiro, não há a tipificação específica da pedofilia, mas tão somente de crimes que com ela guardam certas relações, tais como a pornografia infantil, o estupro de vulnerável, entre outros. Quer dizer, existem estruturas típicas de incriminações que tratam, indiretamente, da pedofilia, tal como ocorre no ordenamento português, que tipifica a coação sexual e violação, o abuso sexual de crianças lenocínio, o tráfico de menores, o exibicionismo e condutas afins. CF. LEITE, I. F. Pedofilia: *Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23-51.

[89] Por exemplo, no estado de São Paulo, a Lei n. 12.228/2006 dispõe sobre os estabelecimentos comerciais que colocam à disposição, mediante locação, computadores e máquinas para acesso à internet, abrangendo os designados como "*lanhouses*", "*cibercafés"* e "*cyber offices*".

[90] Como se sabe, o número de IP (*Internet Protocol*) se divide em estático e dinâmico. Primeiramente, o IP estático ou fixo é um número IP atribuído permanentemente a dado computador, não havendo qualquer mudança, salvo se tal ação for feita manualmente. Por

Cabe dizer, o endereço de IP "dinâmico" é passível de mudança a todo momento, não se sabendo ao certo qual o endereço da máquina que teve acesso à internet.

Discute-se, outrossim, acerca da veracidade e da carga probatória das atas notariais.

Para uma primeira corrente, a ata notaria assume apenas presunção relativa, haja vista que o interessado comparece junto ao cartório e indica ao tabelião o conteúdo que deve ser preservado, seja ele original seja fabricado, sendo este lavrado sem a adoção de procedimentos ideais de conferência do conteúdo.

Nessa linha, a doutrina, ciente acerca dessa realidade, reconhece que o conteúdo atestado em ata notarial não deve ser tomado com força probatória absoluta (*jure et de jure*), mas deve ser objetivo de relativização, ou seja, de presunção relativa (*juris tantum*):

E, se a presunção relativa da ata notarial é adotada na esfera cível, com mais cuidado e diligência deve ser na seara criminal, na qual se discute os bens jurídicos mais caros do cidadão.

Para outra corrente, é indispensável que a vítima preserve, para a comprovação das ofensas, os conteúdos por meio de ata notarial, que é documento dotado de fé pública, nos termos do art. 384 do Novo Código de Processo Civil[91], c/c o artigo 232 do Código de Processo Penal[92].

Neste viés, é possível a utilização da ata notarial como prova no processo penal digital.

Também é possível a solicitação às operadoras de telefonia celular para o fornecimento de dados e de ligações telefônicas registradas em ERB´S (Estações-Rádio Base), com fundamento no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Sustentamos, de qualquer sorte, que a identificação do usuário na internet deveria ser realizada por meio do fornecimento pleno dos seus dados pessoais, inclusive com biometria e certificado digital, reunindo-os todos em um banco de dados de identificação no âmbito nacional. Complementa Patrícia Peck Pinheiro:

> Definitivamente, um dos assuntos mais importantes a tratar no Direito é o tema da Identidade Digital obrigatória. Não adianta ter qualquer outra lei, se não pudermos gerar prova de autoria, seja para questões civis, criminais, trabalhistas, tributárias, entre outras. Isso tudo deve ser consolidado, unificado, senão cada vez que pára no Judiciário corre-se o risco de o juiz ter um entendimento distinto. Há juiz que entende que senha é suficiente para prova da identidade, outros aplicam isso apenas quando há certificado digital da ICP-Brasil, e há ainda os que dizem que só com assinatura do papel (como se isso trouxesse uma garantia maior, sendo que, na verdade, o papel é cópia quando a relação original foi manifestada no ambiente digital primeiramente)[93].

Portanto, duas alternativas se revelam possíveis, à primeira vista, para a tutela penal no ambiente virtual, com o desiderato de afastar qualquer proteção deficiente.

---

outro lado, o IP dinâmico é um número fornecido a um computador quando este se conecta à rede, mas que muda todas as vezes em que há conexão.

[91] "Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.".

[92] "Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares".

[93] PINHEIRO, P. P. *Direito Digital.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

A primeira seria a criação de uma identidade digital obrigatória no Brasil e sua compatibilização com o crime de falsa identidade (CP, Art. 307). A outra também demandaria a criação da identidade digital obrigatória, mas acompanhada da formulação de um novo tipo penal que tratasse, de forma específica e suficientemente, de conduta que atente contra a identidade digital.

In pari passu, revela-se indispensável o uso estratégico da inteligência digital[94] e das fontes abertas[95] e dos meios de obtenção de prova (v.g., infiltração virtual de agentes), com a finalidade de obtenção das evidências ou provas digitais, que são aptas a garantir a eficiência da persecução criminal[96], contanto que respeitadas as garantias e direitos fundamentais do acusado na persecução criminal, a exemplo da cadeia de custódia dos vestígios[97] e sua autodeterminação informativa.

---

[94] A inteligência digital compõe-se quer da atividade de inteligência, que tem por finalidade produzir conhecimentos a partir de informações existentes no ambiente digital, quer da investigação criminal, de natureza pré-processual, cujo escopo é o de coletar evidências para a elucidação de fatos delituosos e de seus autores, concebendo-as como indícios ou provas que possam ser avaliados pelo magistrado ao cabo da persecução penal. Cf. BARRETO, A. G.; WENDT, E.; CASELLI, G.. *Investigação Digital em Fontes Abertas* (Livro Virtual - E-Book Kindle). Rio de Janeiro: Brasport, 2017, p. 22.

[95] As chamadas fontes abertas (*Open Source Intelligence* ou OSINT) permitem sejam colhidos, publicamente, dados disponibilizados por uma pessoa desde em revista, jornal ou periódico até em seu perfil criado nas redes digitais, tal como ocorreu no combate ao crime organizado nos Estados Unidos e na Europa nas décadas de 70 e 80, respectivamente. Os dados obtidos mediante fontes abertas podem se apresentar nas mais diversas formas, tais como fotografias, gravações de áudio, impressões, relatórios, entre outros; ou seja, "A informação disponível em fontes abertas corresponde a dados agregados, que foram sujeitos a um processo de edição (por exemplo, a notícia do mesmo acidente de viação publicada num jornal ´online´)" (ANTUNES, M.; RODRIGUES, B.. *Introdução à Cibersegurança: a internet, os aspectos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA, 2018, p. 194).

[96] Os meios de obtenção de prova não se confundem com os métodos ocultos de investigação. Segundo David Silva Ramalho: "O problema que nos propomos tratar resulta da conjugação de dois temas de especial relevância no Direito Processual Penal da actualidade: os métodos ocultos de investigação criminal e a prova digital. Os primeiros consistem, ´grosso modo´, em <<todos aqueles métodos que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou disso sequer se apercebam>>. Assumem, por isso, como principal elemento caracterizador a imposição secreta de neutralização cauística de direitos fundamentais e garantias processuais do visado, ou mesmo da criação de um ´estado de excepção´ a certos princípios gerais do process penal, em prol da eficácia na realização da Justiça. O seu secretismo – instrumental à obtenção de prova e fundamental para a sua eficácia -, e o crescente recurso a estes meios, representam, mais do que o mero agravamento da acção repressiva do Estado, uma verdadeira modificação da tradição clássica do processo penal, assente na colaboração involuntária e desinformada do suspeito para prova da sua própria conduta criminosa" (RAMALHO, D. S. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 33).

[97] Entendemos que, com a advento da investigação criminal tecnológica, dois critérios atinentes à prova digital se tornaram indispensáveis na persecução criminal, quais sejam, a cadeia de custódia e o manuseio da prova de acordo com a proteção de dados pessoais. A cadeia de custódia pressupõe uma prova confiável (fiabilidade probatória), auditável e íntegra, servindo de utilização por todas as partes do processo e, acima de tudo, assegurando o contraditório. Os vestígios de uma prova devem ser obtidos por meio de métodos específicos de procedimento de coleta e manuseio, de natureza científica e técnica, com base na transparência e em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Nesse sentido: PRADO, G.. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014; BARRETO, A.; WENDT, E.; CASELLI, G.. *Investigação Digital em Fontes Abertas* (Livro Virtual - E-Book Kindle). Rio de Janeiro: Brasport, 2017, p. 237. Sustentamos, outrossim, que a cadeia de custódia é consentânea com o princípio da manipulidade ou relativização dos elementos infromáticos, assim denominado por Sydow. Quer dizer, a cadeia de custódia tem o condão de afastar que a desconfiança de que um elemento coligido no procedimento criminal tenha sido

Em caso de investigação de crimes sexuais mediante meios tecnológicos, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, em processo que se apure a suposta prática de crime sexual contra adolescente absolutamente incapaz, é admissível a utilização de prova extraída de gravação telefônica efetivada a pedido de genitora da vítima, em seu terminal telefônico, mesmo que solicitado auxílio técnico de detetive particular para a captação das conversas[98].

Nesse quadrante, entendemos que o uso de meios tecnológicos de obtenção de provas já é, em certa parte, reconhecido pelas diversas legislações nacionais, superando o temário das lacunas, embora deva ser alçado a um debate crítico na perspectiva da atividade jurisprudencial, a fim de que sejam melhor conformados com os direitos e garantias individuais constitucionalmente consagrados, sem perder de vista a suficiência da proteção penal em prol da vítima de delitos, tais como de crimes sexuais praticados pela internet.

9. Conclusões

O sistema informático pode ser utilizado de diversas formas para a prática de infrações penais. De um lado, as redes digitais podem constituir apenas em um novo meio ou *modus operandi* para a perpetração de crimes. Neste caso, o Código Penal então vigente, com base na interpretação analógica ou extensiva, já se apresenta como uma resposta para esse grupo de delitos, tendo em vista que tais poderiam ser cometidos de modo equiparado sem o sistema informático.

A própria jurisprudência, tal como assinalado no julgamento paradigmático do *Habeas Corpus* n. 76.689-0 pelo Supremo Tribunal Federal, tem firmado o entendimento, diante de legislação específica, de aplicação do Código Penal brasileiro ou de legislações extravagantes.

Assim, discordamos de que o ordenamento penal brasileiro, em sua totalidade, possui lacunas normativas para o tratamento da criminalidade informática.

Em certos casos, vislumbra-se a evolução tanto da jurisprudência como da atividade legiferante para suprir eventuais lacunas dos crimes de pornografia infantil e da exposição pornográfica não consentida na internet (crimes informáticos impróprios).

Noutro viés, uma parcela das condutas correspondentes aos crimes informáticos puros ou próprios não possui tipificação - v.g., interferência em sistemas computacionais -, tampouco legislação específica, subsistindo com uma subsunção forçada no Código Penal, tal como ocorre na conduta lesiva aos dados informáticos e controvérsias acerca do crime de dano, por exemplo.

Malgrado sejam identificadas lacunas de diversas naturezas, a resposta criminal aos delitos informáticos não é solúvel meramente mediante o método de integração. Vai mais além: condiciona-se a uma política criminal sistemicamente coerente e suficiente, prezando, em parte, pela criação de tipos penais próprios em face das constantes mudanças e inovações provocadas pelos meios tecnológicos disponíveis, em homenagem aos princípios da intervenção mínima e da legalidade.

Referências bibliográficas

ANDRADE, C. J. de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

---

manipulado. Cf. SYDOW, S. T.. *Curso de Direito Penal Informático: Partes Geral e Especial*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 120.

[98] STJ. 6ª Turma. REsp 1.026.605-ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/5/2014. Publicado no Informativo 543.

ANTUNES, M.; RODRIGUES, B.. *Introdução à Cibersegurança: a internet, os aspectos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA, 2018.

BARRETO, A. G.; WENDT, E.; CASELLI, G.. *Investigação Digital em Fontes Abertas* (Livro Virtual - E-Book Kindle). Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito:* introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HERKENHOFF, J. B. *Como aplicar o direito*: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Forense, 2011.

LEITE, I. F. Pedofilia: *Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Almedina, 2004.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEZGER, E*. Derecho penal. Parte general*. Mexico: Cardenas Editor e Distribuidor, 1985.

MONTIEL, J. P*. Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*. *In*: AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011.

MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, G.. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014.

PINHEIRO, P. P. *Direito Digital.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, R. C.. Dos Delitos praticados no Âmbito da Internet Em Face da Legislação Penal Brasileira. In: *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Toledo/PR, v. 5, n. 1, p. 83-94, jan./jun. 2002.

PONTE, A. C. da. *Crimes Eleitorais.* São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMALHO, D. S. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito.* 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. *In:* VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico:* crimes financeiros e correlatos. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROXIN, C. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, La estructura de La teoria do delito.* Tomo I. Madrid: Civitas, 2006.

SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953.

SILVEIRA, A. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SYDOW, S. T.. *Curso de Direito Penal Informático: Partes Geral e Especial*. Salvador: Juspodivm, 2021.
TAVORA, N. *Curso de direito processual penal*. 9 ed. Juspodivm: Salvador, 2014.
VALENTE, V. A. E.. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*: teoria geral do direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2016.
VIANNA, T. L.; MACHADO ,F.. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle).

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 130-185
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La esterilización química y otras medidas de control por la comisión de delitos sexuales

Chemical sterilization and other control measures for the commission of sexual crimes

Tomás Cristóbal Alonso Sandoval[1]
Universidad Internacional de la Rioja (España)

Sumario: Introducción. I. Desarrollo histórico y estado actual de los conocimientos científicos. 1.1 Delitos sexuales en el ordenamiento español. 1.2 Unión Europea. 1.3 En instrumentos internacionales II. Principales argumentos en contra de la esterilización. 2.1 Derecho a la reproducción y la esterilización judicial. 2.2 Consentimiento del privado de libertad ante los tratamientos médicos en prisión. 2.3 Principio de trato humano y no discriminación. 2.4 Crítica al principio de legalidad penitenciaria. 2.4.1 Principio de legalidad en la normativa española. 2.4.2 El principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad. 2.4.3 El principio de legalidad y Tribunal Constitucional Español: su jurisprudencia. 2.4.4 El principio de legalidad y la teoría de las relaciones especiales de sujeción en España. 2.5 La rehabilitación del privado de libertad como derecho en España. III. La pena de esterilización y otras medidas en el derecho internacional y nacional. 3.1 El estudio de la pena de esterilización desde el derecho interno en América. 3.1.1 El tratamiento de los delincuentes sexuales en Estados Unidos y las penas de esterilización. 3.1.2 México y Colombia ante la esterilización química. 3.1.3 La esterilización en Argentina y Perú. 3.2 La pena de la esterilización vista desde el derecho interno en Europa. 3.2.1 La aplicación de la esterilización en Inglaterra y Gales. 3.2.2 La aplicación de esterilización en Francia y Bélgica. 3.2.3 El caso de Alemania ante la esterilización como castigo. 3.2.4 Las leyes de esterilización de Dinamarca y Suecia. 3.2.5 Polonia, Estonia y Rusia ante la esterilización. 3.3 La esterilización en Asia, Corea del Sur, Indonesia e India. 3.4 La esterilización en Australia. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Un tema que vuelve a la actualidad, las discusiones en materia de las sanciones penales aplicables a los delincuentes que cometen delitos sexuales, es el de la esterilización química o quirúrgica. Este tema ha generado fuertes discusiones en el pasado y sus cuestionamientos no parecen haber sido satisfactoriamente resueltos. ¿Es un retorno a las penas crueles e inhumanas? ¿Puede considerarse una mutilación? ¿Constituyen una violación a los derechos humanos de los privados de libertad? Ante estas preguntas y sus posibles consecuencias por la aplicación de esta sanción penal, es necesario encontrar una solución jurídica, tomando en consideración la doctrina, la legislación tanto nacional como internacional y, sobre

[1] Postdoctorado en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III (UC3M). Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III (UC3M). Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (UC3M). Máster en Derecho Constitucional Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) y por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Máster propio Internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y compliance por la Universidad de Santiago de Compostela (USC), Master Global Rule of Law & Constitutional Democracy por la Università Degli Studi di Genova (UniGe). Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Rioja.

Recibido: 11/05/2021
Aceptado: 12/06/2021

todo, la jurisprudencia, aunque escasa, que nos brinda luces sobre su posible aplicación.

Palabras claves: derechos humanos, delitos sexuales, esterilización química, derecho penal, derechos fundamentales.

Abstract: A subject that reverts to the current debate on criminal penalties for offenders who commit sex crimes is chemical or surgical sterilization. This issue has generated strong discussions in the past and its questioning does not seem to have been satisfactorily resolved. Is it a return to cruel and inhuman punishment? Can it be considered a mutilation? Are they a violation of the human rights of those deprived of liberty? To these questions and their possible consequences, of the application of this penal sanction, it is necessary to find a legal solution, taking into consideration the doctrine, the legislation both national and international and, above all, the jurisprudence, although Scarce, which will provide us with lights on its possible application.

Keywords: human rights, sexual offences, chemical sterilization, penal law, fundamental rights.

Introducción

Esta investigación tiene como finalidad proporcionar y argumentar futuras garantías y herramientas legales en torno al uso de medidas y penas dirigidas a los delincuentes sexuales, así como el impacto en sus derechos humanos. Nosotros nos enfocaremos, especialmente, en el uso de la esterilización química o quirúrgica en forma coercitiva en los infractores de estos delitos, si puede aplicarse con o sin su consentimiento y enfocar la investigación en el sentido de que si pueda constituirse en un castigo inhumano, cruel o degradante. Y, en caso de que exista evidencia de que el uso de la esterilización química atenta contra los derechos humanos, reducirla a los casos de violencia sexual contra niños, así como investigar otras medidas alternativas que puedan ser utilizadas para sancionar a los infractores de estas acciones delictivas y evitar su reincidencia. En el presente trabajo analizaremos brevemente cómo se aplican dichos tratamientos, su posible enfrentamiento con los derechos humanos, su regulación en el derecho comparado y algunas propuestas para su aplicación. El abuso sexual es un delito grave que debe ser regulado y sancionado para disminuir los casos en la sociedad, especialmente la violencia sexual contra menores de edad, -considerado uno de los crímenes más horribles-, y que a falta de sistemas eficaces ha aumentado dramáticamente en la actualidad. Por este motivo han surgido nuevos debates en torno a las sanciones que deben aplicarse a estos delincuentes y si se les debe o no castigar con la castración química o quirúrgica.

La castración química es un tratamiento por medio del cual se suministra mensualmente una inyección de medicamentos al individuo, para bloquear su producción de testosterona e inhibir su deseo sexual para evitar la reincidencia en delitos de abuso sexual, principalmente contra menores. Tradicionalmente se ha hablado del uso de la terapia por hormonas, esterilización forzada, la emasculación, castración química, etc., como penas aplicables a los delincuentes condenados por la comisión de delitos sexuales o afines y como requisito indispensable para obtener su libertad, una libertad que puede ser condicional o no, o pasar el resto de su condena en un centro hospitalario. En lo que se refiere a los compuestos de la inyección inhibidora del deseo o impulso sexual, -generalmente contiene Dietilestilbestrol, acetato de medroxiprogesterona u hormona liberadora de hormonaluteinizante, se vende en España con diversos nombres comerciales y se utiliza de forma cotidiana en el tratamiento del cáncer de próstata. Otra de sus

consecuencias es la infertilidad, aumento de problemas cardíacos, osteoporosis y el crecimiento de las glándulas mamarias. Es un tratamiento transitorio y reversible. Es decir, sus efectos cesan cuando se deja de aplicar, de manera que cabría preguntarse si el Estado continuaría aplicándola a partir de la excarcelación o cuando la persona ya ha cumplido su tiempo de condena[2]. Estos medicamentos actúan en el cerebro y bloquean la liberación de hormonas y transmisores que intervienen en la excitación y el deseo sexuales. La castración química o la intervención quirúrgica se suelen considerar como unas alternativas más accesibles a la prisión perpetua o a la pena de muerte, ya que permiten la liberación de los delincuentes sexuales al tiempo que reduce o elimina la posibilidad de que reincidan. A diferencia de la castración quirúrgica (cuando se eliminan de forma permanente los testículos), en la castración química no se ocasiona un cambio físico permanente en el cuerpo, ya que es una forma de esterilización temporal, con la que se administran diferentes medicamentos. Este fármaco disminuye la conducta sexual de los delincuentes sexuales, por medio de la reducción de los niveles de testosterona en los hombres al disminuir los niveles de andrógenos en el torrente sanguíneo. La castración química ha sido propuesta como una elección reversible y con menos efectos que la castración quirúrgica.

Pero ¿es una alternativa ética de tratamiento? Lo cierto es que los argumentos en contra de la aplicación de estas sanciones coinciden en dos aspectos: la aplicación de estas medidas a condenados por delitos sexuales sería contraria a la Constitución, de un lado y del otro, es preciso abordarlo desde una perspectiva legislativa, médica y, por supuesto, social. Los jueces españoles no pueden imponer esta medida porque lo impide la Constitución, ya que colisiona con la protección a la integridad física y moral del individuo, consagrada en la Carta Magna en su artículo 15: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes…" y, desde este punto de vista, el castigo pierde su vocación resocializadora. Ante la comisión de este tipo de delitos, que afectan gravemente a la comunidad, se buscan medidas que modifiquen el Código Penal español, pero en este sentido, una reforma legal no sería suficiente, ya que debería darse a través un cambio constitucional, porque afecta los derechos fundamentales, la dignidad de las personas, va en contra de las medidas resocializadoras y de la reeducación, invade la integridad física de la persona y, además, podría suponer la aplicación de una pena degradante, cruel o inhumana. Los tipos de castración química y quirúrgica, como métodos sancionadores, han sido y son muy debatidos, debido al reclamo público de reducir las agresiones y delitos sexuales.

La metodología que utilizaremos para la elaboración del trabajo de investigación es la lectura de textos de los principales autores que han escrito sobre la materia, de los tratados pertinentes y de las fuentes sobre las penas y los castigos dirigidos a los penados por delitos sexuales, tanto a nivel nacional como internacional. Además, será de gran ayuda la lectura de obras y manuales acerca, tanto de la libertad personal en general, como del concepto de la dignidad humana, de los límites, garantía y protección de los derechos fundamentales.

El presente trabajo tiene como finalidad, explorar y describir, a partir de la doctrina, la implementación de la esterilización como una pena y los límites constitucionales en su aplicación, considerando el pensamiento de algunos autores que influyeron en la construcción de dicha concepción; y, en segundo lugar, analizar los elementos que conforman la idea del castigo como rehabilitación del delincuente, la sujeción especial que surge entre el privado de libertad y el Estado, los conflictos irresolubles que se manifestaran por la imposición de la misma. Por lo tanto, en un intento por alcanzar dichos objetivos, el trabajo se estructura con una

[2] El primer uso de la castración química ocurrió en 1944, cuando se usó dietilestilbestrol, con el propósito de reducir la testosterona de los hombres. El benperidol se utiliza a veces para disminuir los impulsos sexuales en las personas que muestran un comportamiento sexual inapropiado. Pero el benperidol no afecta a la testosterona y por lo tanto no es un agente de castración.

primera parte, referida a algunos presupuestos básicos del derecho penal internacional, donde se desarrollarán los antecedentes de su aplicación, otras medidas y la influencia de diversos autores, así como los antecedentes en su aplicación y las repercusiones en ejercicio de los derechos humanos.

El plan de trabajo consistió en hacer un estudio comparado a sabiendas de la futura implementación de leyes contra delitos sexuales mucho más estrictas, en los ordenamientos jurídicos europeos, valiéndonos del uso de la perspectiva de la filosofía del derecho y de la jurisprudencia internacional, por lo que, según el cronograma orientativo, estaríamos considerando tener la investigación concluida en un plazo establecido. Los objetivos de la presente investigación son los siguientes: objetivo general: examinar las justificaciones para la imposición de la esterilización y otras medidas y modificaciones que se han introducido en las distintas jurisdicciones en respuesta a las críticas por su imposición y ejecución. Y el objetivo específico: desarrollar una crítica y actualizar los argumentos del uso de la esterilización como pena, considerando la aplicación de las normas de derechos humanos, que se han desarrollado en el derecho comparado para juzgar la aceptabilidad o el rechazo de dicho castigo.

El planteamiento del problema en esta investigación es que tenemos que reconocer que, en la actualidad, existe un debate en los Estados europeos, sobre el uso de la esterilización química como método que contribuya combatir o limitar los delitos sexuales. Pero también existe una confusión en torno al alcance del concepto, es decir, si estamos hablando que se trata de una pena, o si es un tratamiento o simplemente un castigo. Pareciera que existe una tendencia a legalizar su uso, -a pesar de que la mayoría de los Estados europeos parecen estar en contra del uso de la castración quirúrgica-, a lo largo de los años, cada vez más, un mayor número de naciones, han aprobado en su legislación la castración química de delincuentes sexuales. Asimismo, encontramos una preocupación ética relacionada con el tratamiento de los delincuentes sexuales, como, por ejemplo, de los efectos secundarios negativos, como la fatiga, hipersomnia, letargo, depresión, problemas con el aumento de peso. Por lo que nos preguntamos ¿Qué medidas deben tomar los países para evitar que estos delincuentes cometan nuevos delitos y disminuir la alarma social?

Dentro de la legislación es pertinente tener en cuenta el concepto de proporcionalidad en la sentencia. Clásicamente se ha considerado que, la proporcionalidad significa que el daño causado por el castigo no debe ser mayor al daño que el delincuente ha ocasionado a las víctimas. Este principio aún no está incluido en los instrumentos de las Naciones Unidas, pero si en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 49, 3 establece que "…la gravedad de las penas no debe ser desproporcionada con respecto al delito". Otra preocupación ética está relacionada con la disponibilidad de tratamientos: la cuestión de saber si la farmacoterapia, es decir, el tratamiento a través de la administración de drogas debería estar disponible para todos aquellos que lo necesiten o lo soliciten o sólo para aquellos que han sido condenados por un delito sexual. ¿Es el castigo inherentemente cruel o excesivo? ¿Es el castigo o condición proporcional al delito? ¿Puede el Estado lograr su objetivo a través de medios menos intrusivos?

La práctica de la castración quirúrgica plantea dudas médicas, éticas y jurídicas porque son temas que pueden afectar los derechos humanos de los delincuentes sexuales. El argumento más fuerte a favor de la castración quirúrgica es que, el procedimiento se lleva a cabo únicamente con carácter voluntario, con la aprobación de un comité especialista y después del consentimiento informado del infractor. Sin embargo, como se ha descrito anteriormente, el procedimiento legal que conduce a la castración no siempre se sigue como prescribe la ley. Esto plantea la consulta de si el procedimiento puede ser considerado como legalmente efectivo. La pregunta más difícil de responder es si el consentimiento del infractor es realmente voluntario. Si este no es el caso, ¿debe considerarse la castración quirúrgica como tratamiento o castigo? Se puede responder a esa pregunta, ¿es

realmente una diferencia, ya que en la ley se prohíbe el castigo cruel, inhumano o degradante? Como se mencionó anteriormente, en el proyecto de investigación, la respuesta sigue siendo inconsistente y hay opiniones contradictorias dentro de la comunidad médica, si la castración quirúrgica es más efectiva en el combate contra la comisión de nuevos delitos sexuales que vuelvan a ofender a la sociedad. Las consecuencias de la castración quirúrgica es que es irreversible, provoca cambios físicos permanentes y puede dar lugar a numerosos efectos secundarios adversos, por lo que surge la pregunta de si puede considerarse realmente proporcional. El acusado por la comisión de un delito sexual "no puede renunciar a la prohibición constitucional sobre castigos crueles e inusuales" y, por lo tanto, faculta al Estado a imponer un castigo que está prohibido y atenta contra los derechos humanos consagrados. En esta parte del trabajo se tratará de examinar la legitimidad y la constitucionalidad de los derechos voluntarios en torno a la castración o esterilización quirúrgica.

I. Desarrollo histórico y estado actual de los conocimientos científicos

La castración química y quirúrgica son sanciones aplicadas como tratamientos hormonales modernos contra los delitos sexuales, que tiene sus inicios desde 1996 en Estados Unidos. Los antecedentes los tenemos en el psicólogo John Money fue el primer estadounidense en aplicar la castración química al recetar acetato de medroxiprogesterona, como tratamiento para los pacientes con inclinaciones pedófilas[3]. En la pasada campaña presidencial en Francia, el tema volvió a exponerse a la opinión pública, mientras que, en el caso español, es un debate que se presenta periódicamente pero que no se ha llegado a abordar por ningún gobierno. En España este tipo de medidas han sido completadas con un tratamiento psicológico, que ya reciben algunos presos condenados por delitos sexuales en las cárceles españolas (en centros penitenciarios de Barcelona)[4] y que, en algunos casos, incluye también el suministro de otros fármacos, sobre todo en el control de la ansiedad y en trastornos obsesivo-compulsivos, esquizofrenia, etc. Este tratamiento ha sido aplicado de varias formas, ya sea obligatoria -a través de una sentencia- o como una medida de seguridad, para que los delincuentes disminuyan su tiempo en prisión en países como; Polonia Estonia, Israel, Nueva Zelandia, Australia, Moldavia y Rusia. Al menos nueve estados en Estados Unidos (California, Florida, Georgia, Iowa, Luisiana, Montana, Oregón, Texas y Wisconsin) regulan modalidades de esterilización química en sus leyes. En México se han presentado iniciativas de ley para aplicarla, pero no han prosperado y de la misma manera lo encontramos en el caso colombiano. La castración química forzada es

[3] En Alabama un proyecto de ley que requería que los delincuentes sexuales mayores de 21 años cubrieran los gastos de su castración quirúrgica antes de ser liberados de la custodia estatal. El proyecto de ley limitaría el procedimiento a personas sentenciadas por determinados delitos sexuales contra víctimas de 12 años o menos.

[4] La decisión de emplear la castración química voluntaria en delincuentes reincidentes llegó a Cataluña en 2009. En la página web del Ministerio del Interior puede consultarse el Manual del Terapeuta empleado en las cárceles españolas y en el que se enseña a los trabajadores cómo tratar con este tipo de delincuentes. Uno de los apartados del citado manual está dedicado a prevenir la recaída del recluso y explica que el delincuente es informado "que no existe curación para sus desórdenes" y que aunque el tratamiento disminuirá las conductas sexuales de abuso, las fantasías volverán a presentarse. La prevención de la recaída es, según el Ministerio del Interior, un proceso de auto-control que lleva a adoptar un estilo de vida alejado de la agresión sexual y que permite manejar situaciones de alto riesgo. Supone um cambio en los pensamientos, emociones y comportamientos que permitirán al individuo evitar la recaída. En el manual no se contempla la castración química implantada en Cataluña como alternativa para evitar la reincidencia, sino que sólo mediante la terapia psicológica, psiquiátrica y la ayuda de los expertos, el recluso conseguirá controlar su impulso sexual.

calificada como un tratamiento inhumano por Amnistía Internacional[5], es decir, este organismo considera que cualquier crimen debe ser castigado, pero de tal forma que no viole los derechos humanos de los condenados. Claramente, en caso de menores que sufren una violación, la opinión pública se inclina hacia sentencias y castigos más severos, pero para algunos juristas esta medidas se presentan como una estrategia política de carácter populista, especialmente en periodos electorales y que, si se aplica, puede constituir un castigo cruel, degradante o inhumano. En los países asiáticos, como en el caso de Indonesia a partir de este año, los jueces podrán ordenar que se someta a esterilización química a aquellos que cometan crímenes sexuales contra menores. De igual manera en el caso de la India, ante el incremento de casos de violación sexual, la Corte Suprema, pidió al Parlamento endurecer las penas para quienes las cometen. Asimismo, los criminales sexuales, cuya víctima sea mayor de 14 años, pueden solicitar la castración química voluntaria. Esto les permite acceder a la libertad condicional, si ya están cumpliendo condena o lograr una sentencia más indulgente, si aún están siendo juzgados. En Corea del Sur la ley de la castración obligatoria fue ratificada en julio de 2012, que permite el uso del tratamiento hormonal a los condenados por pederastia que sean mayores de 19 años y que los tribunales consideren proclives a reincidir.

Mientras que, en Rusia, el 4 de octubre de 2011, el Parlamento aprobó una ley contra la pederastia. Y estableció que, quienes sean culpables de cometer crímenes sexuales contra menores de 14 años se les aplicaría la castración química y los reincidentes la pena de cadena perpetua. La decisión la tomará el tribunal correspondiente, con base en un informe solicitado a un psiquiatra forense. A nivel europeo tenemos el caso de Polonia, en el que, el 25 de septiembre de 2009, la cámara baja del Parlamento polaco aprobó la enmienda al código penal que permite la castración química para los pederastas. Dicho ordenamiento entró en vigor en junio de 2010 y desde entonces cualquiera que sea culpable de violar a un menor de 15 años, puede ser forzado a someterse a una terapia química y psicológica para reducir su deseo sexual al terminar la pena de prisión. Se convirtió en el primer país de la Unión Europea en legislar sobre el tema. En Moldavia el Parlamento aprobó la castración química obligatoria para los pederastas el 6 de marzo de 2012, como consecuencia del incremento de abusos contra menores. De igual manera Estonia se sumó a la lista de países en aprobar la castración química obligatoria, para aquellos que hayan cometido abusos sexuales contra niños; de acuerdo con su legislación, los tribunales podrán imponer un tratamiento médico para reducir la libido por un máximo de tres años.

En el caso latinoamericano, en marzo de 2010, en Mendoza de Argentina, anunciaron que los condenados por violación podrían someterse a la castración química. Los violadores no están obligados a someterse a este programa, pero quienes se nieguen podrán pedir beneficios como una posibilidad para reducir sus condenas y obtener la libertad condicional. En Colombia por el abuso sexual y la cruel muerte en Bogotá de la niña Yuliana Samboní, el Congreso de la República abrió la posibilidad de tramitar dos normas que sancionarían a esos delincuentes: la cadena perpetua y la castración química para los violadores. La futura reforma

[5] Amnistía Internacional en su informe "Cuerpos rotos, mentes destrozadas. Tortura y malos tratos a mujeres", establece que con relación a las posibles soluciones al flagelo de la violencia sexual, algunos gobiernos han dado "respuestas legales inadecuadas promulgando leyes contra abusos que en la práctica han desembocado en nuevas violaciones a los derechos humanos. Destacan que "Según los informes, en mayo del año 2000 el gobierno de Suazilandia estaba terminando de redactar una ley para someter a castración química a los condenados por violación, como respuesta al aumento del 10 por ciento de las denuncias de este delito en el año anterior. El proyecto de ley no sólo podría vulnerar la prohibición de imponer castigos crueles, inhumanos y degradantes, sino que además trata la violación sólo desde el punto de vista de la gratificación sexual, cuando, en esencia, es una forma de ejercer el poder sobre otra persona".

colombiana establece que, además de la pena de prisión, se debe imponer la inhibición hormonal obligatoria del deseo sexual o castración química, por un término que corresponde al doble del tiempo de la pena impuesta. De ser aprobada la ley, el gobierno colombiano tendría seis meses para reglamentar los procedimientos destinados a cumplir las medidas de castración química para violadores, abusadores de menores y para el empadronamiento de personas con antecedentes por dichos delitos. En Argentina se encuentra en proceso de implementación un registro nacional de violadores y el 3 de julio de 2013 el Parlamento aprobó la creación de ese registro con datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, en el que se almacenará y sistematiza la información genética y los datos de identidad de personas condenadas con sentencia firme por un crimen sexual. También habrá muestras genéticas de violadores no individualizados. En Uruguay, básicamente, se busca desincentivar la reincidencia de manera indirecta imponiendo penas más altas, con normas contenidas en el Código Penal. En estos casos, la reincidencia constituye un factor agravante del delito. El elemento preventivo en este caso es señalar que reincidir significa tener que sufrir consecuencias cada vez más graves.

En Panamá, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobó en tercer y último debate el proyecto de Ley N° 51 de 2019[6], que crea el Sistema Nacional de Registro Oficial de Agresores Sexuales de Menores de Edad, dicho registro esta bajo la responsabilidad de la Dirección de Investigación Judicial, que es la institución encargada de tener y mantener una base de datos actualizada, bajo condiciones de seguridad y confidencialidad de la información de todos aquellas personas que a partir de la vigencia de la ley señalada, realicen algún delito contra la libertad e integridad sexual en sus diversas modalidades, tráfico de personas menores de edad y trata de personas, con fines de explotación sexual en contra de menores de edad y sean condenadas mediante sentencia ejecutoriada. La base de datos, contendrá en entre otra información: nombre completo y apodo, fecha de nacimiento, nombre de los padres, lugar de nacimiento, numero de cedula de identidad personal o número de pasaporte, domicilio, fotografías, huellas dactilares y la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada y las resoluciones que emita el Juez de cumplimiento durante la ejecución de la sentencia y la fijación del cómputo de la pena, fijación de la fecha en que finalizará la condena, a partir de la cual la persona condenada pueda solicitar su libertad condicional o rehabilitación. Esa información puede ser solicitada según el artículo 11, por: los empleadores, instituciones públicas, centros de enseñanza oficiales o particulares, personas naturales o jurídicas legalmente constituidas no podrán contratar aspirantes para ejercer una profesión, cargo, empleo, oficio o voluntariado que involucran una relación directa con menores si se encuentran incluidos en el Sistema Nacional de Registro Oficial de Ofensores Sexuales, a fin de prevenir y proteger a los menores contra posibles agresiones sexuales. La Certificación de No Ofensor Sexual será un requisito indispensable para el desempeño laboral de los aspirantes en esos casos. Lo importante de esta ley es que establece que el Certificado de No Ofensor Sexual. Sera expedido por la Dirección de Investigación Judicial, cuya finalidad es la verificación de la existencia o no de condenas relacionadas con delitos contra la libertad e integridad sexual en sus diversas modalidades, tráfico de personas menores de edad y trata de personas, con fines de explotación sexual. De igual manera también se contempla la solicitud de la cancelación de su inscripción en el Sistema Nacional de Registro Oficial de Ofensores Sexuales, una vez haya finalizado el término de vigencia del registro. El artículo 15, establece que la información que se brinde en los términos previsto en esta Ley por parte de la Dirección de

[6] Proyecto 51 de 2019 aprobado en tercer debate en el Palacio Justo Arosemena, ciudad de Panamá, a los quince días del mes de abril del año dos mil veintiuno. Que crea el sistema nacional de registro y consulta oficial de agresores sexuales de menores de edad.

Investigación Judicial es de uso personalísimo y exclusivo del solicitante. El compartir, usar o divulgar por cualquier medio la información brindada para fines distintos de los autorizados en esta Ley será sancionado con la multa máxima que puedan imponer los jueces de paz.

Referente al uso de la esterilización para delincuentes sexuales en Panamá, se ha discutido el tema ante la Asamblea Nacional, pero no se ha aprobado ninguna ley que la regule, por lo menos hasta el momento.

En España se aprobó una reforma del Código Penal que endurece las penas de prisión para los depredadores sexuales de menores de edad, y también las medidas posteriores para su excarcelación. Se consagra la cadena perpetua revisable para el caso de los violadores que, además, asesinen a sus víctimas. Otra de las novedades es que el tribunal sentenciador tendrá la potestad, no solo de condenar a prisión y a la inhabilitación, sino también a que, hasta en un plazo de 10 años, los condenados por violencia sexual contra los menores estén bajo vigilancia policial. También se contempla la futura creación de un registro de delincuentes sexuales y en la nueva regulación del agente encubierto, una figura que sería clave porque permitiría, sobre todo en las redes sociales, figurar con identidades ficticias y detectar a los delincuentes. En el Reino Unido cualquier persona procesada en cumplimiento de la Ley de Ofensas Sexuales del 2003 -desde la violación al abuso de menores- está obligada a registrarse en el Registro de Infractores Violentos y Sexuales (Visor) por un mínimo de dos años. Una sentencia de seis meses o menos equivale a figurar durante siete años en el registro y a recibir visitas de inspección para confirmar la veracidad de los datos. Los condenados de 6 a 30 meses estarán registrados por diez años y cualquier persona sentenciada a más de 30 meses figura de por vida en el Visor, al que tienen acceso no sólo la policía sino varias compañías privadas de seguridad. Los condenados deben dar sus datos completos, cuenta corriente, pasaporte y comunicar cualquier cambio de domicilio o de trabajo. Con una semana de antelación deben informar también de sus viajes al extranjero y comunicar la estación de salida y entrada, así como estancias superiores a los siete días dentro del territorio nacional. También están obligados a notificar si en la casa en la que viven reside algún menor de 18 años.

Desde 2004 Francia ha modificado seis veces la legislación para luchar contra la reincidencia criminal. En 2007, durante el mandato de Nicolás Sarkozy, el Gobierno presentó un paquete de medidas para evitar que violadores o pedófilos pudieran volver a delinquir una vez fuera de la cárcel. Esta ley contemplaba el encierro en hospitales para estos criminales que, ya en libertad, seguían constituyendo un peligro. Ahora, los condenados a más de 10 años de cárcel, son vigilados por la policía tras su salida de prisión, siempre y cuando un informe psiquiátrico constate el riesgo de reincidencia, mientras que, los condenados a más de cinco años deben llevar brazalete electrónico. En 2010 se reforzaron las leyes legislativas y se aprobó una disposición que autoriza la castración química de un delincuente sexual si éste lo solicita. Por norma general, en el caso de Grecia, en los casos de agresión sexual y otros crímenes violentos, se ordena la publicación de los datos personales del acusado aún antes de que su culpabilidad haya quedado demostrada. El objetivo de difundir nombre, fecha de nacimiento, lugar de residencia y ocupación del presunto agresor contribuiría a proteger al total de la sociedad, posibilitando que otras víctimas eventuales o testigos lo reconozcan y puedan acudir a las autoridades. Esta práctica, sin embargo, no está exenta de polémica. Algunos medios de comunicación denuncian la divulgación de este tipo de fotografías, al considerar que se trata de una violación de la presunción de inocencia, aunque la mayoría se apresta a difundir los datos del agresor con el mayor detalle posible. En el caso italiano la ley contra la pederastia fue modificada en 2006, para endurecer las penas contra quienes cometen actos sexuales a cambio de dinero o de otros bienes con menores de 18 años -anteriormente la edad fijada era de 16 años-. Además, Italia no sólo castiga con la cárcel la prostitución

de menores o la pornografía infantil cometidos en su territorio y con el fin de frenar el turismo sexual, sino que también persigue los delitos de ese tipo que sus ciudadanos puedan cometer en terceros países. La ley italiana prohíbe que las personas sentenciadas por pederastia o posesión pornográfica infantil trabajen en escuelas, instituciones, servicios, frecuentados por niños. Las personas sentenciadas por estos delitos no se pueden beneficiar de acuerdos judiciales. En Alemania se aplica la "custodia de seguridad", una especie de privación voluntaria de la libertad, para evitar que las tendencias pedófilas de una persona terminen convertidas en casos de abusos a menores. En Dinamarca existe, desde 1997, un tratamiento que depende de la duración de las penas de cárcel a que hayan sido condenados los pederastas. Si son de hasta cuatro años pueden recibir tratamiento psiquiátrico durante su reclusión; si son inferiores a 18 meses tienen la opción de elegir tratamiento de un mínimo de dos años, en vez de ingresar en prisión. El objetivo es cambiar su conducta por medio de una combinación de psicoterapia y resocialización. Si el pederasta no muestra signos de mejoría, el tratamiento puede suplirse con inhibidores de la libido, como anti-hormonas y antidepresivos. La legislación belga prevé medidas especiales para los violadores o acosadores reincidentes, como la prohibición de ocupar cargos públicos, sean parte de un jurado o sean guardianes o parte de un consejo familiar para guiar a menores y según lo defina un juez en cada caso. Según una ley de 1995 un condenado por el delito de violación sexual, contra una persona menor de 16 años, puede estar vetado hasta 20 años de cualquier institución pública o privada que se encargue de la educación de niños, así como de cualquier organización cuyo principal objetivo esté relacionado con menores. La ley también incluye un control terapéutico de los reincidentes que estén en libertad condicional. El condenado tiene que estar de acuerdo con el tratamiento y seguimiento, a cargo de centros médicos especializados en violadores y acosadores. En Portugal los padres de niños hasta los 16 años podrán acceder a información sobre pedófilos condenados si se aprueba la propuesta de ley y que en breve será presentada en el Parlamento. El Ministerio de Justicia trabaja en una plataforma en línea en la que se incluirá el nombre, edad y dirección de pederastas que hayan cumplido pena o estén en libertad condicional. Según la propuesta de ley, a esta lista podrán acceder los magistrados judiciales y del Ministerio Público, la Dirección General de Reinserción de los Servicios de Prisiones y también quien ejerza responsabilidades parentales sobre un menor hasta los 16 años. Ésta es una de las medidas de protección de menores y prevención de la reincidencia, junto con otros cambios del Código Penal relativos al delito de abuso sexual y pornografía infantil que el gobierno de Lisboa quiere penalizar más.

La pederastia es, como otros tantos asuntos relacionados con la moral, un tabú en la sociedad egipcia. El país más poblado del mundo árabe no ha logrado erradicar el drama del matrimonio infantil, vigente aún en las zonas rurales y entre las clases más humildes. Aunque en 2008 la edad legal para casarse se elevó hasta los 18 años, la práctica pervive, por lo que han aprobado una nueva ley que castiga a los agresores con hasta cinco años de prisión o multas. La norma, por ejemplo, reserva las mayores penas en el caso de que el acosador reincida o posea un puesto de autoridad escolar, familiar o laboral sobre la víctima. En estos supuestos la condena asciende a cinco años de prisión y una multa. En Turquía, con el entonces Primer Ministro RecepTayyip Erdogan, se reinstaura la pena capital contra los abusadores de niños. En la arena pública se había debatido, meses antes, la castración química a los condenados por crímenes sexuales; finalmente, el vice primer ministro Bülent Arinç descartó dichas medidas. En mayo de este año la Gran Asamblea Nacional aprobó una ley que aumenta la duración de las penas a los agresores sexuales, en la que se introducen órdenes de alejamiento para los condenados y prohibición de residencia en la misma localidad que las víctimas. A los condenados por abuso de menores se les puede prohibir de por vida el trabajo en empleos dedicados a la infancia.

La pena como sanción no es novedosa e inclusive se ha llegado aplicar no sólo para delitos de índole sexual, sino también para delitos que afectan bienes jurídicos tutelados de libertad y seguridad sexual, bien de manera distinta a la que hoy prevén algunas legislaciones y cuya concepción incluso como pena ha sido discutida por la doctrina jurídica, estimando que pudiera hablarse al respecto, con mejor técnica de una medida de seguridad jurídica. Lo cierto es que, al hablar de delitos de índole sexual, hablamos de infracciones con un alto índice de comisión y reincidencia, que no parece inhibirse por el incremento de la penalidad establecida, ni el encuadramiento de estos tipos penales, en su mayoría como delitos graves, el sujeto activo no podrá obtener su libertad. Nos llama la atención que tales medidas disuasivas carezcan de efectividad y, por ello, desde hace algunos años se han buscado otras opciones igualmente disuasorias, o que pretenden serlo, a efecto de paliar estas conductas antijurídicas y reducir los índices de criminalidad en este tipo de delitos, cuya perpetración ofende y vulnera a nuestra sociedad de manera sensible. En este sentido, se hace necesaria, primero una limitación exacta, desde el punto de vista médico y legal, de la esterilización y definir su naturaleza, ya que se considera que en realidad no es una pena, sino más bien un mecanismo preventivo de carácter especial, que ayuda a evitar la reincidencia del penado, una vez que salga de prisión.

Uno de los aspectos esenciales en la imposición de esta pena, aunque no son los únicos, es definir si su aplicación puede configurar una mutilación y que aplicarla dentro de un centro penitenciario constituirá, por lo mismo, un delito. De ahí que lo primero que habría que plantearse es una modificación de la Ley General Penitenciaria, incluso aunque fuera el mismo privado de libertad que la pidiera. En el caso español, con la ley y el reglamento penitenciarios actual, es imposible aplicar la esterilización química. Tampoco existen estadísticas sobre cuántos posibles candidatos pueden haberla pedido o someterse a la misma de forma voluntaria. Otro aspecto necesario de analizar, si la aplicación de dicha pena entra dentro de la objeción de conciencia, que podrían ejercer algunos médicos en caso de imponerse la medida. Resulta incontrovertible, que, en el caso de inocuización, estamos eligiendo una vía distinta a la que parece marcar nuestro legislador en la Constitución, toda vez que en ella no podemos hablar de que su finalidad sea la reinserción, sino únicamente pretendemos que el sujeto activo del delito se torne inofensivo, dejándole en un estado de incapacidad para causar daño a su víctima. Al integrarnos a esta corriente, estaríamos por consecuencia dejando de lado la búsqueda de otras formas de prevención y de alguna manera retomando soluciones del pasado, que en su momento nos parecieron, no sólo inadecuadas por considerar los derechos humanos, sino incluso infamantes, dada su esencia. La figura de la esterilización química ha sido muy debatida, desde una perspectiva social y sigue existiendo una indefinición en referencia a su naturaleza jurídica.

1.1 Delitos sexuales en el ordenamiento español

En este apartado aparecen consagrados los delitos de agresiones sexuales (artículo 178); a quien utiliza violencia o intimidación, con el fin de atentar contra la libertad de otra persona, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años, la condena sube de seis a doce años cuando la agresión sexual consista en acceso carnal "por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías" (artículo 179); este delito aumenta su pena de prisión (artículo 180): "cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio". Cuando se cometan por actuación conjunta de dos o más personas, la víctima sea especialmente vulnerable, por su edad, enfermedad, discapacidad, -salvo lo dispuesto en el artículo 183-, cuando para la ejecución del delito el responsable se haya aprovechado de la relación de superioridad o parentesco, ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción con la víctima, cuando el autor haga uso de

armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por muerte o lesiones causadas, si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias. El delito de abuso sexual (artículo 181), consiste en que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, se realizan actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona y será castigado como responsable de abuso sexual. Se entiende como abuso sexual no consentido, el que se ejecute sobre personas privadas de sentido o sufran de trastorno, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química. Un aspecto importante, es cuando el delincuente hace uso de su posición "reconocida" señalada en el artículo 182 y realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código. En el caso de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (artículo 183), el delincuente será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y en los casos que se realice el delito haciendo uso de violencia o intimidación, el delincuente será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con pena de cinco a diez años de prisión y se aplicarán las mismas penas cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. Se establecen agravantes en los casos que el ataque consista en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos, la persona responsable se le impondrá una pena de prisión que va de ocho a doce años y de igual manera cuando la víctima tenga escaso desarrollo intelectual o físico, trastorno mental, situación de indefensión, sea menor de 4 años, cuando los delincuentes sean varias personas, sea violencia degradante y el delito se haya cometido por parte de una organización o grupo criminal, el culpable sea funcionario público (la pena de inhabilitación de seis a doce años), la pena aumentará. En casos en que se obligue a un menor de dieciséis años a participar o presenciar un acto sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años[7].

1.2 Unión Europea

A nivel europeo la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales[8], establece en su artículo 4 que "ninguna persona podrá ser mantenida en esclavitud o servidumbre y que a nadie se le podrá exigir el desempeño de trabajo forzado". Y la Carta Social Europea[9] en la Parte I, 7 dispone: "los niños y los jóvenes tienen derecho a una protección especial contra los riesgos físicos y morales". Los Estados se comprometen a cumplir ciertas obligaciones (Parte II, Art. 7[10]): "asegurar una protección especial contra los riesgos físicos y morales a los que se ven expuestos niños y jóvenes, y particularmente contra los derivados... de su trabajo". De la misma forma la Carta Europea de los Derechos del Niño[10] establece: "…g. Todo niño deberá ser protegido contra toda forma de esclavitud, de violencia o explotación sexuales". A nivel del

[7] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Jefatura del Estado «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 Referencia: BOE-A-1995-25444. Puede ser consultado en: https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf. Vista el día 10 de enero de 2021.

[8] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4. XI. 1950.

[9] La Carta Social Europea de 1961 es un texto aprobado en Turín el 18 de octubre de 1961, en el marco del Consejo de Europa.

[10] Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE no C 241, de 21 de septiembre de 1992).

Consejo de la Unión Europea tenemos la Acción Común 97/154/JAI[11], relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y por "trata" se entenderá "cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro… y por "explotación sexual", con respecto a un menor cualquiera de las siguientes conductas: persuadir o coaccionar a un niño a participar en alguna actividad sexual ilícita, explotación, prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; la explotación de niños para material pornográfico, producción, venta y distribución. La lucha contra la pornografía infantil en Internet[12] tiene como fin ir más allá de prohibir la difusión de mensajes con contenidos ilícitos, con la respuesta comunitaria de que los Estados miembros comprueben que sus legislaciones penales sean acordes con la tecnología e informar a Europol de los presuntos casos de pornografía infantil. La obligación para las compañías que prestan el servicio de internet de retirar dicho material e informar a las autoridades competentes de la creación de filtros y otros dispositivos tecnológicos. La Unión Europea a través de la Decisión marco 2001/220/JAI[13], abordó en la importancia del apoyo a las víctimas, su compensación y la respuesta de la Unión Europea de crear programas de asistencia a nivel nacional, tanto público como gubernamental, con independencia del Estados miembro: "(6) Por esta razón, las disposiciones de la presente Decisión no se limitan a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal. Engloban algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal para paliar los efectos del delito", definición de víctima; "1…la persona física que haya sufrido un perjuicio, lesiones físicas o mentales, daño emocional o económico causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro". Estableció que en caso de riesgo o peligro para la víctima: "3. Los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que, en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir y en caso necesario informar a la víctima". La Unión Europea realizó el "Programa para el Internet más segura 2005-2008 (Safer Internet Plus)"[14], porque en los países de la Unión Europea han aumentado los contenidos perjudiciales para los menores de edad y se brindó apoyo a las líneas telefónicas para ayudar a los niños que se enfrentaban con contenidos ilícitos y perjudiciales. En la misma línea tenemos el programa Daphne III[15], que tiene como finalidad la lucha contra la violencia de niños, adolescentes y mujeres y para prevenir y combatir todas las formas de violencia física, sexual o psicológica en toda la Unión Europea.

1.3 En instrumentos internacionales

En la Organización de las Naciones Unidas son varios los tratados o convenios que versan sobre la materia, pero trataremos de hacer énfasis en los que

[11] 97/154/JAI: Acción común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Diario Oficial n° L 063 de 04/03/1997.

[12] Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet. Diario Oficial n° L 138 de 09/06/2000.

[13] 2001/220/JAI: Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal- Diario Oficial n° L 082 de 22/03/2001.

[14] Decisión nº 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de uso más seguro de Internet y de las nuevas tecnologías en línea.

[15] Decisión nº_779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 por la que se establece para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia.

tratan principalmente sobre delincuentes sexuales cuyas víctimas son menores de edad y que siguen nuestra línea de investigación. Uno de los primeros Convenios sobre la materia es la Convención Sobre los Derechos del Niño[16], que en su artículo 34 establece que los Estados parte de la presente Convención se comprometen a proteger y salvaguardar al niño de todas las formas de abuso y explotación sexual, con el fin de impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño con espectáculos o materiales pornográficos. Esta Convención fue actualizada por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[17], este Protocolo es importante porque define los delitos de: prostitución infantil, pornografía infantil, venta de niños, y a los Estados parte, los obliga a criminalizar y castigar, todas las actividades relacionadas con estos delitos en sus ordenamientos nacionales y que permiten la extradición de los delincuentes por estos delitos (artículo 5). De igual manera el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, este convenio tiene la finalidad de obligar a los Estados, a castigar a toda persona, que "para satisfacer las pasiones de otros consigue, induce o conduce a otra persona con fines de prostitución". Y de igual manera la Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata y las Instituciones y Prácticas Similares a la Esclavitud[18], que obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para la abolición total o el abandono de cualquier práctica de explotación de menores de edad. En este mismo sentido tenemos la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres[19] que tiene como objeto obligar a los Estados suscritos a "tomar todas las medidas pertinentes, comprendidas las legislativas, para eliminar todas las formas del tráfico, explotación y prostitución de mujeres". La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos[20] en su artículo 5 prohíbe todas las formas de explotación y degradación, en particular la esclavitud y la trata.

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño[21] que en su artículo 16 regula la protección contra la tortura y el abuso infantil. La Convención Americana sobre Derechos Humanos[22] estipula en el artículo 5 que: "toda persona tiene derecho al respeto de su integridad física, mental y moral" y de igual manera nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente". El artículo 6 especifica que "nadie será sometido a esclavitud o a servidumbre, así como la trata y tráfico de mujeres". En su artículo 19 establece: "todo menor tiene

[16] Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 44/25).

[17] Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

[18] Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957.

[19] La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1979.

[20] Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia. Fecha de entrada en vigor: 21 de octubre de 1986.

[21] Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del menor. OUA Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entró en vigor el 29 de noviembre de 1999.

[22] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

derecho a medidas de protección adecuadas a su edad, por parte de su familia, la sociedad y el Estado". En el mismo sentido la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores[23], tiene como fin la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, la prevención y sanción del tráfico internacional de menores.

II. **Principales argumentos en contra de la esterilización**

La castración o emasculación como pena no es novedosa a nivel jurídico, ya que se ha aplicado con la finalidad de castigar y reprimir los delitos. En unos casos es una pena y medida de seguridad y en otros es un requisito penitenciario para la obtención de la libertad condicional. El punto controversial se basa, por un lado, en cómo se afectan los bienes jurídicos tutelados y, por otro lado, la libertad y la reproducción sexual de los reclusos, en el sentido en que la mayoría de las legislaciones consultadas consideran la pena de la esterilización como un requisito necesario para obtener beneficios penitenciarios y la libertad. Un aspecto que es necesario dar a conocer, es que la aplicación de este tipo de medidas o penas en delitos sexuales no ha constituido una medida disuasiva en los delitos de este tipo, que siguen en aumento, ni tampoco han reducido de forma significativa y real los índices de criminalidad. En la realización de delitos sexuales como la violación sexual, generalmente se considera la existencia de la libido o necesidad sexual por parte del delincuente, sin embargo, la motivación nace, predominantemente, por el deseo de control o dominio de la víctima. Ciani señala que aplicar medicamentos que disminuyan el deseo sexual ya que no es el origen del problema: "Los violadores en su mayoría son sociópatas, es decir, personas que sufren un trastorno en su personalidad, que les dificulta ceñirse a las reglas establecidas, por ello cuando violan una regla tienen plena conciencia de que está mal, pero aun así lo hacen. El impulso de un violador no obedece únicamente a un deseo sexual, sino a una necesidad de control y de la satisfacción de producir dolor y sufrimiento a su víctima"[24]. La aplicación de esta pena, si tuviera algún efecto disuasorio en la comisión de los delitos, varios autores opinan, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, es una sanción penal y para otros un elemento para evitar la reincidencia, a través de la reeducación e inocuización. La finalidad de la pena es la rehabilitación y reinserción del delincuente, pero al aplicar este tipo de pena, la finalidad es que el sujeto físicamente no pueda cometer un delito de naturaleza sexual, dejándolo inofensivo. Pero, si aplicamos este tipo de pena sería contraria a los derechos humanos. El problema radica en su aplicación y la misma, constitucionalmente hablando, puede constituir una violación a los derechos fundamentales, por lo que, la mayoría de las legislaciones penales modernas, tienen un sentido negativo de la misma.

2.1 Derecho a la reproducción y la esterilización judicial

El derecho a la reproducción lleva consigo la decisión libre y responsable de tener hijos, a escoger parejas sexuales, alcanzar la salud y el bienestar sexual. Es decir, los derechos sexuales y reproductivos conllevan a la autonomía personal y al reconocimiento de la ley. Pero, en el caso del penado, decidir libremente sobre su vida privada y su sexualidad, se encuentra limitada por la relación jurídico-

[23] Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. México, 18 de marzo de 1994.

[24] SOTOMAYOR, I. "Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo antigarantista?". Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Año 5, vol. X enero-julio 2013. Consultado el 2 de enero de 2019, en: https://www.academia.edu/12511147/Criminolog%C3%ADa_Mediática_castración_qu%C3%ADmica_a_violadores_y_pol%C3%ADtica_criminal_Eficientismo_antigarantista_Mediatic_criminology_chemical_castration_to_rappers_and_criminal_policy

penitenciaria. Es por esta razón que algunas legislaciones preguntan al privado de libertad, si quiere ejercer este derecho (visitas de pareja)[25]. El artículo 45.4 del Reglamento Penitenciario establece: "4. Previa solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan) o en el caso de los delincuentes sexuales en que se contempla el uso de la esterilización como pena, si los mismos quieren aplicarse de forma voluntaria este tratamiento, sin embargo cuando dicha aplicación es obligatoria, estamos hablando que se vulnera de forma directa la autonomía y el control que tiene el privado de libertad con su cuerpo y debemos de tomar en cuenta el caso hipotético, de delincuentes sexuales que tienen vida de pareja y aun en cumplimiento de su condena, quieren ejercer ese derecho[26]. Dentro del derecho a la reproducción encontramos derechos relacionados directamente como el derecho a libertad e integridad sexual, ante la castración quirúrgica por sentencia judicial y el derecho a no ser sometido a tortura, maltrato o cualquier tratamiento degradante. Si se aplican estas medidas a los delincuentes sexuales en prisión se limita su presente y futuro, sin embargo, al aplicar la castración quirúrgica, se evita que el privado de libertad pueda formar una familia y el derecho a ejercer su vida sexual si se ha rehabilitado, no ha vuelto a cometer delitos sexuales y se ha reinsertado de forma útil en la sociedad.

2.2 Consentimiento del privado de libertad ante los tratamientos médicos en prisión

Se entiende que cuando un paciente, libre y en forma consciente decide, después de ser informado de forma adecuada y real por el médico de beneficios y consecuencias de someterse a un tratamiento médico o psicológico, acepta participar en la prueba de un medicamento o de una operación quirúrgica. En el caso del privado de libertad este consentimiento está ligado a la relación jurídico-penitenciaria, siendo una decisión delimitada por la ley y por el centro penitenciario. En el caso español, los derechos fundamentales del privado de libertad se encuentran limitados y en algunas legislaciones suspendidos. La Constitución Española en su artículo 25.2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". El Estado aplica el castigo por el comportamiento punitivo, el tribunal constitucional ha señalado: "Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial"[27]. De igual manera en otra sentencia nos agrega que: "el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público, el ius puniendi. A estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero en este caso no tiene el mismo alcance que en la potestad sancionadora general ni mucho menos respecto a las sanciones penales[28].

Es decir que el consentimiento informado del privado de libertad no es igual al consentimiento que otorgan las personas libres. En el caso español, la legislación aplicable a nivel internacional, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones

[25] Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Ministerio de Justicia e Interior «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 1996 Referencia: BOE-A-1996-3307.

[26] DE DIEGO ARIAS, J. *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, Primer Premio Nacional Victoria Kent Año 2015, Edita: Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, España 2015.

[27] STC 74/1985, de 18 de junio.

[28] STC 2/1987, de 21 de enero.

de la biología y la medicina[29], que en su artículo 5, establece: "No podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona -en materia de salud- sin su consentimiento informado y libre… de sus consecuencias y riesgos". Este artículo en su numeral 3 señala que: "según la ley, un adulto no tenga capacidad para dar el consentimiento por un trastorno mental, enfermedad o por razones similares, sólo se podrá realizar la intervención con la autorización de su representante, autoridad, persona o instancia que la ley determine". A nivel nacional esto se manifestó con la Ley 41/2002, la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[30], en su artículo 2, sobre el consentimiento informado: "Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios." Sin embargo, en nuestro caso, en donde es sumamente necesario informarle al privado de libertad las consecuencias negativas del procedimiento de esterilización, la ley nos señala: "3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles" y sobre todo que puede negarse en cualquier momento a recibir finalmente el tratamiento: "4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito", recordemos los casos en que pueden negarse, pero ya no serán elegibles para un proceso de libertad condicional o acuerdo de suspensión de la pena.

La Ley orgánica penitenciaria 1/1979, no señala de forma concreta el uso del consentimiento informado del privado de libertad ante un mal llamado tratamiento médico impuesto por resolución judicial, sin embargo, en su artículo tercero dice: "la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena". Ahora bien, el texto jurídico agrega que existe una limitación del ejercicio de derechos: "los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio". El artículo 40 garantiza la asistencia médica y sanitaria y en todo centro penitenciario debe de haber un médico general con conocimientos psiquiátricos, y el artículo 62 señala que el tratamiento penitenciario: "c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno".

En una sentencia clásica del Tribunal Constitucional español sobre la legitimidad de alimentar forzosamente a detenidos que se niegan a comer por huelga de hambre, en este caso se estableció que era legítimo alimentarlos para garantizar su derecho a la vida, porque es obligación del Estado proteger la integridad de quien sea sometido a ellos. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante". De igual manera la sentencia 137/1990[31]establece: "Es claro sin embargo que la aplicación de tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Pero tales restricciones, precisamos en nuestra anterior Sentencia, en cuanto inherentes a la intervención médica que acabamos de considerar no violadora de derechos

[29] Conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo. Puede ser consultado en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638. Visto el día 21 de febrero de 2019.

[30] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Puede ser consultado en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188. Visto el día 18 de enero de 2021.

[31] STC 137/1990 de 19 de julio.

fundamentales, no constituyen lesión de aquellos mismos derechos a la integridad física, ni a los ahora examinados, sin olvidar que el art. 45.1. b) de la LOGP permite esas mismas medidas y es en este sentido la ley a la que se remite el art. 17.2 de la Constitución". De igual manera en la sentencia 11/1991[32]: "El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que intuya el derecho a la propia muerte. Ello no impide reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte". Para García Guerrero estas sentencias del tribunal constitucional español son superadas, en el tratamiento de castración química de los privados de libertad no está en peligro su vida, así que el argumento restante es el peligro para las demás personas, especialmente en casos de reincidencia: "Los presos son las únicas personas en España a las que se puede imponer un tratamiento médico forzoso sin que haya lesión de intereses de terceros en caso de no tratamiento y sin un juicio previo sobre su capacidad para decidir…Estas posibilidades crean una nueva categoría de ciudadanos incompatible con el precepto constitucional de que todos somos iguales ante la ley"[33].

2.3 Principio de trato humano y no discriminación

Cuando aplicamos una pena privativa de libertad o una pena de castración química bajo los límites del trato humano, estamos refiriéndonos a que, el privado de libertad pueda, en algún momento de su sentencia, tenga la posibilidad real y efectiva de solicitar la libertad condicional. Esta posibilidad va más allá de un perdón o indulto por parte de algún órgano ejecutivo. La ejecución de cualquiera pena privativa de libertad conlleva a que la misma se ejecute en condiciones dignas de detención, la prohibición absoluta de torturas, tratos degradantes, penas crueles corporales, etc., y lleva explícito, que el tiempo que las personas, culpables de un delito, pasen en prisión, lo hagan en un ambiente adecuado, con miras a su rehabilitación y reinserción en la sociedad. La protección del derecho a la integridad de la persona y el derecho a la vida toma una importancia mayor cuando hablamos de personas que se encuentran en un elevado nivel de vulnerabilidad y sujeción con respeto al Estado. La DUDH es clara en su artículo 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Mientras que en su artículo 9 nos agrega que: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado". En este sentido se parte de la base de que los privados de libertad tienen derecho a que se les dé un trato humanitario. Fomentar la rehabilitación conlleva oportunidades no solo laborales, educativas, culturales y hasta religiosas. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial[34] en su artículo 5 dice: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención los Estados parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico".

El principio de trato humano y no discriminación del privado de libertad ha tenido su importancia en el derecho internacional y se ha plasmado en numerosos instrumentos internacionales, como en los Principios Básicos para el Tratamiento de

[32] STC 11/1991 de 17 de enero.

[33] GARCÍA GUERRERO, J. "El consentimiento informado: algo no resuelto en el ámbito penitenciario", *Revista cuatrimestral de investigación, Cuadernos de Bioética*, número 96 Volumen XXIX, mayo-agosto Año 2018, p.134. Puede ser consultado en: http://aebioetica.org/revistas/2018/29/96/125.pdf. Visto el día 1 de febrero de 2019.

[34] Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

los Reclusos[35], que en su artículo 1 señala: "todos los reclusos serán tratados con el respeto que se merecen su dignidad y valor inherente de seres humanos"; en su artículo número 2 nos añade: "No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opción política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y otros factores", y se reconoce en su artículo 9: "que de igual manera los privados de libertad gozarán de los mismos servicios de salud que todas las demás personas, sin discriminación por su condición jurídica", en su artículo 5 reconoce: "A pesar de las limitaciones existentes y necesarias para el encarcelamiento, el privado de libertad, seguirá gozando de todos sus derechos humanos". El artículo 7 que prohíbe o restringe el uso de las celdas de confinamiento, aislamiento o celdas de castigo como sanción disciplinaria. Reconoce en el artículo 10 que se crearán las condiciones favorables para la reincorporación del privado de libertad a la sociedad. En este sentido el CEDH en su artículo 3 dice: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Las condiciones en la detención incluyen una estricta delimitación en la aplicación de las penas de muerte, la eliminación de las celdas de confinamiento solitario, la comunicación del privado de libertad con el mundo exterior debe tener a su disposición periódicos, radio, televisión etc., el respeto por su privacidad, un mínimo de salud aceptable, tanto psicológica como física, que se garanticen las visitas familiares. Estos aspectos pueden ser limitados por un determinado momento con miras a garantizar la seguridad de la prisión, pero esas limitaciones no pueden ser permanentes o aplicadas en periodos constantes de tiempo; en nuestra opinión, el trato humano en los reclusos debe dirigirse a la rehabilitación.

En este sentido el PIDCP reconoce en su artículo 10: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". En la Observación General 21, Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad[36], comentando el artículo 10 PIDCP y complementando el artículo se dice que es aplicable a todos los privados de libertad, incluyendo hospitales psiquiátricos, campos de detención, instituciones correccionales. Deja claro que las personas privadas de libertad se encuentran en permanente estado de vulnerabilidad y es obligación positiva para los Estados contratantes la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes provistos en el artículo 7 del Pacto. Y, esta prohibición incluye, que no sean sometidas a experimentos médicos o científicos, ni tampoco a penurias y demás limitaciones que vayan más allá del sufrimiento intrínseco de la pena de prisión. En este aspecto se señala: "4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal". La Corte Penal Internacional (CPI)[37], en su estatuto ha señalado de igual manera en su artículo 7 numeral 2: "e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de

[35] Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, tiene sus inicios desde 1926, con la Comisión Penitenciaria Internacional (que luego sería la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria), y continuó en revisión hasta 1932 y una actualización realizada por un Comité Especial de Expertos, en 1949. Antes de su disolución en 1951, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria presentó un Proyecto de Reglas Revisado, que fue finalmente aprobado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, en 1955.

[36] Comisión de Derechos Humanos, OB Gral Número 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10-Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

[37] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas". Por lo tanto, cuando hablamos de cadena perpetua sin libertad condicional, no es solo violatoria de la rehabilitación, sino que no se garanticen otros derechos. Las Reglas Penitenciarias Europeas[38], en su primer artículo regula que el privado de libertad mantenga los mismos derechos que tenía antes de ingresar en prisión y es responsabilidad del Estado proteger los derechos humanos. De igual manera el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión[39] señala: "1. Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos el artículo 2 dice: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". Toda persona tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad". La Organización de los Estados Americanos (OEA) contiene un documento en específico sobre la materia, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas[40] que en su artículo 1 señala: "Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos". Mientras que en el Principio 2 señala: "Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad". La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos[41] en artículo 5 nos señala: "Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su estatus legal". Los artículos constitucionales tienen su aplicación por medio de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que en su artículo número 3 señala: "La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena". En nuestra opinión la responsabilidad y la obligación por parte del Estado, a través de su régimen penitenciario, más que velar, es garantizar, proteger y custodiar dentro de un centro carcelario; la vida, la integridad personal y la salud de todos los privados de libertad. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia del TEDH, la falta de medios económicos no es una excusa para que estos derechos dejen de ser aplicados, ya que se trata de garantizar la dignidad humana de toda persona, aun dentro de la prisión. Ahora, bien, el artículo 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria nos dice: "Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra". Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las

[38] Reglas Penitenciarias Europeas, Consejo de Europa. Comité de ministros, Recomendación Rec (2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, a raíz de la 952 reunión de delegados de ministros). Documentos de trabajo Consejo de Europa Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Abril de 2010.

[39] Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

[40] El 31 de marzo de 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó por unanimidad el documento "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" a través de la Resolución 01/08, adoptada durante el 13 período ordinario de sesiones.

[41] Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo". Según Rivera Beiras el uso de la sanción en celda de aislamiento dentro del ordenamiento español, está contemplada para los privados de libertad que muestran una constante agresividad y alteren la convivencia normal del centro carcelario. Rivera Beiras señala que es importante que la celda en que se realiza el castigo del aislamiento debe tener análogas características que las restantes[42].

El Tribunal Constitucional da otros ejemplos además de la sentencia sobre la huelga de hambre de los GRAPO. Unas de estas sentencias es la STC 48/1996, de 25 de marzo. Se interpuso un recurso de amparo al negarse la progresión al tercer grado penitenciario, que es previo a la libertad condicional, a un privado de libertad gravemente enfermo de enfermedad coronaria, reconocidos por tres informes médicos, que es imposible la atención y cuidados médicos que necesita, sino que aumenta la gravedad por la privación de libertad." Además, se sostenía la violación del derecho a la vida y a la integridad física y a no padecer tratos inhumanos o degradantes, reconocidos en el artículo 15 de la Constitución española, al igual que el artículo 25.2 de la misma norma. Para el Tribunal Constitucional: "2. La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (artículo 15 C.E.). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos, quedando prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados." Esta sentencia reconoce el derecho del demandante a la vida e integridad personal y anula el auto que lo mantenía en prisión. En sentencia STC 25/2000 de 31 de enero[43] el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo en contra de la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad del demandante, condenado a 6 años de prisión por homicidio frustrado y se le negó un indulto solicitado al Consejo de Ministro. El demandante, de igual manera, debido a su grave enfermedad y a los efectos negativos por su estancia en la prisión, solicitó su suspensión, basándose en distintos informes médicos. En este caso se trata de impugnar la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, como una violación a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo número 24.1 de la Constitución y conforme a lo que se consagra en el artículo 15, que a la letra dice, "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes." La negación de la libertad condicional, a sabiendas de que el privado de libertad padece una enfermedad grave e incurable, es responsabilidad y obligación del Estado, tal como señala la sentencia: "La finalidad de la institución es lograr un equilibrio entre el derecho a la vida e integridad física del penado y el derecho a la seguridad colectiva". En este caso el Tribunal Constitucional reconoció el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como la anulación de todos los demás actos que le negaron la libertad condicional, en el sentido de que los autos impugnados vulneran el derecho del demandante a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho.

En otra sentencia, STC 35/1996, de 11 de marzo[44], el demandante sostenía que había existido una vulneración a su derecho a la integridad física como privado de libertad. Este argumento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, no se pone en peligro la salud de los privados de libertad por el hecho de ser sometido a controles de rayos x, con la finalidad de mantener la seguridad del centro carcelario. En este caso, el demandante, sostenía que, al salir y regresar de juicio, era sometido a revisión de rayos x por parte del Juzgado de Vigilancia y que la misma podría tener efectos nocivos para su salud. Por su parte, el centro carcelario argumentó que el equipo se encontraba en perfecto estado y

[42] Cft. RIVERA BEIRAS, I. *Cárcel y derechos humanos Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Editorial: J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 101.
[43] STC 25/2000 de 31 de enero.
[44] STC 25/2000 de 31 de enero.

que las radiaciones no eran un peligro alguno para la salud. En otra sentencia del Tribunal Constitucional en materia de registro corporal y la privación de comunicaciones de los privados de libertad, la STC 57/1994 de 28 de febrero[45], sostuvo que no existía violación del derecho a la integridad física o moral del demandante, sino una violación a su derecho de intimidad, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido, más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando así su dignidad personal, porque fue sancionado a tres fines de aislamiento en celda de confinamiento, debido a que se negó, en reiteradas ocasiones a realizar flexiones desnudo en su cacheo o registro y a una comunicación íntima, esto era un trato degradante y vejatorio prohibido por el artículo 15.

Dentro del régimen penitenciario conlleva a lo que el Tribunal Constitucional señala en la sentencia STC 89/1987, de 3 de junio[46], en que se desestimó un recurso de amparo de garantías constitucionales, en relación a resoluciones especiales relativas a la comunicación de los reclusos con sus familiares. En este caso los demandantes solicitaron que los privados de libertad, sometidos al artículo 10 de la Ley Orgánica Penitenciaria, es decir, que eran privados de libertad, en régimen cerrado o en departamentos especiales, catalogados como altamente peligrosos o dirigidos a privados de libertad que no se adaptan al régimen abierto u ordinario. De igual manera se solicitaba la protección de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 15 derechos a la vida. En la sentencia el Tribunal Constitucional señala: "Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de las libertades, la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad".

En la sentencia del STC 195/1995 de 19 de diciembre [47], se determinó que el tener en una misma celda a otro privado de libertad no es una violación del artículo número 18 de la Constitución, en el sentido que se reconoció que el alojamiento en una celda individual no es un derecho fundamental y de igual forma que el artículo 19, de la Ley Orgánica Penitenciaria tampoco manifiesta que sea un derecho, por lo tanto en este caso se aceptó parcialmente el amparo promovido por el demandante, pero reconoció su derecho a recibir una respuesta judicial motivada respecto de los medios de prueba por él solicitados en orden a su defensa. En este caso el demandante acusó de la comisión de dos faltas graves, debido a que se quejó de la distribución de las celdas y a que se le impuso la sanción de dos fines de semana en celdas de aislamiento, y por lo que se habían vulnerado sus derechos a la intimidad y a la tutela judicial efectiva; el Tribunal Constitucional dice: "Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del artículo 18.1 de la Constitución, pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/1987 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas".

[45] STC 57/1994 de 28 de febrero.
[46] STC 89/1987, de 3 de junio.
[47] STC 195/1995 de 19 de diciembre.

2.4 Crítica al principio de legalidad penitenciaria

La cárcel, como institución represora y social y como las demás instituciones que existen en la sociedad, se maneja y se organiza por un sistema de recompensas y favores, con límites que son definidos por la propia institución penitenciaria. En la cárcel el privado de libertad atraviesa un proceso que, en la mayoría de los casos produce una sumisión psicológica muy fuerte, que se traslada a su estado físico, y donde, además, se trata de mantener un estado de orden y paz en un ambiente violento. Es ese el método con que cuenta la autoridad penitenciaria para imponerse ante los privados de libertad, creando así una especie de realidad alterna, cuyas prácticas específicas y reiteradas desarrollan la diferenciación entre los privados de libertad y los demás. Lo que a su vez motiva que la autoridad penitenciaria identifique a los privados de libertad que colaboran dentro del sistema y los que no y genere un conjunto de prácticas específicas, que varían dentro de una prisión a otra, con el fin de que el privado de libertad asimile un comportamiento adecuado para el buen funcionamiento del sistema penitenciario. En este aspecto, en nuestra opinión, la autoridad penitenciaria se aparta de la función prevista para ello por la ley y crea su propia forma nueva de la ley, lo que se constituye en una violación real del principio de legalidad penitenciaria y en la mayoría de los casos, son prácticas con las que se familiarizan los privados de libertad como mecanismos de sobrevivencia del sistema. Es decir, que estamos hablando de una nueva norma dentro de la cárcel que violenta las normas ya establecidas, pero con una constancia y reconocimiento informal que limita su contenido a la vida en prisión, ocasionando que no resulten útiles fuera de la misma. Estas prácticas penitenciarias lo único que logran crear es una vulneración del principio de legalidad penitenciaria, más evidente a lo interno de la cárcel en la sujeción especial, que se mantiene con la autoridad penitenciaria, entre los reclusos y la inseguridad jurídica. La mayoría de las leyes penitenciarias modernas afirman que el objetivo principal del sistema penitenciario es la reincorporación del privado de libertad a la sociedad. En realidad, son las necesidades relacionadas con el orden y la seguridad las que casi siempre prevalecen sobre el "tratamiento penitenciario". A partir de estas dos ideas, el orden y la seguridad, es la administración penitenciaria la que realmente crea su propia ley con carácter informal, que se deriva de las prácticas que se dan dentro de la prisión y las relaciones entre los distintos actores en el contexto penitenciario. Estas leyes informales a menudo entran en conflicto con la Constitución y los códigos penales, porque en todo caso no protegen ni cumplen con los derechos fundamentales de los privados de libertad, ya que la sujeción especial pareciera que no solo restringe y limita sus derechos, sino que los elimina una vez que la persona entra a formar parte del sistema penitenciario como privado de libertad. Dentro del sistema penitenciario actual, a pesar de que la administración está obligada y tiene como finalidad fundamental, en nombre y representación del Estado, proteger a todos los privados de libertad confinados por una decisión judicial, en régimen de custodia, se limita únicamente a la restricción de movimiento de libertad del individuo. Como ser humano que es, tiene el pleno derecho, tanto dentro y como fuera de la cárcel, a que se le respete y se le proteja su dignidad como persona; mientras que los recursos son destinados, en su mayoría, para evitar que la persona escape y mantener el orden y la seguridad, que en los últimos años ha resultado la finalidad del sistema penitenciario.

Los principios del derecho nacen con el fin de hacer frente al Estado, para que el mismo no se extralimite y vulnere el Estado de Derecho, que el principio de legalidad del sistema democrático tiene enfrentar la delincuencia y fortalecer la política criminal. En los últimos años se han acrecentado las sanciones de los delitos castigados con pena de prisión (lo que muchos autores llaman la supremacía del Estado penal) y ha tenido como consecuencia un incremento desmesurado de privados de libertad, una falta de políticas penitenciarias adecuadas que den

alternativas o mecanismos necesarios evitar la sobrepoblación penitenciaria y la violación al principio de legalidad. Otro problema con que nos identificamos es la vieja postura tradicional, de no reconocer la independencia existente entre el denominado derecho ejecutivo penal y el derecho penitenciario, en el sentido de establecer las reglas de ejecución de la pena iniciada a partir de la decisión judicial dictada por el juez. No se trata en este aspecto de ver el origen del delito ni los fenómenos que están relacionados con el mismo, en el sentido que dejemos nuevamente de juzgar al privado de libertad por lo que ya cometió, cuando ya la justicia penal lo ha hecho sobre su conducta. Lo que el principio de legalidad penitenciaria busca, es que el privado de libertad cumpla su pena y que se apliquen ciertas reglas que cumplan con valores objetivos. Es decir que, no solo se trata, por un lado, de modificar la jurisdicción y el sistema penitenciario, es necesario un cambio de decisión en materia jurisdiccional, en la aplicación de un derecho penal mínimo o de garantías y que a lo interno de la institución carcelaria existan jueces de legalidad penitenciaria o jueces de ejecución penal, que tengan, entre sus únicas funciones la de resolver los conflictos existentes entre el privado de libertad y la institución penitenciaria. Tres temas: (1) el otorgamiento de los beneficios que reducen el tiempo de la pena en prisión, pues el interno tiene el derecho de conocer con certeza los requerimientos de que depende dicho otorgamiento con exactitud y seguridad, si se comporta de una forma determinada para salir en una fecha estipulada; (2) los conflictos relacionados con todos los traslados de una institución penitenciaria a otra (traslado interinstitucional); y (3) la aplicación de sanciones administrativas, que la autoridad judicial pueda actuar con mecanismos revisorios de las decisiones que tomen las autoridades penitenciarias. El principio de legalidad penitenciaria a través de los años ha evolucionado y se ha separado del tradicional concepto de legalidad penal, para centrarse únicamente en el sistema de ejecución de las penas y las medidas privativas de seguridad, inclusive de todas aquellas sanciones alternativas, que las distintas legislaciones imponen como consecuencia jurídico punitiva, por la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, hasta llegar a constituirse en un mecanismo de protección y respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad, como garantía en contra de los abusos y malas condiciones de la administración penitenciaria.

El principio de legalidad ha sido un tema importante en la doctrina constitucional y penal y en esta investigación hemos señalado algunos ejemplos jurisprudenciales. Pero hay que tomar en consideración que nuestra posición parte de la base de que, una interpretación extensiva de los efectos del principio de legalidad en materia penitenciaria, interviene de forma primordial el principio de la sujeción especial y la importancia de la responsabilidad social, que es, a todas luces, compartida entre otros fenómenos, como son las causas criminológicas que giran en torno a la realización del hecho punible y la valoración y el reproche como un elemento necesario y actual de la antijuridicidad penal; elementos que van más allá del concepto tradicional de entender el principio de legalidad, como el derecho que tiene toda persona de conocer con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas, se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son ilícitos. Mientras que, en el ámbito penitenciario, la discusión del principio de legalidad en materia penal y penitenciaria tenía como finalidad la de garantizar la seguridad jurídica, el discurso giraba en torno a que no existía ninguna oposición contra la remisión que realiza el legislador hacía normas de rango menor, como lo son los reglamentos, en el sentido de que se establecía que, de lo que estaba regulado penalmente simplemente se podría acudir a una norma extrapenal con carácter general. Lo que el principio de legalidad hace es cumplir con la doble garantía de legitimidad y seguridad, ya que el legislador no deja de realizar sus funciones sobre un tema tan sensitivo como son los efectos de la criminalización y cede al poder ejecutivo que legisle por medio de reglamentos, el monopolio de la ejecución penal a lo interno de la ejecución de la pena en el sistema penitenciario. Este aspecto se tiene como superado y se establece que la administración penitenciaria no puede regular o limitar derechos

fundamentales como si se tratase de faltas administrativas o disciplinarias, lo que produce violaciones a los derechos fundamentales de los privados de libertad. La regulación de sus derechos le corresponde únicamente a la ley apoyada en el texto constitucional y el reglamento de la institución penitenciaria debe solamente encargarse de organizar y administrar el aparato penitenciario de la cárcel, como institución jurídica, pero en ningún caso puede tomar decisiones que vayan más allá de sus atribuciones y funciones.

Y, al mismo tiempo, se debe exigir que la ley cumpla contenidos formales, para que las normas sean lo menos imprecisas o vagas posible y que prohíban, de forma real y lo más exacto posible, los tipos indeterminados de tipificación penal y las leyes no perjudiquen los derechos fundamentales de los penados u ocasionen perjuicios innecesarios al momento en que la pena privativa de libertad sea impuesta al imputado; es decir, que se castiga lo que la persona hace y no por lo que la persona es, es decir, se pena la conducta realizada, no la personalidad, carácter, temperamento, ideas personales, políticas o religiosas, hábitos de vida etc. En otras palabras; lo que se castiga, con la imposición de la pena de prisión, es la culpabilidad del sujeto al cometer un acto que produce una lesión jurídica, mediante un acto humano como decisión autónoma que la sociedad le reprocha por lo que ha cometido. Tal como hemos observado, el concepto de imponer una pena privativa de libertad obedece a que el individuo tenga los recursos disponibles que le brinden la posibilidad de alejarse de la conducta delictiva, es decir que, el objeto principal de la privación de libertad es la rehabilitación o reintegración de la persona a la sociedad, donde los derechos fundamentales de los reclusos sólo pueden ser limitados o restringidos en situaciones de fuerza mayor dentro del sistema penitenciario. Dentro de estas justificaciones entraría el mantenimiento de la seguridad en el centro o la prevención de graves amenazas en la prisión. Pero, en estos casos, entramos en el dilema jurídico y moral de definir exactamente los conceptos de orden y seguridad, dentro de la estructura penitenciaria. Conceptos que, en la mayoría de los casos, son definidos por la autoridad judicial y no por un juez, que haga énfasis en la protección de los reclusos y al mismo tiempo garantice la actuación de los funcionarios por motivos excepcionales; y, si existe una situación circunstancial o condiciones apremiantes en las cuales se tenga que intervenir inmediatamente, ese comportamiento debe de ser inmediatamente después de los hechos revisados por un juez a petición de la parte interesada sobre la validez de los mismos. Entre todos estos aspectos actuales de la práctica penitenciaria que abogan por un derecho penal mínimo o derecho de garantías, adquiere especial importancia el principio de legalidad, en el sentido de constituirse en una verdadera garantía del privado ante el ejercicio abusivo por parte de la administración penitenciaria en nombre del Estado. En definitiva, el principio de legalidad penitenciaria conlleva que los principios y valores básicos, desde una perspectiva político-criminal en un Estado democrático se cumplan las garantías de los privados de libertad para alcanzar un derecho penal mínimo más humano y menos represor.

2.4.1 Principio de legalidad en la normativa española

El artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en España dice: "La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales". Está destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. La unión existente entre el principio de legalidad y los derechos y garantías fundamentales y otros valores imprescindibles en el ordenamiento jurídico, hace que sea necesario que esta materia tenga contenido con rango legal, como es la Ley General Penitenciaria[48]. El

[48] Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A. *Lecciones de derecho penitenciario: adaptadas a la normativa legal vigente.* Editorial Comares, Granada, 1997, p. 5.

texto original del Proyecto de Ley de la Ley General Penitenciaria suprimió o eliminó la referencia a "humana", en relación a la personalidad, por considerarse que "de por sí, que los reclusos son humanos"[49]. El texto de este artículo dispone que los privados de libertad gocen de todos los derechos fundamentales y garantías de la Constitución Española. En su artículo 25.2 señala: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". Los derechos y garantías que tiene el privado de libertad y que no pueden ser limitados o eliminados; pero que sí pueden ser limitados por su sentencia condenatoria como título jurídico imprescindible para ingresar a la institución penitenciaria. Escalante Castarroyo concluye que el principio de legalidad en materia de privación de libertad se expresa en dos vías: en los supuestos en que la ley permite la privación de libertad y en la forma en que la misma debe llevarse a cabo[50]. Lo cierto es que no debe de haber ningún tipo de duda con referencia a que el ser condenado mediante una sentencia judicial a la privación de su libertad no significa, ni en lo más mínimo, la pérdida o eliminación de los derechos y garantías fundamentales, solo se están limitados o sujetos de forma estricta y en lo necesario para cumplir la pena.

Queda reflejado en la Ley Orgánica Penitenciaria, en su artículo 2, que da un amplio concepto del principio de legalidad en referencia a su alcance, ya que no solamente pone como ámbito de aplicación la presente ley, sino que al mismo tiempo incluye los reglamentos y sentencias judiciales, es decir, que permite el uso de otras fuentes jurídicas para regular la actividad penitenciaria, extiende lo que algunos autores han denominado bloque de legalidad penitenciaria, como la aplicación de la ley, sentencias judiciales y reglamentos, como modos de regular la actividad penitenciaria. Los reglamentos que forman parte de la regulación penitenciaria deben de cumplir con ciertas formalidades. Por un lado, que se respete y se cumpla la reserva de ley para todo lo relacionado con los derechos fundamentales y que este reglamento sea propiamente ejecutivo y que se cumpla con el principio de jerarquía normativa[51].

La Ley de Ejecución en el Código Penal español en su artículo 3 señala: "1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o la medida de seguridad se realizará bajo el control de Jueces y Tribunales competentes". Se reconoce que el principio de legalidad tiene su extensión dentro de la ley y en lo expresado en la sentencia condenatoria que priva de libertad al sentenciado. En su artículo 900, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española dice: "Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos. Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia." Este articulado amplía el concepto del principio de legalidad, ya que incluye la ley penal y los reglamentos, así como a las autoridades administrativas como medio para cumplir con las medidas necesarias para el ingreso en prisión del condenado y le da competencia primordial al Juez de hacer cumplir la sentencia. Aunque este articulado consagra el principio de legalidad, limita su ámbito de aplicación a la Constitución y la ley, sin tomar en consideración lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que incluye como parte del principio de legalidad a los reglamentos y sentencias judiciales: Art. 2. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. Otros derechos en relación con el régimen penitenciario y el

---

[49] Cfr. MORENO SAINZ, F. *Ley General Penitenciaria, trabajos parlamentarios*, Cortes Generales. Servicio de estudios y Publicaciones, Madrid, 1980, p. 32.

[50] ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución europea y Constitución española*. La Ley Editorial, Madrid, 2004, p. 323.

[51] Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario.* II Edición, Tirant monografias, Número 194, Valencia, 2006, p. 28.

principio de legalidad son "Derecho a no ser sancionado, sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en la Ley", artículos 42 y 44 LOGP y 231 RP[52].

Otra normativa aplicable es la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que en su articulado 127.3 reconoce relación entre la administración y los privados de libertad. Enfatiza que solo existe potestad disciplinaria respecto de quienes prestan servicios a la administración. En ninguna de esas dos situaciones se encuentran los privados de libertad por cumplimiento de una pena. "Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio por las administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual"[53]. El articulado 231 del Reglamento Penitenciario español en su numeral 2, el fundamento y el ámbito de aplicación, aduciendo que el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos por igual, independientemente de la situación procesal o penitenciaria en que se encuentren, y se aplica tanto en los centros penitenciarios como durante los traslados, órdenes de conducción u otras salidas autorizadas, remite al artículo Número 188 para referirse a excepciones en que no se aplica a los privados de libertad que sufren algún tipo de enfermedad psiquiátrica o problemas de salud.

2.4.2 El Principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad

El principio de legalidad dentro del sistema de ejecución de las penas está estrechamente vinculado al tipo de delito y a la forma de ejecución de la pena. Las formas de ejecución están conformadas por las garantías criminal, jurisdiccional y de ejecución. Estas garantías no pueden cumplirse sin la existencia de una ley anterior que cumpla todos los requisitos y características determinadas. El principio de legalidad se manifiesta en los distintos poderes que competen al ejercicio de las funciones del Estado, en plena garantía de la libertad del ciudadano. Al proponerse evitar el monopolio del poder por parte del Estado en un ente político centralizado, cumple con la función de ser un contrapeso al mantener el equilibrio en los poderes del Estado; sin embargo, dentro de la propia administración penitenciaria, se produce una relación directa entre los tres poderes del Estado como mecanismo de control social mediante la intervención en la administración penitenciaria. Por un lado, el poder legislativo a través de la ley regula la forma y el modo de aplicación de las penas y su cumplimiento; el poder judicial cumple con la aplicación del sistema de forma real y física de un sistema diseñado por la ley, es decir, de acuerdo con los criterios constitucionales, jurídicos penitenciarios y penales, métodos de interpretación desarrollados y adoptados por la doctrina y sin hacer uso de leyes no escritas, analogía o retroactividad en su interpretación; mientras que el poder ejecutivo garantiza el cumplimiento de la pena de prisión acorde con el sistema jurídico de ejecución de las penas privativas de libertad.

2.4.3 El principio de legalidad y Tribunal Constitucional Español: su jurisprudencia

El Tribunal Constitucional Español ha desarrollado el principio de legalidad estableciendo qué tipo de conductas, acciones u omisiones son constitutivas del delito. Como ejemplo, la sentencia 105/1988: "Es cierto asimismo que el

---

[52] GONZÁLEZ PALENZUELA, F, RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación.* Textos Legales, Colección Jurídica, III Edición, Editorial MAD, Sevilla, 2002, pp. 63-79.

[53] Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, p. 65.

cumplimiento del mandato del artículo 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos, dentro del citado precepto constitucional, los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales. Y ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho"[54]. La responsabilidad que tiene el legislador de expresar con la mayor claridad posible cuando determina qué conducta es delictiva o no es reconocida en otra sentencia del Tribunal Constitucional que señala: "Este Tribunal ha reconocido en anteriores sentencias que el principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada, por lo que procede examinar si este motivo de amparo resulta fundamentado"[55].

En otra de las sentencias se reconoce que el principio de legalidad es un elemento imprescindible e inseparable del Estado de derecho, no solo desde el punto de vista de la facultad que tiene el Estado de sancionador, sino que también incluye la protección que tiene que ejercer el Estado sobre los bienes jurídicos protegidos de sus ciudadanos: "El principio de legalidad penal, ha dicho este Tribunal (STC 133/1987, fundamento jurídico 4, entre otra muchas), es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido, se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico 7), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los artículos 24.2 y 117.1 de la Constitución, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley".

La sentencia en su parte más esencial expone los tres requisitos estrictamente necesarios para que la ley cumpla con el principio de legalidad, cuando dice: "De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa la prohibición de extensión analógica del derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código Penal (SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986, 133/1987 y 199/1987, entre otras). Por otra parte, este Tribunal (SSTC 62/1982 y 53/1985, fundamento jurídico 10) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad"[56]. Esta sentencia, en palabras de Mapelli Caffarena, señala que el Tribunal Constitucional no niega la vigencia o aplicabilidad del principio de legalidad dentro de las prisiones, sino que limita o establece el grado de aplicación que se tiene sobre la realidad carcelaria, en el sentido de que el Tribunal Constitucional es la protección de la seguridad, que

[54] STC 105/1988, de 8 de junio.
[55] STC 159/1986, de 16 de diciembre.
[56] STC 111/1993, de 25 de marzo.

tiene como base la exigencia de una norma con rango de ley, que sea previa, organice y oriente en la fase de ejecución de la pena[57].

2.4.4 El principio de legalidad y la teoría de las relaciones especiales de sujeción en España

La teoría de la relación especial de sujeción o supremacía especial tiene sus inicios en las teorías del positivismo alemán de finales del siglo XIX. El primero en utilizar el término fue Paul Laband en su obra *Grundlinien des allgemeinen staatsrechts* en 1845. Pero su máximo desarrollo se dio dentro de la ciencia administrativa con Otto Mayer, profesor de Leipzig. En su *Tratado sobre derecho administrativo* alude a este concepto ya en 1888 y señala: "en conexión con el acto administrativo, pero esencialmente diferente de él, se encuentra la instrucción que se da en la relación de sujeción. Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. La relación especial de sujeción hace referencia a la acentuada dependencia que establece en favor de un determinado fin de la administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial". Mayer identificaba el origen de la sujeción especial en que la relación entre el Estado y el súbdito tiene como base la desigualdad, debido a que por parte del Estado existe el poder público, que es la facultad jurídica de imponer su voluntad a otro y sobre otro. El poder público del Estado tiene su fundamentación en oponerse a los poderes del derecho privado, como un derivado del poder soberano[58]. Mayer aduce que esta relación es evidente ya que "considera que los deberes del funcionario para con el Estado tienen un efecto jurídico directo sobre las relaciones del funcionario con los terceros"[59]. Y sobre la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones indica que "el Estado dirige a los funcionarios que utiliza en estos servicios en parte por las leyes y por ordenanzas, pero, principalmente, sus deberes están determinados por simples prescripciones administrativas, instrucciones, circulares, estatutos, que, en principio no tiene ningún efecto jurídico sobre aquellos sujetos que no estén comprendidos en el vínculo de sujeción particular[60]. E indica que el funcionario se torna responsable frente a terceros cuando por su culpa éste no cumple con su deber. Durante los años iniciales, el principal argumento de esta teoría fue que la actividad con carácter administrativo no formaba parte del derecho, es decir, que quedaban fuera del ámbito jurídico todas las actividades y funciones que derivan de la administración, como por ejemplo los reglamentos, órdenes de organización, las relaciones domésticas, los tribunales disciplinarios que se encargan de regular el comportamiento de sus distintos gremios (abogados, médicos, psicólogos, ingenieros, etc.); el contacto próximo o la inserción en la organización administrativa de trabajadores manuales que forman parte de un determinado gremio o sindicato obligatorio, las sociedades comerciales que se hallan sometidos a las decisiones de la junta directiva, las órdenes dadas en el servicio militar, la relación existente del poder paternal, (padres e hijos), la relación que ejerce la escuela con los estudiantes niños y, sobre todo, la relación existente entre la administración penitenciaria, sus funcionarios y los privados de libertad. La importancia de la doctrina alemana para el principio de legalidad y de la justiciabilidad es que determina que toda actuación o decisión administrativa debe de ser siempre previsible, controlable y corregible; así como la

[57] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria.* El Principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad. Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2004, p. 154.
[58] Cfr. MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán.* Tomo I, Parte general, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949, p. 89.
[59] *Idem*., p. 304.
[60] *Idem.*, p. 306.

formalización de los actos de tipo administrativo en la realización de un monopolio en la creación o producción de normas por parte del poder legislativo (reserva de legalidad) y que estos actos administrativos estén sometidos a un control judicial[61]. Las relaciones especiales de sujeción en materia penitenciaria tienen ciertas características que permiten identificarlas como tales. Existe una relación con carácter personal de dependencia entre las cuales produce unas determinadas obligaciones. La persona hace uso de una libertad restringida o limitada. El privado de libertad tiene que obedecer y cumplir unas determinadas órdenes, las cuales no provienen directamente de la ley, pero emanan de un reglamento. Dicha relación tiene su justificación en la necesidad de orden, eficiencia y productividad de índole administrativa. "En este contexto en que se considera al recluso envuelto en sus relaciones con la administración se comprende perfectamente que el contenido y los límites de los derechos derivasen directamente del fin de la sujeción, concepto que de este modo llegaría a adquirir un lugar preponderante. Se trata así de rellenar una laguna como era la de la inexistencia de una ley: el fin de la ejecución sustituía a una ley de ejecución"[62].

Lasagabaster Herrarte sostiene que las relaciones de sujeción especial tienen una disminución o debilitamiento de los derechos ciudadanos o de aquellos sistemas que institucionalmente deben garantizar el cumplimiento y protección de los mismos como producto de la relación calificada con los poderes del Estado, la cual tiene su origen en un mandato constitucional o mediante una normativa legislativa conforme la Constitución, acompañada del reconocimiento y manifestación de derechos especiales que recibe el ciudadano afectado por tal medida, lo restringe, porque las principales instituciones jurídicas afectadas por la implementación de esta sujeción son el principio de legalidad, la protección judicial y los derechos fundamentales[63]. Un ejemplo de la jurisprudencia sobre esta materia es la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 14 de marzo de 1972, que da un contenido moderno a la teoría de la relación especial de sujeción y que no es constitucional una limitación de los derechos fundamentales en una norma administrativa orientada a lograr los fines de la pena, y los del establecimiento penitenciario. La limitación de los derechos de los internos sólo es posible si está amparada por una ley[64]. García Macho sostiene que la importancia de esta sentencia es que se logra separar por primera vez la doctrina que se sostenía hasta entonces y se aplica estrictamente el principio de legalidad al orden penitenciario, constituyéndose en un gran avance en cuanto a que los derechos fundamentales de los privados de libertad únicamente pueden ser limitados o restringidos por una ley[65]. Una de las primeras sentencias constitucionales sobre esta materia, es la de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español número 74, del 18 de junio de 1985[66]. Tiene como base la solicitud de amparo de garantías constitucionales de un privado de libertad, fundamentada en que la administración penitenciaria negaba la defensa letrada, ante la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Detención de Bilbao y se violentaba su derecho a la defensa, su derecho a una tutela judicial efectiva, que un órgano judicial sea quien imponga las sanciones

---

[61] Cfr. HASSEMER, W, LÖSING, N, CASAL H., J. *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho.* Universidad Católica Andrés Bello, Konrad Adenauer Siffung, Publicaciones UCAB, Caracas, 2005, p. 58.

[62] Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, I, DE MIRANDO RODRIGUES, A, RIVERA BEIRAS, I. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 45.

[63] Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I. *Las relaciones de sujeción especial.* Cívitas, Madrid, 1994, p. 25.

[64] Cfr. MAPELLÍ CAFFARENA, B. "El Sistema Penitenciario. Los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional". En *Revista de Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993, p. 428.

[65] Cfr. GARCÍA MACHO, R. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 82-85.

[66] Cfr. STC 74/1985 de 18 de junio de 1985.

disciplinarias y la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional Español denegó el amparo solicitado, manteniendo la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora propia de la administración penitenciaria. Pero, al momento de dar la sentencia no determinó ni definió los límites que tiene la sujeción especial y fundamentó la denegación del amparo en que, dentro de un proceso penal de asistencia letrada hubiera sido contraria a la ley. Pero, en este caso, el privado de libertad tuvo la posibilidad de asesorarse previamente a su solicitud a la Junta y, por tanto, no se violó su derecho de defensa. La sentencia dice: "Es claro que, el interno de un centro penitenciario está, respecto a la Administración, en una relación de sujeción especial, de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los artículos 104 y ss. Reglamento Penitenciario (RD 1201/1981, de 8 mayo y RD 787/1984 de 28 marzo, de reforma parcial de aquel)". El Tribunal Constitucional Español, a través de esta decisión, mantiene el *status quo* sancionador de la administración penitenciaria, cuya modificación de esta decisión hubiese producido cambios de gran importancia dentro de la administración de las prisiones. "En efecto, como el mismo recurrente reconoce en la demanda, la Junta no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y es normal y aún necesario que cuando la Administración, en este caso la penitenciaría, actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto a los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama. La Junta en efecto no es un órgano imparcial, ni tampoco un Tribunal, como se lee en la demanda, y no siéndolo, no puede lesionar, a causa de su composición por funcionarios de la Administración penitenciaria, derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española". Por lo tanto, declara que no todos los principios de la potestad sancionadora se relajan del mismo modo cuando la Administración pretende imponer una sanción administrativa o disciplinaria dentro de una estricta relación especial. Los principios de culpabilidad y el de presunción de inocencia que quedan inalterados en estos casos, mientras que los de legalidad y muy especialmente el *non bis in idem* son los que más se flexibilizan ante este tipo de situaciones[67]. El profesor Fernando Reviriego señala con referencia a esta sentencia: "Nuestro Tribunal Constitucional, ya desde sus primeros años (STC 74/1985), ha declarado que los internos en centros penitenciarios se integran en una institución preexistente que proyectaría su autoridad sobre aquellos, adquiriendo el estatus específico de individuos sujetos a un poder público…al tratarse de una relación de sujeción especial en la que acontecería una relativización de la reserva de ley"[68].

Otra sentencia igual de importancia dada por el mismo Tribunal Constitucional Español es la número 2, del 21 de enero de 1987, que se basa en el principio de legalidad, al declarar que, en materia sancionadora, dentro de la prisión, la Junta de Régimen es el único órgano decisorio en el reglamento penitenciario y no en la Ley. También establece la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, la finalidad de las penas, las garantías existentes dentro del procedimiento sancionador y lo más valioso es que consagró los principios de la sujeción especial y, a pesar que hizo énfasis en el uso y aplicabilidad del artículo 25.1 de la Constitución Española, sentenció una serie de consecuencias restrictivas y determinadas en la aplicación de las garantías constitucionales derivadas del mismo, con especial incidencia en el ámbito sancionador. Sobre la sujeción especial señala: "El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su

[67] Ministerio de Justicia. *Manual de derecho administrativo sancionador.* Parte general, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 343.

[68] REVIRIEGO PICÓN, F. "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios". En *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004, p. 88.

autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público"[69]. Para Mapelli Caffarena el principio de legalidad es una garantía penal, la cual exige que ningún delito o falta sea castigado con una pena que no se encuentre establecida en una norma con carácter de ley, anterior a la realización de los hechos y es crítica que esta garantía no se encuentre en el articulado Número 25.1 de la Constitución española, al referirse solamente a la garantía criminal, lo que ha motivado que a través de la jurisprudencia constitucional, que la limitación de los derechos fundamentales de los reclusos en su fase penitenciaria esté determinada por la ley penitenciaria o una ley orgánica, debido a que la pena de prisión tiene un efecto claro y evidente de restringir los derechos del condenado[70]. Es decir, que siguen siendo aplicables los derechos fundamentales y las garantías de los ciudadanos que constituyen la característica principal del Estado de derecho, pero están limitados en referencia al ámbito de su aplicación dentro de la institución penitenciaria. Al respecto señala: "Ello se deduce también a contrario sensu del artículo 25.2 de la Constitución, que garantiza el goce de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por la Ley Penitenciaria. Está, sin embargo, no sólo no limita aquel derecho, sino que incluso lo reconoce y refuerza, no sólo a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria que puede decidir la práctica de las pruebas que le hubieran sido denegadas en el anterior expediente disciplinario, sino que también dentro de dicho expediente se exige la motivación de la denegación, por no pertinencia o relevancia, de las pruebas propuestas (artículo 130.2 del Reglamento Penitenciario)".

En el debate sobre si la teoría de las relaciones especiales de sujeción es compatible con la teoría del propio Estado de derecho, teniendo como fuente de restricción los derechos fundamentales, surge el argumento de que donde exista una relación de sujeción especial, una simple instrucción puede producir una lesión de los derechos fundamentales. La Sala Primera del Tribunal Constitucional Español en la sentencia Número 47, de 20 de marzo de 1990, dice: "Las instrucciones o circulares administrativas son actuaciones jurídicas de la Administración sujetas al derecho administrativo y vinculadas también al respeto de los derechos fundamentales, tengan o no carácter normativo en sentido estricto." [71].

Otra sentencia imprescindible en materia de sujeción especial es la Sentencia 120 de 2 de julio de 1990[72], conocida como "huelga de hambre de los Grapo (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre)", que determinó el concepto de la relación de sujeción especial: "No puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de sujeción. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo, compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la administración y el recluido, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa." Esta sentencia, por primera vez, logra limitar el contenido jurídico que se tenía hasta entonces sobre las relaciones de especial sujeción". También explica la denegación del amparo: "La sentencia deniega el amparo por dos motivos principales: uno, la relación especial de sujeción en que se encuentran los reclusos, en virtud de la cual la administración penitenciaria tiene el deber de custodiarlos y de cuidar de su vida y salud; dos, la ilicitud de la huelga de hambre reivindicativa frente a las legítimas decisiones adoptadas por la administración penitenciaria en el uso de las potestades

[69] Cfr. STC 2/87 de 21 de enero.
[70] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Civitas, Madrid, 1996, pp. 32-33.
[71] STC 47/1990, de 20 de marzo.
[72] STC 120/1990, de 4 de julio.

que la ley le otorga." Llopis opina que el Estado tiene la obligación constitucional de proteger la vida humana, por lo tanto, en el caso de los reclusos, las instituciones penitenciarias deben velar por su vida, lo que concuerda con la decisión del Tribunal Constitucional Español que declaró procedente la orden de administrar forzosamente los alimentos a los huelguistas de hambre del GRAPO, pero esta orden estaba condicionada a ciertos requisitos para no lesionar sus derechos fundamentales y su dignidad[73]. Es el mismo argumento de Santaolalla López señala que dentro del derecho a la vida no se tiene el derecho a decidir sobre la propia muerte. Por lo tanto, es lícita la alimentación forzosa de los privados de libertad que se encontraban en huelga de hambre, porque es obligación del Estado proteger la vida. El autor se pregunta ¿qué responsabilidad tiene el Estado si se trata de personas que no se encuentran custodiadas o que tienen una relación dependiente con los mismos[74]. Fernández García considera importante esta sentencia, no solo porque limita el contenido de la sujeción especial, sino que le da un contenido al concepto de dignidad humana al reconocer judicialmente que equivale a un mínimo respeto por la vida y su integridad física, como un valor inherente a la persona[75]. Reviriego Picón señala: "Se declaró compatible con la Constitución y con los derechos fundamentales entonces invocados, que la alimentación forzosa tuviera lugar una vez que la vida de los reclusos en huelga de hambre corriera grave peligro, lo que habría de determinarse previo los oportunos informes médicos y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estableciera, no puede extraerse de esta declaración que la fijación del momento a partir del cual se permite la alimentación forzosa, hay de sujetarse necesariamente al mismo momento en todos los casos en que resulte el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria"[76].

Rodríguez Piñero, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional, discrepa de la decisión mayoritaria expresada por el tribunal y concreta que la relación de sujeción especial justifica la restricción de los derechos fundamentales del privado de libertad. Para el magistrado discrepante, esta es una restricción adicional e injustificada, porque la obligación de la administración penitenciaria de ver por la vida y la salud de los internos no justifica un límite adicional de los derechos fundamentales del penado, y afirma que "goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano y por ello ha de reconocerle el mismo grado de voluntariedad en relación a la asistencia médica y sanitaria". Es fácil cerrar el razonamiento y concluir que, si la situación de sujeción especial es irrelevante a estos efectos y si el preso, como ciudadano que es, goza de sus mismos derechos y libertades, puede disponer como cualquier otro de su libertad, por lo que se considera inconstitucional la imposición de la alimentación forzada autorizada por este Tribunal"[77]. García señala que hasta 1991 el criterio o el contenido jurisprudencial consideraba que la relación que une al privado de libertad con la administración penitenciaria es de especial sujeción, determinaba que la vigencia del principio de legalidad fuera objeto de una cierta relajación no solo en los supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales y normas legales en las que existía una remisión a las normas reglamentarias, sino fundamentalmente RSE"[78]. Para Rodríguez Alonso y Rodríguez Avilés la teoría de la sujeción especial

---

[73] Cfr. LLOPIS, C. *Los derechos humanos: educar para una nueva ciudadanía*. Narcea Ediciones, Madrid, 2001, pp. 143-145.
[74] Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho constitucional*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 482.
[75] Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Editorial Dykinson, Madrid, 2001, pp. 26-27.
[76] REVIRIEGO PICÓN, F. *Los Derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional.* Editorial Universitas, 2008, pp. 62-63.
[77] Cfr. VIDAL GIl, E. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles.* Universitat de Valencia, Valencia, 1999, pp. 235-236.
[78] Cfr. GARCÍA, F. *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*". Publicaciones Universidad de Alicante, Monografías, Zaragoza, 2003, p. 48.

tiene como punto de origen la concepción del Estado, especialmente el poder punitivo, que se limita a evitar abusos y arbitrariedades, transformando las situaciones de poder en relaciones jurídicas con igualdad de derechos y deberes. Otro aspecto que se toma en cuenta es el cambio legislativo que se ha manifestado por la aceptación de la mayoría de los legisladores, de que el privado de libertad no se encuentra fuera de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella aun cuando esté pagando su condena en prisión, porque el privado de libertad es sujeto de derecho y forma parte de la sociedad como persona. Pero, lo más importante es reconocer que el privado de libertad constituye un sujeto de derechos y que nunca puede perderlos a pesar de su condena[79].

Cervelló Donderis señala que la relación de sujeción especial resultado de la relación penitenciaria con el recluso, es un argumento para su exclusión, ya que la ley penitenciaria genera excepciones producto de la sujeción de derechos y deberes que tiene la Administración con el privado de libertad; su competencia normativa se aplica por medio de la vía reglamentaria, garantías fundamentales que deberían tener una cobertura normativa enteramente no reglamentaria, sobre todo en los casos que tienen que ver con las sanciones de aislamiento, con el régimen penitenciario cerrado y el conjunto de infracciones disciplinarias, entre otros conceptos que atañen a la dignidad del recluso. Por este motivo, el criterio que compartimos sostiene que la relación de sujeción especial sólo tiene que limitarse a una relación de carácter administrativo, que conduce a la vulneración de derechos, y esa vulneración es injustificada[80].

2.5 La rehabilitación del privado de libertad como derecho en España

El artículo 25.2 de la Constitución española de 1972 dice: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". Este artículo, por un lado, cataloga la rehabilitación como un principio general de orientación de las penas privativas de libertad y de igual manera reafirma la protección de la titularidad de los derechos fundamentales de los reclusos: al trabajo, a recibir beneficios laborales producto de dicho trabajo y reconoce el derecho a la educación y a la cultura. Este artículo es difuso, ya que no da ninguna definición de rehabilitación y reinserción, lo que obliga a su interpretación y delimitación en el sentido que el constituyente quería dar a las penas de prisión orientadas a la reeducación y reinserción. En la minuta de los acuerdos de la ponencia de Constitución, en el Congreso de los Diputados, reunión del día 15 de septiembre de 1977 señala en su numeral 10: "Por el representante del grupo Socialista se propone un texto referente a los derechos del condenado: "el condenado gozará de todos los derechos fundamentales reconocidos por el título, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo y el sentido de la pena"[81]. Se señala que dicho texto no fue aprobado, aunque Peces Barba lo propone como voto particular. De igual manera, en la minuta de los acuerdos de la ponencia de Constitución, reunión del día 8 de noviembre de 1977 numeral 10 consagra: "Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción social y no podrán suponer en ningún

[79] Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A, RODRÍGUEZ AVILÉS, J. *Lecciones de Derecho Penitenciario: adaptadas a la normativa legal vigente*. IV Edición. Editoriales Comares, Granada, 2011, pp. 35-36.

[80] Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V. "Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES". En *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Número 72, Madrid, 2010, pp. 9-11.

[81] Actas de la Ponencia Constitucional. En *Revista de las Cortes Generales*. No. 2, 1984, p. 272.

caso trabajos forzados"[82]. Este artículo se mantuvo igual en su redacción en el anteproyecto de la Constitución como artículo 23, numeral 4.[83] Mientras que en el periodo de enmiendas, en la 62 se solicitaba la modificación al artículo 24 y proponía la siguiente redacción: "Las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación", y agrega: "se justifica la supresión de la reinserción social por reiterativa y, sobre todo, porque ello equivaldría a la supresión de la cadena perpetua"[84]. Este detalle del constituyente es fundamental, ya que reconoce que la pena de cadena perpetua sería contraria a la Constitución, que violaría el principio de reinserción social de las penas. De igual manera en el mandato número 123, por parte del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, al anteproyecto de la Constitución, con la finalidad de modificar el texto se propuso la siguiente redacción: "4. Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción social y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados. Los condenados a pena de prisión que anduvieren cumpliendo la misma, gozarán de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo". Y en su justificación señala: "por un lado, debe incorporarse a la redacción el reconocimiento de que la redención de penas por el trabajo comporta el derecho a la Seguridad Social, poniendo así punto final a una larga trayectoria limitativa que causaba y podría causar, de perpetuarse, graves perjuicios no únicamente a los reclusos, sino también a los terceros que conlleva la causa. Por otra parte, también es evidente que en un nuevo reglamento de régimen penitenciario el uso y disfrute de los derechos reconocidos en este capítulo sólo pueden limitarse en función de estrictas horas que permitan el funcionamiento de las instituciones penitenciarias, pero no alargarse, no extenderse gratuitamente a situaciones de represión que dificultan la reinserción social que la pena se propone"[85].

La enmienda 253, por parte del Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya propuso el siguiente texto: "4. Las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados"[86]. De igual manera en la enmienda número 451, el Grupo Parlamentario Mixto propuso añadir al texto anterior: "Los establecimientos penitenciarios adecuarán su organización, estructura y funcionamiento al cumplimiento de las anteriores finalidades", y en su motivación reconocen que la gran mayoría de los centros penitenciarios existentes en aquel entonces no reunían las condiciones para cumplir con los objetos de la pena[87]. Sin embargo, es la enmienda número 475 del Grupo Parlamentario Mixto que propone hacer modificaciones más relevantes: "7. El régimen penitenciario excluirá el principio retributivo de la pena, siendo su finalidad la de reeducación y reinserción social, debiendo salvaguardarse los derechos garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena. En ningún caso podrá imponerse la pena de trabajos forzosos"[88]. Finalmente, el texto aprobado para su discusión fue: "4. Las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo con la misma gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de

[82] *Idem*., p. 314.
[83] Boletín oficial de las Cortes. Número 4. Día *5* de enero de 1978, p. 673.
[84] Cortes. Congreso de los Diputados, Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas. Anteproyecto de Constitución, p. 45.
[85] *Idem*., p. 82.
[86] *Idem.*, p. 129.
[87] *Idem.*, p. 194.
[88] *Idem*., pp. 204-205.

la pena y las normas penitenciarias"[89]. Sin embargo, los principales argumentos en la imposición de la pena privativa de libertad, como alternativa a la pena de muerte, se dieron durante las sesiones del Congreso de los Diputados, en torno a la eliminación de la pena de muerte, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades públicas, en la que Peces Barba, tocando el tema de la extradición para delitos políticos y la pena de muerte, sostenía que se tenían que seguir las corrientes humanistas y democráticas en relación con la extradición, a pesar de la existencia de tratados sobre extradición. Sin embargo, sostenía: "en ningún caso por delitos políticos o para los que se pida la pena de muerte ni en favor de aquellos países que no reconozcan los principios penales y procesales admitidos por las naciones civilizadas"[90]. Al referirse a la extradición por delitos políticos se excluyen los delitos de terrorismo y señala que en los países en que se solicitaba la pena de muerte para el supuesto de extradición tenían que comprometerse a no aplicarla. Sin embargo, concluye si sería oportuno prohibir la extradición cuando exista la posibilidad de aplicar la pena de muerte, sino también incluir las penas punitivas que son consideradas como sanciones superiores o más duras que en el Código Penal español[91]. De igual manera llaman la atención los argumentos del Diputado Sole Barbera único indultado por la pena de muerte en España, en aquel entonces, que solicitaba la eliminación de la pena de muerte en su contenido total, dividiendo su argumentación en apartados, el porqué de la abolición y de la abolición total; contestando[92] la primera interrogante dice que, el argumento más racional en contra de la pena de muerte es que no existe ningún argumento racional en favor de su imposición: "entendemos que no hay eficacia intimidatoria en la pena de muerte. Se suele argumentar que si no existiera la pena de muerte el índice de criminalidad crecería vertiginosamente al desaparecer el temor a ser castigado con dicha pena. Semejante apreciación se ve, no obstante, desmentida por todas las estadísticas"[93] y se ataca el argumento de la defensa social, en el sentido: "El argumento de la defensa de la sociedad tampoco nos parece válido. Es un argumento comúnmente utilizado por los anti abolicionistas, el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesario, en determinados casos, la eliminación del delincuente. Como indica Barbero "la ejecución de un delincuente fundamentada en la seguridad de la colectividad, significa no otra cosa que su castigo por un delito que aún no ha cometido…conduciría a que la pena capital dejara de ser pena para convertirse en medida de seguridad"[94]. Sin embargo, el constitucionalista en la discusión sobre la eliminación de la pena de muerte da el principal argumento en contra de este castigo al señalar la reeducación y reinserción como principios: "Pero es que, además, hoy es un principio unánimemente aceptado por los penalistas y el proyecto de la Constitución así lo recoge en su artículo 24.4 que la pena ha de estar orientada a la reeducación y reinserción social del condenado"[95]. Y concluye, el principal argumento en contra de los regímenes dictatoriales es la obligación que tienen el Estado y la sociedad de proteger la vida humana con la abolición de la pena de muerte. El Diputado Vizcaya Retana hace la referencia más fuerte al concepto de rehabilitación: "Cuando una persona comete un hecho punible se le condena por la sociedad y por el Estado a un castigo, normalmente la pena, bien pecuniaria o privativa de libertad. Pero esta sanción tiene una finalidad, o debe tenerla: la rehabilitación del condenado. Con la muerte, no hay oportunidad que valga".[96] Mientras que para el diputado Vázquez Guiuen: "Efectivamente, la

[89] Boletín oficial de las Cortes. Número 82, Día 17 de abril de 1978, p. 1537.
[90] Cortes. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Presidente: Don Emilio Attard Alonso, Sesión Número 8 celebrada el jueves, 18 de mayo de 1978. Número 69, 1978.
[91] *Idem*., p. 2431.
[92] *Idem*., p. 2400.
[93] *Idem*., p. 2450.
[94] *Idem*., p. 2451.
[95] *Idem*., p. 2452.
[96] *Idem*., p. 2453.

sociedad no queda desguarnecida ante la abolición de la pena de muerte. En ese proyecto de ley la pena de muerte se sustituye por una reclusión de cuarenta años, de los cuales en veinte será factible aplicar las medidas normales de beneficios penitenciarios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo, quedando otros veinte años a los que no se podrán aplicar beneficios de ningún tipo. En definitiva, se trata de una sustitución de esta pena de muerte por otra de prisión, que pueda ser en el sentido regenerativo de que se hablaba en anteriores argumentaciones, en el sentido de reinserción social"[97].

Peces Barba, en el debate ante el Congreso de los Diputados señala: "entiende que la filosofía de la pena, de las penas en general, es absolutamente imprescindible. Desgraciadamente en las sociedades y en un Estado moderno no pueden prescindir ni del derecho penal ni de la pena, pero sí pueden prescindir de principios regresivos, de penas crueles, inhumanas y degradantes, como las llamaba la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos"[98]. Un aspecto que es oportuno reconocer es la consideración, por parte de los constituyentes durante el debate, de los efectos de la pena como castigo. Vizcaya Retana señala: "El castigo a una persona siempre es negativo, en el aspecto de humillación, de violación o de atentado a su dignidad, pero está motivado por un hecho concreto…que se intente obtener la rehabilitación, la reeducación, la reinserción social de este hombre"[99]. También se solicitaba que se regulará el reconocimiento de otros derechos como la sexualidad. Letamendia Belzunce sostiene: "Señor Presidente, señoras y señores Diputados, la enmienda que se presentó consiste en añadir una frase al apartado 4: El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo y, en especial, del acceso a la cultura y el ejercicio libre y normal de la sexualidad…[100]. Por el contrario, si se persigue la rehabilitación, entonces sí es necesaria…las cárceles no están siendo un medio de rehabilitación, sino un fomento de la delincuencia"[101].

Mientras que, en las sesiones de la Comisión de Constitución, Villar Arregui señala: "En el texto del Congreso y ésta es una objeción de índole puramente gramatical, se afirma que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"[102]. Mientras que, en los votos particulares, como el 102, el Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes proponía el siguiente texto: "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la educación y rehabilitación del condenado y en ningún caso podrán consistir en trabajos forzados."[103]. El principal problema es que el Tribunal Constitucional ha señalado que la rehabilitación es solo un principio orientativo para el legislador y no es un derecho que pueda ser protegido a través de un recurso de amparo. En la STC 28/1988[104] nos señala: "este Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del art. 25.2 de la Constitución invocado por el recurrente. En el ATC 15/1984 (Sección Tercera) ya dijimos que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. La misma Sección Tercera, en su Auto de 10 de julio de 1985 (ATC 486/1985) dijo que lo que dispone el art. 25.2

---

[97] *Idem*., pp. 2456 -2457.
[98] *Idem.*, p. 3938.
[99] *Idem.,* p. 3946.
[100] *Idem.*, p. 4013.
[101] Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Número 106, Año 1978, p. 4014.
[102] Cortes. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Constitución Presidente: Don José Federico Carvajal. Pérez, Número 44 1902, Sesión Número 6 celebrada el viernes 25 de agosto de 1978.
[103] Boletín oficial de las Cortes. Número 157, p. 3462.
[104] STC 28/1988 de 23 de febrero.

es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, más no que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condone la pena en función de la conducta observada durante el periodo de libertad condicional". Tras estas resoluciones y tras los AATC 303 y 780 de 1986, en los que se reiteraron las afirmaciones contenidas en los antes transcritos, añadiéndose además que: "el art. 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad" (ATC 780/1986), esta Sala en su STC 2/1987, de 21 de enero volvió a insistir en que, aunque no se debe desconocer la importancia del principio constitucional en el contenido, el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia de la pena a esa orientación". De igual manera en la STC 81/1997 de 22 de abril[105], en que se niega un recurso de amparo, debido a la anulación de un permiso de salida. Cid Moliné señala que la reeducación y la reinserción social son uno de los mayores problemas de su contenido constitucional, en el sentido de que el Tribunal Constitucional ha limitado la importancia de esos conceptos, ya que no son vistos como la única finalidad de las penas de prisión y de la cual no se derivan derechos subjetivos para el privado de libertad, sino más bien principios que orientan la actividad legislativa. Sin embargo, Cid Moliné sostiene que la reeducación y reinserción social supone una constitucionalización de los derechos fundamentales de los privados de libertad, es decir, los criterios constitucionales dados en contra de estos argumentos han sido producto de la negación de recursos de amparo en permisos de salida. Para Cid Moliné el artículo 25.2 de la Constitución no es una simple declaración sobre los fines de la pena, sino que contiene más bien un principio penal y enfatiza que se debe hacer una diferencia entre lo que se entiende como fines de la pena. Como ya hemos visto las teorías retribucionistas o mixtas tratan sobre cómo justificar el castigo inherente en la aplicación de la pena y las teorías que señalan que las penas sólo están justificadas en la medida que protegen a la sociedad de los hechos delictivos y que castiga al delincuente. Para Cid Moliné: "con ello ya tenemos una diferencia importante entre fines y principios. Los principios penales no pretenden responder de una manera definitiva a la cuestión de si la imposición de una pena está justificada, sino que su objetivo es determinar si satisface una de las diversas condiciones de justificación establecidas por las diversas doctrinas que satisfacen los fines que postulan"[106]. El autor señala que el artículo 25.2 no hace algún tipo de declaración del fin de la pena, sino que por estar establecido en la Constitución y en el apartado de derechos fundamentales adquiere carácter de principio constitucional. Cid Moliné señala que el artículo 25.2 CE contiene todas las características o elementos que propone Dworkin, de un principio constitucional, de un enunciado que tiene como fin un ideal de justicia, limitar el poder punitivo del Estado y sostenía el principio en sentido genérico, "como un conjunto de estándares que no son normas"[107], que se diferencia de directrices políticas. Define como principio: "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"[108]. Añade otra diferencia entre principio y norma, en lo que se refiere a una distinción lógica, en el sentido de que las normas son aplicadas de forma forzosa y tienen consecuencias jurídicas por su no cumplimiento, sin embargo, en el caso de los principios, trae consigo la noción de que, entre un principio y otro se aplicará el que tenga más importancia. Otra característica para Dworkin, los principios justifican la adopción de una determinada norma y pueden ser obligatorios como el derecho, debiendo ser tomados en cuenta

[105] STC 81/1997 de 22 de abril.
[106] CID MOLINÉ, J. "Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permiso)". En *Jueces para la democracia,* Número 32, 1998 p. 37.
[107] DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 72.
[108] *Ibid*. p. 72.

por los jueces en sus decisiones, ya que son vinculantes en el ordenamiento jurídico[109]. Es decir, y coincidimos con Cid Moliné en señalar que el artículo 25.2 de la Constitución española contiene un principio constitucional, si nos basamos en la definición de Dworkin de lo que considera un principio. Ahora bien, Cid Moliné señala que el efecto que tiene el artículo 25.2 de la Constitución española es el ideal de justicia como limitante del derecho penal, que responde a la tradición liberal de "causar daño a la persona condenada y que, en consecuencia, desatiende sus necesidades". Esto tiene como origen histórico hacerle frente a los regímenes autoritarios, en el sentido de usar el derecho como instrumento para hacer daño a los privados de libertad. Es en este enfrentamiento entre la razón y el castigo, en que se construyen las ideas de la reeducación y la reinserción social. La reeducación busca que durante el tiempo que la persona se encuentre privada de libertad pueda hacer frente a las carencias o necesidades que presenta, que lo motivan a delinquir, mientras que, con la reinserción, lleva consigo no solo la idea de que la persona obtenga su libertad, como lo señala Cid Moliné: "además, durante la ejecución de la pena la persona no deberá estar aislada del contexto social, sino que se garantizará el contacto con el mundo exterior. Y solo así puede, a mi juicio, entenderse la declaración del artículo 27 de la Constitución italiana de 1947 y la que contiene el primer inciso del artículo 25.2 de nuestra Constitución"[110]. Reconoce claramente la rehabilitación y la reinserción como principios constitucionales.

Ahora bien, si seguimos el sentido de Cid Moliné, que no estamos hablando de una declaración, sino de un principio constitucional, entraríamos a la discusión de si ese principio conlleva, contrario a lo que establece el Tribunal Constitucional derechos subjetivos de la persona condenada, derechos *prima facie.* Pero partimos de la base de que, a pesar de que tradicionalmente ambas nociones son vinculantes entre sí, son conceptos independientes el uno del otro. En el sentido de que, la reeducación lleva explícita la idea de que el recluso cuente de forma obligatoria con todos los instrumentos necesarios que le ayuden a no delinquir cuando salga de la prisión. Es decir que la reeducación tiene como base luchar o suprimir las causas, ya sean físicas, psicológicas, económicas y sociales, que motivaron a que la persona delinca. Ahora bien, la reinserción social no busca hacer frente a las causas que motivaron que la persona infringiere la ley, sino más bien, como lo expresa Cid Moliné, "busca cumplir con la exigencia humanitaria, que va unida a las atenuantes de la ejecución de la pena, en el sentido de que: obliga a que las penas no sean de una duración tan larga que cualquier perspectiva de integración de la persona en su mundo social sea ilusoria y, por otra, requiere que, durante la ejecución se mantenga por diversas vías la relación de la persona con el mundo exterior"[111]. Es decir que la reinserción no sólo es el principal argumento en contra de la pena de cadena perpetua, de las penas de larga duración, ya que excluye o disminuye lo más mínimo posible el contacto social del presidiario con el mundo exterior. Aunque, lo cierto es que el Tribunal Constitucional español ha señalado que, la reeducación y la reinserción social del recluso no es un derecho fundamental, tenemos el Auto 360/1990[112] señala: "Hay que recordar este respecto que según ha reiterado este Tribunal, las finalidades de reinserción y reeducación de la pena reconocidas por el artículo 25.2 de la Constitución no son las únicas finalidades de éstas (STC 19/1988 fundamento jurídico 9. y ATC 1112/1988); por otra parte, también se ha reiterado que en el citado artículo 25.2 C.E. no se consagran derechos fundamentales protegibles en amparo, por lo que a las citadas finalidades respecta, sino principios dirigidos a los poderes públicos a la hora de concretar la política penitenciaria en todas sus facetas (STC 2/1987 y AATC 15/1984, 739/1986

[109] *Idem*, p. 83.
[110] CID MOLINÉ, J. *Derecho…*Op. Cit., p. 38.
[111] *Idem*., p. 39.
[112] Acta del Tribunal Constitucional 360/1990, de 5 de octubre de 1990.

y 1112/1988). Dicho de otra forma, y en palabras de este propio Tribunal, lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, más no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional (ATC 486/1985)". De igual manera en el Auto 15/1984[113] señala: "Cabe afirmar que los recurrentes no basan su pretensión en la existencia de dos infracciones distintas de los artículos 24 y 25 de la Constitución, sino en una sola infracción, la del artículo 25.2 de la Constitución, producida por una dilación indebida en la administración de justicia, frente a la que no demandan remedio alguno. Esta compleja argumentación, de la que resulta la imprecisión que el Ministerio Fiscal denuncia, arranca de una premisa totalmente incorrecta, esto es, la de que, cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanzará a lograr la reeducación o la reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de éste. La incorrección de tal premisa resulta de la indebida transformación en derecho fundamental de la persona de lo que no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes penales"[114].

Es decir que el principal argumento que Cid Moliné expone, es que el Tribunal Constitucional toma la reinserción y la reeducación como principios constitucionales de los cuales no se derivan derechos subjetivos, en el sentido de que el criterio del Tribunal ha sido señalar estos enunciados como fines de la pena de prisión, según lo consagrado en el artículo 25.2 constitucional, que no hace referencia a la finalidad de la pena, sino que establece un principio constitucional que tiene como fin limitar la ejecución de las penas privativas de libertad, "a través de la exigencia de posibilitar la reeducación y la reinserción de las personas condenadas"[115]. Y, una vez que se examina que el artículo es un principio constitucional, se reconocen los derechos a las personas. Otro aspecto que hay que tener en cuenta de dicho artículo se encuentra en el apartado "Los derechos fundamentales y las libertades públicas", lo que quiere decir, a nuestro entender, siguiendo el mismo sentido que Cid Moliné, que de esta disposición emanan derechos fundamentales que limitan la pena privativa de libertad. Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado varias veces lo contrario, como es el caso STC 112/1996[116], en que nos dice: "(...) Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; (ATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1996 y STC 2/1987 y 28/1988). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria que garanticen dicha orientación resocializadora, o al menos, no resocializadora". Aunque se reconoce que el derecho a la reinserción social y la reeducación son derechos cuya aplicación práctica dentro de la prisión está determinada o limitada con la regulación de la seguridad y el orden dentro del centro penitenciario, el cumplimiento de la pena y, sobre todo, con la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del condenado. El Código Penal en su artículo 35 señala: "son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa". Mientras que en el artículo 36.1 se consagra: "1. Su cumplimiento, así

[113] Acta del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero de 1984.
[114] Acta del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero de 1984.
[115] CID MOLINÉ, J. *Derecho…* Op. Cit., p. 38.
[116] STC 112/1996, de 24 de junio.

como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código. 2". El límite de 20 años, como pena de prisión, puede ser excepcionalmente ampliado por el mismo Código, lo que conduce a que se tengan penas de prisión de hasta 40 años.

Bueno Arus dice que las consecuencias jurídicas del delito no tienen su fin con la imposición de la pena que trae consigo efectos jurídicos que, en muchas ocasiones, van más allá del ordenamiento penal, ya que repercuten en el orden administrativo, privado y en el ámbito social. Es ahí en donde nace el concepto de rehabilitación, que consiste en darle educación al recluso y las herramientas para integrarse a la sociedad con posibilidades de ejercer un trabajo y evitar que vuelva a delinquir. Hablamos no solo de una rehabilitación jurídica, sino también de una rehabilitación moral, de la que Bueno Arus dice: "la institución se inserta, pues, en el contexto de un Derecho Penal preventivo, en el conjunto de medidas individualizadores que tienden a favorecer la finalidad resocializadora de la pena, si bien esta resocialización solamente puede plantearse en un plano superficial y negativo (no haber vuelto a delinquir), prescindiendo de una demostración imposible y quizá ilegítima, de la evolución en profundidad de la personalidad del delincuente". La Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria en su artículo 1 dice: "las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados". En nuestra opinión, a pesar de que se reconoce que la reinserción social y la reeducación son solo principios o políticas orientadoras, metas a alcanzar en la ejecución penal, que para el Tribunal constitucional no son un derecho. No estamos de acuerdo y tampoco se deriva a favor del recluso el derecho a la proporcionalidad de las penas, tarea que le corresponde únicamente al legislador. En la sentencia STC 136/1999 que resolvía un recurso de amparo dice: "el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penales protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporcionalidad entre las conductas de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las personas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que reviva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática". En la mayoría de los países europeos la esperanza de liberación está garantizada a los 15 años de cumplimiento efectivo de reclusión, pero cuando no se tiene un mecanismo real que asegure que su condena sea revisada cada cierto tiempo, no es posible garantizar su liberación, en palabras de Gallego Díaz; "es decir, que mientras en los países donde existe la pena de cadena perpetua no pasa de ser simbólica y formal en cuanto existen mecanismos de revisión que permiten su suspensión una vez cumplido un determinado tiempo de la condena, en España, donde formalmente no existe la cadena perpetua, se llega de hecho a situaciones reales de un riesgo y gravedad mayores"[117]. Por lo que no podemos hablar de una pena que pueda rehabilitar y reeducar para que, cuando el condenado salga de la cárcel, pueda ingresar a la sociedad en forma útil. Un aspecto que se debe tener en cuenta es que el artículo 15 de la Constitución Española establece: "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte". Este artículo es importantísimo, no solo porque prohíbe la pena de muerte en España, sino porque añade la prohibición del sometimiento a

[117] GALLEGO DÍAZ, M. "El debate entorno a la pena de prisión y la cadena perpetua". En *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura.* Tomo 260, Números 1329, 1330, 2009, p. 57.

trabajos forzados que constituyan un trato inhumano y degradante. En este sentido los reclusos tienen derecho al trabajo remunerado y que la oportunidad de trabajar surja dentro del centro penitenciario en forma equitativa. En este sentido el Tribunal Constitucional, al denegarse dos solicitudes de amparo en las SSTC 172/1989[118] dice: " El artículo 25.2 de la C.E. señala como orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad la reeducación y la reinserción social, que el condenado goza de los derechos fundamentales, en la medida en que no se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. Y reconoce el acceso a la cultura y al desarrollo de la personalidad". Mientras que en la STC 17/1993[119] señala: "por consiguiente, solo cabría otorgar el amparo solicitado si existiera un puesto de trabajo adecuado, disponible en la prisión y al mismo tiempo tuviera derecho el solicitante de amparo dentro del orden de prelación establecido, para el caso de que no existan puestos de trabajo remunerados para todos. Por consiguiente, el recurrente no tiene un derecho a que este Tribunal pueda protegerle y garantizarle un puesto de trabajo. Por ello, procede desestimar el presente recurso de amparo".

III. La pena de esterilización y otras medidas en el derecho internacional y nacional

En este apartado analizaremos a los principales países que han aplicado la pena de esterilización química o quirúrgica regulada en sus derechos nacionales y estudiaremos los principales proyectos de ley, que en la actualidad han tratado de imponer dicho castigo para los delincuentes sexuales. De igual manera señalaremos los diferentes mecanismos de control y otras medidas de protección y castigo al delincuente y expondremos las semejanzas y diferencias en la imposición de estas penas.

3.1 El estudio de la pena de esterilización desde el derecho interno en América

En los siguientes apartados, estudiaremos los países en el continente americano que han tenido o mantienen propuestas por imponer la castración como mecanismo de castigo para los delincuentes sexuales.

3.1.1 El tratamiento de los delincuentes sexuales en Estados Unidos y las penas de esterilización

En el caso estadunidense fue el Estado de California, el primero que implementó la castración química contra delincuentes sexuales, con aprobación del artículo 645 del Código Penal de California en 1996, en donde se establece que en el caso de violación sexual siendo la víctima de 13 años y el delincuente reincidente, la castración química es aplicada de forma obligatoria, sin tomar en cuenta la voluntad del privado de libertad de aceptarla o no y si la persona de forma voluntaria, acepta una operación quirúrgica permanente al tratamiento químico hormonal, no estará sujeta a la aplicación del artículo[120] y debe hacerse por un médico cirujano (con licencia de práctica médica). El Estado de Florida aplica este mismo procedimiento desde 1997. Sin embargo, no es necesario que el delincuente sea reincidente para que los tribunales puedan aplicar dichos tratamientos y la orden judicial que impone la medida debe de indicar la duración de inicio y fin del tratamiento o si va a aplicarse de por vida. El recluso puede solicitar que se aplique la intervención quirúrgica en vez del tratamiento químico y

[118] STC 179/1989 de 2 de noviembre.
[119] STC 17/1993 de 18 de enero.
[120] Cfr. El Código Penal de California, en su artículo 645, puede ser consultado en la página: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN, visto el día 11 de octubre de 2018, en idioma inglés.

la orden del tribunal está determinada por la opinión de un médico experto[121]. En el caso de Luisiana, son los jueces quienes deciden condenar a la castración química a los delincuentes sexuales contra menores de 12 años y deben de someterse a una evaluación de su salud mental, incluido un tratamiento, antes de ser elegibles a la libertad condicional o a la reducción de pena y si es reincidente no puede solicitar ninguna reducción de su tiempo en prisión. El médico debe de explicar al privado de libertad la opción de la castración quirúrgico en lugar del tratamiento químico y es obligatorio iniciar este tratamiento por lo menos 6 semanas antes de su liberación y no continuar con la aplicación del tratamiento conlleva la pérdida de su libertad condicional, los privados de libertad son responsables económicamente de los costos de su evaluación y tratamiento, dentro y fuera de la prisión. No puede realizar trabajo o voluntariado en el cual tenga contacto con menores de edad, ni comunicarse con la víctima[122].

En Georgia, si el delincuente es condenado por violación sexual de un menor de edad de 16 años, está obligado a someterse a una evaluación psiquiátrica, en que se decidera si el tratamiento de esterilización química seria eficaces para evitar la reincidencia. Si estima conveniente, el Tribunal puede establecer una condición para que obtenga su libertad condicional y debe de iniciar el tratamiento desde antes de su liberación, que debe de continuar cuando es liberado y hasta que se demuestra ante la Corte que el tratamiento ya no es necesario. El infractor debe ser informado de los efectos secundarios y dar su consentimiento por escrito[123]. En el Estado de Montana, los tribunales pueden condenar a un delincuente por violación sexual o incesto, si la víctima es un menor de 16 años y al menos tres años mayor que la víctima a realizar un programa de castración químico o cualquier otro tratamiento de drogas bajo la supervisión médica que reduce el deseo sexual, los delincuentes condenados por este tipo de delitos, pueden acceder a dicho tratamiento solamente de forma voluntaria, iniciando el tratamiento una semana antes de su liberación de prisión y debe de continuar con dicho tratamiento si es necesario y debe ser informados de sus efectos secundarios, si el tratamiento no es realizado por el delincuente una vez obtenido su libertad condicional, será castigado por incumplimiento de la sentencia, castigado con 10 a 100 años de prisión sin libertad condicional[124]. En el Estado de Oregón, es la Junta Estatal de Libertad Condicional y Supervisión Posterior a la Prisión, la que establece si el privado de libertad puede recibir algún tratamiento hormonal o anti andrógeno durante toda o parte de su de libertad condicional o tiempo de supervisión fuera de prisión como condición para su liberación definitiva y si durante su libertad condicional no coopera con el programa de tratamiento o toma otros medicamentos para contrarrestar el efecto de la esterilización química puede estar sujeto a sanciones[125]. Texas aplica la castración quirúrgica total o extirpación de los

---

[121] Cfr. Florida Statutes Title XLVI. Crimes § 794.0235. Administration of medroxyprogesterone acetate (MPA) to persons convicted of sexual battery. Puede ser consultado en la página: https://codes.findlaw.com/fl/title-xlvi-crimes/fl-st-sect-794-0235.html, visto el día 9 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

[122] Cfr. 2011 Louisiana Laws Revised Statutes Title 15. Criminal procedure RS 15:538. Conditions of probation, parole, and suspension or diminution of sentence. Puede ser consultado en la página: https://law.justia.com/codes/louisiana/2011/rs/title15/rs15-538/, visto el día 9 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

[123] Cfr. Georgia Code (Last Updated: August 20, 2013), Title 16. Crimes and offenses. Chapter 6. Sexual offenses. Puede ser consultado en la página: http://ga.elaws.us/law/16-6. Visto el día 8 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

[124] Cfr. 4 5-5-512. Chemical treatment of sex offenders. Puede ser consultado en la página: https://www.lawserver.com/law/state/montana/mt-code/montana_code_45-5-512. Visto el día 10 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

[125] Cfr. 2007 ORS 144.625. Hormone or antiandrogen pilot treatment program https://www.oregonlaws.org/ors/2007/144.625. Visto el día 1 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

testículos y la persona que elige este método debe de tener 21 años, la solicitud por escrito, ser reincidente, hacer una declaración señalando que cometió el delito por el cual paga la sentencia de privación de libertad, y consultar con un especialista o tutor que tenga experiencia en salud mental, ética y derecho[126]. Y en Wisconsin, los delincuentes condenados, solo pueden acceder a una libertad condicional si han cumplido dos tercios de su condena y la misma puede ser negada si el mismos se niega a participar en algún tratamiento químico que reduzca sus niveles de reincidencia[127].

3.1.2 México y Colombia ante la esterilización química

México ha presentado diversas iniciativas legislativas a nivel federal para incluir este tipo de sanción. El Congreso de Chihuahua propuso reformar el Código Penal del Estado para que se aplique la castración química como medida de prevención a los violadores sexuales reincidentes de menores de 14 años, pero aún no ha sido aprobado por su posible inconstitucionalidad[128]. Los primeros intentos de proyectos de ley en el ordenamiento jurídico colombiano se dieron a partir de 2012, que proponían que, en los casos en los que la víctima fuera un menor, los delincuentes fueran sometidos a la castración química con la finalidad de prevenir su reincidencia. Fue hasta 2016 que se aprobó un proyecto de ley para crear la pena de "inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química" para violadores de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, este proyecto de ley no fue aprobado. Un intento más reciente de proyecto de ley fue aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que propone implementar la castración química en violadores de niños menores de 14 años. En este proyecto de ley la castración química es complementaria a las sanciones penales sobre abuso sexual infantil, siendo obligatorio, incluso a victimarios menores de 18 años. Uno de los argumentos en contra de esta medida es que el proceso de castración química puede revertirse con fármacos que en Colombia son de venta libre. En la exposición de motivos del proyecto de ley se: "busca fortalecer los instrumentos disponibles de tal modo que garanticen el uso pleno y el goce efectivo de los derechos de que son titulares niños, niñas y adolescentes en Colombia, especialmente los relacionado con la protección su integridad, la libertad y la formación sexual de estos sujetos de especial protección e intereses prevalentes"[129]. En el proyecto de ley se establece en su artículo 2: "Artículo 205ª. El que realice acceso carnal con persona menor de edad mediante violencia, incurrirá en prisión de trescientos (300) a quinientos (500) meses y en inhibición hormonal del deseo sexual o castración química por el doble del tiempo de la pena de prisión impuesta". De igual manera en su artículo 3 del mismo proyecto establece: "Artículo 3º. Inclúyase el artículo 206A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Artículo 206ª El que realice acto sexual con persona

---

[126] Cfr. Texas Government Code - GOV'T § 501.061. Orchiectomy for Certain Sex Offenders, Puede ser consultado en la página: https://codes.findlaw.com/tx/government-code/gov-t-sect-501-061.html. Visto el día 1 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

[127] Cfr. Puede ser consultado en la página: https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/302/11. Visto el día 1 de diciembre de 2018, en idioma inglés.

[128] Cfr. Iniciativa de ley estatal, con carácter de decreto, propuesto por el Grupo Parlamentario del Partido Ecologista de México, que reforma diversas disposiciones del Código penal del Estado de Chihuahua. 12 de diciembre de 2017.

[129] Cfr. Estudio del Consejo Superior de Política Criminal relacionados con cuatro (4) propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Consejo Superior de Política Criminal: Proyecto de Ley Número 197 de 2016 Senado, "por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones (castración química para violadores y abusadores de menores). Disponible en: http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=ZFBh5M8wDlY%3D&portalid=0&fbclid=IwAR2ykntgyw5aut6R48t41ltnSF8PNrUisU5BaJurxSAv9615nVf5IiX7yjs.Visto el día 1 de mayo de 2019.

menor de edad mediante violencia, incurrirá en prisión de ciento ochenta (180) a trescientos sesenta (360) meses y en inhibición hormonal del deseo sexual o castración química por el doble del tiempo de la pena de prisión impuesta". De igual manera en su artículo 5 establece: "la inhibición hormonal del deseo sexual o castración química, por el doble del tiempo de la pena privativa de la libertad". La aplicación de la "pena de inhibición hormonal" del deseo sexual o castración química, se debe de contar con un comité técnico-científico encargado de realizar el control y seguimiento a la implementación, aplicación y efectividad de esta medida, y si la misma fuera aprobada es necesario un seguimiento post penitenciario, en conjunto con el Ministerio de Salud y Protección Social, con el Ministerio de Justicia y del Derecho, con un monitoreo las 24 horas del día. Se crea en su artículo 8 el "Registro de violadores y abusadores de menores de edad", como medida del seguimiento pos penitenciario"[130].

3.1.3 La esterilización en Argentina y Perú

La castración química en Argentina sería optativa para los delincuentes condenados por delitos sexuales que no son reincidentes y se aplicaría por cirugía o por tratamiento químico que inhibe el impulso sexual. El tratamiento utilizado en Mendoza prevé inyectar por lo menos una vez al mes, una hormona que actúa sobre los neurotransmisores que controlan la producción de testosterona y esperma y es complementado por una pastilla para inhibir el deseo sexual. Su aplicación en Mendoza[131], nace con el fin que los condenados por delitos de violación sexual no reincidan y prevé que los delincuentes obtengan su libertad condicional si se someten a este tipo de tratamiento. Para Pedrazzoli González[132] el decreto 2456, de Mendoza, desde su exposición de motivos, establece necesario abordar el problema de los delitos sexuales desde distintos enfoques sanitario, psicológico, jurídico y social: "Que es necesario encontrar respuestas eficientes al flagelo de la violencia sexual, desde un punto de vista multidisciplinario y multicausal, siempre en el marco del pleno respeto a las disposiciones legales y constitucionales vigentes". Lo importante es que se decidió crear un el Consejo Asesor de Expertos para la Prevención de la Reincidencia en Delitos de Índole Sexual y el proyecto ve la necesidad de establecer un diagnóstico criminológico. Otro aspecto es que el perfil de los abusadores sexuales es diferente en cada uno de los delincuentes que comete el delito y por lo tanto las acciones para evitar la reincidencia debe de ser diferente. En el informe la castración como método para evitar la reincidencia de los delitos sexuales, la misma es aplicada como opción terapéutica y en otros como sanción o castigo por la muerte de la víctima y en el caso argentino se reconoció que a pesar de que el Código Penal Argentino, no la prevé, ni como alternativa ni como pena no podría sancionarse porque estaría en contraposición con la Constitución Argentina. Y de igual manera se considera que si solo, se aplica la castración química es una medida que no soluciona el problema, debido a que las causas son diversas: "al no haber resuelto la problemática que lo llevó a violar, aun con el tratamiento indicado, podría abandonarlo y seguirá delinquiendo". En el

---

[130] Cfr. Proyecto de ley: "Por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000, implementado el procedimiento de castración química obligatoria, complementando la pena privativa de la libertad en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en menor de 14 años y se dictan otras disposiciones. (Castración química)". Senado de la República de Colombia, presentado por la Senadora Maritza Martínez Aristizábal.

[131] Cfr. Decreto No. 2456/09, 08 de octubre de 2009. Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Mendoza.

[132] Cfr. PEDRAZZOLI, C. GONZÁLEZ, S. Tratamiento penitenciario dispuesto para los agresores sexuales. Compendio Jurídico, mayo, 2012. Consultado en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos38575.pdf?fbclid=IwAR3iMK1DxrRUDfYvIfb_gHFnjfiirGROcw28FBM3Lyzf87Zk1H6vgd3tyDc. Visto el día 10 de febrero de 2019.

Decreto No 236[133] determinó que todo penado por delitos sexuales debe pasar 48 horas en un Centro de Observación cuando tenga sentencia en firme. En los delitos sexuales es necesario que se verifique que el interno cumplió con el tratamiento prescripto y tenga una evolución adecuada para los fines de ejecución de la pena, si el privado de libertad le interesa solicitar la libertad condicional y se debe señalar el tratamiento que debe continuar el privado de libertad durante el tiempo de la libertad condicional. Uno de los últimos países en aplicar la castración química a violadores sexuales es Perú, se aprobó un dictamen de proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para imponer otras medidas, la cadena perpetua y la castración química para violadores de menores de 14 años. Asimismo, se considerará un agravante si el violador es docente, sacerdote o familiar de la víctima, lo que ascenderá la pena a entre 20 y 26 años. Este proyecto de Ley, que tiene el título de Proyecto de Ley 460/2016-CR[134], y la imposición de la castración química pasa hacer una medida complementaria a la pena privativa de libertad, y tiene como fundamento la necesidad de implementar medidas accesorias a la pena de prisión.

3.2 La pena de la esterilización vista desde el derecho interno en Europa

En los siguientes apartados, estudiaremos los países en el continente europeo, que han tenido o mantienen propuestas por imponer la castración como mecanismo de castigo para los delincuentes sexuales.

3.2.1 La aplicación de la esterilización en Inglaterra y Gales

En el caso inglés[135] la castración química es utilizada para reducir el deseo sexual, se comenzó a utilizar a partir de 2007, en conjunto con tratamientos psicológicos ya existente. Las personas que han sido condenadas por delitos sexuales, una vez que obtiene la libertad deben de notificar a la policía de cualquiera viaje al extranjero, permanecer viviendo en un solo lugar o notificar que se encuentra viviendo en una residencia que no es regular, notificar a la policía en donde se puede ubicar, si vive en algún lugar con menores de edad y entregar los movimientos bancarios de sus cuentas y tarjetas bancarias en un plazo no mayor a los 3 días y de entregar la información de su pasaporte, documentos de identidad y notificar cualquier cambio y el incumplimiento de la obligación de notificación es un delito punible con hasta cinco años de prisión[136]. Sobre el uso de la castración química como tratamiento médico aplicado inicialmente dentro de los centros carcelarios a los condenados por delitos sexuales, este tratamiento tiene un fin médico y no tiene una finalidad correccional, por lo tanto, dentro del derecho

---

[133] Cfr. Decreto No. 236, 19 de febrero de 2010. Mendoza. Puede ser consultado en http://gobernac.old.mendoza.gov.ar/boletin/pdf/20100304-28603-normas.pdf. Visto el día 11 de marzo de 2019.

[134] Cfr. Este proyecto de Ley N.º 00460/2016-CR ha sido presentado por el Grupo Parlamentario Acción Popular, el 21 de octubre del 2016, cuyo título es 00460/2016-CR - Propone modificar los artículos 28, 172, 173, 173-A y 174 del Código Penal, la aplicación de la castración química como medida complementaria a la pena privativa de libertad en casos de delitos contra la libertad sexual. http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0046020161021.pdf. Visto el día 3 de enero de 2021.

[135] Cfr. Uno de los antecedentes que tenemos en el caso inglés, es de Alan Turing, científico que hizo grandes aportes a la informática y a la matemática, por ser homosexual, se le aplico la castración química para evitar en encarcelamiento en 1952, debido a que la homosexualidad era considerada ilegal y vista como una enfermedad mental.

[136] Cfr. Statutory Instrum 2018 No. 44 Criminal Law, England and Wales, The Sexual Offences Act 2003 (Prescribed Police Stations) (England and Wales). Regulations 2018. Puede ser consultado en: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/447/pdfs/uksi_20180447_en.pdf

penitenciario inglés, sólo pueden someterse los penados que den su consentimiento. En la práctica es ofrecida a los delincuentes sexuales a través de la aplicación de inyecciones hormonales que suprimen la testosterona, un sistema menos conocido es del uso antidepresivos, ampliamente utilizados, que tienen como efectos secundarios reducir la libido, sólo puede aplicarse a delincuentes sexuales que actualmente cumplen condenas de prisión. Bajo el régimen de salud mental, los delincuentes no estaban obligados a someterse a estos tratamientos de forma inicial, en este sentido el privado de libertad queda sujeto a una relación con el Departamento de Salud y sus instituciones para aplicarlo, sin embargo, en algunas cárceles inglesas es el Ministerio de Justicia el encargado de aplicarlas o una combinación de las dos, por lo tanto, el uso de este tratamiento no implica centros carcelarios. Las decisiones pasan por el médico responsable, a través de "órdenes hospitalarias" que emiten los tribunales penales ingleses[137]. Los cambios en esta ley surgieron en el 2007 a la ley de salud mental inglesa[138] que amplía el concepto de trastorno o enfermedad mental como" cualquier trastorno o discapacidad mental", entre otras formas de trastorno mental asociadas con la delincuencia sexual, es de reconocer que el alcance de esta ley se aplica tanto a privados de libertad como a pacientes o personas que se encuentran en libertad y no han sido penados por ningún delito, sea un peligroso o reincidente. Las órdenes hospitalarias, impuestas por los tribunales, permiten de igual manera que los delincuentes sexuales sean detenidos y tratados en el hospital hasta que ya no sufran el trastorno mental que justifique dicho tratamiento[139], y si la orden tiene restricciones, permiten que los tribunales penales impongan restricciones a la liberación de los delincuentes, en los casos en que se haya emitido una orden hospitalaria para proteger al público de daños graves y siendo delitos sexuales justificarán una orden de restricción. Además, la autoridad para tomar decisiones para despedir o permitir licencias para ofensores sujetos a órdenes de restricción recae en el Secretario de Estado de Justicia, que por lo tanto posee un poder de veto que limita la discreción clínica con respecto a estos ofensores, sugiriendo nuevamente un objetivo correccional. Mientras que en las órdenes internas que rigen la materia: *órdenes de la Sección 45A*[140]*,* que los tribunales pueden realizar en virtud de la sección 45A de la MHA 1983, que permiten la combinación de una dirección hospitalaria con una sentencia de prisión y requiere que se cumpla un tiempo mínimo de detención por tiempo limitado. Los delincuentes cuyo trastorno mental sea tratado exitosamente antes de la expiración de su sentencia de prisión, por lo tanto, serán trasladados a prisión para cumplir el resto de su período. Los delincuentes sujetos a las órdenes de la sección 45A se dirigen inicialmente al hospital, pero tienen el estatus legal de los reclusos, a diferencia de los pacientes. Las normas inglesas, refleja un unión de objetivos médicos y rehabilitación, y la mayoría de las intervenciones dirigidas a los penados, reciben el nombre de "tratamiento médico", para referirse a la castración química, pero al mismo tiempo hace referencia que la detención del paciente se puede llevar a cabo para la protección de las demás personas, y la protección o que el paciente se comporte violentamente o sea un peligro para sí mismo o los demás en donde esa conducta es aceptada como una manifestación de trastorno mental facilitaron

[137] 37 de MHA 1983. En nombre de individuos que han sido condenados por delitos punibles con pena de prisión y que cumplen con los criterios de admisión según la sección 3 (2) de la MHA 1983, que requieren que el delincuente

[138] Cfr. Mental Health Act 1983 (as amended by Mental Health Act 2007).

[139] MHA 1983, s 37. In practice, these can result in a substantial period of detention, eg the 'Moors murderer' Ian Brady has been detained under MHA 1983 in Ashworth Hospital since he was transferred there from prison in 1985, after having been sentenced to life imprisonment in 1966: R v Collins and another, ex parte Brady (2000) 58 BMLR 173 (QBD).

[140] Cfr. Guidance Remand and sentencing powers for mentally disordered offenders Guidance for the courts on remand and sentencing powers for restricted patients after the Mental Health Act 2007.

considerablemente la detención de los delincuentes por motivos de riesgo. Estas normas son las utilizadas en el derecho inglés para justificar la aplicación de los tratamientos médicos entre ellos la esterilización química de los penados.

3.2.2 La aplicación de esterilización en Francia y Bélgica

Los antecedentes en el ordenamiento penal francés están en la ley de 17 de junio de 1998[141], esta ley que tiene como finalidad la prevención y el castigo de los delitos sexuales y la protección de los menores, estableció que de forma voluntaria, los delincuentes condenados por delitos sexuales pueden someterse a un tratamiento farmacológico dirigido a reducir la producción de testosteronas. Esta ley es conocida como la "ley Guigou" y de igual manera estableció la creación de una base de datos nacional de huellas genéticas de todas las personas condenados por delitos sexuales contra menores de edad, se establece la vigilancia post penitenciaria, que no podrá ser superior a diez años si es declarado culpable de delitos menores o veinte años por un delito grave (artículo 131-36-2), a no participar o trabajar con menores de edad, ni aparecer o visitar los lugares en donde hay menores de edad o frecuentan menores de edad ni mantener relaciones o amistad con ellos, ni de ejercer una actividad profesional o voluntaria implique un contacto habitual con menores (artículo 121-36-2). De igual manera, estableció que en los casos que el Juez de ejecución de penas, con previa consulta al Comité para la ejecución de las sentencias, que las personas condenadas a la vigilancia socio judicial incluyendo las que tienen orden de tratamiento médico, y que se niegan a someterse a tratamiento en la cárcel, no se pueden considerar que hacen esfuerzos serios de readaptación social (Art.6 de la misma ley), mientras que en su artículo 19, establece que los delitos sexuales cometidos en el extranjero contra un menor de edad por un francés o por una persona con residencia habitual en el territorio francés, la ley francesa es aplicable, por lo tanto, puede ser castigado un ciudadano francés por violaciones sexuales cometidos fuera del territorio francés y de igual manera el mismo artículo establece que si una persona es condenada a la vigilancia social judicial, que incluye una orden de tratamiento médico, el mismo por lo menos en sus inicios debe de ser aplicado en la prisión en conjunto con su correspondiente seguimiento médico y psicológico al penado. De igual manera establece que la discrecionalidad del juez en decidir si se revoca una libertad condicional vigilada, en casos en donde la víctima sea menor de edad, el juez de ejecución de la pena puede revocar la libertad condicional, si se niega a continuar con el tratamiento médico, acompañando esta decisión por dos informes de dos médicos, y de igual manera el juez está obligado a indicarle al condenado que ningún tratamiento médico puede ser aplicado sin su consentimiento (Art. 763-3). A partir del año 2007 se ha presentado numerosas iniciativas de proyectos de ley, para imponer la castración química a las personas condenadas por delitos sexuales de forma obligatoria, en el sentido que sea el tribunal penal que tenga la facultad de imponer este tratamiento, que inicia durante la ejecución de la sentencia y continua en los casos que fuera necesario cuando el delincuente sale de prisión, en caso de negativa el proyecto señalaba que las personas deberían de ser readmitidas en prisión por razones de seguridad, estos proyectos han sido rechazados por la Asamblea Nacional.

Un último proyecto se presentó a finales de 2009[142], con la finalidad de reducir el riesgo de reincidencia criminal y llevar a cabo diversas disposiciones de

[141] Cfr. LOI n° 98-468 du 17 juin 1998. Relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. La ley puede ser consultada en: https://bdoc.ofdt.fr/doc_num.php?explnum_id=22558. Visto el día 13 de enero de 2019, texto en francés.

[142] Cfr. N° 2030. Assemblée Nationale Constitution du 4 octobre 1958. Treizième Législature. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 novembre 2009. Proposition de loi visant à rendre obligatoire et permanent la castration chimique pou les coupables d'agressions sexuelles sur mineur de quinze ans, (Renvoyée à la commission des lois

procedimiento penal, la Asamblea Nacional adoptó una enmienda que permite al juez imponer esta medida, pero el Senado lo retiró, dejando al médico la evaluación que determine si el tratamiento puede ser aplicable al penado. En el artículo 1 del proyecto de ley francés, establece que si un delincuente es condenado por violación sexual en donde la víctima es un menor de quince años, se le debe de aplicar sin su consentimiento un tratamiento por fármacos de forma obligatoria, y que dicha orden tiene efecto durante la ejecución de su sentencia mientras que en su artículo 2, establecía que si se le va aplicar el tratamiento de esterilización química al penado, el mismo debe de realizarse periódicamente en un lugar apropiado para la aplicación de dicho tratamiento. En la actualidad se establece que, en los casos de agresión sexual, el delincuente luego de cumplir su condena puede ser nuevamente arrestado y detenido en la estación de policía durante 24 horas. Si se aparece en el lugar donde vive la víctima o donde su familia reside y trabaja, para los delincuentes que han aceptado la castración química como tratamiento, y posteriormente se nieguen a cumplir, daría lugar a un nuevo encarcelamiento como parte de la detención preventiva y se crea un nuevo registro o archivo, de los datos personales recopilados en procedimientos judiciales (RDCPJ)[143], aplicable a personas procesadas o condenadas por uno de los delitos por los cuales se incurre en un seguimiento social o judicial posterior a la sentencia y se amplía el registro de FNAEG (Archivo Nacional Automatizado de Huellas Dactilares)[144]; el Senado limitó el acceso al RDCPJ a la autoridad judicial, correspondiente. De igual manera se estableció que la prescripción de un tratamiento hormonal es competencia estricta médica, y transformó la obligación de los médicos de informar al juez sobre el tratamiento médico seguido por su paciente. La ley belga, establece diferentes medidas para los delincuentes sexuales y reincidentes, entre estas la de prohibir que los condenados una vez obtenida su libertad puedan ocupar cargos públicos, sean tutores de menores de edad, o formen parte de algún juicio como miembros del jurado. La ley de 1995 señala que cualquier condenado por delitos sexuales contra un menor de 16 años, puede estar vetado por un límite máximo de 20 años de cualquier cargo en alguna institución educativa tanto pública o privada, así como de cualquier organización cuyo principal cometido esté relacionado con menores.

3.2.3 El caso de Alemania ante la esterilización como castigo

Durante el régimen del Tercer Reich y durante la Segunda Guerra Mundial, se dio el programa de esterilización más amplio del sigo XX, en este sentido una de las primeras medidas al llegar Adolf Hitler al poder del Estado Alemán, fue aprobar la Ley para la prevención de descendencia con enfermedades hereditarias (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses) en julio de 1933. La ley creó los tribunales o cortes eugenésicos (se calcula que fuera más de 200), bajo amparo legal y todos los doctores del Reich estaban obligados a reportar al Estado todos los pacientes enfermos mentales. Cada caso era visto de forma individual, presentado ante una corte de oficiales nazis y a los oficiales de salud pública que revisaban su expediente médico, tomaban testimonio a sus amigos y colegas y eventualmente decidían si ordenaban o no realizar una operación de esterilización al individuo, usando la fuerza si es que era necesario. Estas leyes tienen como antecedente, cuando se esterilizaron niños de padres africanos y alemanes, en 1937, conocidos

---

constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.). Puede ser consultado en:http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2030.asp, visto el 20 de febrero de 2019, en francés.

[143] En francés: Direction centrale de la Police judiciaire.

[144] En francés: l"e Fichier national automatisé des empreintes génétiques.

como los Bastardos de Renania[145]. Alemania tiene tradición de aplicar la castración química, jurídicamente hablando, no solo a los delincuentes sexuales y a las personas que tienen impulsos incontrolables mayores de 25 años, las condiciones de su aplicación quedan determinadas por una ley de 1969, sobre la Castración Voluntaria y otros Tratamientos[146]. Según lo que establece la ley, un hombre puede someterse voluntariamente a este procedimiento, como tratamiento médico, siempre y cuando este bajo estricto seguimiento de su doctor y sea aprobado por éste para prevenir enfermedades graves, trastornos psíquicos o padecimientos anormales de la libido, así como para evitar que el paciente cometa delitos sexuales, incluyendo la pedofilia. Este tipo de operación solo puede ser aplicada a hombres con una edad mínima de 25 años, siempre y cuando dicha intervención no conlleve daños físicos o psíquicos al paciente, debe ser informado en todo el momento de las consecuencias y de las alternativas a este procedimiento. Esta ley fue modificada en 1973, regulando la operación médica o que al paciente se le pueda aplicar otro tratamiento, esta vez reversible, pero con los mismos efectos, para ofrecer la misma oportunidad a las personas desviadas sexualmente y que, dada su personalidad y sus antecedentes pueden cometer agresiones o violaciones sexuales a menores. Desde el 1 de enero de 2003, una ley inspirada en un artículo de 1998 impone a los presos condenados a más de dos años por delitos sexuales un seguimiento psicológico en una institución socio-terapéutica. Entre 2004 y 2008, después de las evaluaciones encargadas por el Ministerio de Justicia, se observó que la práctica difería de una institución a otra. En algunos casos el asesoramiento psicológico incluía medicación. Algunos convictos optan por esta solución para obtener reducciones de la sentencia o para evitar la detención de la seguridad que puede imponer el tribunal de primera instancia. La castración quirúrgica total, dirigida a delincuentes sexuales en Alemania, ha sido fuertemente criticada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura desaprueba la operación de delincuentes sexuales en Alemania[147]. En el sentido que, aunque se aplique la misma de forma voluntaria, constituye una mutilación genital, irreversible, catalogada como médicamente innecesaria porque no garantiza la cura del paciente, cuando debe darse mayor énfasis a la ayuda psicológica. Para el Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante CPT)[148], es un método anticuado y que la mayoría de los Estados europeos abandonaron su uso desde fines de los años 60. Y es que el conocimiento científico ha demostrado que la castración quirúrgica no ofrece una curación completa. Alemania comparte el uso de la castración quirúrgica total con la República Checa en donde hay un programa voluntario de castración quirúrgica. Para dicho comité, en el informe sobre Alemania asegura que la castración quirúrgica de los delincuentes sexuales podría considerarse como un trato degradante, una mutilación y es irreversible.

---

[145] Cfr. Se calcula que durante la Segunda Guerra Mundial más de 400.000 individuos fueron esterilizados bajo la ley alemana, la mayoría de ellos durante los primeros cuatro años de su promulgación.

[146] Cfr. Ley del 15 de agosto de 1969, Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden.
Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/BJNR011430969.html, consultado el 13 de diciembre de 2018. Texto en idioma alemán.

[147] Cfr. CPT/Inf (2012) 6. Visto en: http://www.cpt.coe.int/documents/ deu/2012-06-inf-eng.pdf. Consultado el 24 de febrero de 2012.

[148] Cfr. CPT/Inf (2017) 13 Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), from 25 November 2015 to 7 December 2015. The German Government has requested the publication of this report and of its response. The Government's response is set out in document CPT/Inf (2017) 14. Strasbourg, 1 June 2017, puede ser consultado en: https://rm.coe.int/168071803e. Visto el día 1 de febrero 2019.

3.2.4 Las leyes de esterilización de Dinamarca y Suecia

En el caso de Dinamarca, tras una enmienda del Código Penal en 1997, se establecieron los casos en los que sería posible aplicar la castración química como sustituto de la cárcel a delincuentes castigados por delitos sexuales no violentos. En el caso de delincuentes sexuales castigados con pena privativa de libertad y que se han beneficiado con dicho tratamiento que se realiza durante el encarcelamiento o durante la libertad condicional. En todos estos casos el consentimiento del privado de libertad es obligatorio y se completa con un tratamiento psicológico. En el 2001 hubo cambios en la ley penal danesa, en la que se han implementado dos formas de aplicar la castración química: constituye la sentencia de prisión y se agrega a la sentencia de prisión. El uso de la castración química en Suecia no se ofrece a todos los delincuentes sexuales, sino a delincuentes que tienen mayor probabilidad de reincidir, una vez obtenga su libertad.

3.2.5 Polonia, Estonia y Rusia ante la esterilización

En Polonia la esterilización química se aplica a delincuentes que han violado a niños menores de 15 años o por incesto, pero los tribunales deben considerar la opinión de los psiquiatras antes de ordenarla y cuando abandonen la prisión. Desde 2009 los juzgados penales están obligados a informar sobre la castración química a los pedófilos y en el caso de la ley polaca, para que el delincuente sexual pueda obtener su libertad condicional es necesario que se someta a este tratamiento. Estonia aprobó la castración química obligatoria para delincuentes que cometieron delitos sexuales contra niños. Los tribunales podrán aplicar un tratamiento médico para reducir el deseo sexual por un máximo de tres años**.** En el caso ruso la ley permite la castración química, para los que abusen sexualmente de menores de edad, los cuales no pueden ser conmutados por una pena de libertad condicional vigilada. Los condenados podrán pedir la castración y los reincidentes en delitos sexuales contra menores afrontarán la pena de cadena perpetua.

3.3 La esterilización en Asia, Corea del Sur, Indonesia, e India

La ley de Corea del Sur establece la facultad de imponer la castración química a los delincuentes sexuales que han atacado a menores de edad de 16 años, como tratamiento médico, esta ley es aplicada desde el 2011 y en casos en los que la condena sea mayor de 15 a 20 años de prisión, una vez que la persona obtenga su libertad, tendrá vigilancia electrónica, tratamientos de rehabilitación obligatorios. En Indonesia, a nivel de instituciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos, como Amnistía Internacional[149], este tipo de pena o tratamiento es visto como una violación al artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", y si es forzada se incumple la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de igual manera señala que puede violar la ética médica como es en el caso de Indonesia, en donde es aplicada desde el 2016, a través de un Decreto-ley para los delincuentes sexuales en donde las víctimas son menores de edad, en este país es utilizada de forma forzosa, es decir sin tomar en cuenta el consentimiento del penado, en su artículo 81, que modifico su Ley de Protección Infantil de 2002[150] señala: "quien cometa violencia o amenace con violencia para obligar a un niño - persona menor de 18 años- a tener relaciones sexuales con él o con otra persona, que causen más de una víctima, lesión grave, trastorno mental, enfermedades infecciosas, pérdida o disfunción de los órganos reproductores y/o muerte de la

[149] Cfr. https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA2141282016ENGLISH.pdf. Fue visitado el día 12 de febrero de 2019.

[150] Cfr. Laws of Republic of Indonesia No.23, 2002. On child protection by the Grace of the One and only God President of Republic Indonesia.

víctima". Esta pena, puede ser aplicada durante un periodo no mayor de dos años tras el cumplimiento de su pena de prisión, y tiene como excepción que no puede ser aplicada para los menores de 18 años, en el caso en particular de Indonesia, para Amnistía Internacional, la castración química forzada incumple la prohibición, en virtud del derecho internacional, de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, tratados en los que Indonesia es Estado Parte. Un aspecto interesante de la ley de este país sostiene que, si existiera algún conflicto ético por parte de los médicos y su obligación de cumplir la ley, se podría utilizar médicos militares, siempre y cuando el médico designado por el tribunal esté obligado aceptar la decisión, deberá aplicar la inyección de castración química si se establece en el veredicto, y si el mismo por alguna razón no puede o quiere hacerlo, será sometido a las sanciones legales respectivas. Indonesia aplica la pena de muerte para los delitos más graves. En India, dentro de su legislación contempla la pena de muerte para delincuentes sexuales en donde la víctima sea menor de edad y de igual manera implemente el castigo para aquellas personas que administren hormonas a menores de edad para que alcancen más rápidamente su madurez sexual. Con respecto al castigo de violación, la pena va de siete años a cadena perpetua y en la actualidad la castración química, no es aplicada por la oposición del artículo 21 de la Constitución de India de 1949: "ninguna persona será privada de su vida o de libertad personal, excepto lo establecido por la ley". De acuerdo con la Sección 375 del Código Penal de la India, solo un hombre puede cometer una violación y solo contra una mujer. Sin embargo, debido a las múltiples violaciones que se dan a los niños, existe una fuerte oposición a la no utilización de la castración química para los delincuentes sexuales porque este procedimiento "establecido por la ley", incluye la castración por la violación a menores de edad y mujeres y constituye un acto inhumano ya que sus derechos humanos no son considerados por la sociedad. Han sido numerosas las propuestas que se han presentado, que el uso de esta pena tanto física como química, conlleva la disminución de los impulsos sexuales de los violadores, la castración involuntaria es una violación del artículo 21. La castración priva al hombre del control sobre su vida sexual y de su dignidad y respeto. La castración involuntaria es una violación del derecho a la privacidad del espacio físico del paciente, a la Constitución, los derechos humanos, etc.

3.4 La esterilización en Australia

La castración química, es utilizada en ciertos casos, por la legislación australiana en casos de delitos sexuales más graves, violación sexual y pederastia, pero dicha petición siempre ha sido por propia voluntad del privado de libertad, sin embargo, o propuesto números proyectos de ley, a partir del año 2015, en donde se propone que sean los jueces quienes tomen la decisión si se aplica o no, quitando la voluntariedad del privado de libertad. Sin embargo no existe una ley que se aplique a todas las regiones sobre la castración química, sin embargo dos de estas Western Australia and Victoria[151], si aplican este tipo de pena, en donde la fiscalía, puede enviar una solicitud al Tribunal Supremo, para solicitar una orden de supervisión, el Tribunal decidirá, basándose en el informe de dos psiquiatras, si puede dictar la orden de que el delincuente tome medicamentos que le disminuya la libido, justo antes de obtener su libertad condicional y una vez liberado. Este tipo de medida es utilizada para aquellos delitos sexuales castigados con penas a partir

[151] Cfr. TILEMANN, H. Review of Laws Providing for Chemical Castration in Criminal Justice Research, Institute for Criminal Justice Reform Jl. May 2016. Puede ser consultado en: http://icjr.or.id/data/wp-content/uploads/2016/06/paper-ICJR_ResearchNote_CC_CM.pdf. Visitado el día 10 de mayo de 2019.

de 7 años o más[152] y si por algún motivo el delincuente no toma los medicamentos, el Tribunal puede exigir que el delincuente regrese a cumplir su pena de prisión, los medicamentos que se utilizan en Australia son acetato de ciproterona conocido en ese país como Androcur o inhibidores de serotonina. Para la aplicación de estas órdenes de esterilización conlleva a una evaluación completa del delincuente para que se le administre el medicamento, de utilizar un médico con experiencia necesaria para recetar el medicamento de forma continuada, continuos análisis de sangre para realizar un monitoreo adecuado de la administración del medicamento, los médicos que la aplican deben ser del gobierno, y sobre todo la de controlar adecuadamente los efectos secundarios y de la salud que tiene el uso de estos medicamentos, esta pena tiene como finalidad la de reducir el grado de incidencia y el tratamiento se administra al mismo tiempo que se le brinda apoyo psicológico al delincuente, y en otras regiones como New South Wales y Tasmania, estudian aplicar dichos tratamiento a los privados de libertad[153].

Conclusiones

1. La esterilización química o quirúrgica, viola el derecho fundamental de dignidad de la persona y el principio constitucional de rehabilitación y reinserción social del privado de libertad.
2. La castración química como pena complementaria contraviene también los tratados internacionales como la Convención Americana y la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, que prohíben el uso de penas crueles, inhumanos o degradantes contra la persona de igual manera; la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíben la tortura y inhumanos o degradantes y contrario a las Reglas Mínimas para el tratamiento del Recluso de las Naciones Unidas.
3. Es violatoria del derecho a formar una familia, derecho de reproducción y derecho a la libertad y vida sexual, derecho a la privacidad y el derecho a no ser sometido a torturas o maltrato. Históricamente no solo ha sido utilizada como castigo y reprimir agresiones sexuales, sino que también se ha utilizada para disminuir el deseo sexual de hombres que tienen una orientación sexual diferente a lo aceptado por la sociedad. Y de igual manera la castración quirúrgica, es considerada una mutilación corporal y puede constituir un trato cruel, degradante y tortura, no solo física sino también psicológica, con consecuencias permanentes en la persona.
4. La esterilización, ya sea química o quirúrgica está regulada en los distintos ordenamientos jurídicos, como parte de la pena principal o pena de prisión, como pena secundaria, sanción complementaria, como parte del tratamiento médico o terapéutico, y en algunos casos como parte de las medidas de seguridad, etc.
5. En muchas legislaciones, pueden constituir este procedimiento una violación al debido proceso y a la proporcionalidad del castigo, en el sentido que se impone de manera adicional a la pena de prisión, convirtiendo el sujeto en imputable e inimputable, generando una contradicción con el principio de culpabilidad y el principio del *non bis in idem*, al imponer dos medidas de control de naturaleza distinta por un mismo hecho. Y de igual manera, dependiendo de dónde

[152] Cfr. 106 A Evidence Act 1906. Puede ser consultado en: https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/main_mrtitle_312_homepage.html. Visto el día 7 de septiembre de 2018.

[153] Cfr. "Submission from the Department of Corrective Services", Parliament of NSW Joint Select Committee, Inquiry into Sentencing Child Sexual Assault Offenders, Inquiry into Security Classification and Management of Inmates sentenced to life Imprisonment Organisation: Justice Action, 25/10/2015, Puede ser consultado en: https://www.parliament.nsw.gov.au/lcdocs/submissions/39553/0020%20Justice%20Action.pdf. Visto el día 7 de septiembre de 2018.

se aplica, puede constituirse en un requisito obligatorio para la obtención de la libertad condicional u otros beneficios penitenciarios o acuerdos de pena, en muchos casos, la mayoría de los delincuentes sexuales aceptan el tratamiento sin estar rehabilitados y reinsertados en la sociedad, solo por el hecho de obtener una pronta libertad.

6. Tiene un costo elevado, es un tratamiento médico de uso prolongado o de por vida, y tiene que ser acompañado de un tratamiento psicológico y en algunos casos de un tratamiento psiquiátrico y farmacológicamente sus efectos son reversibles, mientras que la castración quirúrgica es irreversible. La castración química tiene un fin médico no un fin correccional.

7. Debe establecerse cuáles son los medicamentos que serán utilizados de forma concreta (para inhibir la producción de testosterona) y evitar el uso de tratamientos hormonales o de feminización del privado de libertad. Debe ser aplicada solamente a personas mayores de edad.

8. Es una medida muy puntual, que no funciona de forma general para todos los casos de delincuentes sexuales, y la mayoría de los expertos concluyen que los delitos sexuales son cometidos por personas con problemas psicológicos no físicos, por lo tanto, al eliminar los aspectos físicos del sujeto no es una garantía que no cometa delitos sexuales.

9. No está garantizada su efectividad, en todos los casos de delincuentes sexuales, especialmente en los casos de delincuentes reincidentes. No tiene realmente una finalidad preventiva, su aplicación no entra en la implementación y fines de la pena privativa de libertad y en la mayoría de los países en donde se ha implementado, no han disminuido los delitos ni agresiones sexuales.

10. Igual que pasa con la pena de muerte y de cadena perpetua, la castración química o quirúrgica es utilizada como populismo punitivo y generalmente aparece en tiempos electorales como respuesta social por el crimen cometido.

11. Debe imponerse solamente con el consentimiento del penado, en forma escrita y debe tener la información de las consecuencias tanto físicas como psicológicas y sus efectos secundarios y el derecho a cambiar en cualquier momento de opinión en su aplicación.

Bibliografía

CERVELLÓ DONDERIS, V*. Derecho penitenciario.* II Edición, Tirant monografías, Número 194, Valencia, 2006.

CERVELLÓ DONDERIS, V. "Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES". En *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Número 72, Madrid, 2010.

CID MOLINÉ, J. "Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permiso)". En *Jueces para la democracia,* Número 32, 1998.

DIEGO ARIAS, J. *El derecho a la intimidad de las personas reclusas.* Primer Premio Nacional Victoria Kent Año 2015, Edita: Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, España, 2015.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989.

ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución europea y Constitución española*. La Ley Editorial, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Editorial Dykinson, Madrid, 2001.

GARCÍA GUERRERO, J. El consentimiento informado: algo no resuelto en el ámbito penitenciario, Revista cuatrimestral de investigación, Cuadernos de Bioética, número 96 Volumen XXIX, mayo-agosto Año 2018.

GARCÍA, F. *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*". Publicaciones Universidad de Alicante, Monografías, Zaragoza, 2003.

GARCÍA MACHO, R. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

GALLEGO DÍAZ, M. "El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua". En *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura.* Tomo 260, Números 1329, 1330, 2009.

GONZÁLEZ PALENZUELA, F, RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. Textos Legales, Colección Jurídica, III Edición, Editorial MAD, Sevilla, 2002.

HASSEMER, W, LÖSING, N, CASAL H, J. *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho.* Universidad Católica Andrés Bello, Konrad Adenauer Siffung, Publicaciones UCAB, Caracas, 2005.

LLOPIS, C. *Los derechos humanos: educar para una nueva ciudadanía*. Narcea Ediciones, Madrid, 2001.

REVIRIEGO PICÓN, F. "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios". En *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.

REVIRIEGO PICÓN, F. *Los Derechos de los reclusos en la jurisprudencia Constitucional.* Editorial Universitas, 2008.

RIVERA BEIRAS, I. *Cárcel y derechos humanos un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Editorial: J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ ALONSO, A. *Lecciones de derecho penitenciario: adaptadas a la normativa legal vigente*. Editorial Comares, Granada, 1997.

LASAGABASTER HERRARTE, I. *Las relaciones de sujeción especial.* Cívitas, Madrid, 1994.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho constitucional*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

SOTOMAYOR, I. *Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo antigarantista?* Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Año 5, vol. X enero-julio 2013.

MAPELLÍ, B. "El Sistema Penitenciario. Los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional". En *Revista de Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El Principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad.* Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2004.

MAPELLI CAFFARENA, B, TERRADILLOS BASOCO, J. Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas, Madrid, 1996.

MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán.* Tomo I, Parte general, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949.

Ministerio de Justicia. *Manual de derecho administrativo sancionador.* Parte general, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

MORENO SAINZ, F. *Ley General Penitenciaria, trabajos parlamentarios, Cortes Generales*. Servicio de estudios y Publicaciones, Madrid, 1980.

MUÑAGORRI LA GUÍA, I, DE MIRANDO RODRIGUES, A, RIVERA BEIRAS, I. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

PEDRAZZOLI, C.- GONZÁLEZ, S. Tratamiento penitenciario dispuesto para los agresores sexuales Compendio Jurídico Mayo, 2012.

TILEMANN, H. Review of Laws Providing for Chemical Castration in Criminal Justice Research, Institute for Criminal Justice Reform Jl. May 2016.

VIDAL Gil, E. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles.* Universitat de Valencia, Valencia, 1999.

Instrumentos internacionales:

Amnistía Internacional "Cuerpos rotos, mentes destrozadas. Tortura y malos tratos a mujeres", octubre 2000.

Carta africana sobre los derechos y el bienestar del menor. OUA Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), entró en vigor el 29 de noviembre de 1999.

Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE no C 241, de 21 de septiembre de 1992).

Carta Social Europea de 1961. Es un texto aprobado en Turín el 18 de octubre de 1961 en el marco del Consejo de Europa.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó por unanimidad el documento "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" a través de la Resolución 01/08.

Comisión de Derechos Humanos, OB Gral Número 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10-Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 44/25).

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. México, 18 de marzo de 1994.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1979. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4. XI. 1950.

Documentos Penitenciarios 3, El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión, Manual del terapeuta, Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Catalunya, agosto 2005.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

Reglas Penitenciarias Europeas, Consejo de Europa. Comité de ministros, Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, a raíz de la 952 reunión de delegados de ministros).

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 186-203
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos

The Multilevel Constitutionalism of Ingolf Pernice: an analysis of points and counterpoints

Ricardo Galvão de Sousa Lins[1]
Thiago Oliveira Moreira[2]
Yara Maria Pereira Gurgel[3]
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumario: 1. Introdução. 2. O Constitucionalismo Multinível da União Europeia, segundo Ingolf Pernice. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. O conceito de Constitucionalismo Multinível. 2.2.1. Os cinco elementos básicos do conceito de Constitucionalismo Multinível. 2.2.2. A revisão de interpretações tradicionais. 2.3. O Tratado de Lisboa: Constitucionalismo Multinível em ação 3. Críticas ao Constitucionalismo Multinível. 4. Conclusões.

Resumo: No atual cenário mundializado, ordenamentos e decisões nacionais se entrelaçam com normativas e decisões internacionais, circunstância que impõe o estudo da complexa relação entre os ordenamentos constitucionais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais. O presente trabalho analisa se o Constitucionalismo Multinível, de Ingolf Pernice, descreve de forma adequada o sistema de acoplamento entre o Direito europeu e o Direito nacional dos países membros da União Europeia. O método adotado foi o hipotético-dedutivo (Karl Popper). Diante da problemática descrita, o Constitucionalismo Multinível é adotado como teoria-tentativa. Em seguida, com substrato acadêmico em outros autores que se debruçaram sobre a temática, foram abordadas as principais críticas contrapostas à teoria do jurista alemão, com o objetivo de identificar as possíveis inconsistências teóricas (eliminação de erros), mas também sem deixar de analisar as próprias críticas levantadas, dando continuidade ao processo cíclico inerente à pesquisa científica (novos problemas). Como resultado, produziu-se um texto que objetiva oferecer ao leitor uma síntese fundamentada decorrente dos principais elementos da teoria analisada e dos contrapontos levantados por outros estudiosos do direito internacional, auxiliando-o no entendimento da forma de interação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia.

Palavras chave: Constitucionalismo Multinível. Ingolf Pernice. Críticas.

Abstract: In the current globalized scenario, national orders and decisions are intertwined with international norms and decisions, a circumstance that requires the study of the complex relationship between state, international, supranational

---

[1] Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduado em Direito do Trabalho. Pós-graduado em Direito e Gestão do Judiciário. Servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

[2] Professor Adjunto da UFRN (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutorando em Direito pela Universidad Externado de Colombia. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Membro do CERAM/RN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI).

[3] Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professora Associada III da UFRN.

Recibido: 13/04/2021
Aceptado: 08/06/2021

and transnational constitutional orders. This paper analyzes whether Ingolf Pernice's Multilevel Constitutionalism adequately describes the coupling system between European law and national law of the member countries of the European Union. The method adopted was the hypothetical-deductive (Karl Popper). Faced with the described problem, Multilevel Constitutionalism is adopted as tentative theory. Then, with academic substratum in other authors who dealt with the theme, the main criticisms against the German jurist's theory were addressed, with the aim of identifying possible theoretical inconsistencies (elimination of errors), but also without failing to analyze the criticisms raised, continuing the cyclical process inherent to scientific research (new problems). As a result, a text was produced that aims to offer the reader a reasoned synthesis resulting from the main elements of the analyzed theory and the counterpoints raised by other scholars of international law, helping him to understand the form of interaction between European Law and Rights nationals of European Union member countries.

Keywords: Multilevel Constitutionalism. Ingolf Pernice. Criticism.

1 Introdução

No atual cenário mundializado, constata-se a existência de relações e fenômenos que extrapolam os limites territoriais nacionais e que cuja regulamentação demandam estruturas que vão além daquelas tradicionais aos conceitos clássicos da Teoria do Estado, em especial no que se refere ao conceito de soberania.

As demandas fáticas atuais, por vezes, escapam da regulamentação do Direito nacional e de suas estruturas de poder[4]. No que foi chamado por Jürgen Habermas de "Constelação Pós-nacional", o Estado é incapaz de lidar com certos fenômenos de interesse comum, como o crime internacional, o terrorismo, o comércio global, os mercados financeiros, as mudanças climáticas e a comunicação mundial[5].

Ordenamentos e decisões nacionais se entrelaçam com normativas e decisões internacionais, circunstância que impõe o estudo da complexa relação entre os ordenamentos constitucionais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais. No entanto, essa abordagem não deve ser guiada pelas tradicionais teorias germânicas monista e dualista, fundadas em um viés hierárquico, que elege a precedência absoluta desta ou daquela norma, a depender da teoria adotada. As teorias hierárquicas ofuscam as complexas formas de interação entre direitos humanos e fundamentais, que por vezes impossibilitam a eleição prévia da norma prevalecente[6]. Em razão desta inadequação das referidas teorias para se

[4] A esse respeito, Thiago Oliveira Moreira questiona a capacidade do Estado "de impor suas normas e exercer todas as suas competências, notadamente no que concerne ao monopólio legislativo, vez que a formação de comunidades de Estados com caráter supranacional fez com que o referido monopólio deixasse de existir ou fosse extremamente mitigado. Sem embargo, os efeitos da globalização acarretam em uma redefinição da ideia de ordem jurídica estatal e impactam diretamente na própria essência da Constituição" (OLIVEIRA MOREIRA, T. "A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América LAtina e os Direitos Humanos Sociais: uma análise a partir do pensamento de Peter Härbele", In: MOREIRA, Thiago Oliveira Moreira; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Org.). *Direito Internacional na Contemporaneidade: estudos em comemoração aos 17 anos da SOI.* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 147).

[5] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 02.

[6] BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana*

compreender a atual e complexa interação entre direito internacional e nacional, o monismo e o dualismo são chamados por Acosta Alvarado de "Los Muertos Vivientes"[7].

A análise desta complexa interação entre ordenamentos constitucionais deve partir de uma perspectiva heterárquica e pluralista, que não se fundamenta na precedência absoluta de qualquer ordenamento, seja nacional ou internacional. A relação entre os dois ou mais sistemas jurídicos envolvidos em determinada controvérsia deve se desenvolver no contexto do pluralismo constitucional, verificando-se qual dos ordenamentos oferecem maior e melhor proteção ao indivíduo[8].

Nessa perspectiva e observando as características peculiares do cenário da União Europeia - que pode ser descrita como uma genuína construção de governo multinível[9] -, em especial a existência de um direito e de instituições supranacionais, o jurista alemão Ingolf Pernice desenvolveu o Constitucionalismo Multinível, teoria marcada pela centralidade na figura do cidadão europeu e pela pretensa inexistência de hierarquia entre os ordenamentos jurídicos acoplados.

No entanto, é preciso questionar: a citada teoria descreve de forma adequada o sistema de acoplamento entre o Direito europeu e o Direito nacional dos países membros da União Europeia?

A problemática apresentada se justifica porque alguns autores, como Neil Walker, Breno Baía Magalhães e Leonard Besselink, vêm apontando inconsistências no Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice, especialmente no que diz respeito aos seguintes aspectos: analogia com elementos tipicamente estatais, suposto paradoxo do fracasso de referendo para a existência de uma Constituição europeia e aparente incompatibilidade entre o princípio da primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo geral apresentar uma síntese fundamentada entre o Constitucionalismo Multinível de Pernice e as críticas contrapostas por outros estudiosos do direito internacional, apontando as ponderações contrárias que têm alguma razão de existir e aquelas que são infundadas.

De forma específica, pretende-se inicialmente descrever as premissas teóricas do modelo proposto, com a análise pormenorizada de textos de autoria de Ingolf Pernice publicados desde 1999 até os dias atuais. A análise será iniciada especialmente pelos textos responsáveis pela conceituação inicial do Constitucionalismo Multinível (1999 e 2001), passando em seguida para artigo publicado à época das discussões acerca da aprovação do Tratado de Lisboa (2009) e, ao final, fazendo-se apontamentos sobre as produções mais recentes do jurista alemão.

Em seguida, com base em produções acadêmicas de outros estudiosos do tema, o trabalho irá identificar eventuais inconsistências teóricas na teoria de Pernice. A pesquisa será realizada com base em diversos textos que abordam a interação entre ordenamentos jurídicos nacionais, internacionais e supranacionais,

---

de Direitos Humanos. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. p. 18.

[7] ACOSTA ALVARADO. PA. "Zombis VS. Frankestein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno", *Estudios Constitucionales*, Año 14, nº 1, 2016, pp. 15-60.

[8] ACOSTA ALVARADO. PA. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível,* 2013, 368 f, Tese (Doutorado em Direito), Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Programa de Doctorado, Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2013. p. 5.

[9] LÓPEZ AGUILAR, JF. "El Constitucionalismo Europeo y la Teoría Constitucional de la Integración Europea". *In:* Miras, Antonio Pérez, et al. (Org). *Constitución e Integración Europea. Forma Política, Gobernanza Económica, Organización Territorial*. 1st ed., Dykinson, S.L., 2017. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/j.ctt1p6qnzd. Acesso em 14 jul. 2020. p. 50.

com ênfase nas produções acadêmicas que citam expressamente o Constitucionalismo Multinível de Pernice.

Por fim, analisar-se-á os fundamentos das críticas suscitadas em relação à teoria em estudo, apontando-se a concordância ou discordância do autor, e concluindo-se se realmente há ou não inconsistências teóricas no pensamento de Pernice e se a descrição elaborada pelo jurista alemão corresponde à realidade existente no cenário europeu[10].

O método adotado será o hipotético-dedutivo (Karl Popper). Diante da problemática já descrita, o Constitucionalismo Multinível (ou Constituição Composta) é adotado como teoria-tentativa. Em seguida, com substrato acadêmico em outros autores que se debruçaram sobre a temática, serão abordadas as principais críticas contrapostas à teoria do jurista alemão, com o objetivo de identificação das possíveis inconsistências teóricas (eliminação de erros), mas também sem deixar de analisar as próprias críticas levantadas, dando continuidade ao processo cíclico inerente à pesquisa científica (novos problemas).

Como resultado, pretende-se produzir um texto que ofereça ao leitor uma síntese fundamentada decorrente dos principais elementos do Constitucionalismo Multinível e dos contrapontos levantados por outros estudiosos do direito internacional, auxiliando-o no entendimento da forma de interação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia.

2. O constitucionalismo multinível na União Europeia, segundo Ingolf Pernice

Neste tópico, será abordado o Constitucionalismo Multinível, segundo teorizado por Ingolf Pernice, especialmente nos seguintes textos: Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? (1999), Multilevel Constitutionalism in the European Union (2002), European v. National Constitutions (2005), The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action (2009) e Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe (2015).

Após uma descrição dos aspectos gerais da teoria, serão abordados os cinco elementos básicos do conceito proposto pelo jurista alemão: (a) o conceito pós-nacional de Constituição, (b) o processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos; (c) a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais; (d) as múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia; e (e) a União Europeia como a União de cidadãos europeus.

Em seguida, descrever-se-á aquilo que Pernice chama de "revisitação de interpretações tradicionais", relacionados aos seguintes questionamentos: (a) a União Europeia é uma organização internacional?; (b) Quem são os senhores dos Tratados?; (c) Competência sobre as competências?; e (d) Hierarquia de normas ou supremacia funcional do Direito europeu?

Por fim, será abordada a análise que Ingolf Pernice fez acerca do processo político pela aprovação do Tratado de Lisboa, que segundo o autor possuiu natureza de movimento constitucional, marcado pelo aumento da participação política dos cidadãos europeus nas tomadas de decisões e pela maior interação entre estruturas de governança nacionais e supranacionais.

---

[10] Cumpre esclarecer que posteriormente Pernice defendeu uma dimensão global de constitucionalismo multinível, mas esse não será o objeto do presente estudo, que tem como escopo analisar a adequação da teoria do jurista alemão ao cenário da União Europeia. Para uma leitura da concepção global da teoria, vide: PERNICE, I. "La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización". Documento de trabajo (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos), *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, 2012. Disponível em: https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/6116. Acesso em: 20 jul. 2020.

2.1 Aspectos gerais

A vida política na União Europeia é governada ao menos em dois níveis: a soberania está repartida entre as instituições nacionais e as instituições comuns, de caráter supranacional. No entanto, embora a realidade europeia implique na existência de uma governança e de um constitucionalismo multinível, Pernice não defende a existência de um "Superestado". Pelo contrário, em suas exatas palavras, o Constitucionalismo Multinível significa algo muito diferente[11].

Embora não se trate de uma superestrutura estatal, a União Europeia, assim como os Estados membros, está legitimada pelos cidadãos europeus, aos quais foi atribuída uma outra camada ou capa de cidadania, razão pela qual possuem múltiplas identidades - local, regional, nacional e europeia -, que são instrumentos no interesse do povo. Ou seja, as ações efetivadas em cada nível de identidade deve ser orientada pelo interesse dos cidadãos europeus. Nessa linha, o Constitucionalismo Multinível tem por objetivo descrever o processo em marcha de surgimento de novas estruturas de governo, que não excluem mas complementam aquelas já existentes a nível nacional.

Assim, como enfoque teórico, Pernice busca conceituar e explicar a União Europeia como "assunto e criação" dos cidadãos europeus, assim como os Estados-Membros também o são de seus respectivos cidadãos. Ou seja, em termos de legitimidade, as estruturas de poder nacionais e supranacionais se fundamentam na vontade dos cidadãos. Por consequência, segundo o jurista alemão, mesmo à época de seus primeiros escritos (década de 1990), já existia uma Constituição europeia, composta pelas constituições nacionais e pelos Tratados europeus[12], sendo desnecessária a elaboração de um documento único nominado propriamente como Constituição da Europa ou algo nesse sentido[13].

O Constitucionalismo Multinível estaria baseado nas premissas do contrato social, teorizada por Rousseau, mas não necessariamente em um Estado unitário nem na noção de que a constituição esteja necessariamente limitada por um conceito rígido de Estado. Segundo Pernice, os Estados Federais são um clássico exemplo de que a sociedade pode ser organizada em mais de um nível de estrutura estatal[14].

2.2. O conceito de Constitucionalismo Multinível

Neste tópico, serão abordadas as bases teóricas de Pernice, lançadas nos textos Multilevel Constitutionalism and Treathy of Amsterdam: European

---

[11] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 01-02.

[12] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 02.

[13] Neste ponto, Ingolf Pernice refere-se ao debate entre alemães e britânicos acerca da existência de uma Constituição Europeia, esclarecendo que, por causa da estrutura federal do país, os alemães entendem necessária a existência de um documento escrito no qual se detalhe toda a fundação, organização e limitação do poder público. Além disso, em razão de aspectos históricos, o povo alemão não confia que os governantes respeitem sempre e completamente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, razão pela qual seria indispensável um catálogo escrito de direitos e garantias fundamentais que limite o poder público. Enquanto isso, o Reino Unido tem uma história mais constante e uma tradição de valores constitucionais, com base em uma Constituição fundada na supremacia do Parlamento, o que dispensa a existência de um documento escrito único, denominado de Constituição (PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 02).

[14] PERNICE, I. "Multilevel Constitucionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 709 e MAYER, FC.; PERNICE, I; WERNICKE, S. "Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism". *King's College Law Journal*, vol. 12, no. 1, 2001, p. 61-74.

Constitution-Making Revisited? (1999) e Multilevel Constitutionalism in the European Union (2001). Após a descrição dos cinco elementos básicos do Constitucionalismo Multinível, será abordada a revisitação de Pernice a questionamentos clássicos.

2.2.1. Os cinco elementos básicos do conceito de Constitucionalismo Multinível

A Constituição Europeia, que segundo Pernice já existe, é composta por um sistema legal único, composto por duas capas ou camadas constitucionais complementares - a europeia e a nacional -, que estão intimamente relacionadas e são interdependentes. Ou seja, uma não pode ser lida e entendida completamente sem que se considere a outra[15].

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice possui cinco elementos básicos: (a) o conceito pós-nacional de Constituição, (b) o processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos; (c) a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais; (d) as múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia; e (e) a União Europeia como a União de cidadãos europeus.

O conceito pós-nacional de Constituição decorre do processo de mundialização, no qual os Estados são cada vez mais incapazes de cumprir com os objetivos de garantia de paz, seguridade, bem estar, dentre outros. As demandas pós-nacionais requerem estruturas supranacionais e internacionais, que sirvam como instrumentos complementares àqueles já existentes a nível nacional. Assim, da mesma forma que os povos dos países membros legitimam as estruturas de poder nacionais, o fazem com as estruturas supranacionais da União Europeia, por meio dos Tratados europeus[16].

No que se refere ao processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos, Pernice afirma que, com fundamento nas cláusulas de integração, condições e procedimentos estabelecidos nas Constituições nacionais, os cidadãos europeus têm elaborado e adotado os Tratados europeus como a expressão da vontade comum, criando e desenvolvendo instituições supranacionais adicionais, conferindo-lhes competências a serem exercidas segundo os procedimentos estabelecidos nos Tratados. Não se questiona a cidadania nacional nem a própria soberania dos Estados membros, mas se defende a existência de uma nova camada constitucional, que tem como objetivo fazer frente aos desafios supranacionais de interesse comum. A legitimidade desta camada constitucional complementar, não se baseia nas estruturas estatais nacionais, mas sim diretamente nos cidadãos da União Europeia[17].

Embora possuam legitimidade diretamente na vontade dos cidadãos (autonomia em sua origem), Pernice defende que são interdependentes a Constituição da União Europeia e as Constituições nacionais: o poder europeu não poderia funcionar sem as instituições e os ordenamentos nacionais e os poderes nacionais precisam apoiar-se nas instituições europeias se pretendem superar obstáculos com os quais não poderiam lidar isoladamente. Assim, além de as Constituições europeia e nacionais não poderem ser compreendidas e interpretadas de forma isolada uma da outra, a reforma dos Tratados europeus resulta em uma modificação implícita ou explícita das Constituições nacionais. Por outro lado, embora o Direito europeu deva prevalecer na ocorrência de eventual conflito[18], as autoridades nacionais atuam como agentes europeus quanto ao Direito europeu: os governos nacionais têm poder decisivo no Conselho e os parlamentos nacionais

---

[15] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 04.

[16] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 04.

[17] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 05.

[18] Essa afirmação de Pernice quanto à prevalência do Direito europeu face ao Direitos nacionais será tratada posteriormente neste artigo nos tópicos "A revisão de interpretações tradicionais" e "Críticas ao Constitucionalismo Multinível".

participam em muitos aspectos[19]. Segundo Pernice, as cláusulas de integração das Constituições nacionais fundamentam uma visão monística de um exercício da soberania popular de forma dividida em diferentes níveis de ação dentro de um sistema jurídico integrado[20].

Como resultado da integração europeia, como já adiantado, constata-se a existência de múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia, que possuem direitos e obrigações iguais, de acordo com as disposições dos Tratados e da legislação europeia, tais como liberdades de mercado e de não discriminação em qualquer Estado que residam. Os cidadãos adotam múltiplas identidades (local, regional, nacional e europeia) que estão fundamentadas no contrato social firmado entre as pessoas envolvidas em certos objetivos de caráter de maior ou menor amplitude geográfica (local, regional, nacional ou europeia). Nenhum destes sistemas atendem a todos os objetivos dos cidadãos, devendo ser entendidos em sua natureza complementar[21].

Por fim, Pernice compreende a União Europeia como a União de cidadãos europeus, ou seja, a exemplo das instituições nacionais, a União Europeia extrai sua legitimidade dos cidadãos europeus. A União Europeia se apresenta como instrumento de ação política a nível supranacional: é parte do sistema político e constitucional para fazer frente aos desafios da mundialização, sempre "pelos cidadãos e em seu nome"[22]. O jurista alemão, embora negue a existência de um "superestado", afirma que a autoridade pública supranacional, instituída pelos Tratados europeus, faz parte de um estado federal[23].

2.2.2 A revisão de interpretações tradicionais

Com fundamentos nos elementos básicos acima analisados, Pernice apresenta novas respostas a tradicionais questões, quais sejam: (a) a União Europeia é uma organização internacional?; (b) Quem são os senhores dos Tratados?; (c) Competência sobre as competências?; e (d) Hierarquia de normas ou supremacia funcional do Direito europeu?

Em relação à primeira pergunta, sustenta-se que a União Europeia distingue-se das organizações internacionais porque em nenhuma organização internacional os cidadãos têm sua própria representação política e participam no procedimento de tomada de decisões. De igual maneira, nas organizações internacionais, não há previsão de uma ação legal direta contra os particulares por legislação ou decisão diretamente aplicável e, portanto, também não é levantada a questão da proteção de direitos fundamentais dos cidadãos em face da própria organização. Igualmente, nenhuma organização internacional prevê recursos legais para os indivíduos contra as medidas daquela[24].

Desta forma, embora a aparência inicial seja de uma organização de Estados, a União Europeia é, em sua essência, uma organização de cidadãos[25]. Ainda que seja instituída por Tratados europeus, não se trata de uma organização internacional em seu sentido clássico. Por outro lado, embora apresente algumas características próprias das estruturas estatais, também não é um "superestado". É, portanto, uma organização *sui generis*.

---

[19] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 05.

[20] PERNICE, I. "Multilevel Constitucionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 710.

[21] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 05-06.

[22] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 06.

[23] PERNICE, I. "European v. National Constitutions" *European Constitutional Law Review*, vol. 1, no. 1, January 2005, p. 99.

[24] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 06.

[25] PERNICE, I. "European v. National Constitutions" *European Constitutional Law Review*, vol. 1, no. 1, January 2005, p. 100.

Nesse mesmo sentido, continuando a desenvolver o Constitucionalismo Multinível centrado na figura do cidadão europeu, Pernice insiste que o poder público europeu não é um poder derivado da soberania nacional, mas sim um poder originário, fundado diretamente na vontade ou soberania do povo, que tem construído a União Europeia através dos procedimentos previstos nas Constituições Nacionais. Logo, é equivocada a afirmação de que os Estados membros seriam os senhores dos tratados. Seriam na verdade apenas instrumentos de auto-organização e autodeterminação da sociedade, razão pela qual os senhores dos tratados são os cidadãos, e não os Estados membros[26].

E, ainda considerando que tanto a União Europeia quanto os Estados membros extraem sua legitimidade diretamente dos cidadãos europeus, inexistindo derivação de um quanto ao outro, Pernice sustenta que a estrutura multinível da Constituição europeia resulta na conclusão de que nenhum deles (União Europeia ou Estados membros) possuem a competência sobre a competência ("Kompetenz-Kompetenz). Defende que a competência para criar novas funções ou competências é do poder soberano do povo, por meio da Constituição, razão pela qual qualquer modificação requer uma revisão constitucional, segundo as disposições do Direito europeu[27]. A cooperação, no espírito de respeito e assistência mútuos, é norma condição do sistema composto, sempre centrado no objetivo de levar a sério a responsabilidade com o cidadão europeu[28].

Finalmente, quanto à natureza da relação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais, Pernice nega a existência de hierarquia. Como os cidadãos europeus são a fonte de legitimidade tanto de um quanto de outro, não existe uma supremacia apriorística de nenhum deles. Ambos os ordenamentos coexistem, ainda que façam parte de um sistema único que deve produzir uma resposta jurídica para cada caso, sistema este que é não-hierárquico desde sua origem e construção[29].

Assim, cabe aos tribunais nacionais e europeus, bem assim à sua cooperação internacional, determinar em cada caso analisado qual norma deve ser aplicada: a nacional ou a europeia. No entanto, segundo Pernice, deve-se dar prioridade à norma europeia em relação à norma nacional, em razão da necessidade de preservar o funcionamento do ordenamento jurídico europeu e até mesmo o próprio conceito de Direito. A norma geral do Estado de Direito impõe a aplicação igualitária da norma sem que se considere a nacionalidade nem o Estado membro em questão. No mesmo sentido, a observância da norma europeia é uma condição de legitimidade e aceitação do Direito europeu, isso porque os cidadãos de determinado Estado membro só se sentirão vinculados ao cumprimento de determinada norma, se a observância também for obrigatória para os cidadãos dos demais membros[30].

2.3. O Tratado de Lisboa: Constitucionalismo Multinível em Ação

Em artigo homônimo ao título atribuído ao presente tópico, publicado no ano de 2009, Pernice afirma que, durante anos, a União Europeia tem lutado com sua autodeterminação estrutural e constitucional, buscando um equilíbrio sustentável

---

[26] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 07.

[27] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 07-08.

[28] PERNICE, I. "The Autonomy of the EU Legal Order Fifty Years After Van Gend". *Walter Hallstein-Institut*, PAPER 08/2013, p. 01-26. Disponível em: http://www.whi-berlin.eu/tl_files/WHI-Papers%20ab%202013/WhiPaper082013.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020, p.10.

[29] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 08-09.

[30] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, pp. 08-09.

entre opções confederal e federal. E que o Tratado de Lisboa representou expressivo avanço no processo de constitucionalização na Europa, compreendida no contexto multinível. As alterações instauradas pelo referido Tratado seriam relevantes por romperem com as concepções tradicionais da organização política e desafiarem as teorias de estados e constituições, além de apresentar modelo promissor de arranjo de supranação para a persecução de objetivos comuns do povo europeu[31].

Afirma que o Tratado de Lisboa, inclusive no que diz respeito ao movimento político para colocá-lo em vigor pelos agentes envolvidos, seria um caso do constitucionalismo multinível em ação, e no decorrer do trabalho busca apontar exemplos concretos que justificariam esta sua afirmativa.

Inicialmente, Pernice aponta que, em razão do referendo negativo da Irlanda, o Tratado de Lisboa teria sido considerado um relevante incidente na série de falhas na construção de um constitucionalismo europeu. E questiona o próprio conceito de democracia em alguns países membros da União Europeia, que teriam ignorado completamente o voto popular, o que, em sua visão, demonstraria a complexidade de estabelecer progressivamente uma estrutura supranacional funcional para que atue em nome dos cidadãos.

Aponta, em um período de vinte anos, a ocorrência de fracassos na reforma substancial da União Europeia, indicando cinco etapas desse difícil processo de constitucionalização a nível supranacional: (1) Spinelli e o "Single European Act (SEA)", (2) Delors e o Tratado de Maastricht; (3) o Relatório Herman e o Tratado de Amsterdã; (4) o Tratado de Nice e o "Processo Pós-Nice"; e (5) Tratado Constitucional e Tratado de Lisboa[32].

No período que seguiu ao Tratado de Nice, marcado por tratativas fundadas mais em deliberações e menos em negociação e barganha, as questões fundamentais da reforma foram definidas com mais precisão pela Declaração de Laeken (2001) e finalmente, no ano de 2003, foi submetido ao Conselho Europeu um projeto de Tratado que estabeleceria uma Constituição para a Europa. No entanto, embora tenha sido adotado e assinado em outubro de 2004 pelos representantes dos Estados membros, foi vetado em referendos na França e na Holanda, o que instituiu uma verdadeira crise na União Europeia, que por dois anos passou por um "período de reflexão", ao término do qual, foi apresentado um projeto que buscava salvaguardar a substância do Tratado Constitucional: ao invés de substituir os Tratados vigentes na União Europeia, resolveu-se simplesmente alterá-los, seguindo o procedimento previsto no art. 48 do Tratado da União Europeia. No entanto, embora assinado em 17 de dezembro de 2007, o Tratado foi rejeitado em referendo pelo povo irlandês em junho de 2008[33].

Em seu artigo, publicado em 2009, embora o Tratado de Lisboa não houvesse entrado em vigor em razão da rejeição do referendo irlandês[34], Pernice

---

[31] PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 349.

[32] Para um maior aprofundamento em cada etapa do processo de constitucionalização na União Europeia, remete-se o autor para a leitura de: PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, p. 353-357.

[33] PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, pp. 356-357.

[34] Em outubro de 2009, em uma segunda consulta, o povo irlandês referendou o Tratado de Lisboa, dando início à sua vigência, nos termos do art. 48 do Tratado da União Europeia: "as emendas entrarão em vigor após serem ratificadas por todos os Estados Membros, de acordo com seus respectivos requisitos constitucionais". Vide: Irlandeses dizem "sim" a Tratado de

defendeu o caráter constitucional do processo político por sua aprovação, apontando três fundamentos para sua conclusão: (1) o aumento da participação popular no processo indica que o povo compreendeu que a União Europeia não é uma organização internacional, questão apenas de Estados, e sim dos cidadãos; (2) a maior importância do Parlamento Europeu, ao mesmo tempo que os Parlamentos nacionais perceberam a importância de participarem da tomada de decisões relacionadas a ações no plano europeu; e (3) o processo de alteração dos Tratados fundadores da União Europeia, considerando a inclusão dos Parlamentos europeu e nacionais e representantes dos governos, para elaborar os termos em que a reforma ocorreria[35].

Em textos publicados posteriormente, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, Pernice aponta que houve uma acentuação dos aspectos característicos do Constitucionalismo Multinível, como a posição de centralidade dos cidadãos e a maior transparência e legitimidade democrática das ações da União Europeia. Ademais, aponta que, desde o Tratado de Lisboa, foi inaugurada a Carta dos Direitos Fundamentais, juridicamente vinculante e parte do Direito Constitucional Europeu[36].

Assim, segundo Pernice, o Tratado de Lisboa representou a dinamização de sua teoria (Constitucionalismo Multinível em ação), concretizando as premissas teóricas que havia defendido desde o final da década de 1990. No entanto, alguns dos fundamentos defendidos pelo jurista vêm sendo alvo de críticas por outros estudioso do direito internacional, razão pela qual se impõe a necessidade da análise dos principais contrapontos levantados, o que se passa a fazer a partir deste momento.

3. Críticas ao constitucionalismo multinível

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice representou relevante evolução no estudo da relação entre o Direito supranacional e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia, principalmente em razão da quebra de paradigmas clássicos da Teoria do Estado e da própria Teoria do Direito, dando relevo a novos conceitos, como a relativização da soberania estatal, a centralidade da União Europeia na figura do cidadão (união de pessoas, e não de Estados), a legitimidade originária do Direito supranacional, dentre outros. A doutrina costuma reconhecer o seu paradigmático esforço neste sentido[37]. Além do mais, o Constitucionalismo Multinível é um paradigma típico na ideia de proteção dos direitos humanos e fundamentais em mais de um nível de atuação[38].

Lisboa. Disponível em https://www.dw.com/pt-br/irlandeses-dizem-sim-a-tratado-de-lisboa/a-4755620. Acesso em 15 jul. 2020.

[35] PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, pp. 357-358.

[36] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernice%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020, p. 544.

[37] AZPITARTE SÁNCHEZ, M. "Del Derecho Constitucional Común Europeo e la Constitución Europea. Cambio de Paradigma en la Legitimidad de la Unión?", *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 16. UNED, 2005, p. 361.

[38] KOTZUR, M. "El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 16. Madrid: 2012, p. 248.

No entanto, como reconhecido pelo próprio Pernice em artigo publicado no ano de 2015, sua teoria não ficou imune a críticas[39]. Neste tópico do artigo, serão analisadas as principais ponderações contrárias ao Constitucionalismo Multinível, quais sejam: (a) analogia com elementos tipicamente estatais, (b) paradoxo do fracasso do referendo constitucional e (c) aparente incompatibilidade entre a primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional[40].

Quanto ao primeiro aspecto, aponta-se que o Constitucionalismo Multinível de Pernice - ao se utilizar de analogia com elementos tipicamente estatais (cidadania, federalismo, controle mútuo de poderes, existência de órgãos supranacionais análogos aos Poderes estatais, dentre outros) -, pouco esclarece acerca de outras formas de constitucionalismo transnacional existentes além dos limites do modelo regional europeu, cuja integração é menos acentuada e nas quais esses elementos não persistem[41].

Ocorre, no entanto, que o objetivo de Ingolf Pernice com o Constitucionalismo Multinível foi apresentar um modelo teórico descritivo do fenômeno de acoplamento e interação existente na União Europeia, único modelo de integração no qual se pode dizer que existem verdadeiras estruturas supranacionais de poder e governança. Ou seja, neste particular, a crítica não parece razoável, já que o autor não objetivou apresentar um modelo teórico que servisse para qualquer forma de interação entre ordenamentos constitucionais nacionais e internacionais.

Ainda em relação à analogia com elementos tipicamente estatais, Breno Baía Magalhães adverte que o Constitucionalismo Multinível de Pernice aponta aqueles que foram recepcionados pelo direito transnacional, mas nada esclarece acerca daqueles elementos que foram excluídos das estruturas supranacionais, nem explica em que medida a ausência de determinados elementos afetaria a analogia proposta[42].

Este é o aspecto mais relevante da crítica referente à analogia com elementos tipicamente estatais. Com efeito, o Constitucionalismo Multinível de Pernice não esclarece quais elementos das federações não estariam presentes na União Europeia nem explicita se a ausência deste ou daquele elemento prejudicaria a analogia apresentada em sua teoria.

Quanto ao segundo ponto das ponderações opostas ao Constitucionalismo Multinível, diz-se que "a fundamentação de diferentes níveis constitucionais na vontade do povo coloca a teoria em xeque, pois ela poderia sugerir um paradoxo com o fracasso do referendo constitucional"[43]. Em outras palavras, se os diversos níveis constitucionais estão fundamentados na vontade do povo, a rejeição de um referendo que propunha uma Constituição documental única para a União Europeia

---

[39] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernice%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020, p. 546-555.

[40] BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. pp. 105-106.

[41] WALKER, N. "Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate". *LSE Europe in Question Discussion Paper Series*. Paper Nº 08/2009, pp. 05-06.

[42] BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. p. 105.

[43] BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. p. 105.

poderia indicar que os cidadãos - ao menos em parte - decidiram não possuir uma Constituição europeia.

E, como já demonstrado em momento anterior deste trabalho, o próprio Pernice aponta algumas tentativas frustradas de elaboração de uma Constituição Europeia, como ocorreu nos seguintes episódios da história europeia: (1) rejeição do projeto de Constituição europeia elaborado por Altiero Spinelli em 1984; (2) resultado negativo do primeiro referendo dinamarquês em 1992 do Tratado de Maastricht; (3) não aprovação do Relatório Herman em 1994 que tentava novamente instituir uma Constituição europeia escrita; e (4) rejeição do Tratado Constitucional de 2004 pelos referendos francês e holandês[44].

Em outras palavras, como sustentar a existência de uma constituição europeia se, em diferentes oportunidades, os cidadãos europeus - fonte de legitimidade daquela constituição - rejeitaram expressamente a sua existência? Seria dizer que, embora sejam fonte de legitimidade do ordenamento jurídico europeu, suas decisões de rejeição não deveriam ser levadas a sério.

No entanto, essa crítica também não parece ser procedente. Como apontado, nos primeiros textos acerca do Constitucionalismo Multinível, Pernice defendeu que a Constituição europeia já existia, sendo formada pelos Tratados constitutivos da União Europeia e pelas Constituições nacionais dos países membros. A rejeição pelos cidadãos, via referendo, da existência de um documento escrito único denominado de Constituição Europeia, não resulta na inexistência de uma Constituição esparsa, formada pela composição dos documentos normativos acima referidos. Acolher esse argumento seria o mesmo que admitir a negativa da existência de uma Constituição inglesa pelo simples fato dos cidadãos rejeitarem, via referendo, a elaboração de um documento constitucional único.

Por fim, aponta-se que a ideia de primazia do Direito europeu sobre o Direito nacional seria incompatível com a ideia de inexistência de hierarquia. Nessa linha, Breno Baía Magalhães afirma que "a necessidade de aplicação uniforme e de prevalência do direito europeu não se coadunam com noções pluralistas", destacando que por consequência "a ideia de nível poderia implicar hierarquia do nível considerado mais abrangente (no caso, o europeu)"[45]. Como adverte Neil Walker, a própria ideia de "níveis" indica a continuidade da noção de hierarquia: nível superior e nível inferior[46].

Em textos publicados mais recentemente (2015), o próprio Pernice admite que o termo "multinível" pode transmitir a ideia de superior e inferior, mas insiste na existência de um sistema não hierárquico, justaposto, em uma ideia de pluralismo. No entanto, continua a defender o princípio da primazia do Direito europeu nas hipóteses de conflito com os Direitos nacionais[47].

Entretanto, como advertem os críticos de Pernice, com efeito, o conceito de nível, por definição, implica na ideia de superioridade e subordinação. A carga

---

[44] PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 202, pp. 349-357.

[45] BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015. pp. 105-106.

[46] WALKER, N. "Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate". *LSE Europe in Question Discussion Paper Series*. Paper Nº 08/2009, pp. 05-06.

[47] PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernice%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 545.

semântica do termo "nível" e a ideia de primazia do Direito europeu[48] são contra-argumentos à ideia de uma Constituição composta pelos Tratados Europeus e pelas Constituições nacionais. Nessa linha, Leonard Besselink adverte que, em verdade, a relação entre o Direito europeu e os Direitos nacionais dos países membros não se relacionam em um sistema de dois níveis diferentes, mas sim em um nível único, ideia que está mais consoante com o contexto do pluralismo constitucional[49].

Se as Constituições nacionais dos países membros da União Europeia realmente compõem a Constituição Europeia, juntamente com os Tratados europeus, constituindo uma Constituição composta e, por isso, em um mesmo nível, sem hierarquia, não se pode conceber a existência do postulado da primazia do Direito europeu.

Nesse sentido, Mathias Jaestadt[50] questiona a natureza não hierárquica do Constitucionalismo Multinível, sugerindo que um acoplamento heterárquico de dois sistemas jurídicos não pode estabelecer a prioridade ou primazia de um deles. Segundo o autor, não haveria como negar a existência de hierarquia na organização de um sistema composto pelo ordenamento europeu e pelos ordenamentos nacionais dos países membros, se em caso de colisão terá prevalência o Direito europeu.

Ainda que se argumente pela separação de competências entre os diferentes níveis de poder, tal como ocorre em sistemas de organização federativa, a verdade é que cada vez mais se intensificam as interações entre os diferentes ordenamentos, especialmente no que se refere à proteção dos direitos humanos, sendo inevitável a ocorrência de colisão entre normas. Negar a possibilidade da ocorrência de colisões de normas sob o argumento de que cada ordenamento deveria observar sua competência própria é negar a própria proteção multinível dos direitos humanos.

Antonio D'atena aponta que a relação entre a Constituição Europeia e as Constituições nacionais não representa características totalmente inéditas no mundo jurídico. Nos estados federais, a Constituição da Federação convive com as Constituições dos Estados (entes federativos) em conexão sistemática. E sugere que, embora o ordenamento jurídico europeu não seja um sistema federal, as experiências de estudos relacionadas às federações podem inspirar "chaves úteis" para a compreensão de sua relação com os ordenamentos nacionais[51].

Nessa linha, se é inegável a ocorrência de conflitos entre normas jurídicas dos diferentes ordenamentos acoplados entre si, mas também não é possível

---

[48] Acerca dos quatro elementos essenciais do princípio da primazia do direito europeu, definidos pelo à época Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) no julgamento do caso Flaminio Costa (1964): "Del asunto Flaminio Costa (1964) surgen cuatro elementos esenciales relacionados con la primacía: a) es una condición existencial del Derecho comunitario; b) surge de la propia naturaleza específica original del Derecho comunitario; c) se aplica en su integridad (el derecho nacido del tratado), y frente a todas las normas nacionales, cualesquiera sean su rango y materia y; d) se aplica no sólo en las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros y en las relaciones jurisdiccionales, sino también es válida para los ordenamientos jurídicos internacionales". Segundo PIZZOLO, o princípio da primazia do direito europeu mesmo em relação às Constituições dos países membros da União Europeia ficou mais evidenciado no julgamento dos casos Internationale Handelsgesellschaft (1970) e Nold II (1974) (PIZZOLO, C. "Derecho constitucional en la Unión Europea: el "constitucionalismo multinivel" como alternativa al problema de la jerarquia normativa". *Anales n. 42, Faculdad de Cs. Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P. 2012, pp. 123-124).

[49] BESSELINK, Leonard *Apud* MARTINICO, Giuseppe. "From the Constitution for Europe to the Reform Treaty: a literature survey on European Constitutional Law**",** *Centro Studi Sul Federalismo: Perspectives on Federalism*, Vol. 1, 2009, ISSN 2036-5438. p. 21.

[50] JAESTADT, M. "La Liga Constitucional Europea. El Encanto Teórico Constitucional y La Insuficiencia Teórica del Principio de Incertidumbre"**,** *Teoria y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, p. 182.

[51] D'ATENA, A. "La Constitución Oculta de Europa (Antes y Después de Lisboa)**"**, *ReDCE*, Año 7, núm. 13. Enero-junio/2010, pp. 40-41.

adotar o postulado da primazia do Direito europeu proposto por Pernice, a conclusão que se impõe é a de que a prevalência de determinado ordenamento deve ser constatada caso a caso, em razão de critérios materiais, sem considerar se a norma pertence a esse ou aquele ordenamento.

Segundo Antonio D'atena, referindo-se ao arquétipo de federação estadunidense, a conexão sistemática entre os diferentes ordenamentos era mais evidente quando a Constituição Federal era uma constituição parcial, ou seja, tinha a função de organizar a federação, repartindo as competências entre esta e os estados membros, enquanto as constituições destes últimos se ocupavam precipuamente da proteção de direitos fundamentais.

No entanto, com o fenômeno da nacionalização da proteção dos direitos fundamentais, passou a ser comum a duplicação de normas protetoras dessa espécie de direitos, ou seja, o mesmo direito ou liberdade passou a ser regulamentado em mais de uma constituição. Nestes casos, segundo o mesmo autor, as regras centrais não excluem as regras locais da proteção de direitos fundamentais, pois as segundas devem prevalecer quando oferecerem ao cidadão tratamento mais favorável[52].

O raciocínio do jurista italiano (referente à nacionalização dos direitos fundamentais) deve ser aplicado também ao fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, surgido no período pós-guerra "como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo"[53]. Ou seja, no que se refere ao cenário europeu, em respeito ao princípio *pro persona*, quando se tratar de normas de direitos humanos, deve prevalecer aquela que ofereça maior proteção ao cidadão europeu, figura central de toda construção teórica do Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) prevê expressamente a possibilidade dos ordenamentos nacionais estabelecerem proteção mais extensa aos direitos humanos e liberdades fundamentais[54]. Ángel Rodriguez destaca que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem afirmado em diversas decisões "el caráter de estándar mínimo de la protección dispensada pela CEDH" e que a doutrina também tem sido unânime nesse sentido[55]. Assim, não é sustentável o postulado da primazia do Direito europeu sobre os Direitos nacionais, ao menos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Pode-se afirmar que o princípio *pro persona* seria de difícil aplicação nas relações entre particulares, mas essa concepção também se aplica nas relações de direito doméstico. O conflito entre direitos fundamentais nas relações privadas deve ser resolvido pelas técnicas de ponderação, propostas por Robert Alexy, visando a busca de uma convivência harmônica entre direitos fundamentais aparentemente contrapostos[56]. A questão é que, se um sistema é heterárquico, eventuais conflitos existentes entre diferentes ordenamentos devem ser resolvidos de acordo com critérios materiais, como se as normas pertencessem a um mesmo ordenamento.

---

[52] D'ATENA, A. "La Constitución Oculta de Europa (Antes y Después de Lisboa)", *ReDCE*, Año 7, núm. 13. Enero-junio/2010, p. 40.

[53] PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

[54] O art. 53 da CEDH, intitulado de "Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via", estabelece que "Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte".

[55] RODRIGUEZ, A. "La Mayor Protección Interna de Los Derechos de La Convención Europea de Derechos Humanos y El Impacto del Margen de Apreciación Nacional", *UNED, Revista de Derecho Político*, n. 93, mayo-agosto 2015, p. 78.

[56] ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Constata-se, portanto, que, em um sistema de acoplamento jurídico que pretende ser plural e não hierárquico, se revela inconsistente a prevalência deste ou daquele ordenamento por critérios meramente formais, que consideram apenas a posição e a origem de determinada norma, sem considerar o seu conteúdo. Nesse contexto, a primazia do Direito europeu, proposta por Pernice, de fato, parece uma inconsistência do Constitucionalismo Multinível.

Portanto, das críticas contrapostas ao Constitucionalismo Multinível de Pernice, parecem procedentes a analogia com elementos tipicamente estatais (no que se refere à ausência de análise dos elementos excluídos do processo comparativo) e a incompatibilidade entre a primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional.

4. Conclusões

Diante de todo o exposto no trabalho, apresenta-se as seguintes conclusões:

(1) No contexto de mundialização, a integração existente no âmbito da União Europeia aponta para a existência de um constitucionalismo que transborda as fronteiras do Estados nacionais, bem assim os conceitos tradicionais dos campos da Política e do Direito, em especial a soberania;

(2) O Constitucionalismo Multinível, desenvolvido por Ingolf Pernice, constitui relevante evolução nos modelos teórico-descritivos da interação entre o Direito supranacional europeu e os Direitos nacionais dos países membros, especialmente no que diz respeito à quebra de paradigmas clássicos da Teoria do Estado e da própria Teoria do Direito, dando relevo a novos conceitos, como a relativização da soberania estatal, a centralidade da União Europeia na figura do cidadão (união de pessoas, e não de Estados) e a legitimidade originária do Direito supranacional, além de representar um típico paradigma na ideia de proteção dos direitos humanos e fundamentais em mais de um nível de atuação;

(3) No entanto, a doutrina aponta algumas e relevantes críticas ao Constitucionalismo Multinível. No desenvolver do trabalho, apresentamos três ponderações contrárias ao modelo teórico-descritivo do jurista alemão: (a) analogia com elementos tipicamente estatais, (b) paradoxo do fracasso do referendo constitucional e (c) aparente incompatibilidade entre a primazia do Direito Europeu e o pluralismo constitucional. Destas críticas, foi apresentada discordância em relação à primeira delas apenas no de que diz respeito à impossibilidade de o Constitucionalismo Multinível ser utilizado para a explicação de outras formas de constitucionalismo pós-nacional e quanto ao paradoxo do referendo constitucional;

(4) Em relação ao postulado da primazia do Direito europeu, aspecto considerado inconsistente com a construção de um modelo não hierárquico de acoplamento de ordenamentos jurídicos, no que diz respeito às normas de direitos humanos, sugeriu-se a prevalência da norma que oferece maior proteção ao indivíduo (princípio *pro persona*), conforme se depreende do art. 53 da CEDH. Esse mesmo entendimento vem prevalecendo no âmbito de TEDH, que adota a prevalência da norma mais protetiva em detrimento de critérios de escolha por aspectos puramente formais.

Bibliografia

ACOSTA ALVARADO. PA. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinível,* 2013, 368 f, Tese (Doutorado em Direito), Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Programa de Doctorado, Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2013.

ACOSTA ALVARADO. PA. "Zombis VS. Frankestein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno", *Estudios Constitucionales*, Año 14, nº 1, 2016, pp. 15-60.

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. "Del Derecho Constitucional Común Europeo e la Constitución Europea. Cambio de Paradigma en la Legitimidad de la Unión?", *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 16. UNED, 2005. p. 343-373.

BAÍA MAGALHÃES, B. *Pluralismo Constitucional Interamericano: A Leitura Plural da Constituição de 1988 e o Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2015.

D'ATENA, A. "La Constitución Oculta de Europa (Antes y Después de Lisboa)**"**, *ReDCE*, Año 7, núm. 13. Enero-junio/2010. pp. 17-46.

FERRAJOLI, L. *A Soberania no Mundo Moderno,* Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Editora MArtins Fontes, 2002.

JAESTADT, M. "La Liga Constitucional Europea. El Encanto Teórico Constitucional y La Insuficiencia Teórica del Principio de Incertidumbre"**,** *Teoria y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014. pp. 167-198.

HOYOS, LM; RODRIGUEZ MESA, F. "El Constitucionalismo Multinivel y El Neoconstitucionalismo Ideológico: Nuevas Perspectivas de la Interpretación Jurídica en Colombia". *Advocatus*, Voumen 11, nº 22:127-152, 2014. Universidad Libre Seccional. Barranquilla. pp. 127-152.

KOTZUR, M. "El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 16. Madrid: 2012. pp. 225-249.

LÓPEZ AGUILAR, JF. "El Constitucionalismo Europeo y la Teoría Constitucional de la Integración Europea". *In:* Miras, Antonio Pérez, et al. (Org). *Constitución e Integración Europea. Forma Política, Gobernanza Económica, Organización Territorial*. 1st ed., Dykinson, S.L., 2017. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/j.ctt1p6qnzd. Acesso em 14 jul. 2020.

MARTINICO, G. "From the Constitution for Europe to the Reform Treaty: a literature survey on European Constitutional Law**",** *Centro Studi Sul Federalismo: Perspectives on Federalism*, Vol. 1, 2009, ISSN 2036-5438. pp. 13-41.

MAYER, F; PERNICE, I. "De la constitution composée de l'Europe". *WALTER HALLSTEIN-INSTITUT, WHI* - Paper 1/2001, p. 01-27. Disponível em: http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0101.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

MAYER, FC.; PERNICE, I; WERNICKE, S. "Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism". *King's College Law Journal*, vol. 12, no. 1, 2001, p. 61-74.

OLIVEIRA MOREIRA, T. "A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América LAtina e os Direitos Humanos Sociais: uma análise a partir do pensamento de Peter Härbele", In: MOREIRA, Thiago Oliveira Moreira; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Org.). *Direito Internacional na Contemporaneidade: estudos em comemoração aos 17 anos da SOI.* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. pp. 143-182.

OLIVEIRA VIEIRA, F. *Integração regional e harmonização jurídica: estudo sobre as dinâmicas jurisdicionais nos sistemas internormativos da União Europeia, da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul.* 2019. 404 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Minho. Escola de Direito. 2019.

OLIVEIRA VIEIRA, G. *O constitucionalismo no cenário pós-nacional: as implicações constitucionais da mundialização e busca por fontes alternativas de legitimidade,* 2012, 403 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2012.

PERNICE, I. "Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism". In.: Eibe Riedel (ed.). *German Reports on Public Law. Presented to the XV International Congress on Comparative Law*, Bristol 26 July to 1 August 1998, NOMOS, Baden-Baden 1998, p. 40 – 66. Disponível em: http://www.whi-berlin.eu/documents/pernice-regional-integration.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

PERNICE, I. "Multilevel Constitucionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 703-750.

PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Walter Hallstein-Institut* - Paper 5/02, 2001, p. 01-15.

PERNICE, I. "European v. National Constitutions" *European Constitutional Law Review*, vol. 1, no. 1, January 2005, p. 99-103.

PERNICE, I. "The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action". *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009, p. 349-407. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 10 jul. 2020.

PERNICE, I. "El Constitucionalismo Multinivel en la Unión Europea". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 9, nº 17, 2012, p. 639-671.

PERNICE, I. "La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización". Documento de trabajo (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos), *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, 2012. Disponível em: https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/6116. Acesso em: 20 jul. 2020.

PERNICE, I. "The Autonomy of the EU Legal Order Fifty Years After Van Gend". *Walter Hallstein-Institut*, PAPER 08/2013, p. 01-26. Disponível em: http://www.whi-berlin.eu/tl_files/WHI-Papers%20ab%202013/WhiPaper082013.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015, p. 541-562. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4409053/mod_resource/content/1/ingolf%20pernice%20multilevel_constitutionalism_and_the_crisis_of_democracy_in_europe%202015.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.

PERNICE, I. "European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States, Implications for Brexit". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 93, no. 1, 2017, p. 211-244.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIZZOLO, C. "Derecho constitucional en la Unión Europea: el "constitucionalismo multinivel" como alternativa al problema de la jerarquia normativa". *Anales n. 42, Faculdad de Cs. Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P. 2012. pp. 120-130.

RODRIGUEZ, A. "La Mayor Protección Interna de Los Derechos de La Convención Europea de Derechos Humanos y El Impacto del Margen de Apreciación Nacional", *UNED, Revista de Derecho Político*, n. 93, mayo-agosto 2015. pp. 75-102.

WALKER, N. "Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate". *LSE Europe in Question Discussion Paper Series*. Paper Nº 08/2009.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 204-218
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe2386-5229

Melhoramento genético, biodireito e o agronegócio: uma análise ético-normativa

Genetic improvement, biodirection and agribusiness: an ethio-normative analysis

Rildo Mourão Ferreira[1]
Caroline Leite de Camargo[2]
Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução. 2. Manipulações genéticas. 2.1. Agronegócio e transgênicos. 3. Lei 11.105/05 – Lei de biossegurança. 4. Manipulações genéticas e o meio ambiente. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: A engenharia genética e produtos a partir de intervenções humanas na natureza já são uma realidade há algumas décadas e o ser humano está cada dia mais apto para desenvolver mecanismos capazes de alterar a formação de plantas e animais, visando trazer melhorias das mais diversas, indo desde aumento na produção até a cura de doenças. É indiscutível as melhorias que estão sendo colhidas pela humanidade a partir de pesquisas genéticas em organismos vivos e foi realizado uma análise a respeito da responsabilidade ética e normativa a partir do desenvolvimento e utilização de OGM no país quanto ao dever de garantir um meio ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações. A pesquisa é de cunho bibliográfico e foi usado o método dedutivo. É fundamental que as pesquisas sejam desenvolvidas com responsabilidade, tendo em vista que um dano ambiental, a partir da inserção de espécies geneticamente modificadas pode ocasionar desequilíbrio, extinção de plantas e animais e gerar danos imensuráveis.

Palavras-chave: Biotecnologia. Desafios do século XXI. Responsabilidade.

Abstract: Genetic engineering and products made by human intervention in nature have been already a reality by some decades and humankind is each day more capable of changing plant and animal growth, aiming miscellaneous improvements, from increasing production to healing diseases. The improvements that human race is achieving through genetic research in living organisms are undeniable and it was made an analysis about ethical and normative responsibility coming out of use and development of genetically modified organisms in the country as well as the duty of assuring an harmonious environment for present and future generation. The present paper is a bibliographic research and it was used a deductive method.

---

[1] Pós-Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela UnB. Doutor em Ciências Sociais pela PUC / SP. Mestre em Direito Empresarial na Universidade de Franca. Pós-graduado pelo Direito das Relações do Trabalho pela Universidade Mogi das Cruzes. Professor Titular da Faculdade de Direito da UniRV. Professor do Mestrado em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da UniRV. Corretora do Programa Bolsa Pesquisador da UniRV. Membro do Grupo de Pesquisa - Direito, Agronegócio e Sustentabilidade - UniRV, certificado pelo CNPq. E-mail: rildo.mourao@unirv.edu.br.

[2] Mestre em Direito pela Univem. Bacharel em Direito pela UFMS. I Professor Associado da Faculdade de Administração da Universidade Rio Verde-Goiás. UniRV. ID Orcid https://orcid.org/0000-0002-0158-981X. e-mail: caroline.camargo@unirv.edu.br.

Recibido: 20/03/2021
Aceptado: 05/06/2021

Moreover, any research must be developed under liability, in view that an environmental damage, as introduction of genetically modified species may cause imbalance, plant and animal extinctions and immeasurable harm.

Keywords: Responsibility. Biotechnology. Challenges of the twenty-first century.

1. Introdução

As possibilidades trazidas por ciências como a engenharia genética e a biotecnologia nunca estiveram tão próximas do cotidiano de pessoas comuns, seja através de alimentos ou ainda produtos como vacinas e medicamentos.

Dessa forma, é fundamental se analisar o papel no direito no que diz respeito a imposição de regras e limites, sejam éticos ou normativos para que seja possível o desenvolvimento de pesquisas, mas sem que o equilíbrio ambiental esteja em risco.

Os problemas ambientais têm sido discutidos nos últimos anos com maior frequência, já que as consequências da escassez hídrica são sentidas cada vez mais em nosso dia-a-dia.

Preservar o meio ambiente é um dever imposto tanto ao Poder Público como para a sociedade de forma geral, posto que a qualidade de vida deve ser garantida para as presentes e futuras gerações. No entanto, a intervenção humana através de manipulações genéticas pode colocar facilmente em risco o equilíbrio ambiental, prejudicando ou mesmo impossibilitando espécies de plantas e animais de continuarem a existir.

O melhoramento genético tem alcançado grandes feitos nas últimas décadas, mas a preservação ambiental não pode ser colocada em cheque em nome de um desenvolvimento sem o cumprimento de leis e outros instrumentos normativos.

As atividades agrícolas possuem relação estrita com a natureza. Por essa razão, a Política Agrícola há que se preocupar com a produtividade rural, há que se olvidar que a Terra é um bem de todos e deve ser preservada para as presentes e futuras gerações.

A expansão do agronegócio avançou e transformou as relações socioambientais, de modo que a efetividade da legislação florestal é fundamental para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Apesar de o meio ambiente apresentar um ecossistema abundante, a sustentabilidade continua sendo difícil de ser alcançada, uma vez que a grande maioria da população não reconhece a importância dos recursos naturais para o agronegócio.

Nessa seara, a presente pesquisa analisou a respeito do melhoramento genético no país, legislações pertinentes e a respeito da responsabilidade civil inerente ao causador de danos ambientais a partir de pesquisas com engenharia genética e biotecnologia.

A pesquisa teve como principal objetivo analisar a respeito do desenvolvimento de OGMs[3] no Brasil, as legislações pertinentes e os limites que devem ser seguidos, especificamente no campo da preservação ambiental e do desenvolvimento do agronegócio.

2. Manipulações genéticas

O ser humano, a partir do momento que começou a desenvolver técnica de plantio e produção de alimentos, há cerca de dez mil anos trouxe a possibilidade de fixar sua residência e se desenvolver com mais facilidade. O que essas

[3] OGMs – Organismos geneticamente modificados.

pessoas demoraram para perceber é que diversas adaptações e manipulações nas plantas que eram usadas para o plantio foram ocorrendo ao longo dos tempos, a fim de tornar a produção mais eficiente e visando atender as necessidades da comunidade.

Desde o momento que a seleção de sementes e plantas começa a ser mais consciente, o ser humano desenvolve de fato a domesticação de vegetais, passando a escolher o que plantar a partir da cor, sabor, aroma e outras características, que tornavam algumas espécies mais atraente que outras. Para se ter uma ideia, os índios americanos já realizavam procedimentos de melhoramento do milho, antes mesmo da chegada de europeus no continente, o que possibilitou o aumento das espigas e melhorias na qualidade do alimento[4].

Nesse sentido, é possível entender que adaptações de plantas e animais ocorrem de forma natural, contudo, o ser humano, em algum momento de sua história, percebeu que poderia acelerar essas mudanças e melhorar a qualidade dos bens que produzia. Esse melhoramento pode ser transmitido aos descentes, o que faz com que espécies mais aceitas na alimentação e para suprir necessidades humanas prevaleçam, em detrimento de outras,

> Mendel, elaborou as leis da segregação na qual algumas características são determinadas por um par de fatores. Estes fatores estão nos parentais, em locais chamados de gametas, onde apenas um fator de cada parental e de forma aleatória, são transmitidos para a descendência. A lei da segregação independente estabelece que fatores dos parentais combinam independentemente na descendência. Mendel contestou a teoria da Seleção Natural de Darwin porque uma consequência direta de sua lei foi que a variação genética poderia ser preservada através do tempo[5].

O genótipo traz as características externas do indivíduo, sendo que tais fatores ocasionam a descendência, sendo transmitidos. Por sua vez o fenótipo são as características externas, ou seja, para que seja possível distinguir características externas, é essencial a contribuição da carga genética do indivíduo. Naturalmente há adaptações a partir do ambiente, assim, milho plantado em um local com terra fraca tende a ser diferente daquele plantado em local rico em matéria orgânica[6].

A engenharia genética é uma realidade, contudo, diversas questões são levantadas em áreas como direito, economia, ética, saúde pública, entre outras, a fim de se tentar definir padrões para que o avanço da ciência não coloque em cheque outros quesitos, como a preservação ambiental e a própria existência humana.

Por engenharia genética temos a possibilidade de se transferir genes de uma espécie para outra, alterando, assim, a estrutura genética da espécie objeto do procedimento. O médico americano Oswald Theodore Avery descobriu em 1944 o ADN/DNA, possibilitando que pesquisadores que o sucederam fizessem

---

[4] TOLEDO MACHADO, A. "Construção histórica do melhoramento genético de plantas: do convencional ao participativo", *Rev. Bras. de Agroecologia*, v.9, 2014, pp. 35-50. Disponível em: http://orgprints.org/26614/1/Machado_Constru%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso: 19 ago. 2019.

[5] TOLEDO MACHADO, A. "Construção histórica do melhoramento genético de plantas: do convencional ao participativo", *Rev. Bras. de Agroecologia*, v.9, 2014, p. 35-50, p.37. Disponível em: http://orgprints.org/26614/1/Machado_Constru%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso: 19 ago. 2019.

[6] TOLEDO MACHADO, A. "Construção histórica do melhoramento genético de plantas: do convencional ao participativo". *Rev. Bras. de Agroecologia,* v.9, 2014, pp. 35-50. Disponível em: http://orgprints.org/26614/1/Machado_Constru%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso: 19 ago. 2019.

mapeamento do genoma das espécies e, assim, fosse possível desenvolver a manipulação de genes[7].

O desenvolvimento de tais técnicas foi decisivo para diminuir o problema da fome, que assolava diversos países a partir do fim da II Guerra Mundial[8], melhorando as condições de plantio e trazendo maiores garantias aos produtores.

A biotecnologia é uma ciência recente, e, aplicada à biologia, é capaz de produzir e alterar organismos vivos, visando melhorias na produção e comercialização de produtos, nesse sentido, acerca da biotecnologia, é possível entender que o processo tecnológico que permite a utilização de material biológico de plantas e animais visando fins industriais é a biotecnologia, que possibilita a utilização e alteração de organismos vivos ou suas partes como células, moléculas e outros a fim de se gerar produtos, processos e serviços especializados com aplicação em diversas áreas como saúde, agropecuária e meio ambiente[9].

Uma das grandes preocupações na atualidade é o fato de que nem sempre a normatização tem conseguido acompanhar a evolução científica e tecnológica da atualidade, deixando muitas vezes para o bem senso questões como os limites para essas questões.

Boa parte dos grãos, como por exemplo o feijão, são alguns dos itens que sofrem melhoramento genético visando aperfeiçoar a qualidade do grão, bem como aumentar a oferta, barateando o bem, que é um dos alimentos mais consumidos no país. Além disso, desde 2017 é comercializado no Canadá o salmão transgênico, enquanto em Bangladesh, há uma variedade de berinjela resistente a insetos[10].

O melhoramento genético pode ocorrer de diversas formas diferentes:

> Os melhoristas fazem o uso da introdução de plantas, seleção massal, genealógico, descendente de uma única semente, sendo esse amplamente utilizado, seleção recorrente, retrocruzamentos e hibridação. Variando o uso de cada um desses de acordo com o objetivo do melhoramento[11].

Alguns dos resultados do melhoramento genético pode ser tolerância maior a insetos, seca, fácil adaptação a diversos tipos de solo e clima, entre outras, facilitando o plantio de grãos nas mais diferentes regiões do país e do mundo e, assim, aumentando a oferta de alimentos e bens para a comunidade. Além

---

[7] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável". *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

[8] COUTO REIS, A. C. *O registro de patentes de organismos geneticamente modificados*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Católica de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional, Econômico e Tributário, Brasília, 2011, 90p. Disponível em: https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/266/1/Amanda%20Coelho%20Couto%20Reis.pdf. Acesso: 08 set. 2019.

[9] DABUS MALUF, A. C. do R. F. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

[10] CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

[11] YUJI TSUTSUMI, C.; GUILHERME BULEGON, L.; TIAGO PIANO, J. "Melhoramento genético do feijoeiro: avanços, perspectivas e Novos estudos, no âmbito nacional". *Nativa*, Sinop, v. 03, n.03, 2015, pp.217-223, p.218. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282350097_Melhoramento_Genetico_do_Feijoeiro_Avancos_Perspectivas_e_Novos_Estudos_no_Ambito_Nacional. Acesso: 03 set. 2019.

disso, o melhoramento pode gerar maiores ganhos ao produtor e maior certeza de que terá sucesso com o plantio, independentemente de ser um grande produtor ou se desenvolve agricultura de subsistência.

Para se realizar um melhoramento genético é comum que várias formas sejam usadas, garantindo, assim maior sucesso do procedimento.

Nem sempre é necessário laboratório para se realizar manipulações genéticas em grãos, uma vez que o próprio produtor tende a escolher os itens que apresentam maior adaptação à sua realidade, fazendo com que características desejáveis sejam selecionadas, perpetrando no cultivo. Essa seleção natural realizada pelos produtores, a partir da planta que se adapta melhor à sua realidade pode ocasionar extinção da variabilidade genética, fazendo com que se cultive apenas uma única cultivare, ou proveniente de alguns progenitores[12].

Nesses termos, um dos principais produtos transgênicos disponíveis é a soja RR, que possui maior quantidade de hormônio e/ou menor quantidade de isoflafona, sendo que até o momento nenhum dano à saúde humana ou meio ambiente foi relacionado ao consumo do produto[13].

Contudo, é indispensável que antes de realizar seleções e melhoramentos seja analisado o meio ambiente em que está sendo utilizado, a fim de se verificar se realmente haverá adaptação sem grandes danos ambientais.

2.1 Agronegócio e transgênicos

O mercado de agronegócio brasileiro responde por cerca de 20% do produto interno bruto (PIB) nacional, mais do que qualquer outro setor individual, de acordo com dados da Confederação Brasileira de Agricultura e Pecuária. O país também está vendo surgir um número cada vez maior de AgTechs, startups dedicadas ao agronegócio. Existem mais de 1.000 empresas de tecnologia no setor e 90% delas estão concentradas no sul e sudeste[14].

A análise da expansão da cultura da soja no Brasil nas últimas décadas deixa evidente o progresso de avanço na cultura no agronegócio. Nesse período, ocorreram mudanças significativas na exploração da cultura, na qual os avanços tecnológicos possibilitaram o cultivo comercial[15].

O crescimento do agronegócio em Goiás se dá principalmente por conta da soja, que é a principal oleaginosa produzida e consumida no mundo. O complexo soja é, sem dúvidas, o setor mais relevante na economia de Goiás, sendo que hoje ocupa o terceiro lugar na produção brasileira de soja, e o Centro-Oeste é a região que mais cresce no país. O Brasil por sua vez, está páreo a páreo no ranking de maiores exportadores com os Estados Unidos ocupando o segundo

---

[12] YUJI TSUTSUMI, C.; GUILHERME BULEGON, L.; TIAGO PIANO, J. "Melhoramento genético do feijoeiro: avanços, perspectivas e Novos estudos, no âmbito nacional". *Nativa*, Sinop, v. 03, n.03, 2015, pp.217-223. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282350097_Melhoramento_Genetico_do_Feijoeiro_Avancos_Perspectivas_e_Novos_Estudos_no_Ambito_Nacional. Acesso: 03 set. 2019.

[13] COUTO REIS, A. C. *O registro de patentes de organismos geneticamente modificados*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Católica de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional, Econômico e Tributário, Brasílial, 2011, 90p, p.22. Disponível em: https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/266/1/Amanda%20Coelho%20Couto%20Reis.pdf. Acesso: 08 set. 2019.

[14] REVISTA CAFEICULTURA. *Agronegócio brasileiro busca novas tecnologias*. Rio Paranaíba: MG, 06 setembro 2019. Disponível em: https://revistacafeicultura.com.br/?mat=68270. Acesso: 15 out. 2019.

[15] MARTINS DE FREITAS, M.C. "A cultura da soja no Brasil: o crescimento da produção brasileira e o surgimento de uma nova fronteira agrícola". *Enciclopédia Biosfera*, Goiânia, v. 7, n. 12, 2011.

lugar na produção mundial de soja, o que o torna a soja o principal produto do agronegócio brasileiro[16].

Os transgênicos são cada dia mais usados, como em lavouras, melhorando as chances de que esta seja produtiva e gere lucro ao setor. Alimentos como abóbora, alfafa, berinjela, cana-de-açúcar, feijão, milho e soja são apenas alguns exemplos de plantios em que já são comuns a utilização de transgênicos. Sendo que no caso da soja, milho e algodão, 99% do que é plantado no mundo é transgênico.

Pontifica-se que, já existem bactérias, fungos e leveduras transgênicas que são usadas em procedimentos de fermentação, preservação e formação de sabores de bebidas e comidas, como no caso de queijos, pães e cerveja. Há ainda uma larga escala de utilização em vacinas, medicamentos, terapias e outros procedimentos envolvendo a saúde humana, animal e vegetal, como por exemplo a insulina, usada no tratamento de diabetes em seres humanos, sendo desenvolvida a partir de microrganismos transgênicos. Microrganismos são usados também pelas indústrias químicas, como na produção de detergentes e sabão em pó ou ainda para a produção de tecidos, a fim de estes resistam às diversas condições de lavagem[17].

A criação de OGMs – Organismos Geneticamente Modificados - teve início com cientistas americanos, que ainda na década de 70 começaram a focar pesquisas a partir do DNA, sendo que, depois de conseguirem transferir genes de uma espécie para outra, a tendência foi a criação de medicamentos, hormônios, plantas e outros geneticamente modificados[18].

A insulina foi o primeiro produto desenvolvido a partir de um organismo transgênico, e chegou ao mercado em 1982, sendo que as primeiras plantas transgênicas começaram a ser comercializadas na China, nos anos 90 e visavam auxiliar no controle de pragas. Posteriormente, nos Estados Unidos, iniciou a comercialização de tomates geneticamente modificados permitindo que madurassem mais tarde, contudo, o grande divisor de águas entre as culturas comuns e as geneticamente modificadas foi a soja, a partir de 1995[19].

No Brasil, a soja geneticamente modificada começou a ser plantada em 1998, após aprovação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), concedida à empresa Monsanto[20].

Ressalte-se, no entanto, que o desenvolvimento de OGM precisam cada dia de mais respaldo jurídico, tendo em vista que o assunto possui contornos cada vez mais complexos, em especial no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual[21].

Insta salientar, contudo, que nem todo OGM é um transgênico, posto que no caso deste último, obrigatoriamente há a inserção de genes externos em seu DNA, que seriam incompatíveis naturalmente. Um OGM, por sua vez, ocorre quando há manipulações a partir de sua própria carga genética, ou ainda através do cisgênico, que é a inserção de gene de uma espécie que poderia ocorrer um

---

[16] SEIXAS, W. "Soja incrementa agronegócio em Goiás". *Diário da Manhã*, 7 abril 2015. Disponível em: https://www.dm.com.br/opiniao/2015/04/soja-incrementa-agronegocio-em-goias.html. Acesso: 12 out. 2019.

[17] CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

[18] DABUS MALUF, A. C. R. F. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

[19] CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

[20] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável", *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

[21] DABUS MALUF, A. C. R. F. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

cruzamento, ressaltando que cruzamentos naturais são realizados há milhares de anos, com ou sem a intervenção humana, sendo que o milho é um dos principais exemplos, posto que, a partir de um grão ancestral e a intervenção humana gerou espigas maiores e com mais grãos[22].

Com as possibilidades trazidas pela engenharia genética, o melhoramento genético pode ocorrer de forma muito mais rápida e eficiente nos dias atuais, podendo trazer diversos benefícios como a cura de doenças, aumento da produtividade no campo, diminuição de perdas, entre outros, ressaltando que são considerados OGM alimentos *in natura* como também os derivados de alimentos que tiveram sua carga genética alterada.

Nesse sentido, é bem provável que quase a totalidade de alimento consumidos pela humanidade atualmente possua ao menos um ingrediente que tenha passado por algum procedimento de melhoramento, como produtos derivados de soja ou milho.

O consumidor, em regra, não consegue diferenciar bens transgênicos dos comuns, contudo, no Brasil, há o Decreto 4.680 de 2003 que traz a obrigatoriedade de se identificar produtos que contenham mais de 1% de ingrediente transgênico em sua composição, sendo que o rótulo deve conter o símbolo de transgênico, bem como informações a respeito de qual ingrediente é transgênico, como por exemplo: "produto produzido a partir de soja transgênica" ou "contém soja transgênica"; ou ainda nome da espécie doadora do gene junto à identificação dos ingredientes ou sigla OGM (Organismo Geneticamente Modificado)[23].

Contudo, desde 2016, o TRF 1 determinou que produtos transgênicos devem ser identificados, independentemente da quantidade usada, como uma forma de se efetivar o direito à informação.

Uma das maiores discussões que ainda existe a respeito dos transgênicos diz respeito a riscos alimentares, uma vez que alterações na estrutura genética do alimento pode ocasionar o aumento de alergias e intolerâncias nos consumidores, além disso, há ainda a preocupação quanto aos riscos que os OGMs podem ocasionar ao meio ambiente, como a poluição genética, surgimento de superpragas e os danos às espécies circundantes, que podem ser irreversíveis e colocar em risco o desenvolvimento sustentável[24].

O cultivo de OGMs no Brasil deve atender às normas, sendo proibido o cultivo de produtos que não tenham sido devidamente autorizados pelo CTNBio, órgão responsável pela fiscalização.

Insta salientar que o Brasil é um dos países que mais planta transgênicos no mundo, sendo que as principais são: soja, milho, algodão e cana-de-açúcar, sendo que feijão e eucalipto já receberam as devidas autorizações para que se inicie o cultivo transgênico de forma comercial. A soja é o item com maior incidência de transgenia, chegando perto do 100% no país, sendo que o produto foi o primeiro a receber autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), em 1998[25].

Com os transgênicos, o produto pode se tornar mais resistente a insetos e outras pragas, fazendo com que seja necessário menos agrotóxico. Além disso, o produtor tem maior certeza nos lucros e se torna menos propenso ao acaso. Se

---

[22] CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

[23] CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

[24] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável", *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

[25] CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

uma safra se perde, é comum que o item se torne mais caro e, consequentemente menos acessível a uma parcela considerável da comunidade.

Além disso, há a Lei 9.279/96[26], que traz proteção aos direitos de propriedade, incluindo o desenvolvimento de patentes, sendo que a Lei 9.456/97[27] traz a proteção de cultivares, sendo garantido direito de propriedade aos obtentores, sendo que a proteção do cultivar recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira, conforme dispõe a lei.

3. Lei 11.105/05 – Lei de biossegurança

A bioética traz o dever de responsabilidade ética no desenvolvimento de pesquisas científicas, revelando preocupação com o bem-estar humano e a vida como um todo diante do desenvolvimento científico. O tema é polêmico e divergente e necessita ser analisado, estudado e discutido, posto se tratar de uma realidade atualmente[28].

A ética que se defende atualmente está muito distinta da ética defendida pelos antepassados, já que antigamente se falava de uma ética antropocêntrica, que, contudo, ganhou novos contornos e se tornou muito mais abrangente na atualidade. Hoje se sabe o quanto a natureza é vulnerável ao ser humano e suas intervenções, sendo necessário que se busque o bem não apenas humano, mas de do que é extra-humano também, como forma de garantir a qualidade e o equilíbrio para todos os seres[29].

A irreversibilidade de manipulações em genes e a imprevisibilidade de impactos, tanto para o meio ambiente como para a saúde humana, animal e vegetal são algumas das preocupações que norteiam a temática e tem gerado a aprovação de leis e regulamentos envolvendo a pesquisa com melhoramento genético no país.

A partir disso, o biodireito é uma ferramenta indispensável a fim de que seja possível se garantir a biossegurança de procedimentos de melhoramento genético, criação de OGM e transgênicos.

Conhecida como lei de biossegurança, a Lei 11.105/05[30] traz algumas regras para a realização de manipulações genéticas no país. Tal legislação visa impor limites aos pesquisadores, a fim de que pesquisas com melhoramento genético não sejam desenvolvidas sem respaldo legal e ético, posto que podem trazer muitas consequências, incluindo prejuízos ambientais e à saúde humana de difícil reparação.

No entanto, embora haja alguns dispositivos legais no país prevendo o desenvolvimento científico como um direito fundamental, como o artigo 5º, IX,

---

[26] BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Presidência da República, Brasília*, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso: 09 set. 2019.

[27] BRASIL. Lei 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. *Presidência da República*, Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm. Acesso: 08 set. 2019.

[28] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável", *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

[29] JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

[30] BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Política Nacional de Biossegurança. *Presidência da República*, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso: 06 set. 2019.

da Constituição Federal, tais direitos não são absolutos, tendo em vista que existem outros valores e bens jurídicos que precisam ser tutelados, como a vida e a integridade física[31].

Importante lembrar que é de suma importância que a legislação atinente seja respeitada, uma vez que questões éticas e morais devem nortear o desenvolvimento das ciências, sob pena de se colocar em risco seus objetivos principais, quais sejam melhorar a qualidade de vida no planeta.

Nesse sentido, comenta Neta Mello[32] que desde épocas antigas a ética e a moral são valorizadas, como ocorria na Grécia, onde se acreditava que a política e a ética não poderiam ser separadas e que para que um indivíduo pudesse desenvolver a sua felicidade deveria atuar dentro da polis conforme suas convicções, sempre respeitando o interesse de todos.

As possibilidades trazidas com as manipulações genéticas devem ser realizadas com responsabilidade, sob pena de se colocar em risco espécies e até mesmo a vida no planeta, tendo em vista que as alterações genéticas são transmitidas aos descendentes da espécie modificada[33].

Dessa forma, as conquistas da ciência são traduzidas pela tecnologia, sendo que o conhecimento técnico depende essencialmente da ciência, "[...] sendo a tecnociência: intervencionista, não pura e longe de ser imparcial, fugindo totalmente da pureza e inocência da ciência teórica"[34].

A ciência não poderá suprir todos os males da humanidade, se não houver ética em seu aprimoramento, sendo mais provável que ganancia e individualismo diminuam consideravelmente as possibilidades de vida no planeta, dentre elas a humana.

O ser humano não está preparado para as possibilidades científicas que dispõe, posto que ainda não desenvolveu técnicas eficientes para resolver os problemas oriundos da socialização e convivência entre seus pares.

A Lei 11.105/05 trata de questões envolvendo a biossegurança no país, a partir da criação, desenvolvimento, transporte, disponibilização no meio ambiente entre outros de Organismos Geneticamente Modificados (OGM).

Dispõe seu artigo 1º:

> [...] § 1º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a

---

[31] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o Código de ética médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

[32] NETA MELLO, C. P. F. S. *Implicações jurídicas na utilização de organismos geneticamente modificados: os alimentos transgênicos*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás, Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Goiânia, 2016, 110p. Disponível em: http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/3441/2/CECY%20PEREIRA%20FIGUEIRA%20DA%20SILVA%20NETA%20MELLO.pdf. Acesso: 03 set. 2019.

[33] NETA MELLO, C. P. F. S. *Implicações jurídicas na utilização de organismos geneticamente modificados: os alimentos transgênicos*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás, Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Goiânia, 2016, 110p. Disponível em: http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/3441/2/CECY%20PEREIRA%20FIGUEIRA%20DA%20SILVA%20NETA%20MELLO.pdf. Acesso: 03 set. 2019.

[34] NETA MELLO, C. P. F. S. *Implicações jurídicas na utilização de organismos geneticamente modificados: os alimentos transgênicos*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás, Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Goiânia, 2016, p.22. Disponível em: http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/3441/2/CECY%20PEREIRA%20FIGUEIRA%20DA%20SILVA%20NETA%20MELLO.pdf. Acesso: 03 set. 2019.

> transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados.
> § 2º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais[35].

Sendo de total responsabilidade das instituições que desenvolvem tais pesquisas cumprir as determinações legais, bem como são responsáveis por quaisquer prejuízos que as intervenções possam vir a causar, sendo obrigatória a investigação de acidentes ocorridos durante as pesquisas, bem como comunicação aos órgãos competentes (CTNBio – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança).

Insta salientar que a atuação em desacordo com o que é estabelecido pela lei pode ocasionar a aplicação de penalidades, conforme traz a Lei 11.105/05:

> Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> § 2º Agrava-se a pena:
> I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;
> II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;
> III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;
> IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem[36].

Dessa forma, deve haver grande responsabilidade envolvendo o desenvolvimento de OGM ou mesmo transgênicos, posto que tais intervenções podem trazer danos, tanto para o organismo alterado como para o meio ambiente como um todo, prejudicando a qualidade ou mesmo a existência de vida na localidade.

O crescimento da utilização de culturas de transgênicos no Brasil tem possibilitado que se aumente a quantidade produzida sem aumentar a área ocupada, possibilitando, dessa forma que áreas de conservação sejam mantidas, embora haja aumento na demanda[37].

---

[35] BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Política Nacional de Biossegurança. *Presidência da República*, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso: 06 set. 2019.

[36] BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Política Nacional de Biossegurança. *Presidência da República*, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso: 06 set. 2019.

[37] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável". *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

O uso de transgênicos no Brasil é uma realidade que se consolida a cada ano, embora estejam acontecendo cortes de verbas destinadas às pesquisas nos últimos anos, em especial em instituições públicas, o que pode colocar em risco o desenvolvimento de novas técnicas, incluindo mais sustentáveis do que as atuais desenvolvidas.

4. Manipulações genéticas e o meio ambiente

O desenvolvimento das ciências precisa ser pautado em limites. Dessa forma, desde os anos 70 se questiona um desenvolvimento que seja capaz de garantir a qualidade de vida e salvar o planeta do caos. Sendo que inicialmente esse era o sentido do termo "bioética", que posteriormente foi ampliado[38].

Nesse sentido, a bioética atualmente, além de discutir temas relacionados a atuação entre médico e paciente e os contornos trazidos pelas ciências, como possibilidade de manipulações genéticas, clonagem, eutanásia e liberdades relacionadas ao próprio corpo, "a reflexão bioética exige que o estudioso assuma um compromisso também com a defesa do meio ambiente"[39].

A agricultura é considerada, sem dúvidas, uma das atividades mais antigas realizadas pelo homem, pois é dela que este retira alimento para o seu sustento, sendo que é a base para a consolidação de suas atividades.

Ao longo do tempo, os indivíduos realizaram a exploração demasiada dos recursos naturais, que acabou resultando em marcas ao meio ambiente, de modo que as matas deixaram de ser totalmente naturais e passaram a ser campo para o desenvolvimento do agronegócio.

A manipulação genética trouxe uma infinidade de possibilidades para o cotidiano atual, no entanto, é preciso analisar os riscos, em especial quando a pesquisa é desenvolvida sem o devido respaldo legal e fiscalização de órgãos competentes.

Dentre os danos que podem ser ocasionados, estão a possibilidade de se eliminar animais e microrganismos do meio ambiente, criação de espécies híbridas, criação de novos vírus e bactérias, desenvolvimento de bactérias resistentes a antibióticos e outras drogas, geração de doenças, tanto para espécies animais, seres humanos e plantas, dentre outros. Por outro lado, foi realizada uma experiência na cidade de Piracicaba, interior de São Paulo, em que mosquitos Aedes aegypti foram modificados, e liberados na natureza, a fim de inviabilizar descentes, que morrem ainda no estado larval, possibilitando o controle de transmissores de doenças como a Zika, dengue e outros na região[40].

Além disso, uma grande preocupação também existe no que cabe ao domínio de técnicas de OGMs que grandes empresas dominam o mercado e acabam por tornar nações inteiras dependentes. Há ainda o problema de que nem sempre os consumidores são devidamente informados a respeito da tecnologia usada no desenvolvimento do produto que estão fazendo uso, ocorrendo violação ao direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor. Se por um lado grandes empresas podem tornar pequenos produtores e nações inteiras reféns de suas patentes na área da biotecnologia, a

---

[38] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o Código de ética médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

[39] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o Código de ética médica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

[40] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável". *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

não utilização das novas tecnologias pode colocar em risco a competitividade global e o livre mercado[41].

Antes de se realizar experiências como a citada, é fundamental analisar todos os possíveis impactos ambientais, econômicos e sociais do procedimento, a fim de constatar a viabilidade da intervenção.

Nesse sentido, bioética e biodireito estão inter-relacionados com o meio ambiente, que é essencial para a sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e toda a sociedade preservar e defender o meio ambiente, visando atingir o equilíbrio ecológico e, assim, uma vida saudável, tendo em vista as presentes e futuras gerações[42].

Nesses termos, várias ciências se unem a fim de juntas tentar garantir o avanço científico e tecnológico, sem colocar em risco a manutenção do meio ambiente devidamente equilibrado, ressaltando que muitos dos danos ocasionados pela intervenção humana ao longo dos séculos já possuem a característica de serem de difícil reparação e quanto mais próximo se estiver da degradação maior será o risco de se comprometer a existência da vida no planeta.

Quanto ao biodireito, visa impor limites ao desenvolvimento científico, de forma que possa garantir a ética e a preservação da vida em todas as suas formas durante procedimentos de intervenções humanas na natureza[43].

É preciso impor limites, inclusive através de sanções, direcionamentos e recomendações, visando evitar excessos que possam comprometer o equilíbrio ambiental.

O meio ambiente equilibrado, capaz de garantir qualidade de vida a todos os seres vivos é um direito humano fundamental, devidamente previsto no Texto Maior, em seu artigo 225, cabendo a todos a responsabilidade para com o meio que se vive.

Não se sabe com exatidão quais serão os reflexos de melhoramentos genéticos, posto que não há como prever todas as consequências da intervenção humana, assim, é fundamental que as ciências definam limites éticos e legais para essa atuação, sempre tendo como principal meta o desenvolvimento sustentável, com riscos cada dia mais calculados, visando sempre a preservação do meio ambiente de forma metaindividual.

Os riscos devem ser devidamente analisados e se é viável o desenvolvimento do experimento, uma vez que nenhuma intervenção ocorrerá sem gerar dano algum, a questão é se vale a pena correr o risco pelo procedimento de melhoramento genético ou não.

5. Conclusão

O desenvolvimento de pesquisas fazendo uso de organismos geneticamente modificados tem representado um grande avanço, posto que

---

[41] COUTO REIS, A. C. *O registro de patentes de organismos geneticamente modificados*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Católica de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional, Econômico e Tributário, Brasílial, 2011, 90p. Disponível em: https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/266/1/Amanda%20Coelho%20Couto%20Reis.pdf. Acesso: 08 set. 2019.

[42] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o Código de ética médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

[43] SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável". *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

possibilita maiores ganhos ao produtor, que não está tão vulnerável às adversidades, como clima e pragas.

Contudo, realizar pesquisas com organismos vivos pode trazer uma série de consequências, como a transmissão das alterações genéticas aos descendentes, podendo, inclusive, contribuir para a extinção de espécies e criação de outras novas e, caso esse fato não seja devidamente acompanhado, pode gerar desequilíbrio ambiental, prejudicando espécies de plantas e animais nativos da localidade.

Por outro lado, quando realizadas com responsabilidade, pesquisas envolvendo OGM podem trazer excelentes resultados, como o tratamento ou cura de doenças, amenização de sintomas, vacinas, além de aumentar a produtividade de alimentos e outros bens, tornando-os mais baratos e acessíveis a um número cada vez maior de pessoas.

Portanto, é fundamental que ocorram pesquisas na área de biotecnologia e engenharia genética, inserindo a na discussão os produtores rurais posto que já representam o setor produtivo de grãos, porém é fundamental que a legislação e o direito de forma geral sejam capazes de acompanhar tais avanços, impondo limites éticos e legais para tais situações.

Boa parte da desconfiança que há em torno dos OGMs se deve ao fato que as pessoas ainda possuem muitas dúvidas a respeito do procedimento, análise de riscos e da seriedade das pesquisas, sendo dever dos laboratórios, empresas e produtores o esclarecimento.

É essencial que áreas do direito como o biodireito, direito agrário, direito ambiental, dentre outras estejam aptas a resolverem questões envolvendo os novos ramos da ciência, sendo imprescindível que o estudante das ciências jurídicas seja devidamente preparado para os desafios que estão sendo trazidos pelo novo século.

O desenvolvimento sustentável é um mecanismo que deve ser implementado, mas para isso são necessárias mudanças efetivas, começando por uma legislação mais rígida e eficaz. o agronegócio é um dos ramos que mais se utiliza o meio ambiente e precisa ser conscientizado de que os recursos naturais são finitos.

Conclui-se que há ainda as políticas governamentais que visam conter essa acelerada devastação, através de projetos de desenvolvimento econômico sustentável além de ter o reforço das leis existentes para a preservação do meio ambiente.

Referências

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Presidência da República*, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso: 09 set. 2019.

BRASIL. Lei 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. *Presidência da República*, Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm. Acesso: 08 set. 2019.

BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Política Nacional de Biossegurança. *Presidência da República*, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso: 06 set. 2019.

BRASIL. "[Constituição (1988)]". *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. "Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998". *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio*

ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Transgênicos: tudo o que você precisa saber*. Disponível em: https://cib.org.br/transgenicos/. Acesso: 19 ago. 2019.

COUTO REIS, A. C. O registro de patentes de organismos geneticamente modificados. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Católica de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional, Econômico e Tributário, Brasília, 2011, 90p. Disponível em: https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/266/1/Amanda%20Coelho%20Couto%20Reis.pdf. Acesso: 08 set. 2019.

MOREIRA, B. O. S. "Modelo Constitucional de Proteção do Meio Ambiente e os Instrumentos de Conservação e Uso Sustentável do Cerrado". In: LARA MARTINS, R.; COELHO, S. P. (coord). *Direito e Sustentabilidade nos 30 Anos da Constituição: Experiências e Desafios no Âmbito do Direito Ambiental, Urbanístico, Mineral e Agrário*. Florianópolis: Editora Tirant Lo Blanch. v. 05, p. 161-191, 2018. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/949/o/volume_5.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

AMADO, F. *Direito Ambiental*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1056 p.

ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. 1079 p.

BURANELLO, R. *Manual de Direito do Agronegócio*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 344 p.

DABUS MALUF, A. C. R. F. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o Código de ética médica. São Paulo: Saraiva, 2014, 884p.

FERREIRA, R. M. Et al. "Desenvolvimento Sustentável e Perspectivas sobre o Agronegócio no Estado de Goiás". In: SILVERIO JR., J.P; FERREIRA, R. M; LINO, E.N.S. (org.). *Direito do Agronegócio: Sustentabilidade, Regulação e Desenvolvimento*. Goiânia: Kelps, 2019. p. 119-159.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

MARTINS DE FREITAS, M.C. "A cultura da soja no Brasil: o crescimento da produção brasileira e o surgimento de uma nova fronteira agrícola". *Enciclopédia Biosfera*, Goiânia, v. 7, n. 12, 2011.

MILARÉ, E. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 1824 p.

NETA MELLO, C. P. F. S. *Implicações jurídicas na utilização de organismos geneticamente modificados: os alimentos transgênicos*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás, Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Goiânia, 2016, 110p. Disponível em: http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/3441/2/CECY%20PEREIRA%20FIGUEIRA%20DA%20SILVA%20NETA%20MELLO.pdf. Acesso: 03 set. 2019.

OLIVEIRA, B. S. Et al. "Política Agrícola e Meio Ambiente: O Caso do Sudoeste Goiano." In: SILVERIO JR., J. P; FERREIRA, R. M; LINO, E.N.S. (org.). *Direito do Agronegócio: Sustentabilidade, Regulação e Desenvolvimento*. Goiânia: Kelps, 2019. p. 249-276.

REVISTA CAFEICULTURA. *Agronegócio brasileiro busca novas tecnologias*. Rio Paranaíba: MG, 6 setembro 2019. Disponível em: https://revistacafeicultura.com.br/?mat=68270. Acesso: 15 out. 2019.

SALLES ULTCHAK, A. A. M. "Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável". *R. Inter. Interdisc. INTERthesis*, Florianópolis, v.15, n.2, maio/ago. 2018, pp.125-142. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/download/1807-1384.2018v15n2p125/36772. Acesso: 09 set. 2019.

SEIXAS, W. "Soja incrementa agronegócio em Goiás". *Diário da Manhã*, 7 abril 2015. Disponível em: https://www.dm.com.br/opiniao/2015/04/soja-incrementa-agronegocio-em-goias.html. Acesso: 12 out. 2019.

TOLEDO MACHADO, A. "Construção histórica do melhoramento genético de plantas: do convencional ao participativo". *Rev. Bras. de Agroecologia,* v.9, n.1, 2014, pp.35-50. Disponível em: http://orgprints.org/26614/1/Machado_Constru%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso: 19 ago. 2019.

YUJI TSUTSUMI, C.; GUILHERME BULEGON, L.; TIAGO PIANO, J. "Melhoramento genético do feijoeiro: avanços, perspectivas e Novos estudos, no âmbito nacional". *Nativa*, Sinop, v. 03, n. 03, 2015, pp.217-223. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282350097_Melhoramento_Genetico_do_Feijoeiro_Avancos_Perspectivas_e_Novos_Estudos_no_Ambito_Nacional. Acesso: 03 set. 2019

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 219-232
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Análise da cláusula geral antiabuso em Portugal, à luz da lei n.º 32/2019, de 3 de maio

Analysis of the general antiabuse clause in Portugal, in the light of law no. 32/2019, of may 3

Paulo Sérgio de Sousa Magalhães[1]
Patrícia Anjos Azevedo[2]
Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

Sumário: 1. Introdução; Generalidades; 2. Planeamento Fiscal; 2.1. Planeamento fiscal *extra-legem*; 3. A cláusula geral antiabuso; 3.1. A evolução da cláusula geral antiabuso no ordenamento jurídico português (breves referências); 3.2. A atual redação da cláusula geral antiabuso no ordenamento jurídico português e o seu procedimento de aplicação; 3.2.1. Alteração de regime e de conceito; 3.2.2. A especificidade das situações de retenção na fonte com carácter definitivo; 3.2.3. Alterações ao nível do procedimento tributário; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas e Jurisprudênciais.

Resumo: Com o desígnio de combater o planeamento fiscal *extra legem*, o legislador português introduziu no nosso ordenamento jurídico uma disposição geral antiabuso denominada de cláusula geral antiabuso que, atualmente, se encontra plasmada no artigo 38.º da Lei Geral Tributária.
Nesta norma, o legislador atribui à administração fiscal o poder de desconsiderar os efeitos fiscais de atos ou negócios praticados pelo contribuinte em puro contorno à lei fiscal e liquidar o imposto que seria devido em condições normais, *i.e.*, a situação em que o contribuinte não optasse por reduzir, eliminar ou diferir o pagamento dos impostos devidos.
Para que a administração fiscal possa recorrer à aludida cláusula, que sofreu alterações significativas por intermédio da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, esta deve proceder à abertura prévia do procedimento de aplicação previsto no artigo 63.º do Código do Procedimento e do Processo Tributário.

Palavras-Chave: Planeamento fiscal; planeamento fiscal *extra legem*; cláusula geral antiabuso; procedimento tributário; perspetiva evolutiva da CGAA.

Abstract: With the aim of combating extra legem tax planning, the portuguese legislator introduced in our legal system a general anti-abuse provision called the general anti-abuse clause, which is currently embodied in article 38 of the General Tax Law.
In this norm, the legislator attributes to the tax administration the power to disregard the tax effects of acts or business carried out by the taxpayer in pure contour to the tax law and to settle the tax that would be due under normal conditions, ie, the situation in which the taxpayer did not choose to reduce, eliminate or defer the payment of taxes due.

---

[1] Licenciado em Solicitadoria pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave e Mestre em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.
[2] Licenciada, Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

Recibido: 13/01/2021
Aceptado: 20/04/2021

In order for the tax administration to have recourse to the aforementioned clause, which has undergone significant changes through Law No. 32/2019, of 3 May, it must proceed to the prior opening of the application procedure provided for in article 63 of the Code of Tax Procedure and Process.

Keywords: Tax planning; *extra legem* tax planning; general anti-abuse clause; tax procedure; evolutionary perspective of the GAAC.

"Taxes are the price we pay for a civilized society"
(Oliver Wendell Holmes, Jr.)

1. Introdução; Generalidades

Contrariamente ao que outrora acontecia, nos dias de hoje, os cidadãos esperam que o Estado lhes proporcione a satisfação de um alargado número de necessidades coletivas, tais como o bem-estar da comunidade, a segurança social, a cultura, a formação e a saúde, a acrescer a outras que há muito eram entendidas como questões de soberania, a saber: a Justiça, a Defesa e a Administração Interna. Neste sentido, atualmente, temos o que alguns denominam de Estado Social.

Porém, este Estado Social é um Estado que necessita de mais (e novas) formas de financiamento para fazer face a tão nobres imperativos, sendo que, por esse motivo, é fulcral que os contribuintes (pessoas singulares ou coletivas), ajam com absoluta correção, respeitando as normas estatuídas pelo legislador fiscal; ou, dito de outra forma, para que o Estado consiga satisfazer na íntegra as suas atribuições, o problema da fuga aos impostos não pode ocorrer. Todavia, este tipo de comportamento é cada vez mais recorrente por parte dos contribuintes, com a finalidade de evitar o pagamento dos impostos e de conseguir uma situação fiscal mais favorável. Por este motivo, atualmente, podemos asseverar que nos encontramos perante um Estado Fiscal (isto é, um Estado cujo intuito passa – principalmente – por cobrar impostos) como condição do Estado Social[3], uma vez que as novas funções tendentes às conformações económica e social pressupõem um alargamento das necessidades financeiras, que serão respondidas através da cobrança de impostos, o que trará uma maior receita fiscal aos cofres do Estado[4].

A aludida conceção encontra-se refletida na nossa lei fundamental. Veja-se o disposto no n.º1 do artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa (doravante "CRP") que, sob epigrafe "sistema fiscal", dispõe que "o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza", normativo que deve ser conjugado com a alínea d) do artigo 9.º do mesmo diploma, que estabelece como tarefa fundamental do Estado a promoção do "bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais". Neste seguimento, e acerca deste preceito, DANIEL BRÁS MARQUES e ELSA SÁ CARNEIRO[5] escrevem que "os

[3] Para mais desenvolvimentos sobre o tema, veja-se: BRÁS MARQUES, D. e SÁ CARNEIRO, E. "O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento", *Revista Revisores & Auditores*, dezembro de 2015, p. 51.

[4] Como escrevem DANIEL BRÁS MARQUES e ELSA SÁ CARNEIRO citando SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA "não há Estado sem Direitos, nem Direitos sem Impostos" – Cf. BRÁS MARQUES, D. e SÁ CARNEIRO, E. "O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento", *Op. Cit.*, p. 52.

[5] Cf. BRÁS MARQUES, D. e SÁ CARNEIRO, E. "O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento", *Op. Cit.*, p. 52.

cidadãos têm, por um lado, um dever fundamental de pagar os seus impostos, contribuindo desse modo para a sustentabilidade económica e social da sociedade onde se inserem e, por outro, a liberdade para planearem fiscalmente as suas atividades e os seus rendimentos de modo a delimitar o montante das suas obrigações fiscais", por este motivo, estão em conflito diversos direitos/deveres do contribuinte que devem ser harmonizados.

Além do mais, como se refere na frase em epigrafe, "os impostos são o preço que pagamos por uma sociedade civilizada" (ou então uma outra, vista sob um prisma mais negativista, de que "na vida, só existem duas coisas certas: os impostos e a morte"[6]), a verdade, é que a poupança fiscal também é um direito "fundamental" do contribuinte e esse direito subjetivo encontra-se previsto no n.º1 do artigo 61.º da CRP, no denominado princípio da liberdade de iniciativa económica, que também engloba a liberdade de gestão e reveste natureza análoga aos Direitos, Liberdades e Garantias (geralmente denominados por "DLG"), pelo que teremos de observar o disposto nos artigos 17.º e 18.º da CRP, este último, acerca das restrições aos DLG por aplicação de outros princípios constitucionais – cf. n.º s 2 e 3, do artigo 18.º da CRP[7].

Assim sendo, e na esteira de PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO[8], nada obsta a que os contribuintes detenham alguma liberdade de escolha, dentro da racionalidade que legalmente se permite, no sentido de conformarem as suas condutas da maneira que concretamente melhor lhes convier, com o objetivo de poupança (lícita) de despesas fiscais. A isto se chama planeamento fiscal (legítimo).

Nesta matéria, também o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante "TJUE") tem sido prolífico em desmistificar a ideia do planeamento fiscal como uma prática ilícita, nomeadamente, ao reconhecer o direito do contribuinte a "escolher a estrutura da sua atividade de forma a limitar a sua dívida fiscal"[9].

---

[6] Frase celebrizada por Benjamin Franklin que se refere à inevitabilidade do pagamento de impostos, que se vislumbra como uma das obrigações mais generalizadas e enraizadas das sociedades contemporâneas.

[7] Cf. ANJOS AZEVEDO, P. "Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso", *in* MONEIRO, S.; COSTA, S. e PEREIRA, L. (coord.) *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica*, Vida Económica, Porto, 2011, p. 294.

[8] Neste sentido, veja-se: ANJOS AZEVEDO, P. "Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso"*, Op. Cit.*, p. 293.

[9] Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21.02.2006, proferido no proc. n.º C-255/02, pesquisável em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0255&from=EN.

No âmbito do referido Acórdão, a Halifax é uma instituição bancária que na maioria de serviços que presta é isenta de Imposto sobre o Valor Acrescentado (doravante "IVA"). Juntamente com esta instituição bancária, estão ainda implicadas nas operações discutidas a Leeds Development, a County e a Halifax Property Investments Ltd (filiais integralmente detidas pela Halifax).

Neste sentido, e para desenvolver a sua atividade, a Halifax, deveria construir *call centers* e, para tal e daí tirar proveito a nível fiscal, esta desenvolveu um esquema de sucessivas contratações com as filiais suprarreferidas pertencentes ao mesmo grupo, com o objetivo de deduzir os encargos de IVA gerados pela criação dos referidos *call centers*.

Em face do exposto, estabeleceu o TJUE que o reconhecimento da existência de uma prática abusiva exige por um lado, que: "as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas" na regulação comunitária e legislações internas que transpõe essa regulação "tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seria contrária ao objetivo prosseguido por essas disposições". E que resulta de um conjunto de elementos objetivos que as operações têm como finalidade essencial a obtenção de uma vantagem fiscal.

Importa ainda realçar que, a verificação da existência de uma prática abusiva não conduzirá à aplicação de uma sanção, uma vez que, não existe uma base jurídica para aplicar sanções desta natureza. Não obstante, verificar-se-á o reembolso do indevido, isto é, terão de ser reembolsadas todas as deduções que se obtiveram à custa de esquemas totalmente artificiais com finalidade fraudulenta. Para tal, as operações devem ser "redefinidas de forma

Aliás, se refletirmos bem, e atentarmos à figura do *bonus pater família*, é desejável e natural que um sujeito bem formado tome as suas decisões tendo por base a rendibilidade (maximizando os proveitos e diminuindo os custos) fiscal ou de outra ordem. Aliás, nas palavras de JOSÉ A. PINHEIRO PINTO[10] "trata-se, no fundo, de uma questão de boa ou má gestão (…) fiscal". Conforme referem as conclusões gerais (n.º 85) do já citado Acórdão do TJUE de 21 de fevereiro de 2006, "o princípio essencial é a liberdade de optar, na gestão de um negócio, pela via da menor tributação, de forma a minimizar os custos".

Sem prescindir, não deve confundir-se o direito ao planeamento fiscal legítimo com práticas abusivas (ou até mesmo ilícitas), pois não estamos a referir-nos às mesmas realidades.

A ocorrência de situações de planeamento fiscal abusivo, agressivo ou *extra legem* – infelizmente – tem vindo a aumentar, sobretudo por força da elevada carga fiscal a que o país está sujeito desde a crise económica e financeira de 2010-2014, que se iniciou como parte da crise financeira global de 2007–2008 (precipitada pela falência do tradicional banco de investimento estadunidense *Lehman Brothers*), desenvolvendo-se no contexto da crise da dívida pública da Zona Euro, que assolou o nosso país.

Desde então, agravou-se substancialmente a necessidade de cobrança de tributos pelo Estado, mantendo-se uma elevada carga fiscal até aos dias de hoje. Todavia, não nos parece que a elevada carga fiscal seja o único motivo que conduz o contribuinte a furtar-se ao pagamento de impostos, a complexidade da lei fiscal[11] e a falta de meios humanos e logísticos também provocam na administração fiscal incapacidade para fiscalizar todas as operações duvidosas.

Por outro lado, a sensação ainda dominante no seio da nossa sociedade – mas que a nosso ver, talvez comece nos dias de hoje a tomar um rumo inverso, sobretudo no que às grandes fraudes e fugas diz respeito – de que o infrator fiscal é merecedor de reconhecimento social pela sua inteligência, sendo vista a sua atitude de "fuga ao fisco" como se de um prémio se tratasse, leva a que uma parte substancial da população continue a desconsiderar a prática de ilícitos fiscais. Este sentimento/perspetiva, que tem origem muitas das vezes na sensação de impunidade e no reduzido número de condenações judiciais de índole fiscal, só é passível de ser alterado(a) através de uma transformação profunda de mentalidades – não fossemos nós latinos!

Porém, como é de conhecimento generalizado, o efeito "bola de neve" é, *in casu,* paradigmático: como resultado destas atitudes, diminuem as receitas do Estado que por sua vez aumenta a carga fiscal "o que gera, em novo ciclo, a apetência por fugas ao fisco ainda mais elaboradas e sofisticadas"[12].

Por este motivo, dada a relevância e pertinência que esta temática assume, torna-se fulcral um aprofundado estudo destas matérias. Exemplo desta pertinência, são as recomendações da Comissão Europeia de 06 de dezembro de 2012[13] relativamente ao planeamento fiscal agressivo.

Nestas recomendações, podemos ler nos considerandos iniciais que os países de todo o mundo têm tradicionalmente considerado o planeamento fiscal como uma

---

a restabelecer a situação tal como ela existiria na ausência das operações constitutivas da prática abusiva".

[10] Cf. PINHEIRO PINTO, J.A. "Planeamento Fiscal e Normas Antiabuso", *In* CAMPOS AMORIM, J. (coord.) *Planeamento e Evasão Fiscal*, Vida Económica, Porto, 2010, p. 210.

[11] Que como refere JOSÉ DE CAMPOS AMORIM "é agravada com a utilização, cada vez mais frequente, pelo legislador de normas especiais antiabuso, que tornam mais complexas as normas tributárias e inacessível o seu conteúdo ao contribuinte comum" – cf. CAMPOS AMORIM, J. "Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal", *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º12, 2007, p. 11.

[12] Cf. Ac. do Tribunal de Círculo de Oliveira de Azeméis de 24.05.96 *apud* nota de rodapé 11 *in* CAMPOS AMORIM, J. "Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal", *Op. Cit.*, p. 11.

[13] Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo - 2012/772/UE, JO L 345 de 29.12.2011.

prática legítima. Mas, ao longo do tempo, as estruturas de planeamento fiscal tornaram-se cada vez mais sofisticadas, tendo-se desenvolvido de forma eficaz em várias jurisdições e possibilitando a transferência dos lucros tributáveis para Estados em que os regimes fiscais são mais favoráveis. Uma das principais características das práticas em causa é de permitir reduzir as obrigações fiscais através de mecanismos que, apesar de estritamente legais, contrariam o espírito da lei.

Segundo a Comissão Europeia[14], o "planeamento fiscal agressivo consiste em tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais", originando situações de duplas deduções (dupla tributação positiva) e de dupla não tributação (dupla tributação negativa).

2. Planeamento Fiscal

O planeamento fiscal é um conjunto de opções levadas a cabo por determinados contribuintes (pessoas singulares ou coletivas), com o intuito da poupança de despesas fiscais. Dentro deste, podemos distinguir três tipos/modalidades de planeamento fiscal, a saber: o planeamento fiscal legítimo (ou *intra legem*); o planeamento fiscal abusivo, agressivo, excessivo ou elisivo (quando ultrapassa as fronteiras da legalidade, ou seja, planeamento *extra legem*); ou, ainda, poderemos estar em presença de fraude/evasão fiscal (planeamento fiscal ilegítimo), sendo, neste caso, o planeamento fiscal levado a cabo de uma forma diretamente contrária e claramente atentatória da legislação vigente (planeamento fiscal *contra legem*)[15].

2.1. Planeamento fiscal *extra-legem*

Contrariamente ao que acontece na modalidade de planeamento fiscal *intra legem,* pode dar-se o caso de o contribuinte praticar atos lícitos, mas cujo resultado não é bem aceite pelo ordenamento jurídico em questão, já que estes contrariam os princípios fundamentais do sistema fiscal, designadamente o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva. *In casu*, estamos perante o planeamento fiscal abusivo, agressivo, excessivo, elisão[16] fiscal, ou, na linguagem anglo-saxónica, *tax avoidance*[17]*.* Não obstante, para efeitos deste estudo, quando nos referimos a esta realidade, por uma questão de coerência, fá-lo-emos através da designação em epígrafe.

Nas palavras de PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO[18], o planeamento fiscal *extra-legem* "não sendo ilícito – e portanto não tocando nos meandros da pura ilegalidade -, não é contudo aceite pelo ordenamento jurídico-fiscal". Neste contexto, a análise terá de ser casuística e cuidadosa. A mesma autora defende que "a poupança de despesas fiscais verifica-se através da utilização de artifícios jurídicos que não se encontram previstos nem na letra nem no espírito das normas de incidência fiscal ou, estando nelas previstos, apresentam um nível de tributação diferente daquele

[14] Cf. *Ibid.*
[15] Para Mais desenvolvimentos sobre a temática do Planeamento Fiscal e as suas modalidades, *Vd.* SOUSA MAGALHÃES, P.S. e ANJOS AZEVEDO, P. *Tax Planing: A problemática, as suas fonteiras, medidas antiabuso e questões conexas,* Novas Edições Acadêmicas, Mauritius, 2020, pp. 28 e ss.
[16] Palavra de origem latina que quer significar eliminar ou suprimir.
[17] Com qualquer uma das expressões, pretender-se-á tendencialmente significar o mesmo.
[18] Cf. ANJOS AZEVEDO, P. "Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso"*, Op. Cit.*, p. 297.

que concretamente se consegue[19], na prática, através da utilização desses mesmos artifícios, o que leva a soluções de mais baixa tributação ou de tributação inexistente"[20]. Assim sendo, neste contexto, o contribuinte pratica "atos ou operações que, continuando a situar-se dentro da esfera de liberdade concedida em observância dos princípios da legalidade e da tipicidade de tributação, terão como efeito a aplicação de um regime fiscal menos oneroso, comparativamente ao que seria aplicável caso o contribuinte não tivesse recorrido a esse tipo de ato ou operação"[21].

Deste modo, verifica-se que esta modalidade de planeamento fiscal não se traduz na redução de carga fiscal, mas na "intenção manifesta de tornear o ordenamento jurídico tributário, para conseguir um objetivo oposto aos valores que o estruturam"[22], sendo encarada, por isso, como uma habilidade fiscal ou até mesmo um negócio de destreza fiscal. Por esse motivo é uma prática, apesar de lícita, muitas vezes considerada censurável e antijurídica[23].

O planeamento fiscal *extra legem* pode ocorrer a nível interno (quando está em causa um único ordenamento jurídico) ou a nível internacional (situação em que estão em contacto dois ou mais ordenamentos jurídicos – situações plurilocalizadas). Em ambas as hipóteses estamos no âmbito de atos lícitos, mas antijurídicos, como vimos anteriormente.

Quando nos referimos ao planeamento fiscal *extra legem* internacional, este poderá ainda revestir uma de duas modalidades, a saber: subjetiva ou objetiva (conforme a natureza do elemento de conexão considerado).

A primeira modalidade, tal como o próprio nome sugere ocorre quando o elemento de conexão é, por exemplo, o domicílio ou a residência do contribuinte singular ou a sede ou direção efetiva da empresa no caso de pessoas coletivas[24].

A segunda modalidade ocorre quando o elemento de conexão em apreço é, por exemplo, o local onde se situa a fonte produtiva ou de pagamento de um rendimento (*v.g.* local do exercício da atividade ou local da instalação de um estabelecimento estável). Nas palavras de PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO[25], "visa tentar impedir a configuração jurídica da fonte de produção da renda ou pelo menos imputá-la, em parte ou no seu todo, a um território com regime fiscal mais favorável".

Para combater as situações de planeamento fiscal *extra legem* atribuiu-se à Autoridade Tributária e Aduaneira a prerrogativa de qualificar os atos praticados pelos contribuintes (pessoas singulares ou coletivas) e de proceder à subsequente correção da matéria coletável[26]. Por este motivo, não temos aqui qualquer tipo de

---

[19] Daí a designação *extra-legem.*

[20] Cf. ANJOS AZEVEDO, P. *A tributação do rendimento na residência e na fonte - Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal,* Novas Edições Acadêmicas*,* Mauritius, *2020,* p. 52.

[21] Cf. *Ibid.*

[22] Cf. SALDANHA SANCHES, J. L. *Abuso de Direito em matéria fiscal: Natureza, alcance e limites, CFT,* abril – junho 2000, p.14 *apud* CAMPOS AMORIM, J. *Algumas medidas de combate à evasão fiscal, Op. Cit.* p. 17.

[23] Nas Palavras de JOSÉ CAMPOS AMORIM, "são antijurídicos porque não são ilícitos e não lhes é aplicada qualquer sanção. Não são, todavia, completamente regulares, porque a lei tributária permite que, para efeito de tributação, a Administração fiscal corrija a matéria coletável deles resultante" – cf. CAMPOS AMORIM, J. *Algumas medidas de combate à evasão fiscal, Op. Cit.*p. 18.

[24] Nesta modalidade, são exemplos paradigmáticos a alteração/deslocalização do domicílio, residência, sede ou o local da direção efetiva da empresa para um outro país ou jurisdição onde se aplique um regime tributário mais favorável.

[25] Cf. ANJOS AZEVEDO, P. "Breves Notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso", *Op. Cit.*, p.298.

[26] Cf. CAMPOS AMORIM, J. "Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal", *Op. Cit.*, p.19

sanção criminal, mas tão somente correções à matéria coletável que redundam no agravamento do imposto a pagar[27].

Sem prescindir, e como vimos tratar-se de uma modalidade de planeamento fiscal lícita, uma vez que também ela é censurável e antijurídica, a lei proíbe o planeamento fiscal *extra legem*, para que os contribuintes, os demais obrigados tributários e os próprios promotores (como, por exemplo, assessores jurídicos e contabilistas certificados) não cometam determinados abusos.

Neste contexto, surge então a denominada cláusula geral antiabuso (doravante "CGAA")[28] – plasmada no artigo 38.º da Lei Geral Tributária portuguesa (doravante "LGT") – e, ainda, as diversas cláusulas especiais antiabuso, que se encontram dispersas pelos diversos códigos fiscais. De notar que, na linguagem anglo-saxónica (em cujo sistema jurídico tiveram origem estas cláusulas), as medidas ou cláusulas antiabuso denominam-se *anti tax avoidance clauses*, apresentando como intuito limitar os abusos potencialmente cometidos pelos contribuintes.

Ao nível internacional e europeu, encontram-se previstas algumas disposições antiabuso nas diversas convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados, bem como em diretivas da União Europeia. Neste âmbito, é digna de referência a matéria da cooperação mútua administrativa entre os Estados, pois na ausência desta obrigação de cooperação tornar-se-ia impossível efetivar a aplicabilidade prática das disposições antiabuso a nível europeu e internacional.

3. A cláusula geral antiabuso

Tal como fomos discorrendo ao longo do presente contributo, e de um modo especial no ponto anterior, o planeamento fiscal *extra-legem* não configura em si mesmo atos ilícitos e, por esse motivo, não é punido criminalmente. Não obstante, isso não significa que os referidos atos devam ficar impunes, bem pelo contrário. Por isso, é neste contexto que, para "combater" o referido planeamento fiscal, surgem as medidas antiabuso.

Sem prescindir, não podemos deixar de referenciar, que tal como refere PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO[29] as "cláusulas (ou medidas) antiabuso não resolvem, de forma alguma, a dificuldade de balizamento entre as práticas de planeamento legítimo e as práticas de planeamento abusivo".

Outrora, e até à entrada em vigor da Lei n.º 64-B/2011, de 30/12[30], o n.º 2 do artigo 63.º da LGT[31] continha um definição de disposições antiabuso[32] como sendo "quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou actos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos". Todavia, tal conceção acabou por ser revogada.

Pelo exposto, chegou agora o momento deste nosso estudo em que é fulcral aferir o que é que pode ser levado a cabo para se "combater" o planeamento fiscal *extra-legem*, e, deste modo, obter as – tão almejadas – igualdade tributária e justiça na distribuição dos encargos fiscais. Passemos agora, por isso, para uma análise mais profunda da CGAA, sem deixar de frisar que, não obstante não serem

[27] Cf. ANJOS AZEVEDO, P. "Breves Notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso", *Op. Cit.*, p. 299.
[28] A CGAA será abordada mais pormenorizadamente no ponto 3..
[29] Cf. ANJOS AZEVEDO, P. "Breves Notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso", *Op. Cit.* p. 301
[30] Lei do Orçamento do Estado para 2012.
[31] Esta disposição legal refere-se aos procedimentos para a aplicação das normas antiabuso.
[32] Ainda que para efeitos da LGT.

objeto do presente estudo, existem no nosso ordenamento jurídico diversas disposições antiabuso específicas.

Como refere PATRÍCIA MENESES LEIRIÃO[33] "durante muito tempo entendia-se que, por respeito ao princípio da legalidade fiscal, da igualdade e da justiça fiscal, a luta contra a evasão fiscal devia estar a cargo do legislador e não da Administração Fiscal, só cabendo ao legislador prevenir as situações de evasão fiscal". Por este motivo, normalmente, o legislador socorria-se do recorte legal dos factos tributários, da configuração legal dos tipos tributários e do recurso a presunções legais, enquanto que, por sua vez, à Administração Fiscal apenas competia executar as leis fiscais emanadas pelo legislador.

Atualmente o panorama modificou-se e a Administração Fiscal passou a "dotar-se de mecanismos que efetivamente permitem exercer um significativo controlo sobre a gestão dos impostos"[34], sendo disso exemplo paradigmático a CGAA, prevista no n.º2 do artigo 38.º da LGT, e que tem o seu procedimento de aplicação consagrado no artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário português (doravante "CPPT").

Neste contexto, e conforme ensina ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA[35] a CGAA Portuguesa "não é mais do que uma norma de sobreposição sobre todo o ordenamento fiscal, que permite, verificadas as condições e requisitos que consagra, alargar a incidência tributária desse ordenamento ou diminuir o recorte negativo ou exclusões de incidência operadas nesse ordenamento".

A CGAA vem sendo já utilizada em diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso dos Estados Unidos da América, Alemanha, Holanda, França, Áustria, Bélgica, Canadá, Reino Unido e em Portugal – onde foi introduzida tardiamente[36] – "tem como objetivo principal reprimir os negócios anómalos que, embora lícitos, tenham como propósito exclusivo elidir a aplicação de regras tributárias"[37].

Em Portugal, no ano de 1995 já se podia encontrar referências expressas a medidas antiabuso no ordenamento jurídico-fiscal, o que por si só já ia refletindo a importância e a atualidade que o combate às práticas fiscais abusivas ia paulatinamente conquistando na agenda económica internacional, muito por força do trabalho de estudo, análise e sensibilização desenvolvido, nomeadamente, pela OCDE[38] e UE[39].

3.1. A evolução da cláusula geral antiabuso no ordenamento jurídico português (breves referências)

A CGAA surgiu, pela primeira vez, no ordenamento jurídico português, por intermédio da Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro[40], tenho sido introduzida no artigo 32.º-A[41] do (então vigente) Código de Processo Tributário (português)[42],

---

[33] Cf. MENESES LEIRIÃO, P. *A cláusula geral antiabuso e o seu procedimento de aplicação*, Vida Económica, Porto, 2012, p. 73.
[34] Cf. *Ibid.*
[35] Cf. FERNANDES DE OLIVEIRA, A. *A legitimidade do Planeamento Fiscal, As cláusulas Gerais Anti-abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.135.
[36] Quando comparado com a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais onde, há muito, já vigorava uma cláusula deste tipo.
[37] Cf. CAIADO GUERREIRO, T. *O novo regime fiscal das SGPS. Como estruturar e organizar um processo de optimização fiscal,* Porto, Vida Económica, 2003, p. 85 *apud* CAMPOS AMORIM, J. "Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal", *Op. Cit.*, p. 51.
[38] Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.
[39] União Europeia.
[40] Lei que aprovou o orçamento de estado de 1999.
[41] Com a seguinte redação:
"Ineficácia dos negócios jurídicos
A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes".

doravante "CPT". Porém, a inserção desta norma no CPT originou algumas críticas pela doutrina, que considerava que a CGAA deveria estar prevista na LGT, uma vez que, de acordo com o seu n.º 1 do artigo 1.º, este diploma "regula as situações jurídicas tributárias (…)". Certo é que o legislador atendeu às críticas, e através da lei n.º 100/99, de 26 de julho, introduziu a CGAA no artigo 38.º da LGT. Porém, devemos salientar que a exata redação do artigo 32.º-A do CPT, foi refletida no artigo 38.º da LGT – entretanto aprovada pelo DL n.º 398/98, de 17 de dezembro, e cujo início de vigência se reporta a 01/01/1999 – através do aditamento do seu n.º 2 pela Lei n.º 100/99, de 26 de julho, com entrada em vigor em 01/08/1999.

Tínhamos então uma segunda versão da CGAA, desta vez no artigo 38.º da LGT que, sob a epígrafe "Ineficácia de actos e negócios jurídicos", consagrava no seu n.º 2 o seguinte: "são ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos". Acontece que esta nova redação da CGAA também levantou críticas na doutrina portuguesa, nomeadamente por parte de GONÇALO AVELÃS NUNES[43], que considerou – à época – que ficava "em causa a adequação constitucional da norma do art. 38.º, n.º2, da LGT"[44].

Por um lado, a CGAA visa a salvaguarda do princípio da igualdade fiscal, do princípio da capacidade contributiva e do princípio da justiça social (princípios de onde se colhe a sua legitimidade legal). Todavia, como refere VÍTOR FAZENDEIRO "não pode, porém, esquecer os limites formais de que o legislador constitucional rodeou o sistema fiscal- falamos do princípio da legalidade fiscal, do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança"[45]. Na doutrina deste autor, é necessário que haja um equilíbrio/harmonização entre os valores formais e materiais – o que não ocorreu –, uma vez que (e tendo por referência a doutrina de CASALTA NABAIS) "ela é demasiado ampla e sacrifica em demasia os valores formais do sistema fiscal uma vez que não fornece um critério determinável de distinção entre o legítimo *tax planning* e o abuso de direito"[46]; o que, no limite, poderia levar a que todas as operações de planeamento fiscal se encontrassem no âmbito de abrangência desta norma; sendo, em consequência, consideradas ineficazes.

Mais uma vez, sensível às críticas da doutrina, o legislador acolheu-as e formulou uma nova redação para o n.º 2 do artigo 38.º da LGT, através do artigo 13.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, que visava a reforma da tributação do rendimento e adotava medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais. Com esta alteração, a redação do n.º 2 do artigo 38.º da LGT passou a ser a seguinte: "são ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se

---

[42] Aprovado pelo DL 154/91, de 23 de abril.

[43] Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, *vd*. AVELÃS NUNES, G. "A cláusula geral anti-abuso de direito em sede fiscal-art. 38.º, n.º2, da lei geral tributária- à luz dos princípios constitucionais do direito fiscal", *Fiscalidade*, n.º3, julho de 2000, pp. 53 e ss.

[44] Cf. AVELÃS NUNES, G. "A cláusula geral anti-abuso de direito em sede fiscal-art. 38.º, n.º2, da lei geral tributária- à luz dos princípios constitucionais do direito fiscal", *Op. Cit.,* p. 56.

[45] Cf. FAZENDEIRO, V. Anotação ao artigo 38.º da LGT, no âmbito do projeto editorial Lexit, disponível em www.lexit.pt, de acesso condicionado a subscritores do serviço (acedido em 15 de dezembro de 2020).

[46] Cf. CASALTA NABAIS, J. *Direito Fiscal*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 225 *apud* FAZENDEIRO, V. Anotação ao artigo 38.º da LGT, no âmbito do projeto editorial Lexit.

então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas".

Com esta alteração, o referido preceito passou a delimitar com maior precisão os contornos da CGAA e a distinção entre o planeamento fiscal *intra legem* e o abuso de direito em sede fiscal. Assim, e como refere VÍTOR FAZENDEIRO[47], esta nova redação aproximava-se "dos objetivos que devem presidir à construção de uma cláusula geral anti-abuso. Erigindo e construindo o facto tributário, ligando-se a um sujeito passivo que revele uma determinada capacidade contributiva, a cláusula geral anti-abuso recorre para o efeito aos negócios que normalmente são utilizados para alcançar o fim económico associado a essa capacidade". Assim sendo, se um contribuinte celebra um negócio jurídico essencial ou principalmente dirigido, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, esta vantagem fiscal será desconsiderada sob o ponto de vista fiscal, mantendo-se contudo, os efeitos civis do negócio.

3.2. A atual redação da cláusula geral antiabuso no ordenamento jurídico português e o seu procedimento de aplicação[48]

A Lei n.º 32/2019, de 3 de maio veio transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016[49], introduzindo alterações à LGT, ao CPPT e ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas português.

Das referidas alterações, destaca-se a muito significativa alteração à CGAA, quer no que ao seu regime diz respeito (artigo 38.º da LGT), quer quanto ao seu procedimento de aplicação (artigo 63.º do CPPT).

Relativamente ao regime legal da CGAA, as alterações consubstanciaram-se numa nova redação no n.º 2 do artigo 38.º da LGT e simultaneamente no aditamento de quatro novos números, ou seja, apenas se manteve inalterado o n.º 1, que continua a prescrever que "a ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes".

3.2.1. Alteração de regime e de conceito

Da alteração ao referido n.º 2 do artigo 38.º da LGT, realçamos o facto de deixar de ser necessário identificar como finalidade principal a obtenção de uma vantagem fiscal, bastando, somente, identificar a finalidade de obtenção de vantagens fiscais entre as diversas finalidades principais que existam em torno da construção ou série de construções.

---

[47] Cf. FAZENDEIRO, V. Anotação ao artigo 38.º da LGT, no âmbito do projeto editorial Lexit.

[48] Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, *vd.* PALA SCHWALBACH, T. *ATAD Express #3: alterações à cláusula geral anti-abuso*, publicações sérvulo, 02 de outubro 2019, disponível em https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/ATAD-Express-3-alteraces-clausula-geral-anti-abuso/6717/ (acedido em 17 de dezembro de 2020); ALMEIDA, J. *A nova cláusula geral anti-abuso,* Jornal Económico & EY, 15 de maio de 2019, disponível em https://easytax.jornaleconomico.pt/a-nova-clausula-geral-anti-abuso (acedido em 17 de dezembro de 2020) e ainda SANTIAGO, B. *et al*, *Fiscalidade das empresas alterações à cláusula geral antiabuso e ao código do IRC na sequência da transposição da diretiva antielisão*, Legal Alert, Morais leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, 2019, disponível em https://www.mlgts.pt/pt/ (acedido em 17 de dezembro de 2020).

[49] Também conhecida como *Anti Tax Avoidance Directive* e que estabelece regras contra práticas de elisão fiscal consideradas lesivas no contexto da iniciativa *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS) da OCDE.

Além do mais, a anterior redação referia-se a "atos ou negócio jurídicos", sendo que a nova redação passa a ser aplicável a "construções ou séries de construções", conceito que não é definido. Sobre estas construções ou séries de construções apenas se refere o facto de que a construção pode ser constituída por mais de uma etapa ou parte –cf. alínea b), do n.º 3, do artigo 38.º da LGT – e que uma "construção ou série de construções" não é genuína se não for realizada por "razões económicas válidas" – cf. alínea a), do n.º 3, do artigo 38.º da LGT.

Nesta matéria, e tal como refere TERESA PALA SCHWALBACH[50], a CGAA passa ainda a utilizar um "conceito do Direito Fiscal Europeu- o de "razões económicas válidas"- já utilizado noutras normas do Direito Fiscal Português, tal como a cláusula específica antiabuso do regime de neutralidade fiscal consagrada no n.º 10 do art. 73.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas". Atendendo a que este preceito não densifica este conceito, acreditámos que a sua interpretação seguirá a que tem sido feita ao longo dos anos pelo TJUE.

Neste contexto, a CGAA passa a aplicar-se nos seguintes termos: (i) a construções ou série de construções realizadas; (ii) que tenham como uma das finalidades principais obter uma vantagem fiscal; (iii) que tenham sido realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não sejam consideradas genuínas.

Ademais, prevê-se, no n.º 6 do artigo 38.º da LGT, que os juros compensatórios que sejam devidos em resultado de liquidações adicionais de imposto por via da aplicação da cláusula geral antiabuso sejam majorados em 15 pontos percentuais.

3.2.2. A especificidade das situações de retenção na fonte com carácter definitivo

O legislador, nos n.ºs 4 e 5 do artigo 38.º da LGT, vem ainda consagrar que, nos casos em que da construção ou série de construções tenha resultado a não aplicação de retenção na fonte com caráter definitivo, ou uma redução do montante do imposto retido a título definitivo, considera-se que a correspondente vantagem fiscal se produz na esfera jurídica do beneficiário do rendimento, tendo em conta os negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica. Porém, sem prejuízo das situações em que o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções, situação em que deve aplicar-se as regras gerais de responsabilidade em caso de substituição tributária.

Não obstante, e tal como apontam TERESA PALA SCHWALBACH[51] e BRUNO SANTIAGO, MIGUEL CORTEZ PIMENTAL, MARIA GOUVEIA e JOÃO MIGUEL FERNANDES[52] o legislador não esclarece/não concretiza as situações/condições em que, eventualmente, deve considerar-se que o substituto tributário tem ou devesse ter conhecimento da "construção ou série de construções" que deu/deram origem à aplicação da CGAA, o que pode vir a contribuir para um aumento do grau de insegurança jurídica.

---

[50] Cf. PALA SCHWALBACH, T. *ATAD Express #3: alterações à cláusula geral anti-abuso*, publicações sérvulo, 02 de outubro 2019.

[51] Cf. PALA SCHWALBACH, T. *ATAD Express #3: alterações à cláusula geral anti-abuso*, publicações sérvulo, 02 de outubro 2019.

[52] Cf. SANTIAGO, B. *et al*, *Fiscalidade das empresas alterações à cláusula geral antiabuso e ao código do IRC na sequência da transposição da diretiva antielisão*, Legal Alert, Morais leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, 2019.

3.2.3. Alterações ao nível do procedimento tributário

Finalmente, a Lei n.º 32/2019, de 3 de maio veio operar mais algumas mudanças em termos procedimentais (nomeadamente no artigo 63.º do CPPT[53]). As aludidas alterações tiveram como intuito essencial acomodar as alterações registadas no regime material da cláusula, razão pela qual não se registou uma alteração de paradigma no que ao funcionamento e tramitação diz respeito.

Salientemos, assim, as seguintes novidades: (i) passou a prever-se uma reclamação graciosa necessária para os contribuintes que pretendam contestar a liquidação do imposto[54]; (ii) nas situações de substituição tributária passou a ser obrigatória a realização de procedimento inspetivo dirigido quer ao beneficiário do rendimento, quer ao substituto tributário[55].

4. Conclusões

O presente contributo teve em vista analisar a temática da CGAA, com especial enfoque para as alterações produzidas pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio.

Começámos por abordar a temática do planeamento fiscal, sendo que este, reflete uma sociedade em que os contribuintes não se limitam a adotar uma posição passiva, de cumprimento escrupuloso e acrítico das normas fiscais. Por este motivo, admitimos que o planeamento fiscal é intrínseco aos próprios ordenamentos jurídicos fiscais (diríamos, mesmo, que faz parte da evolução dos diferentes ordenamentos).

Partindo desta premissa, é essencial entender e conhecer todas as modalidades que a lei acaba por permitir de planeamento fiscal, nomeadamente, o planeamento *intra legem*, *extra legem* e, ainda, *contra legem*.

Como vimos, os contribuintes têm alguma liberdade de escolha, dentro da racionalidade que legalmente se permite, no sentido de conformarem as suas condutas da maneira que concretamente melhor lhes convier, com o objetivo de poupança (lícita) de despesas fiscais. Assim, são apenas indesejáveis e reprováveis o planeamento fiscal *extra legem* e, também, o *contra legem*, este último, claramente atentatório das normas legais aplicáveis a determinada situação.

A ocorrência de circunstâncias de planeamento fiscal abusivo, agressivo ou *extra legem* tem vindo a aumentar, sobretudo por força da elevada carga fiscal a que o nosso país está sujeito, devido aos ciclos de crises económicas. Desde então, agravou-se substancialmente a necessidade de recolha de tributos pelo Estado, mantendo-se a elevada carga fiscal até aos dias de hoje.

Não obstante, não nos parece que este seja o único motivo, pois a facilitação e o aumento da mobilidade dos trabalhadores e do capital são outro motivo que tem vindo a originar situações de planeamento fiscal abusivo.

Finalmente, também a inovação financeira e a competição entre as empresas podem levar a situações de ausência ou diminuição de tributação. A primeira, com a promoção de esquemas e produtos cada vez mais sofisticados e agressivos, nomeadamente, através do recurso a atos ou conjunto de atos cujos resultados não são bem aceites pelo ordenamento jurídico tributário. No que diz respeito à competição entre empresas, estas, tendo em vista uma diminuição dos custos com as obrigações fiscais, recorrem a lacunas na lei com o intuito de procederem à poupança de quantias pecuniárias que poderão ser aplicadas em atividades benéficas para o desenvolvimento da empresa, aumentando assim a sua competitividade no mercado.

---

[53] Esta disposição refere-se aos procedimentos para a aplicação das normas antiabuso, e, como prescreve o n.º1, "a liquidação de tributos com base na disposição antiabuso constante do n.º 2 do artigo 38.º da lei geral tributária (acrescentámos nós a CGAA) segue os termos previstos neste artigo (acrescentámos art. 63.º do CPPT)".

[54] Cf. alínea b), do n.º 4, do artigo 63.º do CPPT.

[55] Cf. n.º 11 do artigo 63.º do CPPT.

Seguidamente, verificámos que o planeamento fiscal *extra-legem* não configura em si mesmo atos ilícitos e que, por isso, não é punido criminalmente. Não obstante, isso não significa que os referidos atos devam ficar "impunes"; bem pelo contrário. Neste contexto, para "combater" o referido planeamento fiscal, surgem as medidas antiabuso. Mais especificamente, tivemos oportunidade de verificar que, no ordenamento jurídico português, se encontra prevista uma disposição geral antiabuso (que denominamos de CGAA) e diversas disposições antiabuso específicas.

Como vimos, a CGAA *"não é mais do que uma norma de sobreposição sobre todo o ordenamento fiscal, que permite, verificadas as condições e requisitos que consagra, alargar a incidência tributária desse ordenamento ou diminuir o recorte negativo ou exclusões de incidência operadas nesse ordenamento"*[56], todavia, como tivemos oportunidade de verificar, esta já conheceu diversas alterações no seu regime.

A mais recente, foi operada pela Lei n.º 32/2019, de 3 de maio que veio transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, introduzindo ainda alterações à LGT, ao CPPT e ao Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Coletivas.

Destacámos por um lado a alteração de regime e de conceito e por outro a especificidade das situações de retenção na fonte com carácter definitivo. Além disso, destacámos ainda algumas mudanças em termos procedimentais, designadamente no artigo 63.º do CPPT.

Para além da CGAA, existem ainda uma panóplia de cláusulas antiabuso específicas pensadas cirurgicamente para determinadas situações específicas e especiais, as quais, podemos encontrar a propósito de variadíssimas situações e nos mais diversos diplomas pertencentes ao ordenamento jurídico-tributário português. Estas, derrogam a norma geral (*lex specialis derogat legi generali*), sendo por esse motivo mais recorrente a aplicação das normas antiabuso específicas.

5. Referências Bibliográficas e Jurisprodênciais

Acórdão do Tribunal de Círculo de Oliveira de Azeméis de 24.05.96.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21.02.2006, proferido no proc. n.º C-255/02, pesquisável em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0255&from=EN.

ALMEIDA, J. *A nova cláusula geral anti-abuso,* Jornal Económico & EY, 15 de maio de 2019, disponível em https://easytax.jornaleconomico.pt/a-nova-clausula-geral-anti-abuso.

ANJOS AZEVEDO, P. "Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso", *in* MONEIRO, S.; COSTA, S. e PEREIRA, L. (coord.) *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica*, Vida Económica, Porto, 2011.

ANJOS AZEVEDO, P. *A tributação do rendimento na residência e na fonte - Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal,* Novas Edições Acadêmicas*,* Mauritius, 2020.

AVELÃS NUNES, G. "A cláusula geral anti-abuso de direito em sede fiscal-art. 38.º, n.º2, da lei geral tributária- à luz dos princípios constitucionais do direito fiscal", *Fiscalidade*, n.º3, julho de 2000.

BRÁS MARQUES, D. e SÁ CARNEIRO, E. "O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento", *Revista Revisores & Auditores*, dezembro de 2015.

[56] Cf. FERNANDES DE OLIVEIRA, A. *A legitimidade do Planeamento Fiscal, As cláusulas Gerais Anti-abuso e os Conflitos de Interesse*, *Op. Cit.*, p.135.

CAMPOS AMORIM, J. "Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal", *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º12, 2007.

FAZENDEIRO, V. Anotação ao artigo 38.º da LGT, no âmbito do projeto editorial Lexit, disponível em www.lexit.pt, de acesso condicionado a subscritores do serviço.

FERNANDES DE OLIVEIRA, A. *A legitimidade do Planeamento Fiscal, As cláusulas Gerais Anti-abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

MENESES LEIRIÃO, P. *A cláusula geral antiabuso e o seu procedimento de aplicação*, Vida Económica, Porto, 2012.

PALA SCHWALBACH, T. *ATAD Express #3: alterações à cláusula geral anti-abuso*, publicações sérvulo, 02 de outubro 2019, disponível em https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/ATAD-Express-3-alteraces-clausula-geral-anti-abuso/6717/.

PINHEIRO PINTO, J.A. "Planeamento Fiscal e Normas Antiabuso", *In* CAMPOS AMORIM, J. (coord.) *Planeamento e Evasão Fiscal*, Vida Económica, Porto, 2010.

Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo - 2012/772/UE, JO L 345 de 29.12.2011.

SANTIAGO, B. *et al*, *Fiscalidade das empresas alterações à cláusula geral antiabuso e ao código do IRC na sequência da transposição da diretiva antielisão*, Legal Alert, Morais leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, 2019, disponível em https://www.mlgts.pt/pt/.

SOUSA MAGALHÃES, P.S. e ANJOS AZEVEDO, P. *Tax Planing: A problemática, as suas fonteiras, medidas antiabuso e questões conexas,* Novas Edições Acadêmicas, Mauritius, 2020.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 233-253
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia[1]

The direct horizontal effect of directives, and court of justice of the european union

Daniela Serra Castilhos[2]
Dora Resende Alves[3]
Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira[4]
Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal

Sumário: 1. Sistema judicial da União Europeia; 1.1. União Europeia; 1.2. Ordenamento Jurídico da União Europeia; 1.3. Tribunal de Justiça da União Europeia; 2. Princípios Fundamentais da União Europeia; 2.1. Princípio da Cooperação Leal e Princípios correlatos; 2.2. Princípio do Primado do Direito da União Europeia; 2.3. Princípio do Efeito Direto; 3. Princípio do Efeito Direto Horizontal; 3.1. Dimensões do Princípio do Efeito Direto; 3.2. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o Princípio do Efeito Direto Horizontal; Conclusão.

Resumo: O presente trabalho pretende desenvolver o estudo da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, na construção dos princípios que conferem a interpretação ao complexo ordenamento jurídico, fundado no Estado de Direito, o qual se assenta nos Tratados constitutivos. O objetivo específico é densificar as reflexões sobre a possibilidade de aplicação do princípio do efeito direto horizontal nas diretivas, cujas dicussões ocorreram nos acórdãos que revisitaram a matéria.

Palavras-Chaves: Direito da União. Tribunal de Justiça da União Europeia. Princípio do Efeito Direto Horizontal. Diretivas.

Abstract: The present work intends to study the development of the case law of the Court of Justice of the European Union in the construction of the principles that give interpretation to the complex legal system based on the rule of law, based on the founding Treaties. The specific objective is to intensify the reflections on the

---

[1] O presente artigo é resultado da investigação realizada no âmbito do Módulo Jean Monnet *The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights* pelo que é cofinanciado pela União Europeia. *The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein*.

[2] Doutora em Direitos Humanos, Docente Departamento de Direito UPT, Universidade Infante D. Henrique, cidade do Porto (Portugal). Coordenadora do módulo Jean Monnet *The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights*. Membro do Comitê de gestão da COST Action *EU Foreign Policy Facing New Realities*. Membro Integrado Instituto Jurídico Portucalense, Porto (Portugal).

[3] Doutora em Direito, Docente da Universidade Portucalense – UPT, Universidade Infante D. Henrique, cidade do Porto (Portugal). Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Porto (Portugal).

[4] Mestranda do curso de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal. Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Brasil). Magistrada Auxiliar no Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal (Brasil). Foi Vice-Diretora da Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo Curitiba (Brasil).

Recibido: 13/02/2021
Aceptado: 20/05/2021

possibility of applying the principle of direct horizontal effect of directives, the discussions of which occurred in the cases of judgments revisiting the matter.

Keywords: Union law. Court of Justice of the European Union. Principle of the Horizontal Direct Effect. Directives.

Introdução

O ordenamento jurídico da União Europeia, no escólio de Campos, Pereira e Campos, se estabelece de forma complexa e comum a todos os Estados-Membros a ela pertencente. Nessa perspectiva, para além das fontes originárias e derivadas, integram os princípios jurídicos formatados nos *leading cases* submetidos ao crivo do Tribunal de Justiça da União Europeia.[5]

Nesse sentido, incumbe ao Tribunal de Justiça da União Europeia, à luz das fontes e dos princípios jurídicos estabelecidos, a interpretação das regras do Direito da União, para que haja uniformidade na aplicação das regras no contexto dos Estados-Membros.

Dentre os princípios emanados da exegese do Tribunal de Justiça da União Europeia, para o desenvolvimento desta investigação, serão destacados os princípios da cooperação leal, do primado e do efeito direto.

Extrai-se deste e. acórdão *Costa c.ENEL*, de 15 de julho de 1964, Processo 6/64, a primazia do direito comunitário quando se estabelece o conflito de normas.

O princípio do efeito direto, por sua vez, foi concebido logo no julgamento *Van Gend en Loos,* de 5 de fevereiro de 1963, Processo 26/62, segundo o qual, nas diretivas não transpostas pelo Estado-Membro, no tempo e modo previstos, haverá aplicação direta no direito interno, desde que evidenciados os requisitos.

O julgamento pelo qual o princípio do efeito direito foi consolidado, data de 1963, desde então, o TJUE está a revisitar a matéria, a exemplo dos acórdãos *Leonesio, Van Duyn, Ratti, Marleasing* e *Faccini Dori,* indicando evolução em determinados julgamentos a apontar direcionamentos flexibilizantes, os quais vêm gradativamente sendo observados.

A aplicação do princípio do efeito direto das diretivas na forma horizontal será o tema deste estudo, que se insere no contexto da evolução da jurisprudência do TJUE. Justifica-se a relevância da matéria, pois não obstante a orientação da jurisprudência clássica no sentido da impossibilidade, há linhas argumentativas dissonantes, portanto favoráveis a uma interpretação ampliada do princípio do efeito direto da diretiva, aplicado nas relações entre particulares. Nessa direção, a presente investigação traz à colação os argumentos delineados nas Conclusões do Advogado-Geral no caso *Faccini-Dori* assim como no caso Seda *Kücükdeveci*.

Destarte, o sentido e o alcance do princípio do efeito direto será perpassado, por meio da metodologia de análise qualitativa, mediante investigação das fontes do Direito da União, da doutrina e da jursprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

---

[5] CAMPOS, J.M., A. P. PEREIRA, J. L. M. CAMPOS. *O direito processual da União Europeia: contencioso comunitário*. 2ª edição revista e aumentada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Gráfica ACD Print, S.A., 2014. p. 27. ISBN: 978-972-31-1516-1.

1. SISTEMA JUDICIAL DA UNIÃO EUROPEIA
1.1. União Europeia

A União Europeia não é um Estado, mas, assim como este, na dicção de Silveira "cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente os Estados-Membros e seus cidadãos"[6]

A União Europeia se funda no valor do Estado de Direito[7], significa dizer que o exercício do poder público que os Estados-Membros lhe atribuem deve estar submetido ao direito. Nessa quadra, os fundamentos que alicerçam o Estado de Direito da União estão assentados nos Tratados constitutivos, os quais são sucintamente relacionados por Silveira[8].

Para contextualizar a base jurídica que assenta a União Europeia, cumpre tecer breve escorço cronológico dos Tratados constitutivos e dos eventos que culminaram com a instituição da União Europeia, para em momento seguinte adentrar no sistema judicial europeu.

Pois bem, discorrendo sobre a trajetória histórica, infere-se das lições de Pecequilo, que, de 1945 a 1957, as relações internacionais passaram por período de reorganização do pós Segunda Guerra Mundial, marcado por três tendências, "a ascensão da hegemonia dos Estados Unidos, a institucionalização das relações interestatais com a criação do sistema multilateral e a emergência da Guerra Fria em 1947"[9].

Em um cenário do pós Segunda Guerra Mundial, a Europa encontrava-se devastada. Fruto da necessidade, sobreveio, então, a concepção de união, e que fora difundida por meio de seus pais fundadores, destacadamente, Jean Monnet, Robert Schuman e Konrad Adenauer.

Silveira depreendeu da leitura das Memórias do consultor político e econômico francês Jean Monnet que os renomados "pais fundadores", compreendiam a necessidade da integração europeia e, para implementá-la, mister se fazia a "delegação de soberania e exercício em comum da soberania delegada"[10].

Nessa ambiência, a Declaração de Schuman[11] foi proferida em 9 de maio de 1950 pelo ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, por meio da qual

---

[6] SILVEIRA, A. *Princípios de direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*. 2ª edição (actualizada e ampliada). Lisboa: Quid Juris?-Sociedade Editora, 2011, p. 28. ISBN 978-972-724-554-3.

[7] Nos termos do artigo 2.º do TUE: A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia.* [em linha]. [consult. 11 abr. 2020]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf

[8] SILVEIRA, ref. 6, p. 28-29. Preleciona a docente: Tratado constitutivo da Comunidade Europeia da Energia Atómica e ao Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia, ambos de 1957 (conhecido por Tratados de Roma), e suas sucessivas adaptações em função dos alargamentos, assim como ao Tratado da União Europeia de 1992 (conhecido por Tratado de Maastricht) e suas sucessivas adaptações, respectivamente pelo Tratado e Amesterdão de 1997 e pelo Tratado de Nice de 2001. O Tratado de Lisboa que altera mais uma vez o Tratado da União e o Tratado da Comunidade Europeia (que passa a chamar-se Tratado sobre Funcionamento da União Europeia) entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

[9] PECEQUILO, C. S. *A União Europeia: os desafios, a crime e o futuro da integração*. [em linha]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2014, [consulta: 11 de abril de 2020]. ISBN 978-85-352-7506-3. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/

[10] SILVEIRA, ref. 6, p. 21.

[11] À colação, traz-se citações da Declaração de Schuman: A paz mundial não poderá ser salvaguardada sem esforços criadores à medida dos perigos que a ameçam. (...)A Europa não se fará de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Far-se-á atraves de

se propôs a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). A integração do setor econômico do carvão e do aço e a subordinação a uma Alta Autoridade, constituiriam mecanismos de salvaguarda para evitar novas guerras, pois referidos elementos, à epoca, eram imprescindíveis para eventual deflagração.
Em 18 de abril de 1951, em Paris, foi assinado o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). O Tratado entrou em vigor em 23 de julho de 1952 e vigorou até 23 de julho de 2002, e seu escopo: "tornar os setores do carvão e do aço interdependentes para que um país deixasse de poder mobilizar as suas forças armadas sem que os restantes tivessem conhecimento, dissipando assim a desconfiança e a tensão existentes entre os países europeus depois da Segunda Guerra Mundial"[12].
Em Roma, foram assinados em 25 de março de 1957 o Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE) e o Tratado que criou a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom).
Segundo Silveira, por meio do Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia, os Estados-Membros, ao assumirem o compromisso de solidariedade, "comprometeram-se a adoptar todas as medidas necessárias ao cumprimento dos objectivos dos Tratados e a não adoptar quaisquer medidas que ponham em causa tais objectivos (...)"[13].
Nesse contexto cronológico, sucederam os principais Tratados:
a) O Tratado de Bruxelas, assinado em 8 de abril de 1965 e em vigor a partir de 1 de julho de 1967, instituiu a Comissão Única e de um Conselho único para as três Comunidades Europeias (CEE, Euratom e CECA). Este Tratado foi revogado pelo Tratado de Amsterdão;
b) Na sequência o Ato Único Europeu, assinado em fevereiro de 1986, entrando em vigor no dia 1 de julho de 1987. Sua finalidade foi "proceder à reforma das instituições para preparar a adesão de Portugal e de Espanha e simplificar a tomada de decisões na perspectiva do mercado único"[14];
c) O Tratado da União Europeia, o Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992, e em vigor no dia 1 de novembro de 1993, instituiu a União Europeia:

> **Finalidade**: preparar a União Monetária Europeia e introduzir elementos para uma união política (cidadania, política comum em matéria de relações externas e assuntos internos)
> **Principais mudanças**: criação da União Europeia e introdução do procedimento de codecisão, que confere mais peso ao Parlamento no processo de tomada de decisão; novas formas de cooperação entre os governos dos países da União Europeia (EU), nomeadamente no quadro da defesa, da justiça e dos assuntos internos[15].

d) Sobreveio em 2 de outubro de 1997 a assinatura do Tratado de Amesterdão, com entrada em vigor dia 1 de maio de 1999. Nesse aspecto, infere-se da

---

realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de facto. A solidariedade de produção assim alcançada revelará que qualquer guerra entre a França e a Alemanha se tornará não apenas impensável como materialmente impossivel. O estabelecimento desta poderosa unidade de produção aberta a todos os paises que nela queiram paticipar, que permitirá o fornecimento a todos os países que a compõem dos elementos fundamentais da produção industrial em idênticas condições, lançará os fundamentos reais da sua unificação económica. SCHUMAN, Robert. *Declaração de Schuman*. [em linha]. [consult. 5 abr. 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt

[12] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do carvão e do aço*. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

[13] SILVEIRA, ref. 6, p. 23.

[14] UNIÃO EUROPEIA. *Ato único europeu*. [em linha]. [consult. 5 abril, 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

[15] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Maastricht.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

"**Finalidade**: proceder à reforma das instituições para preparar a adesão de mais países à UE. **Principais mudanças**: alteração, renumeração dos artigos e consolidação dos Tratados UE e CEE, reforço da transparência do processo de tomada de decisão[16].
e) Assinado em 26 de fevereiro de 2001, com vigência a partir de 1 de fevereiro de 2003, o Tratado de Nice "que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados"[17].
f) O Tratado de Lisboa assinado no dia 13 de dezembro de 2007, entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009[18].
Percorrido o trajeto cronológico dos Tratados constitutivos que assentam a base jurídica da União Europeia, prossegue-se na análise de seu ordenamento jurídico e do relevante papel do Tribunal de Justiça da União Europeia para manutenção da integração dos Estados-Membros, por meio de seus precedentes vinculativos de interpretação e aplicação do direito à luz dos Tratados.

1.2. Ordenamento Jurídico da União Europeia

Conforme mencionado nas notas introdutórias, o ordenamento jurídico da União Europeia, na dicção de Campos, Pereira e Campos, se estabelece de forma complexa e comum a todos os Estados-Membros a ela pertencente, e, para além das fontes originárias e derivadas, integram os princípios jurídicos "que ao longo dos tempos foram sendo acolhidos, elaborados ou explicitados pelo Tribunal de Justiça"[19].
Antes da avançar, compreendem as fontes primárias da União Europeia, os tratados e os direitos fundamentais, estes cuja força juridicamente vinculante foi conferida no Tratado de Lisboa, plasmado no artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE)[20]. Mister seja ressaltado que a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o artigo 6.º, n.º 1, do TUE "vem, pois, dotar a UE de um catálogo próprio de direitos fundamentais - a CDFUE - vinculativo para todos os órgãos e para as Instituições da UE, bem como para os Estados-membro, quando apliquem direito da União"[21].
As fontes derivadas, por sua vez, estão elencadas no artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)[22], consubstanciados nos regulamentos, nas diretivas, nas decisões, nas recomendações e nos pareceres.

---

[16] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amesterdão.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt
[17] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Nice.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt
[18] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa.* [em linha]. [consulta. 5 de abrl de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt
[19] CAMPOS, ref. 5, p. 27.
[20] ARTIGO 6.º, 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf, [consulta: 10 de abril de 2020].
[21] CANOTILHO, J.J.G.; CANOTILHO, M. "Artigo 6.º", In: PORTO, M. L.; ANASTÁCIO, G. (coord.), *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. [em linha]. Coimbra: Edições Almedina, 2012, posição 549, [consulta: 13 de novembro de 2020]. ISBN 978-972-40-5479-7. Disponível em Kindle: https://ler.amazon.com.br/
[22] Artigo 288.º Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários,

Para Gomes, a ordem jurídica comunitária pravalece-se de acordo com os princípios fundamentais estruturantes. Constituem-se o acervo formal comunitário, em que estão compreendidos o princípio da aplicabilidade directa da norma comunitária, o princípio do primado do Direito Comunitário, o princípio da irreversibilidade dos compromissos comunitários e o princípio da força obrigatória do Direito Comunitário.

Incumbe, pois, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, conforme dispõe o artigo 19.º do Tratado da União Europeia[23], assegurar "o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados" para que haja uniformidade na aplicação das regras no contexto dos Estados-Membros.

Nessa ambiência, infere-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio do instrumento judicial, denominado reenvio prejudicial, o direito derivado é, na sua maior dimensão, submetido a julgamento. Extraindo a melhor interpretação e aplicação, os acórdãos incidirão, em caráter vinculante, nos Estados-Membros, pois o escopo deve assegurar a unidade do ordenamento europeu.

1.3. Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tratado de Lisboa, consagra no artigo 19.º, n.º 1, a atribuição do Tribunal de Justiça da União Europeia de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados[24].

Conforme preleciona Gomes, o Tribunal de Justiça da União Europeia é "um órgão jurisdicional próprio, com competência exclusiva e obrigatória"[25] e tem a incumbência de interpretar "o Direito contido nos Tratados e o Direito deles derivado". Portanto, razoável afirmar que os precedentes assentados pelo TJUE formam um *stare decisis,* pois são vinculantes no complexo ordenamento jurídico da União Europeia.

A relevância do Tribunal de Justiça da União Europeia está na assertiva de Silveira no sentido de que "na apreciação da jurisprudência principialista do TJUE é que a partir dela é possivel perceber para onde caminha a União"[26].

Pondera Silveira que o TJUE não interpreta normas nacionais, porém, por meio do reenvio prejudicial, aprecia a compatibilidade da norma nacional à luz do Direito da União. Nesse sentido, esclarece que "o TJUE limita-se, formalmente, a esclarecer o sentido da norma europeia, mas a consequência prática dessa interpretação avança no juízo de conformidade da norma nacional, na medida em que, na maioria das vezes, é esse o juízo pretendido por quem reenvia"[27].

Na seara da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, Canotilho destaca relevante papel do Tribunal de Justiça na tutela desses direitos:

> Como é sabido, nem sempre os Direitos Fundamentais foram objecto de protecção por parte do direito das CE. A tutela desses direitos e a construção de um padrão comunitário de jusfundamentalidade foi, no essencial, uma obra de natureza pretoriana, isto é, levada a cabo, paulatinamente, pelo Tribunal de Justiça. Ao longo dos anos, o TJ tem assumido um compromisso inequívoco com os direitos

---

só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.* [em linha]. [consuta: 19 de novembro de 2020]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/lis_2016/fna_1/dcl_17/oj

[23] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia.* [em linha]. [consulta: 11 de abril de 2020]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_VersaoConsolidada.pdf

[24] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

[25] GOMES, C. *O juiz nacional e o direito comunitário: O exercício da autoridade jurisdicional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça da comunidade europeia*, Reimpressão da edição de outubro de 2003. Coimbra: Edições Almedina, março, 2006, p. 22.

[26] SILVEIRA, ref. 6, p. 12.

[27] SILVEIRA, ref. 6, p. 13.

fundamentais, tendo designado alguns instrumentos de direito internacional como fonte de definição dos standards de tutela a levar em conta, com grande destaque para a CEDH (...)[28].

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

2.1. Princípio da Cooperação Leal e Princípios correlatos

O princípio da cooperação leal, também chamado de lealdade europeia, está taxativamente disposto no artigo 4.º do Tratado de Lisboa, segundo o qual "a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados"[29].
Com efeito, decorre do princípio da cooperação leal a obrigação dos Estados-Membros respeitar os escopos dos Tratados, vedando colocá-los em causa. Igualmente, em relação à União Europeia, obriga-lhe o respeito à igualdade dos Estados-Membros, assim como a identidade nacional e as funções essenciais do Estado.
Silveira ressalta que o princípio da lealdade foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, no Acórdão *Maria Pupino*, Processo C-105/03, de 16 de junho de 2005[30], no qual "as normas do então artº 10.º do Tratado da Comunidade eram válidas para o Direito da União, sem necessidade de qualquer referência expressa no TUE, pois seria muito difícil cumprir eficazmente as finalidades nele previstas se a lealdade não impusesse igualmente aos pilares intergovernamentais"[31]. Pela pertinência, traz-se à colação, fragmentos do aresto:

> 41 O artigo 1.°, segundo e terceiro parágrafos, do Tratado da União Europeia dispõem que este Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, e que a missão da União, fundada nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo referido Tratado, consiste em organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos.
> 42 Seria difícil para a União cumprir eficazmente a sua missão se o princípio da cooperação leal, que implica nomeadamente que os Estados-Membros adoptem todas as medidas gerais ou especiais, adequadas a assegurar a execução das suas obrigações derivadas do direito comunitário, não se impusesse igualmente no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, integralmente fundada na cooperação entre os Estados-Membros e as instituições, como a advogada-geral salientou com razão no n.º 26 das suas conclusões.

Para densificar o princípio da lealdade, sustenta a autora que o TJUE reconheceu outros imprescindíveis, tais como o princípio do primado, o princípio do efeito direto das normas europeias e princípio da interpretação conforme, a seguir designados:

> 1) *princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional* (implica a não aplicação do direito nacional incompatível com o Direito da União, a supressão ou reparação das consequências de um acto nacional contrário ao Direito da União, e a obrigação de os Estados-Membros fazerem respeitar o Direito da União); 2) *princípio do efeito directo das normas europeias* (autoriza os particulares a invocarem as normas europeias que imponham deveres/reconheçam direitos de forma suficientemente clara e incondicionada, inclusivamente contra normas nacionais violadoras do Direito da União); 3) *princípio da efectividade do Direito da União* (postula que as autoridades nacionais devem garantir o efeito útil das disposições europeias); 4) *princípio da equivalência* (postula que as autoridades nacionais devem assegurar que as pretensões decorrentes do Direito da União resultam tão protegidas quanto as pretensões decorrentes do direito nacional – o que amplia

[28] CANOTILHO, ref. 21, posição 615.
[29] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt
[30] Acórdão de 16 de junho de 2005. *Maria Pupino*, Processo C-105/03. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59363&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5286996
[31] SILVEIRA, ref. 6, p. 103.

> consideravelmente os poderes do juiz, pois se o direito nacional não oferece um recurso efectivo ao particular, o juiz o deve criar); 5) *princípio da interpretação conforme* (postula que o intérprete e aplicador do direito nacional, nomeadamente o juiz e a administração, devem atribuir às disposições nacionais um sentido conforme ou compatível com o Direito da União); 6) *princípio da responsabilidade do Estado por violação das obrigações europeias* (impõe a indemnização dos particulares afectados e inclui todos os seus órgãos e instituições – seja o legislador, a administração ou o juiz); 7) *princípio da tutela jurisdicional efectiva* (postula que a efectividade do Direito da União depende da garantia judicial das suas normas; integra o direito de acesso à justiça, o direito a um processo equitativo, o direito a um recurso efectivo; e implica a aplicação de providências cautelares pelo juiz nacional tendentes a evitar danos irreparáveis nos direitos dos particulares decorrentes do Direito da União, mesmo que tais providências não tenham previsão ou estejam proibidas pelo direito nacional)[32].

Os princípios do primado e do efeito direto serão a seguir delineados com profusão em razão da pertinência temática deste estudo.

2.2. Princípio do Primado do Direito da União Europeia

Conforme já ressaltado, o ordenamento jurídico da União Europeia é complexo e, por consequência, na pluralidade de normas, exsurgem conflitos de interpretação.
Para Caramelo Gomes[33], o princípio do primado "é uma exigência existêncial do Direito comunitário e, na medida em que ao contrário do que acontece nos diversos sistemas federais, não existe nos Tratados qualquer norma de solução de conflitos,(...)".
O princípio do primado, ou da primazia, estabelece que em caso de conflito "o direito da União se aplica com preferência sobre o direito nacional dos Estados-Membros"[34].
Referido princípio não está plasmado nos Tratados e sua formulação adveio de construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça, no acórdão *Costa c. ENEL*, de 15 de julho de 1964, Processo 6/64, conforme se depreende:

> Diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE instituiu uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais.(...)
> O primado do direito comunitário é confirmado pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor "obrigatório" e são directamente aplicáveis "em todos os Estados-membros". (...)
> Resulta do conjunto destes elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade[35].

Mister ressaltar que o primado do direito da União é levado a efeito em sua prevalência, inclusive, frente à norma constitucional nacional, destacando-se a compreensão extraída do aresto *Internationale Handelsgeselschaft*, de 17 de dezembro de 1970, Processo 11/70[36], no qual o TJUE assentou "que nenhuma

---

[32] SILVEIRA, ref. 6, pp. 104 -105.
[33] GOMES, ref. 25, p. 50.
[34] MARTINS, P. F. "Princípio do primado do direito da União", In: PAIS, S.O. (coord.), *Princípios fundamentais de direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudência*, 3ª ed., Coimbra: Edições Almedina, março, 2018, p. 41. ISBN 978-972-40-5138-3.
[35] Acórdão de 15 de julho de 1964, *Costa c. ENEL*, Processo C-6/64, pp 555-556. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5320139
[36] Acórdão de 17 de dezembro de 1970, *Internationale Handelsgeselschaft*, Processo 11/70. [em linha]. [consulta: 10 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.Europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=D01640DD77BE8A0EE905E96F24130BF6?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3512370

norma ou ato nacional, independentemente do seu lugar na hierarquia normativa no ordenamento jurídico interno, poderia comprometer a validade do direito da União"[37]. Veja-se:

> O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude de sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, qualquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado[38].

No tocante às consequências resultantes do princípio do primado e do efeito direto, este adiante analisado, traz-se à baila o acórdão *Simmenthal*, de 9 de março de 1978, Processo 106/77:

> 17. Além do mais, por força do princípio do primado do direito comunitário, as diposições do Tratado e os atos das instituições diretamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados-membros, não apenas tornar inaplicável de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também – e dados que tais disposições e atos integram, com posição de precedência, a ordem jurídica aplicável no território de cada um dos Estados-membros – impedir a formação válida de novos atos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com nomas de direito comunitário. (...)
>
> 21. Decorre de tudo quanto precede que qualquer juiz nacional tem o dever de, no âmbito das suas competências, aplicar integralmente o direito comunitário e proteger os direitos que este conforme aos particulares, considerando aplicável qualquer disposição eventualmente contrária de direito interno, quer seja esta anterior ou posterior à norma comunitária[39].

Com efeito, Patrícia Fragoso Martins destaca a relevância do princípio e observa, inclusive, que no aresto *Simmenthal,* o TJUE afirmou o princípio do primado das normas e dos atos da União no sentido de se aplicar "independentemente de o direito nacional conflituante ser posterior ou anterior ao direito da União"[40].

Acrescente-se a compreensão advida da exegese do caso *Simmenthal* que, na ambiência de sua competência, incumbe ao juiz nacional aplicar as disposições de direito comunitário, assegurando, assim, o seu pleno efeito. Esta obrigação, ainda que omissa a norma nacional, conforme preleciona Caramelo Gomes, deriva do conteúdo mínimo da obrigação comunitária do juiz "o poder de inaplicar a norma incompatível com o Direito"[41]. Nesse sentido:

> 24 Deve, assim, responder à primeira questão, que o juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar

---

[37] MARTINS, ref. 34, p. 53.

[38] Acórdão de 17 de dezembro de 1970, *Internationale Handelsgeselschaft*, Processo 11/70. [em linha]. [consulta: 10 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.Europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=D01640DD77BE8A0EE905E96F24130BF6?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3512370

[39] Acórdão de 9 de março de 1978, *Simmenthal,* Processo 106/77. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=10F2F0024E961589EF5D2A17AC375314?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2718300

[40] MARTINS, ref. 34, p. 66.

[41] GOMES, ref. 25, p. 79.

prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional[42].

2.3. Princípio do Efeito Direto

O princípio do efeito direto resulta da construção da jurisprudência do TJUE e foi desvelado no *leading case Van Gend en Loos,* de 5 de fevereiro de 1963, Processo 26/62[43]. Estava em causa a interpretação do alcance do então artigo 12.º do Tratado CEE, atual artigo 30.º do TFUE[44], no sentido de indagar se, com fundamento no referido dispositivo do Tratado, os particulares podem " fazer direitos individuais que o juiz deva tutelar?" Para responder, o TJUE sopesou aspectos do "espírito, economia e conteúdo" do Tratado CEE (à época, hoje TFUE):

1) Quanto ao *telos*, assentou:

> O objetivo do Tratado CEE, que consiste em instituir um mercado comum cujo funcionamento diz directamente respeito aos nacionais da Comunidade, implica que este Tratado seja mais do que um acordo meramente gerador de obrigações recíprocas entre os Estados contratantes.
>
> Esta concepção é confirmada pelo preâmbulo do Tratado, que, além dos Governos faz referência aos povos e, mais concretamente, pela criação de órgãos investidos de poderes soberanos cujo exercício afecta quer os Estados-membros, quer os seus nacionais. (...)
>
> Daqui deve concluir-se que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujo sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais.
>
> Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na esfera jurídica.

2) Na dimensão da economia:

> Tendo em conta a economia do Tratado em matéria de direitos aduaneiros e de encargos de efeito equivalente, convém assinalar que o artigo 9.º, para o qual a base da Comunidade é uma união aduaneira, contém, como norma fundamental, a proibição deste tipo de direitos e encargos.

3) No que tange ao conteúdo: "O artigo 12.º contém uma proibição clara e incondicional, concretizada numa obrigação não de acção mas de abstenção de acção".

Por fim, concluiu o TJUE que "O artigo 12.º do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia produz efeitos imediatos e cria na esfera jurídica dos particulares direitos individuais que os órgão jurisdicionais nacionais devem salvaguardar;" Isto porque, conforme preleciona Silveira:"1) enunciava uma interdição clara (ou seja, uma obrigação de não fazer) e 2) tal obrigação restava incondicionada (ou seja, não estava sujeita a qualquer medida nacional ou europeia para a sua execução)"[45].

Em suma, conforme sintetiza Silveira, em razão do princípio do efeito direto, "os particulares podiam invocar, contra os Estados-Membros, as normas dos tratados

---

[42] Acórdão de 9 de março de 1978, *Simmenthal,* Processo 106/77. [consult. 13 de abril, 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=10F2F0024E961589EF5D2A17AC375314?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2718300

[43] Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos,* Processo 26/62. [em linha]. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdfjsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5894920

[44] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.* [em linha]. [consuta: 19 de novembro de 2020]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/lis_2016/fna_1/dcl_17/oj

[45] SILVEIRA, ref. 6, p. 110.

que estabelecessem obrigações de abstenção para os Estados de forma clara, precisa e incondicionada"[46].
A jurisprudência do TJUE, segundo Silveira, evoluiu para admitir a aplicação do efeito direto das disposições que continham obrigação de fazer. Hodiernamente, "o efeito directo estende-se tanto às normas de direito originário quanto às normas de direito derivado, desde que confiram direitos ou imponham obrigações de forma suficientemente clara e incondicionadas"[47].

3. PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO HORIZONTAL

3.1. Dimensões do Princípio do Efeito Direto

No limite da espacialidade do princípio do efeito direto, Sofia Oliveira Pais cita que a doutrina compreende duas dimensões: vertical, "isto é, a norma da União é invocada pelo particular contra o Estado num tribunal nacional, como se sucedeu no caso *Van Gend en Loos*" A outra, horizontal, ou seja, "a norma da União é invocada entre particulares num tribunal nacional"[48].
A aplicação dos efeitos diretos nas fontes derivadas, ou seja, aquelas previstas no artigo 288.º do TFUE merece a devida atenção mormente para a questão da incidência nas diretivas.
A doutrina de Miguel Gorjão-Henriques estabelece que o Regulamento detém três características:"(i) carácter geral; (ii) aplicabilidade direta; e (iii) obrigatoriedade em todos os seus elementos"; As Diretivas "impõem aos EM a realização de certos objectivos concretos, deixando-lhes uma margem – maior ou menor – na escolha da forma e dos meios para a sua implementação (...) muitas vezes, a directiva seja apresentada como meio preferencial de harmonização legislativa"; a Decisão "é, em princípio, um acto juridicamente obrigatório mas já não, necessariamente, individual, podendo mesmo ter alcance geral (...); A recomendação normalmente "é de iniciativa do órgão que a formula e dirige-se para o exterior, ainda que não seja publicitada." O parecer, por sua vez, "costuma ser adoptado no quadro do desenvolvimento habitual do procedimento de decisão, como acto interno e preparatório, ainda que tal nem sempre seja nítido ao olho externo"[49].
Prosseguindo, quanto aos regulamentos, Pais[50] esclarece pacífica admissão pela doutrina e jurisprudência, em razão do "caráter geral e sendo diretamete aplicáveis, seriam à partida suscetíveis de serem invocados pelos particulares perante os tribunais nacionais", mencionando o acórdão *Leonesio*, de 17 de maio de 1972, Processo 93/71. Aduz, ainda que em relação às decisões, também inexista objeção, citando o caso *Franz Grad,* de 6 de outubro de 1970, Processo 9/70.
Relativamente à diretiva, mister seja consignado, consoante artigo 288.º do TFUE[51], tratar-se de ato jurídico da União que vincula os Estados-Membros ao resultado a alcançar, porém deixa-lhes a competência quanto à forma e aos meios.
O princípio do efeito direto vertical é evidenciado em situações de não cumprimento da obrigação de transposição da diretiva, viabilizando o particular invocar as

---

[46] SILVEIRA, ref. 6, p. 110.
[47] SILVEIRA, ref. 6, p. 110.
[48] PAIS, S. O. "Princípio do efeito direto". In: PAIS, S. O. coord. *Princípios fundamentais de direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudência*. 3ª ed., Coimbra: Edições Almedina, março, 2018, p. 25. ISBN 978-972-40-5138-3.
[49] GORJÃO-HENRIQUES, M. "Artigo 288.º", In: PORTO, M. L.; ANASTÁCIO, G. (coord.), *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. [em linha]. Coimbra: Edições Almedina, 2012, posição 21999, [consulta: 13 de abril de 2020]. ISBN 978-972-40-5479-7. Disponível em Kindle: https://ler.amazon.com.br/
[50] PAIS, ref. 48, p. 26.
[51] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.* [em linha]. [consuta: 19 de novembro de 2020]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/lis_2016/fna_1/dcl_17/oj

disposições contra o Estado-Membro destinatário. Os requisitos, conforme as lições de Pais, são extraídos dos acórdãos *Van Duyn*, de 4 de dezembro de 1974, Processo 41-74, e *Ratti*, de 5 de abril de 1979, Processo 148/78.

Com efeito, no acórdão *Van Duyn*, o TJUE, no âmbito da interpretação do artigo 189.º Tratado do CEE, atual 288.º do TFUE, afirmou a aplicabilidade do efeito direto das normas constantes nas diretivas:

> 12 Todavia, ainda que, nos termos do artigo 189.º, os regulamentos sejam directamente aplicáveis e, consequentemente, por sua natureza, susceptíveis de produzir efeitos directos, daí não resulta que outras categorias de actos referidos neste artigo nunca possam produzir efeitos análogos.
>
> Seria incompatível com o efeito obrigatório que o artigo 189.º reconhece às directivas excluir em princípio que as obrigações por elas impostas possam ser invocadas pelos interessados.
>
> Nomeadamente nos casos em que as autoridades comunitárias impuseram aos Estados-membros, diversas directivas, a obrigação de adoptarem uma determinada conduta, o efeito útil de tais actos ver-se-ia diminuído se os particulares fossem impedidos de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais e se estes não pudessem tê-los em consideração como elementos do direito comunitário[52].

Vale salientar que no acórdão *Ratti,* segundo Pais, o efeito direto foi estabelecido para os casos em que a transposição da diretiva havia expirado. Veja-se:

> (...) no acórdão Ratti, o Tribunal acrescentou que o Estado-membro, que não transpôs a diretiva no prazo, não pode prevalecer-se do seu incumprimento contra o particular (princípio do estoppel). Por outras palavras: decorrido o prazo de transposição, se os Estados não adotaram as medidas nacionais necessárias, para alcançarem os resultados previstos na diretiva, são impedidos (estopped) de invocar o seu incumprimento contra o particular e negar efeito direto às diretivas. O efeito direto vertical das diretivas é, deste modo, visto ainda como uma sanção contra o Estado infrator[53].

Para arrematar, na dicção de Miguel Gorjão-Henriques sobre o princípio do efeito direto nas diretivas:

> A directiva gera para o Estado, a partir da sua vigência a nível da UE, uma vinculação imediata. Se o EM estava obrigado a transpor a Directiva e não o faz (no prazo por esta fixado), coloca-se numa situação de incumprimento, sancionável contenciosamente (art. 258.º TFUE) e não pode, segundo o TJUE, prevalecer-se (beneficiando) perante os particulares do seu próprio incumprimento (é um afloramento do princípio do estoppel). Pelo que, se a Directiva não transposta (ou incorretamente transposta) reunir as condições de que depende o efeito directo de qualquer norma da UE, o particular poderá invocá-la jurisdicionalmente contra o Estado inadimplente, obtendo o benefício da sua aplicação ou desaplicação das normas nacionais que a esta se oponham[54].

3.2. O TJUE e o Princípio do Efeito Direto Horizontal

Conforme já consignado, no tocante às fontes derivadas, à exceção das diretivas, a doutrina e a jurisprudência do TJUE não encontram resistências acerca da possibilidade de invocar os regulamentos em lides entre particulares.

Quanto às diretivas, Caramelo Gomes lança-se o desafio de enfrentamento do tema deste estudo, com a seguinte indagação: "Serão as normas das Directivas invocáveis em litígios entre particulares?" Noutras palavras, levanta a questão do efeito direito horizontal das diretivas.

Principia o docente a responder por meio da evolução dos precedentes do TJUE, para concluir que a "Directiva não pode ser invocada em litígios entre

---

[52] Acórdão de 4 de dezembro de 1974, *Van Duyn*, Processo 41-74. [em linha]. [consulta: 11 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88751&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6063723

[53] PAIS, ref. 48, p. 28.

[54] GORJÃO-HENRIQUES, ref. 49, posição 21973.

particulares"[55], ressaltando a clareza do posicionamento deduzido no Acórdão *Marshall*, de 26 de fevereiro de 1986, Processo 152/84, segundo o qual:

> 48 Quanto ao argumento segundo o qual uma directiva não pode ser invocada contra um particular, é conveniente sublinhar que segundo o artigo 189º do Tratado, o carácter vinculativo de uma directiva, sobre o qual se baseia a possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao " Estado-membro destinatário". Do que resulta que uma directiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa. Assim, convém analisar se, no caso concreto, se deve considerar que a recorrida agiu enquanto particular[56].

Por sua vez, o acórdão *Marleasing,* de 13 de novembro de 1990, Processo C-106/89 trouxe contribuição para consolidação da impossibilidade de aplicar o efeito direto horizontal na diretiva. Estava em causa, discussão da validade de contrato entre dois particulares, e que os fundamentos que viabilizavam a invalidade encontravam-se enunciadas na Diretiva 68/51 não transposta pela Espanha. Caramelo Gomes explica que por meio do reenvio prejudicial, a questão colocada para o TJUE resolver acerca da interpretação e aferir se a directiva não transposta era susceptível de produzir efeito direto nas relações entre particulares. O TJUE reafirma que:

> 6 Quanto a saber se um particular pode invocar a directiva contra uma lei nacional, deve recordar-se a jurisprudência constante do Tribunal, segundo a qual uma directiva não pode, por si própria, criar obrigações na esfera de um particular e, por conseguinte, a disposição de uma directiva não pode ser invocada, enquanto tal, contra essa pessoa (acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall, 152/84, Colect., p. 723)[57].

Portanto, os principais argumentos jurídicos obstativos do efeito direto horizontal das diretivas não transpostas, centram-se: na impossibilidade das diretivas criarem, por si próprias, obrigações na esfera dos particulares; na interpretação literal do Tratado, antigo artigo 189.º, atual artigo 288.º do TFUE[58], segundo o qual a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto aos resultados.

Nessa direção, o TJUE revisitou a matéria no caso *Faccini Dori*, de 14 de julho de 1994, Processo C-91/92, para reafirmar a compreensão extraída no acórdão Marshall, de 26 de fevereiro de 1986, apesar das reflexões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz consignadas nas Conclusões, adiante densificadas. Para compreensão do caso *Faccini Dori,* com propriedade Caramelo Gomes rememora:

> Com Faccini Dori o Tribunal de Justiça foi ainda mais claro nesta matéria. Estava em causa um reenvio prejudicial DO Giudice conciliatore di Firenze, num processo opondo a senhora Faccini Dori à sociedade Recreb, relativamente a um contrato negociado entre ambos fora de estabelecimento comercial.
>
> A questão colocada pela jurisdição nacional tinha por objecto a interpretação da Directiva 85/577/CEE, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais e, designadamente, saber se, na ausência de acto nacional de transposição, a directiva poderia ser invocada em tribunal num litígio entre particulares[59].

---

[55] GOMES, ref. 25, p. 48.

[56] Acórdão de 26 de fevereiro de 1986, *Marshall*, Processo 152/84. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=63E97E613EA88C81E432B982E29BAF7?text=&docid=93234&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2900003

[57] Acórdão de 13 de novembro de 1990, *Marleasing,* Processo C-106/89. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96619&page Index=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2905998

[58] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.* [em linha]. [consuta: 19 de novembro de 2020]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/lis_2016/fna_1/dcl_17/oj

[59] GOMES, ref. 25, p. 49.

Deve-se consignar que o TJUE, para avançar na tese central acerca da aplicação do efeito direto horizontal, fixou a premissa de que as disposições da diretiva 85/577/CEE são incondicionais e suficientemente precisas. Portanto, reunidos os pressupostos condicionantes para aplicação do princípio do efeito direto, passou, então, ao enfrentamento da proposição posta ao desate, mediante os fundamentos:

> Quanto à possibilidade de invocar as disposições da directiva relativas ao direito de rescisão, num litígio que opõe um consumidor a um comerciante.
> 19 O segundo problema colocado pelo órgão jurisdicional nacional incide mais especificamente na questão da possibilidade de retirar da própria directiva, na falta de medidas de transposição nos prazos fixados, um direito dos consumidores de rescindir contratos com comerciantes, susceptível de invocação perante os tribunais nacionais.
> 20 Como tem sido sublinhado pelo Tribunal de Justiça, em jurisprudência constante desde o acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, nº 48), uma directiva não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal, contra ele. (...)
> 24 Alargar esta jurisprudência ao domínio das relações entre particulares equivaleria a reconhecer à Comunidade o poder de criar, com efeito imediato, deveres na esfera jurídica dos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adoptar regulamentos.
> 25 Daqui decorre que, na falta de medidas de transposição da directiva no prazo fixado, os consumidores não podem basear nela própria um direito de rescisão contra comerciantes com que tenham celebrado um contrato, e invocar esse direito perante os tribunais nacionais[60].

Ao final, com relação à questão encaminhada pelo juiz nacional por meio do reenvio prejudicial no caso *Faccini Dori*, o TJUE reafirmou a tradicional jurisprudência no sentido da impossibilidade da aplicação do efeito direto na sua forma horizontal, nos seguintes termos:

> 30 Quanto ao segundo problema suscitado pelo juiz nacional, e tendo em conta as considerações precedentes, deve responder-se que, na falta de medidas de transposição da directiva no prazo fixado, os consumidores não podem basear nela própria um direito de rescisão contra comerciantes com quem tenham celebrado um contrato, e invocar esse direito perante os tribunais nacionais. Todavia, o órgão jurisdicional nacional, ao aplicar disposições do direito nacional anteriores ou posteriores à directiva, é obrigado a interpreta-la, na medida do possível, á luz do texto e da finalidade da directiva[61].

Em perspectiva contrária, um conjunto de fundamentos jurídicos favoráveis à admissão do efeito direto na sua dimensão horizontal foi apresentado no caso *Faccini Dori.* Os argumentos estão dispostos nas Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz apresentadas em 9 de fevereiro de 1994. Pela relevância e posicionamento dissonante à jurisprudência consolidada do TJUE, consigna-se os fragmentos da tese sustentada:

> 2. Quanto à aplicabilidade horizontal das directivas.
> 48. As reflexões a favor de um efeito horizontal das directivas fazem parte dos esforços para prestar justiça aos beneficiários de uma disposição que o legislador comunitário pretendeu vinculativa e para não deixar a sua posição, por tempo indeterminado, depende da discrição de um Estado-membro faltoso.
> 49. Numa época marcada pela realização do mercado interno, que é um espaço sem fronteiras internas, em que cada vez mais são adoptadas disposições de harmonização para a regulação das relações jurídicas entre particulares, parece-me oportuno repensar os efeitos das directivas. Nos considerandos da Directiva 85/877, o legislador comunitário referiu a necessidade de aproximação das legislações de uma forma isenta de quaisquer ambiguidades. (...)

---

[60] Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9EABC4C55B83E601A97AC2225954878C?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3030714

[61] Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9EABC4C55B83E601A97AC2225954878C?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3030714

> 50. Na série de argumentos a favor do efeito horizontal das directivas, há que colocar antes de mais a igualdade das condições de concorrência. Além disso, sem o efeito horizontal, os particulares do Estado que actuam em conformidade com o direito comunitário são muitas vezes prejudicados.
> 51. A favor do efeito horizontal das directivas milita também o princípio *da não discriminação*, como categoria de direito fundamental, e isto, na verdade, a vários títulos. Por um lado, não é satisfatório que os sujeitos jurídicos, consoante mantenham relações jurídicas comparáveis com uma instituição da responsabilidade do Estado ou com uma pessoa privada, fiquem sujeitos a regras diferentes. Por outro lado, é contrário às exigências do mercado interno que se aplique aos particulares um direito diferente nos diversos Estados-membros, embora tenham sido adoptadas pela Comunidade disposições de harmonização.
> 52. A manutenção das diferenças opõe-se ao objectivo proclamado da aproximação das legislações. Esta afirmação não pode ser invalidada com a referência à natureza das directivas, nos termos da qual, até à sua transposição, haverá forçosamente condições diferentes nos Estados-membros. Com efeito, a desigualdade só deve ser tolerada até ao término do prazo de transposição. Entre os objectivos da directiva conta-se o de que depois disso prevaleçam condições comparáveis[62].

No tocante aos argumentos que lastreiam a impossibilidade de aplicar o efeito direto nas relações entre particulares às diretivas não transpostas, o ilustre Advogado-Geral Carl Otto Lenz os contrapõem com os seguintes arrazoados:

1) No que concerne a literalidade do Tratado, no qual confere o caráter vinculativo do resultado das diretivas aos Estados-Membros logo que entra em vigor, sustenta que:

> Entre os resultados de uma directiva contam-se, por exemplo, a atribuição de força jurídica vinculativa a normas de proteção, o mais tardar no fim do prazo de transposição. A força vinculativa de tais normas é – como já fiz notar – pretendida pelo legislador comunitário e inerente à natureza da directiva. Porque as directivas não são actos jurídicos de menor qualidade, mas são dirigidas, para a sua execução, aos Estados-membros, sobre os quais impende um dever, fixado pelo Tratado, de as transporem tempestiva e completamente.
> 61. A natureza da directiva não estorva, em meu entender, o seu efeito horizontal. Tão-pouco a fronteira entre regulamento e directiva seria confundida, pois os efeitos directos da directiva só são possíveis após o termo do prazo de transposição e só quanto a preceitos claros e incondicionais[63].

2) Relativamente a impossibilidade da imposição de ónus aos terceiro decorrente da aplicabilidade horizontal da diretiva, pondera ser problemático por razões de segurança jurídica. Ressuma que:

> 67. A favor do particular a quem é imposto um ónus e contra o efeito horizontal das directivas, é invocada a confiança legítima. Uma confiança digna de tutela jurídica reconhece-se seguramente no modo como o particular não precisa de contar com ónus adicionais, na medida em que actue legalmente no âmbito da sua ordem jurídica nacional. Por outro lado, após a publicação de uma directiva e o decurso do prazo de transposição, o ónus é previsível. Pergunto a mim mesmo se a confiança no facto de o legislador nacional se comportar em desconformidade com o direito comunitário é digna de proteção[64].

3) No que se refere ao possível incremento da negligência do Estado-membro quanto à transposição, aduz o insígne Advogado-Geral que o efeito direto horizontal

---

[62] LENZ, C. O. *Conclusões apresentadas em 9 de fevereiro de 1994*. [em linha]. Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98347&pageIndex=0&doclang=pt &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2910745

[63] LENZ, C. O. *Conclusões apresentadas em 9 de fevereiro de 1994*. [em linha]. Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98347&pageIndex=0&doclang=pt &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2910745

[64] LENZ, C. O. *Conclusões apresentadas em 9 de fevereiro de 1994*. [em linha]. Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98347&pageIndex=0&doclang=pt &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2910745

poderia "eventualmente incitar o Estado-membro a uma transposição tempestiva da directiva, para se antecipar à aplicação horizontal pelas autoridades e órgãos juridicionais da Comunidade e dos Estados-Membros"[65].

Não obstante, nas derradeiras conclusões do respeitável pronunciamento, o Advogado-Geral pondera, por razões de segurança jurídica, que "o efeito horizontal não deve ser considerado para o passado". Prospectivamente, tem a compreensão de que se mostra "necessário reconhecer a aplicabilidade geral das disposições precisas e incondicionais das directivas, no âmbito de uma evolução jurisprudencial com base no Tratado CE, no interesse de uma aplicação uniforme e eficaz do direito comunitário"[66].

Silveira, sob outro prisma, a partir da compreensão do artigo 6.º, n.º 3, do TUE[67], segundo o qual, enquanto princípios gerais do direito da União fazem parte os direitos fundamentais tal como garante a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ensina que "os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica europeia são habitualmente concretizados através de diretivas, a sua correta transposição (ou a ausência dela) acaba por produzir um efeito "indireto" daqueles direitos (...)"[68]. A renomada jurista sumaria as conclusões do Advogado-Geral Yves Bot no caso *Seda Kücükdeveci*, o qual sustenta a necessidade do Tribunal de Justiça da União Europeia verticalizar a questão da efeito direto horizontal das diretivas quando identificados direitos fundamentais. Observa-se no item 65 das Conclusões do referido Advogado-Geral, a compreensão sedimentada do TJUE no sentido do não reconhecimento do efeito direto horizontal das directivas e as soluções paliativas consistentes na obrigação de interpretação conforme e na responsabilização dos Estados-Membros repararem os danos causados aos particulares, percepção esta também é destacada por Pais[69]. Entretanto, prossegue a tese argumentativa apresentando outra solução de hermeneutica ao Tribunal, na linha do da compreensão assentada no acórdão *Mangold*. Pela relevância, consigna-se:

> 70. Sugerimos que o Tribunal de Justiça opte por um critério mais ambicioso em termos de luta contra as discriminações contrárias ao direito comunitário, critério que, aliás, de nenhum modo será frontalmente contrário à sua jurisprudência clássica relativa à inexistência de efeito directo horizontal das directivas. Esta posição, que em grande parte se baseia na especificidade das directivas relativas à luta contra as discriminações e na hierarquia das normas no ordenamento jurídico comunitário, consiste em considerar que uma directiva que foi adoptada para facilitar a aplicação do princípio geral da igualdade de tratamento e da não discriminação não pode reduzir o seu alcance. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça deveria reconhecer, como fez a propósito do próprio princípio geral do direito comunitário, que uma directiva tem por objecto a luta contra as discriminações pode ser invocada no âmbito de um litígio entre particulares a fim de afastar a aplicação de uma legislação nacional que contrarie essa directiva.

---

[65] LENZ, C. O. *Conclusões apresentadas em 9 de fevereiro de 1994*. [em linha]. Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98347&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2910745

[66] LENZ, C. O. *Conclusões apresentadas em 9 de fevereiro de 1994*. [em linha]. Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98347&pageIndex=0&doclang=pt &mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2910745

[67] UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia.* [em linha]. [consulta: 11 de abril de 2020]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_VersaoConsolidada.pdf

[68] SILVEIRA, A. "Artigo 51.º âmbito de aplicação", In*:* SILVEIRA, A.*;* CANOTILHO, M. (coord.), *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia – comentada.* [em linha]. Coimbra: Edições Almedina, 2013, posição 14793, [consulta: 12 de novembro de 2020]. ISBN 978-972-40-5224-3. Disponível em Kindle: https://ler.amazon.com .br/

[69] PAIS, S.O. "Princípio do Efeito Direto", In: Brandão, A. P. e outros (coord.), *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2017, p. 338. ISBN 978-972-685-239-1.

> 76. Não ignoramos que o acórdão Mangold, já referido, foi objecto de numerosas críticas. Atendendo ao contributo principal deste acórdão, a saber, que o respeito do princípio geral da igualdade de tratamento, especialmente em razão da idade, não pode, enquanto tal, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para transporem a Directiva 2000/78 e que, por conseguinte, o juiz nacional é obrigado a garantir o pleno efeito deste princípio, não aplicando qualquer disposição nacional contrária, inclusivamente no âmbito de um litígio entre particulares, consideramos que estas críticas devem ser amenizadas[70].

Como estava em causa a exclusão de um dispositivo da legislação nacional, concluiu o ilustre Advogado-Geral a desnecessidade do Tribunal de Justiça revisitar a jurisprudência clássica "relativa à inexistência de efeito directo horizontal das directivas"[71].

O Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), no acórdão *Seda Kücükdeveci* assentou:

> 1) O direito da União, mais concretamente o princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é tido em conta no cálculo do prazo de aviso prévio, em caso de despedimento.
>
> 2) Chamado a pronunciar-se num litígio entre particulares, cabe ao órgão jurisdicional nacional garantir a observância do princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, devendo afastar, quando necessário, as disposições contrárias da legislação nacional, independentemente de exercer a faculdade de que dispõe, nos casos referidos no artigo 267.°, segundo parágrafo, TFUE, de submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação deste princípio[72].

Portanto, a despeito das reflexões favoráveis à aplicação do efeito direto horizontal nas diretivas não transpostas, mormente, quando conferem concretude aos direitos fundamentais, na percepção do Tribunal de Justiça da União Europeia, são insuficientes à disrupção da compreensão para provocar a viragem da jurisprudencia assente.

Conclusão

A União Europeia se funda no Estado de Direito, cujo valor está consolidado nos Tratados constitutivos.

Na ambiência da complexa sistematização do ordenamento jurídico da União Europeia, integrada por fontes originárias e derivadas e princípios jurídicos, incumbe ao Tribunal de Justiça a missão de assegurar o Estado de Direito, por meio da interpretação e aplicação dos Tratados.

---

[70] BOT, Y. *Conclusões apresentadas em 7 de Julho de 2009*. [em linha]. Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, *Seda Kücükdeveci,* Processo C-555/07. [consulta: 12 de novembro de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=BBB542BEBB8EB4D45BDD4AC99F9898D9?text=&docid=72619&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13513141#Footref48

[71] BOT, Y. *Conclusões apresentadas em 7 de Julho de 2009*. [em linha]. Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, *Seda Kücükdeveci,* Processo C-555/07. [consulta: 12 de novembro de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=BBB542BEBB8EB4D45BDD4AC99F9898D9?text=&docid=72619&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13513141#Footref48, Item 88.

[72] Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, *Seda Kücükdeveci*, Processo C-555/07. [consulta: 12 de novembro de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72658&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13514284

Nos conflitos de normas em que é submetido o Tribunal de Justiça da União Europeia a desate, compete-lhe, à luz das fontes primárias, dar interpretação do direito, norteando o escopo do princípio da cooperação leal. De caráter vinculativo aos Estados-Membros, os precedentes assentados pelo TJUE formam um *stare decisis.*

Para dar sustentação ao princípio da lealdade europeia, o TJUE reconheceu outros princípios fundamentais estruturantes, que constituem o acervo formal comunitário. O princípio do primado, de construção jurisprudencial, vem a lume para estabelecer que em caso de conflito, aplica-se o direito da União com preferência. Decorre do princípio do efeito direto a possibilidade de os particulares invocarem contra os Estados-Membros destinatários, as normas de direito originário e derivado que estabelecem direitos ou impõem obrigações, desde que suficientemente claras e incondicionadas.

Quanto às fontes derivadas, dentro do largo espectro, o estudo cingiu-se na questão debatida na doutrina e jurisprudência acerca da aplicação do efeito direto horizontal das diretivas.

Depreende-se, pois, que a despeito das teses argumentativas deduzidas nas Conclusões dos Advogados-Gerais dos respectivos acórdãos, *Faccini Dori* e *Seda Kücükdeveci,* no sentido do acolhimento do efeito direto das diretivas entre particulares, permanece irretoquível a compreensão clássica do Tribunal de Justiça da União Europeia assentada no Acórdão *Marshall*, de 26 de fevereiro de 1986, Processo 152/84, segundo o qual "o carácter vinculativo de uma directiva, sobre o qual se baseia a possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao "Estado-membro destinatário".

Assim, esta breve incursão dos precedentes, os quais revisitaram o tema do princípio do efeito direto, destina-se a situar o leitor em tema complexo e especializado. Apresentam-se as bases jurisprudenciais e sólidas referências da doutrina, dando-se destaque aos acórdãos *Faccini Dori e Seda Kücükdeveci.* Neste, conforme percuciente reflexão do Advogado-Geral Yves Bot, o Tribunal de Justiça da União Europeia será "inevitavelmente confrontado com outras situações que suscitarão a questão da invocabilidade, no âmbito dos litígios entre particulares, de directivas que contribuem para garantir a observância de direitos fundamentais"[73].

Referências bibliográficas

BOT, Y. *Conclusões apresentadas em 7 de Julho de 2009*. [em linha]. Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, *Seda Kücükdeveci,* Processo C-555/07. [consulta: 12 de novembro de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/ document.jsf;jsessionid=BBB542BEBB8EB4D45BDD4AC99F9898D9?text=&docid=72619&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13513141#Footref48

CAMPOS, J.M., A. P. PEREIRA, J. L. M. CAMPOS. *O direito processual da União Europeia: contencioso comunitário*. 2ª edição revista e aumentada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Gráfica ACD Print, S.A., 2014. ISBN: 978-972-31-1516-1.

[73] BOT, Y. *Conclusões apresentadas em 7 de Julho de 2009*. [em linha]. Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, *Seda Kücükdeveci,* Processo C-555/07. [consulta: 12 de novembro de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=BBB542BEBB8EB4D45BDD4AC99F9898D9?text=&docid=72619&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13513141#Footref48

CANOTILHO, J.J.G.; CANOTILHO, M. "Artigo 6.º", In: PORTO, M. L.; ANASTÁCIO, G. (coord.), *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. [em linha]. Coimbra: Edições Almedina, 2012, posição 549, [consulta: 13 de novembro de 2020]. ISBN 978-972-40-5479-7. Disponível em Kindle: https://ler.amazon.com.br/

GOMES, C. *O juiz nacional e o direito comunitário: O exercício da autoridade jurisdicional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça da comunidade europeia*. Reimpressão da edição de outubro de 2003. Coimbra: Edições Almedina, março, 2006.

GORJÃO-HENRIQUES, M. "Artigo 288.º", In: PORTO, M. L.; ANASTÁCIO, G. (coord.), *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. [em linha]. Coimbra: Edições Almedina, 2012, posição 21999, [consulta: 13 de abril de 2020]. ISBN 978-972-40-5479-7. Disponível em Kindle: https://ler.amazon.com.br/

LENZ, C. O. *Conclusões apresentadas em 9 de fevereiro de 1994*. [em linha]. Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=& docid=98347&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1 &cid=2910745

MARTINS, P. F. "Princípio do primado do direito da União", In: PAIS, S.O. (coord.), *Princípios fundamentais de direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudência*. 3ª ed., Coimbra: Edições Almedina, março, 2018. ISBN 978-972-40-5138-3.

PAIS, S.O. "Princípio do Efeito Direto", In: Brandão, A. P. e outros (coord.), *Enciclopédia da União Europeia*. Petrony, 2017, ISBN 978-972-685-239-1.

PAIS, S. O. "Princípio do efeito direto". In: PAIS, S. O. (coord.) *Princípios fundamentais de direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudência*. 3ª ed., Coimbra: Edições Almedina, março, 2018. ISBN 978-972-40-5138-3.

PECEQUILO, C. S. *A União Europeia: os desafios, a crime e o futuro da integração*. [em linha]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2014, [consulta: 11 de abril de 2020]. ISBN 978-85-352-7506-3. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/

SCHUMAN, R. *Declaração de Schuman*. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-ilay/schuman-declaration_pt

SILVEIRA, A. "Artigo 51.º âmbito de aplicação", In*:* SILVEIRA, A.*;* CANOTILHO, M. (coord.), *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia – comentada.* [em linha]. Coimbra: Edições Almedina, 2013, posição 14793, [consulta: 12 de novembro de 2020]. ISBN 978-972-40-5224-3. Disponível em Kindle: https://ler.amazon.com .br/

SILVEIRA, A. *Princípios de direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*. 2ª edição (actualizada e ampliada). Lisboa: Quid Juris?-Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-554-3.

UNIÃO EUROPEIA. *Ato único europeu*. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia.* [em linha]. [consulta: 11 de abril de 2020]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_ VersaoConsolidada.pdf

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amesterdão.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Maastricht.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Nice.* [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Roma*. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do carvão e do aço*. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: https://europa.eu/ european-union/law/treaties_pt

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.* [em linha]. [consuta: 19 de novembro de 2020]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/lis_2016/fna_1/dcl_17/oj

Jurisprudência do Tribunal de Justiça Da União Europeia

Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos,* Processo 26/62. [em linha]. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/show Pdfjsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ =first&part=1&cid=5894920

Acórdão de 15 de julho de 1964, *Costa c. ENEL*, Processo C-6/64, pp 555-556. [em linha]. [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/ showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir =&occ=first&part=1&cid=5320139

Acórdão de 17 de dezembro de 1970, *Internationale Handelsgeselschaft*, Processo 11/70. [em linha]. [consulta: 10 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia. europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=D01640DD77BE8A0EE905E96F24130 BF6?txt=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=fir st&part=1&cid=3512370

Acórdão de 4 de dezembro de 1974, *Van Duyn*, Processo 41-74. [em linha]. [consulta: 10 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/show Pdf.jsf?text=&docid=88751&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ =first&part=1&cid=6063723

Acórdão de 9 de março de 1978, *Simmenthal,* Processo 106/77. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsession id=10F2F0024E961589EF5D2A17AC375314?text=&docid=89693&pageIndex =0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2718300

Acórdão de 26 de fevereiro de 1986, *Marshall*, Processo 152/84. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsession id=63E97E613EA88C81E432B982E29BAF7?text=&docid=93234&pageIndex =0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2900003

Acórdão de 13 de novembro de 1990, *Marleasing*Processo C-106/89. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=& docid=96619&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1 &cid=2905998

Acórdão de 14 de julho de 1994, *Faccini Dori*, Processo C-91/92. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsession id=9EABC4C55B83E601A97AC2225954878C?text=&docid=98358&pageInde x=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3030714

Acórdão de 16 de junho de 2005. *Maria Pupino*, Processo C-105/03. [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&

docid=59363&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5286996

Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, *Seda Kücükdeveci*, Processo C-555/07. [consulta: 12 de novembro de 2020]. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72658&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13514284

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 254-274
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

El alcance legal en España del certificado de ciudadanía de Puerto Rico

The legal significance in Spain of the Puerto Rico citizenship certificate

"YO SOY UN CIUDADANO, NO DE ATENAS O GRECIA, SINO DEL MUNDO."
SÓCRATES

Enrique Acosta Pumarejo[1]
Universidad Internacional Internacional de La Rioja

Sumario: 1. Introducción. 2. La diferenciación práctica entre nacionalidad y ciudadanía. 2.1. La concéntrica vinculación entre nacionalidad y ciudadanía.2.2 En resumen atómico 3. Reglamento de Ciudadanía Puertorriqueña: Articulado 4.Aproximación a la Nacionalidad en España. 4.1 ¿Quiénes ostentan la nacionalidad española? 4.2 Modos de Adquisición 5. Eficacia de los Certificado 6. Conclusión 7. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo realiza un análisis del reglamento 7347 por el cual se rige el proceso de evaluación y otorgamiento de certificados de ciudadanía de Puerto Rico. Igualmente se comenta brevemente el concepto de ciudadanía *vis-a-vis* nacionalidad. También reseña sucintamente elementos y requisitos para obtener la nacionalidad española. Así las cosas, se pasa a apuntar la eficacia que tiene el Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña en el quehacer jurídico del ordenamiento español en cuanto a extranjería se refiera. Enfatiza en cómo el Certificado permite la coexistencia, simultaneidad y remanecía de ciudadanías y nacionalidades. Se argumenta la potencial novedad que implica esta eficacia no tan solo a un 'nativo' isleño sino a todo acreedor del Certificado independientemente de su lugar de origen.

Palabras clave: Certificado; Ciudadanía; Extranjería; Nacionalidad

Abstract: The present article analyses Regulation 7347 which governs the process of the evaluation and grant of Puerto Rico Citizenship Certificates. It briefly comments on the concept of citizenship *vis-à-vis* nationality. Also, it succinctly reviews the elements and requirements for obtaining Spanish nationality. The effectiveness of the Certificate of Puerto Rican Citizenship in the everyday legal framework of the Spanish system as far as foreigners are concerned is discussed point by point. The article emphasizes how the certificate permits the co-existence, simultaneity and resurgence of citizenships and nationalities. The potential novelty

---

[1] Profesor Colaborador en La Universidad Internacional de La Rioja, Doctor en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible en la Universidad de Valencia y Universidad Degli Studi di Palermo; Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea en la Universidad de Valencia; Juris Doctor en la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Escuela de Derecho; Licenciado en Derecho Universidad Francisco de Vitoria(homologación), Licenciado en Artes concentración en Filosofía en la Universidad de Puerto Rico.
Correo Electrónico: enrique.acosta@unir.net

Recibido: 03/03/2021
Aceptado: 11/05/2021

implied by this efficacy not only to a "native" islander but to anyone in possession of the certificate independent of their place of origin, is also discussed.

Keywords: Certificate; Citizenship; Immigration; Nationality

1. Introducción

Puerto Rico despierta el interés de muchas personas a nivel mundial, en espacial a sus hijos. Este interés no se limita a la música, el arte, o la gastronomía. El quehacer jurídico también llama la atención de muchos. Tal es el caso del licenciado en derecho, José. A. Santos, puertorriqueño estadounidense y español. Quien en magistral artículo[2], explica el impacto real y la trascendencia jurídica del certificado de ciudadanía puertorriqueña. Sobre este artículo sentaremos las bases de nuestra pequeña discusión. Comentaremos el mismo, invitando al lector a leer el referido artículo ya que ofrece destalles que no alcanzamos a discutir en las próximas líneas. Santos ha venido creado un espacio en el cual para pretende "divulgar las consecuencias favorables del certificado de ciudadanía puertorriqueña, para aquellos puertorriqueños residentes en España que, tramiten la nacionalidad española presentando ese certificado"[3]. Espacio al que el autor de estas líneas desea aportar.

Así las cosas José, afirma con contundente solidez jurídica, que nos encontramos ante la existencia de una ciudadanía que goza de toda la validez y del reconocimiento legal el cual simultáneamente la ciudadanía puertorriqueña posee y goza una personalidad jurídica internacional distinta, "separada, independiente e incluso, complementaria con la estadounidense y la española"[4], con innegable fuerza jurídica. Con respeto y admiración nos atrevemos a añadir que la personalidad jurídica puertorriqueña dotada por el Certificado es no sólo diferente sino diferenciada.

Quizás al lector le resulte curioso, sorprendente o, inclusive una novedad escuchar de la existencia de un certificado de ciudadanía puertorriqueña. Pues sépase que existe y es muy real. Lo expide el Departamento de Estado[5], y tiene reales y particas consecuencias jurídicas.

Por evidentes razones de tiempo y espacio nos limitaremos a mencionar a grosso modo algunas de estas consecuencias generadas por sus causas así como los requisitos para el otorgamiento del referido certificado, antecedente de las referidas consecuencias. No sin antes, realizar un breve excurso y acercamiento a los conceptos ciudadanía y nacionalidad. Igualmente, una pequeño esquematizada visión a la extranjería española.

2. La diferenciación práctica entre nacionalidad y ciudadanía

La ciudadanía es un concepto que remite a derechos universales, pero depende de la nacionalidad, que viene determinada por exigencias exclusivamente particularistas. Sin embargo, en buena lid, debería suceder justamente lo contrario: ya que la ciudadanía pretende garantizar unas

---

[2] Santos, José. A., "La trascendencia del certificado de ciudadanía puertorriqueña: El impacto de la ciudadanía puertorriqueña en el ordenamiento jurídico español y el Derecho Internacional, *http://nuevocertificadodeciudadaniapr.blogspot.com [en línea],* consultado el 26 de abril de 2021 disponible en ,http://nuevocertificadodeciudadaniapr.blogspot.com.es/2010/11/impacto-de-la-ciudadania-uertorriquena.html?m=1

[3] *Ibídem*

[4] *Ibídem*

[5]Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Departamento de Estado, "Solicitud Certificado Ciudadanía de Puerto Rico" [en línea],http://www.pr.gov, Consultado el 26 de abril de 2021

exigencias básicas de todo ser humano; debería estar por encima del particularismo de la nacionalidad. De ahí que la relación nacionalidad ciudadanía se manifieste como una realidad paradójica.

Por otra parte, no es "posible" hablar de la Ciudadanía en abstracto, porque hoy resulta difícil (cuando no utópico o descabellado) afirmar la existencia un concepto unívoco de ciudadanía. Basta asomarse un poco a la historia política para comprobar cómo se ha ido configurando en función de muy diversas aportaciones. Para referirse a ellas se suelen usar como sinónimos vocablos como: 'concepciones', 'visiones', 'modelos', 'enfoques', 'paradigmas',' teorías', [etcétera]. Desde esta lógica, se suele hablar de teorías elitistas, del bienestar, participativas, neoliberales, étnico-culturalistas, feministas, globalizadoras o ecologistas. A modo de ubicar dichas tradiciones dentro de enfoques paradigmáticos, se han venido utilizando conceptos como teorías 'liberales', 'republicanas' o 'comunitaristas`.[6] En definitiva, toda aproximación al estudio de la Ciudadanía aparece modulada siempre por "adjetivos teóricos", con los cuales se identifica el modelo específico de una propuesta, en función de la época, el contexto, la cultura o la ideología.

La nacionalidad, mientras que unos autores se fijan en la vertiente jurídica[7], otros ponen el acento en su contenido histórico[8]. Desde una óptica privatista, la nacionalidad es un estado civil, y como tal, un conjunto de derechos y deberes. Así pues, la nacionalidad, tal y como hoy la entendemos, surgida en los siglos XVIII y XIX, es el vínculo jurídico y político que liga a una persona física con su Estado; es el instrumento para establecer una relación formal y jurídica de las personas con los Estados[9]. Pero, además, la nacionalidad también define la pertenencia de un individuo a la 'población primaria' de un Estado. Esta 'población primaria' está constituida por el conjunto de individuos que mantienen entre sí y con la estructura estatal un vínculo pre-jurídico, de un orden o grado diferente, de manera que no es posible establecer ese mismo vínculo con otro orden social u otra estructura estatal[10]. En ese sentido, existe un amplio consenso en considerar que la nacionalidad tiene intrínsecamente una dimensión etno-cultural, en virtud de la cual asume un carácter excluyente, que resulta de la delimitación de un espacio 'propio', que determina quiénes constituyen 'nuestra nación' en contraposición a quienes forman parte de 'otros pueblos'.

Por su parte, algo similar sucede con la *ciudadanía*. Mientras que algunos autores, como Rubio Carracedo, ponen el acento en que es "el reconocimiento por parte del Estado, a los individuos que lo integran, del derecho al disfrute de las libertades fundamentales, en especial de los derechos civiles y políticos" [11]; otros, partiendo de la tripartición histórico-evolutiva propuesta por Marshall[12], la configuran como "el estatus de miembro pleno de la comunidad, ligado a la titularidad de aquellas tres categorías de derechos: la ciudadanía civil,

---

[6] SAINT PAUL, J., "T.H. Marshall y las discusiones contemporáneas sobre ciudadanía, cohesión social y democracia" [en línea], en Documentos de Trabajo de la División de Derecho Política y Gobierno, nº 1 octubre, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2011, p.4, Consultado el 26 de abril de 2021. disponible en http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/pdfs/dt2011/DT_EP_1_EDDY.pdf

[7] Véase, por ejemplo, DE LUCAS, J. *Los derechos como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 33 ss.

[8] En el constitucionalismo reciente se constata, por ejemplo, la confusión que existe respecto al concepto de ciudadanía. Así, en unos textos constitucionales, como el español de 1978, se utilizan indistintamente y como sinónimos los vocablos de nacionalidad y ciudadanía; en otros, como la Constitución de México, se diferencia netamente entre la nacionalidad y la ciudadanía.

[9] DE LUCAS J., *Los derechos como elemento de integración de los inmigrantes*, op. cit., p. 35.

[10] RUBIO, A. y MOYA, M., "Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº 37*, 2003, pp. 129-130.

[11] RUBIO R., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos,* Trotta, Madrid 2000, p. 10 ss.

[12] MARSHALL T.., *Ciudadanía y clase social* (1950), Alianza, Madrid 2007, p. 56

caracterizada por el reconocimiento de los derechos de libertad y autonomía personal; la ciudadanía política, ligada a la extensión de los derechos de participación pública; y, finalmente, la ciudadanía social, asociada al ingreso de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos"[13].

Talavera[14] nos señala lo que sería una síntesis de lo que describe Es que la ciudadanía es simultáneamente dos conceptos; el descriptivo, que identifica a quiénes se considera miembros de pleno derecho de una comunidad política, y el normativo, que contiene las dimensiones de lo que debería ser un verdadero ciudadano. Ambas definiciones o propuestas serían la versión post revolucionaria que podríamos llamarla ciudadanía nacional.

Las bases la político-incluyente de la ciudadanía se sientan con la aparición de las nociones filosófico-políticas de 'estado de naturaleza' y de 'contrato social' a partir de los cuales se construye la idea de Estado y se le dota de la finalidad de garantizar los derechos y libertades que de forma natural disfrutaban los individuos. La igualdad natural, consustancial a esta visión del individuo, era incompatible con los privilegios y jerarquías sociopolíticas del Antiguo Régimen y su concepto de 'nacional', pero también con la existencia de fronteras territoriales nacionales. Una forma de superarlos era construir un concepto de sujeto colectivo (pueblo/nación) que agrupase a todos aquéllos que, por ser parte del contrato social, se integraban plenamente en la comunidad política a través del disfrute de los derechos civiles y una potencial capacidad de participación política, que siempre estuvo reservada a las minorías aristocráticas y eclesiásticas[16]. En consecuencia, en el pensamiento revolucionario anglosajón y francés, la ciudadanía jugará una función incluyente, como virtud cívica que permite unir a los individuos a través del reconocimiento de unos derechos civiles y de participación política, más allá del mero vínculo legal de sujeción que había generado la nacionalidad para el Estado absoluto. El ciudadano comienza a ser identificado con el individuo integrante de la Nación o del Pueblo, un ciudadano libre e igual a los demás, al menos en su titularidad abstracta de la soberanía[17].

Aparecen así dos significados políticos distintos de la ciudadanía que darán lugar a la imagen moderna que poseen los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. De un lado, el sentido de miembro de una Nación soberana meramente pasivo (ciudadano pasivo), que designará al colectivo del que emanan y al que van dirigidas las normas creadas en el seno de la comunidad política. Este sentido coincide, *grosso modo*, con la comprensión moderna de la nacionalidad, cuyo antecedente era la condición de súbdito del Antiguo Régimen en cuanto que vínculo jurídico entre el individuo y la comunidad políticamente organizada, pero diverge respecto del súbdito del Estado-nación, pues lo incluye dentro del sujeto colectivo de la soberanía en su condición política de representado y de titular de iguales derechos civiles. De otro lado, está el sentido de miembro de la Nación activo (ciudadano activo), revestido de los derechos de participación política, necesarios para constituir la voluntad general de la Nación como un todo y expresarla mediante la creación de normas jurídicas. Este sentido coincide también *grosso modo* con

[13] DE LUCAS, J., *Los derechos como elemento de integración de los inmigrantes*, op. cit., p. 37

[14] TALAVERA, P., "El desafío pluricultural en el estado nacional", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, nº 22, 2008 , p.135

[15] BELLAMY, R., *Citizenship: A Very Short Introduction, Oxford University Press, Oxford 2008, p. 17*

[16] ALÁEZ, B., "Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional", en *Historia Constitucional n. 6*, 2005, p. 35-38.

[17] ZAPATA, R., *Ciudadanía y democracia*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997, p. 76 ss.

lo que hoy se entiende por ciudadanía, aunque también diverge en quienes son los titulares de los derechos políticos de ciudadanía activa[18].

Esta dualidad entre nacionalidad y ciudadanía, que producen las revoluciones liberales americana y francesa, es distinta de la que se produce en la formación del Estado alemán unificado durante el siglo XIX. El único texto constitucional decimonónico de la Alemania unificada que se inserta en esta tradición revolucionaria es la frustrada Constitución del (I) *Reich* alemán de 1849, que contiene un amplio catálogo de derechos de ciudadanía (*Reichsbürgerrechte*) de los integrantes del pueblo alemán. En efecto, la centralización del poder conseguida en los diferentes Estados alemanes durante los siglos XVIII y XIX culminará con la creación de un Estado nacional, el (II) *Reich* alemán en 1871, que bajo el manto de un vínculo federal entre los príncipes alemanes dotará de unidad al ordenamiento jurídico, centralizando buena parte del poder político y, sobre todo, permitiendo al legislador recrear a través del vínculo jurídico de la nacionalidad federal o estatal un concepto étnico-cultural de Nación preexistente. (véase la Ley de 1 de junio de 1870 sobre nacionalidad federal y nacionalidad estatal), y aglutinar diversas unidades políticas[19].

No obstante, allí donde triunfa la revolución liberal, el término nacionalidad no se utilizó, seguramente por sus implicaciones históricas y étnico-culturales excluyentes propias del Antiguo Régimen. De ahí que muchos de los textos constitucionales del contexto revolucionario optasen por utilizar el término *ciudadano* para referirse al *nacional* -en el sentido de ciudadano pasivo- y así evitar las reminiscencias que la palabra nacional (natural) pudiera tener con el vasallaje feudal o la sujeción al monarca absoluto del Antiguo Régimen. Y de ahí que predominasen criterios de atribución o adquisición de la nacionalidad abiertos a la integración de todo aquél súbdito que tuviese voluntad (expresa o presunta) de formar parte del cuerpo político soberano, particularmente el *ius soli* o el *ius domicilii*, (también el *ius sanguinis*) permitiendo a los naturalizados participar como ciudadanos activos cuando reuniesen ciertos requisitos de capacidad y hubiesen manifestado su voluntad de pertenecer a la Nación francesa y prestasen fidelidad a la Constitución y al ordenamiento (juramento cívico). Se trataba, en buena medida, de los mismos criterios de atribución de la nacionalidad que manejaba el Antiguo Régimen pero con una base filosófico-política diferente, que, al vincular la nacionalidad a la ciudadanía y hacerlas cumplir una función de cohesión política de la Nación soberana (muy distinta a la que desempeñaban bajo el Antiguo Régimen), exigían la presencia del *ius domicilii* tanto en la naturalización como en la atribución de la condición de miembro de la Nación por nacimiento[20].

La ciudadanía (activa) aparece vinculada a dos elementos, uno conocido y otro desconocido en su tradición histórico-funcional. El elemento conocido hace referencia a la capacidad de participación en el gobierno de la comunidad, aunque se busquen fórmulas de democracia representativa alejadas de la democracia directa de la Grecia clásica. La presencia de este elemento político activo, permite a la ciudadanía diferenciarse funcionalmente de la nacionalidad, que sigue conservando el sentido pasivo que había adquirido con la creación de los Estados absolutos. Así, mientras que la nacionalidad sigue manteniendo, aunque sea involuntariamente, su función excluyente y diferenciadora en relación con los nacionales otros Estados, la ciudadanía desempeña una función incluyente del máximo de ciudadanos activos que, perteneciendo al sujeto colectivo de la

[18] ALÁEZ, B., "Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático", cit., p. 50.
[19] *Ibídem*, p. 50-51.
[20] *Ibídem*, p. 52.

soberanía, posean la capacidad necesaria para ser titulares y/o ejercer el poder político[21].

El elemento desconocido hace referencia a una presunta igualdad natural de los individuos, que se transmite a la comunidad políticamente organizada y que obliga a la igual titularidad y, en su caso, igual capacidad de ejercicio del contenido participativo de la ciudadanía por parte de aquéllos que se hagan acreedores de ella. Esta concepción revolucionaria francesa de la ciudadanía elimina las diferencias históricas de acceso al sufragio por razón de credo, propiedad, educación o clase social, pero no elimina todas las diferencias. El período revolucionario se aparta, aunque sea formalmente, del modelo de ciudadano propietario y se inclina por el individuo-ciudadano igual. Sin embargo, permanecen das líneas fronterizas, una interior y otra exterior, que el propio pensamiento revolucionario no contempla como desigualdades sociales sino meramente naturales o políticas. La frontera interior deja fuera de la ciudadanía a las mujeres, los niños, los incapaces e incluso a un conjunto de individuos varones mayores de edad que no poseen capacidad económica suficiente como para hacerse acreedores de la participación política (mendigos, vagabundos, sirvientes domésticos, etc...). La frontera exterior excluye de la ciudadanía a los extranjeros, a los que no forman parte del sujeto colectivo de la soberanía, por no prestar su consentimiento expresa o tácitamente al pacto social y no integrarse como nacionales en dicho sujeto colectivo soberano[22].

2.1 La concéntrica *vinculación entre nacionalidad y ciudadanía*

Si la diferenciación funcional entre nacionalidad (sujeción) y ciudadanía (pertenencia o participación) parecía conceptualmente clara: ¿por qué terminaron confundiéndose en una sola categoría? ¿Por qué terminó vinculándose la ciudadanía a la posesión de la nacionalidad, contradiciendo con ello, de forma paradójica la finalidad incluyente del concepto revolucionario de ciudadanía? La respuesta, como afirma Aláez Corral, está en la distinción entre ciudadanía *activa* y ciudadanía *pasiva* como dos caras del sujeto colectivo al que se imputa la soberanía. Los primeros textos constitucionales revolucionarios franceses, a pesar de afirmar que la soberanía pertenece al Pueblo o la Nación, distinguían entre los miembros de la Nación, que sólo eran titulares abstractos de ese poder pero no podían participar en su concreto ejercicio, a los que se denomina doctrinalmente 'ciudadanos pasivos', y los miembros que estaban investidos constitucionalmente con los derechos de participación política y, por tanto, con capacidad de ejercer la soberanía, denominados 'ciudadanos activos', e incluso dentro de éstos, se distingue también a los que podían ejercer esos derechos como electores[23].

Esta distinción entre ciudadanos pasivos y ciudadanos activos, además de ser muy útil para la implantación del sufragio censitario durante el siglo XIX, permitió que el término *ciudadano* (en el sentido activo) se viera absorbido por el término *nacional* (en el sentido pasivo). La cualidad de nacional acaba siendo requisito necesario para ostentar la cualidad de ciudadano, porque para ser ciudadano *activo* se requiere previamente ser ciudadano *pasivo* y, además, reunir una serie de requisitos adicionales de edad, sexo, capacidad, etc. Y la condición de ciudadano *pasivo* coincide en sus

---

[21] Sobre el carácter inclusivo de la ciudadanía durante la revolución francesa, a través de la extensión el derecho de sufragio se puede consultar a : ROSANVALLON, Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, Paris, 1992, p. 45 ss.

[22] *Ibídem*.

[23] ALÁEZ, B., "Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático", op. cit., p. 53-54.

requisitos con la condición de nacional, como establecía el art. 2 de la Constitución francesa de 1791[24].

2.2 En resumen atómico

Las dos formas más básicas de obtener una nacionalidad o ciudadanía según sea el caso o el país en concreto son dos: por nacimiento o por naturalización como se le suele llamar.

De las múltiples formas, a tenor con la legislación de cada país, se pueden afirmas como mínimo a tres vías de adquisición de la membrecía de pleno de derecho a una nación.

i. Originaria (por nacimiento). Esta a si ves se divide en dos:

a. derecho de sangre (Ius sanguinis). se adquiere y ostenta de los progenitores, independientemente del lugar de nacimiento[25]. Esta incluyiría la adopción.

aa. Derecho de suelo (Ius soli). Se adquiere por razón del lugar de nacimiento, sin necesariamente tomar en consideración la nacionalidad de los padres. Uno de los casos más "duro", si no el más, es el de Estados Unidos. A tenor con la Enmienda 14 toda persona nacida en EEUU es estadounidense. También en algunas naciones está puede darse en los casos que por alguna razón las progenitores de una persona nacida fuera de su país no pueden transmitir su nacionalidad. De esta manera se evitará que la persona quede apátrida.

ii. derivativa (por una modificación en la originaria): consiste en aquellos supuestos en la que se puede adquirir la nacionalidad a personas que de otra manera ostenten otra nacionalidad o ninguna nacionalidad. Este es el caso de la naturalización. También podría incluir el caso comentado de las personas apátridas.

b. derecho de domicilio (Ius domicili). Obtener la nacionalidad por la continua y pacífica residencia por un tiempo determinado según los plazos que establezca el país de acogida.

3. Reglamento de Ciudadanía Puertorriqueña : Articulado

Es el Reglamento 7347 de 1 de mayo de 2007 del Departamento de Estado de Puerto Rico el que rige el proceso de evaluación y otorgamiento del Certificado de Ciudadanía puertorriqueña y que consta de nueve artículos.

Articulo I – Base Legal

En este primer artículo nos establece la base legal del Reglamento. Promulgado conforme a la Ley a las disposiciones de la Ley Número 3 de 1 de febrero de 1906, según enmendada, en las cuales se que concede facultades inherentes al Secretario de Estado y Subsecretario de Estado para tomar y certificar todos los juramentos, afirmaciones o reconocimientos que fueren necesarios o convenientes o los que la ley requiera Ley Orgánica Foraker de 12 de abril de 1900[26], según enmendada, Ley de Relaciones Federales de 3 de julio de 1950[27],

[24] *Ibídem*, p. 55.

[25] Sin defecto de las posibles restricciones que las naciones pueden o no establecer.

[26] Ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos en la cual, entre otras cosas, "concedía a los puertorriqueños una cámara de delegados electiva, pero le yuxtaponía un concejo ejecutivo compuesto por 11 personas nominadas por el Presidente de Estados Unidos". Picó, Fernando, *Historia general de Puerto Rico*, Edición revisada y aumentada, San Juan, Ediciones Huracán, 2008, p. 255 y ss. Para más un amplio análisis sobre La Ley Foraker, consultar: GOULD Lyman J, *La Ley Foraker : raíces de la política colonial de los Estados Unidos,* Editorial Universitaria, Rio Piedras , 1969; RAFFUCCI DE GARCÍA, C., *El gobierno civil y la Ley Foraker*, Editorial Universitaria , Río Piedras, 1981

según enmendada; la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico; y la Ley Número 170 del 12 de agosto de 1988, según enmendada.

Artículo II – Propósito

Aquí nos describen el preámbulo y propósito del Reglamento. En realidad lo que se incluye en este artículo es un relato sobre de dónde surge el asunto del la expedición del certificado de ciudadanía puertorriqueña. Como bien se desprende de su lectura es a la luz de la decisión del Tribunal Supremo en el caso de Ramírez de Ferrer y Mari Bras, 144 DPR 141 (1997) que nace el certificado. En octubre de 2006, el licenciado Mari Bras le solicitó al Departamento de Estado de Puerto Rico que emitiera una certificación a los efectos de reconocer que él, nacido en Puerto Rico, se le autenticara oficial, y porqué no diplomáticamente, ciudadano puertorriqueño. El Departamento de Estado solicitó una consulta del Secretario de Justicia y tenor con ella, le emite una certificación temporera toda vez que había que redactar la reglamentación necesaria para poder otorgar este tipo de certificación de manera uniforme, a aquellos que en el futuro lo quisieran solicitar.

Posteriormente, en enero de 2007, la Hon. Senadora Norma Burgos, solicitó igualmente que se le emitiera una certificación de ciudadanía puertorriqueña, pero con distintas circunstancias. En este el caso la Senadora, ésta nació en la ciudad Chicago de padres nacidos en Puerto Rico, provocando una segunda consulta del Secretario de Justicia, sobre la solicitud de la certificación de la Senadora. Por lo que está el caso de la persona nacida en Puerto Rico y el de la persona nacida fuera de Puerto Rico pero de padres nacidos en la isla. Existe otro caso, entre otros, y es el de hijos de los puertorriqueños nacidos fuera de la isla que a su vez tenga hijos nacidos fuera de Puerto Rico[28].

Como resultado de las numerosas solicitudes recibidas el Departamento de Estado redactó y promulgó el reglamento con el propósito de establecer los requisitos que deberán cumplir; y el procedimiento que deberán seguir, las personas que presenten solicitudes para obtener el Certificación de Ciudadanía Puertorriqueña, y los funcionarios de la Oficina de Certificaciones, Reglamentos, Venta de Leyes y Registro de Notarios, para recibir y tramitar dichas solicitudes de manera uniforme.

Artículo III – Definiciones

Aquí se establecen las definiciones para propósitos del Reglamento. A continuación mencionaremos las que entendemos son más importantes para los intereses del presente escritos.

Definiciones:

---

[27] En teoría Lay Foraker otorgó "al pueblo de Puerto Rico el control de las actividades de gobierno interno. Esta constaba de 2 partes: la primera, autorizaba la convocatoria para una asamblea constituyente, esto si el pueblo lo aprobaba en un referéndum; la segunda, titulada Ley de Relaciones Federales de P.R. establecía los principios básicos entre las relaciones de los E. U y la Isla. Esta reitera los principios constitucionales contenidos en el Acta Jones, no se pretende definir una relación isla-metrópoli sino recopilar todos aquellos aspectos del Acta Jones que no tienen que ver con el gobierno interno del país. O sea, comprende todos los artículos del Acta Jones menos los que traten sobre la organización y el funcionamiento del gobierno de P.R". MÉNDEZ ECHEVARRÍA, D., "Resumen de la Ley 600", , [en línea], disponible en https://sites.google.com/site/davidmendezechevarria1/resumen-de-lectura--ley-600, consultado el 26 de abril de 2021. Para información más detallada sobre la Ley consultar: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J. *Derecho Constitucional de Puerto Rico y Relaciones Constitucionales con los Estados Unidos- Casos y Materiales*, Temis, Colombia , 2009

[28] En estos casos el Certificado de estos ciudadanos expira, teniéndolo que renovar, no así en los otros dos casos mencionados.

Para los propósitos de este Reglamento, los siguientes términos tendrán el significado que se indica a continuación:

1. (…)

2. Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña - Documento emitido por el Secretario de Estado o el Subsecretario de Estado, que acredita que la persona a nombre de quien se expide, es ciudadano de Puerto Rico.

3. (…)

6. Renovación - Será proceso mediante el cual el Secretario o Subsecretario autorice el otorgamiento de un nuevo Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña, en aquellos casos en que el solicitante haya extraviado el que originalmente se le expidiera.

(…)

Nótese que en ni en la definición ni en las definiciones en general establece lo que es ciudadano o ciudadanía a secas. El concepto ciudadanía[29] es y ha sido uno muy dinámico. El concepto no es el mismo en la Atenas de Platón, Aristóteles, en la Roma del Imperio, Egipto, la Republicas Italianas. En materia algo más contemporánea podemos mencionar a T.H. Marshall quien divide la ciudadanía en tres periodos siendo el tercer período del de ciudadanía social la que manifiesta y ve a un ciudadano como aquella persona con membrecía plena en el Estado (Estado-Nación). Es importante hacer la salvedad, como indicaremos a pie de página que es común que se utilice indistintamente el término ciudadanía y nacionalidad. Heater[30] nos señala que la identidad con la que se ha vinculado estrechamente a la ciudadanía es la de la Nación. Según el profesor ya desde *c.* 1800 hasta *c.* 2000 ambas identidades para todos los efectos eran términos equivalentes. No obstante, para Habermas la ciudadanía no ha estado nunca ligada necesariamente conceptualmente a la identidad nacional[31].

En el caso de una explicación para el caso particular de la ciudadanía puertorriqueña como identidad, al menos jurídica, habría que buscar la discusión del propio licenciado Mari Bras. Resumir en estas líneas su brillante exposición no le haría justicia. Dicha discusión se puede encontrar en la web del licenciado en derecho Juan Mari Bras Pesquera[32] así como su artículo en la revista jurídica Barco de Pape[33]l. Es que el Licenciado, como nos ilustra Joaquín Roy profesor de estudios internacionales[34], renunció a la ciudadanía de los Estados Unidos de Norte América el 11 de julio de 1994 en la embajada estadounidense de Venezuela exigiendo a renglón seguido la puertorriqueña. El Cónsul de los Estados Unidos en Venezuela en la misma fecha emitió un certificado titulado "C*ertificate of Loss of Nationality of the United States*", haciendo constar la renuncia de Juan Mari Brás a la nacionalidad de Estados Unidos. "El documento fue aprobado por el director del '*Office of Citizens Consular Services*' del Departamento de Estado de los Estados Unidos el 22 de noviembre de 1995. En una declaración jurada junto a su renuncia Juan Mari Brás indicó que: Puerto Rico era su única patria y su única nacionalidad era la puertorriqueña. Además indicó que Puerto Rico fue invadido el 25 de julio de 1898 por las fuerzas armadas de los Estados Unidos convirtiendo Puerto Rico en una

---

[29] Para más detalles sobre el concepto ciudadanía consultar : MARSHALL, T., *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, London 1950; HEATER, D., *A Brief History of Citizenship*, NYU Press, New York, 2004; POCOCK , Agard John, "The Ideal of Citizenship Since Classical Times", pp. 29-53Greville , en Beiner, R., (Ed.), *Theorizing Citizenship*, State University of New York Press, New York, 1995

[30] HEATER, D., *A Brief History of Citizenship*, op. cit, p.3

[31] HEATER, D., *A Brief History of Citizenship*, op. cit, p.88

[32] MARI BRÁS, J., "Nacionalidad Puertorriqueña" [en línea] *http://juanmaribras.org/*, consulado el 28 de abril de 2021 disponible en http://juanmaribras.org/escritos/de-juan-mari-bras/ciudadania-puertorriquena/97-ciudadania-nacional-de-puerto-rico.html

[33] MARI BRÁS, J., "Nacionalidad y Ciudadanía Puertorriqueña", *Barco de papel vol. 1, nº. 1 sept, 1996.*

[34] ROY, J., "Puerto Rico: nacionalidad o ciudadanía", *La Opinión, [Los Angeles, Ca, 05 Feb 1996]* [en línea], *Proquest.com, consultado el 27 de abril de 2021,* disponible en https://www.proquest.com/docview/368137827/5E535972C2B347C1PQ/1

colonia estadounidense. Indicó que hasta el 2 de marzo de 1917 los puertorriqueños se denominaban Ciudadanos de Puerto Rico y en la fecha señalada, a raíz de la Ley Jones[35], se les impuso la ciudadanía estadounidense a los puertorriqueños, in que consentimiento de éstos. Afirmó que un grupo de personas patriotas[36], tuvieron la oportunidad de rechazar la ciudadanía norteamericana y así lo hicieron para ser prueba viviente de que la ciudadanía de Puerto Rico persistió a pesar de la Ley Jones de 1917 y de todas las otras leyes que, desde entonces, se han legislado para Puerto Rico por el Congreso de los Estados Unidos, reclamando su condición de ciudadano de Puerto Rico, condición cónsona con mi nacionalidad puertorriqueña; asimismo reclamo el derecho inalienable a vivir en paz en mi única patria, Puerto Rico y a disfrutar de todos los privilegios que conlleva mi nacionalidad y ciudadanía puertorriqueña mientras reclamó el derecho a tener un pasaporte puertorriqueño, evidencia de su nacionalidad y ciudadanía puertorriqueñas otorgándole el derecho a portarlo y a usarlo al visitar otros países del planeta, de manera que no hubiese dudas sobre su nacionalidad y

Reseña Roy que el Departamento de Estado tramitó su renuncia. Posteriormente el Departamento de Justicia de Puerto Rico lo declaró legalmente extranjero en su propio país. Posteriormente, el Servicio de Inmigración de los Estados Unidos arguyó que Mari Bras seguiría siendo ciudadano de los Estados Unidos hasta que no fuera expatriado forzosamente o adquiriera otra ciudadanía mediante solicitud del interesado. Aquí lo que se trata como indica el profesor es una renuncia a la ciudadanía política no cultural de los Estados Unidos. Mari Bras reivindicaba tanto su ciudadanía nacionalidad y ciudadanía política declarando la existencia Puerto Rico como nación (Estado-Nación) política y cultural. Debemos invitar al lector a acudir a los trabajos citados del licenciado Mari Bras y el profesor Roy para profundizar sobre estas breves líneas ya que nos desviaría demasiado nuestra discusión[38].

Artículo IV – Aplicabilidad

Se establece que las disposiciones del Reglamento serán de aplicación a toda aquella persona natural que presente ante la Oficina de Certificaciones, una solicitud para un Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña siempre que cumpla con al menos una de las siguientes condiciones:

1. Persona que haya nacido en Puerto Rico y esté sujeto a su jurisdicción.
2. Persona no nacida en Puerto Rico, que tenga la ciudadanía de los Estados Unidos de América y sea hijo(a) de por lo menos un (1) progenitor nacido en Puerto Rico y resida en Puerto Rico al momento de presentar su solicitud.

La primera de las condiciones es evidentemente natural. Negar la ciudadanía a un "nativo" nacido en u territorio no tan sólo seria degradante, toda vez que sería negarle algo natural sino que a las alturas históricas podría ser antijurídico pudiendo violar el Código de Derechos Humanos. La segunda

[35] Ley que entre otras cosas otorgó a los puertorriqueños la ciudadanía estadounidense.
[36] Así les designa.
[37] SANTIAGO NIEVES, J., "Juan Mari Brás: Breve historia y reflexión (Parte 1)", *http://www.juanmaribras.org*, [en línea], consultado el 26 de abril de 2021, disponible en http://www.juanmaribras.org/escritos/sobre-juan-mari-bras/100-juan-mari-bras-breve-historia-y-reflexion-parte-1.html
[38] Para más detalles sobre Nación, ciudadanía e Identidad puede consultar el lector a: Habermas, Jürgen, "Citizenship and National Identity: Some Reflection on the Future of Europe", pp. 255-283, en Beiner, R.,(Ed.), *Theorizing Citizenship*, op. cit, ; PEÑA J., *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*, Editorial Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000 OOMMEN,T., Citizenship and national identity : from colonialism to globalism Sage, New Delhi, 1997

resulta cuanto menos curiosa y cuanto más colonialista. Es inconcebible que para adquirir una propia identidad sea política, que la tiene, o cultural haya que ser ciudadano de otra nación para ser parte de la propia. Es va más allá de las ideologías políticas sobre la anexión o autodeterminación para con la relación con el gran Estado-Nación que son los Estados Unidos de América. Es un hecho claro que cuando poco debe llamar la atención. La discusión sobre si es Puerto Rico una nación cultural o política como poco que bastante clara con la valides jurídica que tiene el certificado al menos y hasta al momento en España. Llámesele ciudadanía o nacionalidad al certificado es de pronto "meramente" semántico al comprobar su eficacia.

Por otra parte, también se le es aplicable a toda Persona no nacida en Puerto Rico que tenga la ciudadanía de los Estados Unidos de América y que haya residido en Puerto Rico por un término mínimo de un año, inmediatamente anterior a su solicitud. Persona que haya sido declarada ciudadano de Puerto Rico mediante una sentencia declaratoria final y firme, emitida por un tribunal competente del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Estas dos últimas implican una visión del concepto ciudadanía más cercana al del individuo que vive y reside de formar regular (cumpliendo las normativas de residencia) en Puerto Rico que a una perspectiva cultural. Esto es bien sea una persona natral de cualquier estado de los Estados Unidos de América o a cualquier persona naturalizada como tal. Un nacional Chino, Polaco, Español, podría ser ciudadano puertorriqueño a la luz del Reglamento. Esto lejos de ser impropio o irregular es de gran avance en no sólo en torno a derechos humanos se refiere ya que cumple con el espíritu del Carta Internacional de Derechos Humanos, (en particular art. 13.1 de la DUDDH*)[39], sino que muestra la aceptación e integración de los seres humanos. Además, personas no nacidas en Puerto Rico, quien por lo menos un (1) progenitor nacido en Puerto Rico tiene la legitimidad siempre y cuando sea ciudadano de Estados Unidos. Aquí la ciudadanía estadounidense se requiere de manera explícita. Nótese que no establece medio de prueba. En el caso mencionado, los nacidos en la isla y a tenor con la enmienda 14 de la constitución estadounidense de *facto y de jure* son acreedores de la ciudadanía. Como se indicara, el derecho de suelo es absoluto y con la presentación del certificado de nacimiento en Puerto Rico, es un documento que *ex propio vigore* evidencia la ciudadanía estadounidense.

Por último, los documentos que podrán acreditar ante la División de Certificaciones que el solicitante ha residido por un término mínimo de un (1) año, inmediatamente anterior a su solicitud, serán los siguientes:

a. Factura de dos de los tres servicios básicos, agua, electricidad ó teléfono, de los doce (12) meses anteriores a la solicitud y que correspondan al domicilio informado en la solicitud y al nombre del solicitante.

b. Licencia de conducir vigente ó cualquier identificación con foto y firma que haya sido emitida por una agencia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

c. Certificado de empleo de su patrono en Puerto Rico o talonarios de nómina recibidos en el año inmediatamente anterior a la fecha de solicitud.

d. Copia de la primera página de la Planilla de Contribución Sobre Ingresos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, estampada por el Departamento de Hacienda, correspondiente al año contributivo anterior a la fecha de solicitud.

Artículo V – Procedimiento: Recibo y Evaluación de Solicitudes; Pago de Derechos

Quien desee solicitar una Certificación de Ciudadanía Puertorriqueña deberá utilizar el formulario que la Oficina de Certificaciones dispone a través de la página

[39] Artículo 13: 1.Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Organización de Naciones Unidad, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948.

de Internet www.estado.obierno.pr[40] (Ver Anexo I) o en las oficinas del Departamento de Estado y que se conocerá como Solicitud de Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña.

Como es natural toda tramitación de documentos implica costos por lo que el Certificado conlleva el pago de tasas. Por ello el solicitante junto con formulario dispuesto, y deberá cancelar un comprobante de Rentas Internas por la suma de $ 30.00. La solicitud después de ser debidamente completada y jurada ha de presentarse en la Oficina de Certificaciones con aquellos documentos que muestren que le aplica este Reglamento de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 1 (v) y que puedan evidenciar que cumple con los requisitos que exige el Reglamento. A Aquellas personas a las que le aplique el Reglamento a tenor con lo dispuesto en el Artículo 1 (v) inciso (1), con la presentación de su solicitud, podrán solicitar que la Oficina de Certificados acceda electrónicamente la información del Registro Demográfico, para verificar que el solicitante nació en Puerto Rico, siempre y cuando haya nacido luego del 24 de julio de 1931; o podrá acompañar la solicitud con un original del certificado de nacimiento.

Por otra parte, a las personas a la que le aplique este Reglamento según lo dispuesto en el Artículo (v) inciso (2), con la presentación de su solicitud, deberá identificar y evidenciar que por lo menos uno (1) de sus progenitores nació en Puerto Rico; podrá solicitar que la División de Certificados acceda electrónicamente la información del Registro Demográfico, para verificar que su progenitor o progenitores son nacidos en Puerto Rico siempre y cuando hayan nacido después de 24 de julio de 1931; o en caso contrario podrá acompañar la solicitud con un original del certificado de nacimiento de su progenitor o progenitores nacidos en Puerto Rico.

Así mismo, indica el Reglamento,quien desee solicitar una Certificación de Ciudadanía Puertorriqueña a la luz de lo dispuesto en el Artículo 1V inciso (2) tendrá que señalar en el formulario dispuesto para estos casos en el encasillado correspondiente:

a. Si tiene permiso de conducir vigente y emitida por el Departamento de Transportación y Obras Publicas del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

b. Si como residente de Puerto Rico presentó Planilla de Contribución sobre Ingresos en el año contributivo inmediatamente anterior a la presentación de la Solicitud.(Declaración de la Renta)

c. Si tiene servicios de agua, luz, teléfono o Cable a su nombre.

d. Si es elector inscrito en la Comisión Estatal de Elecciones.

e. Si tiene alguna identificación con foto y firma que haya sido emitida por una agencia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

f. De no poder acreditar su residencia con ninguno de los medios anteriores, tendrá que presentar una declaración jurada que a los efectos certifique que es un residente *bonafid*e de Puerto Rico, al momento de presentar su solicitud

Las facturas de los servicios del agua, luz y teléfono podrán ser verificadas por la Oficina de Certificaciones, mediante acceso electrónico a las agencias que lo tengan disponible, previa autorización escrita del solicitante. El Secretario posee la discreción del de requerir cualquier otro documento que estime necesario para que el solicitante acreditar cualquiera de los requisitos establecidos en este Reglamento para expedir una Certificación de Ciudadanía Puertorriqueña, en cualquiera de las dos instancias dispuestas en el Artículo IV.

La Oficina de Certificaciones no podrá dar curso a una solicitud, si la Solicitud carece de alguno de los documentos requeridos en el Reglamento. La

[40]Puerto Rico ,*app.estado.gobierno.pr/, Solicitud de Certificado Ciudadanía de Puerto Rico,* consultado el 27 de abril de 2021, disponible en http://app.estado.gobierno.pr/formularios/CPR001.pdf.

Oficina podrá conceder un término máximo de 15 días al solicitante para poder completar la solicitud, no obstante, pasados los 15 días sin que se reciba dicha información, se procederá al archivo, sin perjuicio, de la misma, es decir, que podrá volverse a presentar. El solicitante que desee obtener la Certificación luego que ésta haya sido archivada por inactividad, tendrá que reiniciar el procedimiento con la presentación de una nueva solicitud, con documentos originales y la cancelación de los correspondientes derechos dispuestos por el Reglamento. La Oficina de Certificaciones no tendrá el deber de guardar el expediente de las solicitudes que archive por incumplimiento a las disposiciones del Reglamento. Dentro de un término máximo de 30 días, contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud, o de que se complete la misma por el solicitante la Oficina de Certificaciones procederá a expedir el Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña o a denegar la solicitud, según sea el caso.

En todos los casos la Oficina de Certificaciones retendrá como custodio los expedientes de aquellos solicitantes a los que se le ha expedido un Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña. En aquellos casos en que la solicitud sea denegada, la oficina de Certificaciones sólo tendrá que retener el expediente de estas solicitudes, mientras no haya concluido el procedimiento de revisión de decisiones administrarías, al que tienen derecho el solicitante, según lo dispone la Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, según enmendada

Artículo – VI Término y Vigencia del certificado

Según este artículo todos los Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña emitido por el Secretario o el Subsecretario tendrá una vigencia a perpetuidad, disponiéndose que el Secretario y el Subsecretario queden facultados para limitar o extender el referido término, dependiendo de circunstancias particulares que lo justifiquen. Este apartado resulta un tanto gris, y sería propio que se especifique dichas circunstancias ya que la transparencia es crucial en los Estados de Derechos modernos y democráticos.

Añade que la solicitud de renovación, o tiempo adicional que el Secretario o Subsecretario autoricen a la vigencia original concedida a un Certificado debido a la pérdida del documento de Certificado de Ciudadanía debidamente concedido, tendrá que solicitarse en el formulario que a esos fines disponga la Oficina de Certificaciones. La solicitud de renovación deberá ser jurada y estará acompañada por documentos que autentiquen la identidad del solicitante con relación al Certificado de Ciudadanía que solicita se renueve. Como prueba del requisito de residencia en Puerto Rico, deberá identificar en la solicitud cualquiera de los documentos que se disponen en el Artículo V inciso (6) del Reglamento. Si la solicitud de renovación es evaluada favorablemente, el Secretario o Subsecretario podrá, emitir un documento nuevo de Certificado de Ciudadanía que igualmente tendrá una vigencia a perpetuidad. De ser denegada, el solicitante tendrá derecho a pedir reconsideración del Secretario de conformidad con lo dispuesto en la Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, según enmendada. La solicitud de renovación deberá presentarse con un comprobante de Rentas Internas por la suma de $25.00. Por cada Certificado de Ciudadanía emitido por el Secretario o Subsecretario en casos de renovación de vigencia, el Departamento remitirá al Departamento de Hacienda 25 centavos de dólar.

Por último es Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña es un documento personal e transferible pero podrá ser revocado en cualquier momento si se demuestra que el solicitante, a sabiendas, utilizó información que le constaba falsa, tanto en la solicitud o en la presentación o uso de los documentos que acompañó o autorizó a obtener al Departamento para la evaluación de la solicitud. Cualquier persona a quién se le haya revocado un Certificado de Ciudadanía Puertorriqueña tendrá derecho a solicitar una reconsideración del Secretario de conformidad con lo dispuesto en la Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, según enmendada

Artículo VIII- Clausula de Separabilidad y Misceláneas

Este artículo presenta una disposición residual en la que se intenta disponer sobre lo no previsto. Es decir que cualquier asunto no cubierto por el Reglamento, será resuelto por el Secretario de conformidad con las leyes, reglamentos, órdenes ejecutivas aplicables y todo aquello que no esté previsto en las mismas, se regirá por las normas de sana administración pública y los principios de la política pública vigente. Igualmente establece la separabilidad de su articulado. Por lo que cualquier disposición del Reglamento o de cualquiera de las enmiendas que en el futuro se efectúen en el mismo, que se declaren nula o inconstitucional por una autoridad judicial competente, no afectará la vigencia y validez de sus restantes disposiciones, sino que su efecto se limitará a la palabra, inciso, oración, Artículo o parte específicamente afectada.

Artículo IX- Vigencia del Certificado

El Reglamento entró en vigor 30 días al partir de que fue radicado en el Departamento de Estado, de acuerdo a las disposiciones de la Ley Núm. 170 del 12 de agosto de 1988, según enmendada, es decir, al ser radicado el 1 de mayo de 2007, el mismo entró en vigor el 31 de mayo del mismo año.

4. Aproximación a la Nacionalidad en España

España como la mayoría de los las naciones del mundo maneja el término nacionalidad y no el de ciudadanía. Para adquirir la nacionalidad española. La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a la persona con el estado y tiene la doble vertiente de ser un derecho fundamental y constituir el estatuto jurídico de las personas. Por esta relación, el individuo disfruta de unos derechos que puede exigir a la organización estatal a la que pertenece y ésta, como contrapartida, puede imponerle el cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes[41].

La nacionalidad es un elemento fundamental en la vida del individuo, en tanto en cuanto le permite pertenecer a un grupo, identificarse con éste y, a la vez, le otorga la protección del Estado y la posibilidad del ejercicio de sus derechos conforme a las normas jurídicas del mismo. La nacionalidad, en definitiva, es la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, es algo más que la autorización de residencia y trabajo[42].

4.1 ¿Quiénes ostentan la nacionalidad española?

La respuesta a esta pregunta la La hallamos en el Libro de las personas, Título 1 De los españoles y extranjeros, artículos 16 al 28. El Código reconoce a lós nacidos de padre y madre españoles, o al menos uno de ellos, como españoles de origen. Lo que denota el carácter sanguúineo de la vinculación y transmisión de la nacionalidad. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.tambíen los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. Por otra parte, los nacidos en España cuya filiación no resulte

[41] Reino de España, "¿Qué es la nacionalidad?". *Ministerio de Justicia,* consultado el 19 de abril 2021, disponible en https://www.mjusticia.gob.es/ca/ciudadanos/nacionalidad/que-es-nacionalidad
[42] *Ibídem*

determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio españo[43].

Modos de Adqusición

Sucintamente hemos de señalar los modos de adquisición, atendiendo con más detalles a aquel que para efectos del presente trabajo tiene más importancia: la nacionalidad por residencia.

Algunos de lós principales modos de adquirir la nacionalidad española a tenor com El Código Civil español son:

Nacionalidad por carta de naturaleza. Esta modalidad tiene un carácter diferente a las demás. Aquí la adquisición se da por concesión del Gobierno y es otorgada mediante Real Decreto.

Nacionalidad para españoles de origen[44]. Son españoles de origen aquellos que nacidos de padre o madre española. Los nacidos en España cuando sean hijos de padres extranjeros si, al menos uno de los padres, ha nacido en España. (En este caso se exceptúan los hijos de diplomáticos)

Nacionalidad por posesión de estado[45]. En este caso, la persona que de forma continua por más de una década haya utilizado la nacionalidad española de buena fe sin haber sido consciente de que en efecto no poseía jurídicamente la nacionalidad española.

Nacionalidad por opción[46]. Es un beneficio de la legislación española en la que una persona extranjera podrá adquirir la nacionalidad española sí: está o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español y cuyo padre o madre hubiera sido español y hubiera nacido en España.

Nacionalidad por residencia[47]. Esta es la modalidad más común de adquisición de nacionalidad más frecuente y utilizada por los extranjeros residentes legales en España. Se debe cumplir con ciertos requisitos, tales como, cumplir unos plazos de residencia de forma regular, continuada e inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud., acreditar integración en la comunidad, presentar exámenes del Instituto Cervantes, carecer de antecedentes penales, etc.

Como parte de la integración señalada se da mediante el examen que demuestre conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE) así como poseer un diploma de Español como Lengua Extranjera (DELE). En cuanto a la prueba CCSE existen ciertas circunstancias en las que un extranjero podría estar exento de presentarla:

Menores de edad; las personas con la capacidad modificada judicialmente; y aquellas personas que lo acrediten y lo apruebe el Ministerio de Justicia.

Por otra parte, podrían estar exentos aquellas : las personas iletradas; presenten dificultades de aprendizaje; y escolarizados en España y hayan superado la educación secundaria obligatoria.

---

[43] Reino de España, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Boletín Oficial Del Estado, *Gaceta de Madrid, nº. 206*, de 25 de Julio de 1889.

[44] Regido por El art. 17 del Código Civil.

[45] Regido por El art. 18 del Código Civil.

[46] Regido por El art. 20 del Código Civil.

[47] Reino de España, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial Del Estado, nº 10, de 12/01/2000, pp. 1139 a 1150. ; Reino de España, Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, nº 103, de 30 de abril de 2011, páginas 43821 -44006; Reino de España, Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, Boletín Oficial del Estado, nº 267, de 7 de noviembre de 2015, pp. 105523 - 105535.

En cuanto a la residencia prolongada y continuada de ordinario se necesita 10 años antes de la solicitud. Sin embargo, existen supuestos en los que el plazo de 10 años de residencia se puede reducirse:

Cinco años (5): para aquellas personas que hayan obtenido la condición de refugiado.

Dos años (2): para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal, Puerto Rico, o personas de origen sefardí.

Un año (1): para aquellas personas que puedan acreditar:

- Nacido en territorio español
- El que no haber ejercido eje debidamente su derecho a adquirir la nacionalidad española por opción
- Haber estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles
- Quien que lleve un año casado con una persona con nacionalidad española
- El viudo o viuda de española o español
- Haber nacido fuera de España de padre o madre, (nacidos también fuera de España), abuelo o abuela, siempre que originariamente hubieran sido españoles.

De estas disposiciones la imprescindible para efecto de la eficacia del Certificado es aquella que atañe a la residencia. De ordinario, la adquisición de la nacionalidad bajo esta modalidad, exige la residencia de la persona en España durante diez años de forma legal, pacifica, continuada e inmediatamente anterior a la petición. No obstante, existen excepciones a esta regla, en cuyo casos, el período de residencia exigido se reduce. Esto son, aquellas personas de origen iberoamericano.

5. Eficacia del Certificado

Indica-nos Santos que según lo dispuesto en el Código Civil Español en su Libro Primero de las Personas: Título Primero de los españoles y extranjeros y, teniendo en cuenta la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad española. Los ciudadanos puertorriqueños residentes en España que posean el certificado de ciudadanía puertorriqueña, el cual expide el Departamento de Estado puertorriqueño desde el 2007, son considerados, por el ordenamiento jurídico español, como nacionales de origen de países iberoamericanos.

Esto es de suma importancia. Ya que implicaría una doble nacionalidad, incluso, una triple[48].El propio Ministerio de Justica nos confirma que la concurrencia de dos nacionalidades en una misma persona tiene trae como consecuencia la existencia de un doble vínculo jurídico. La persona con doble nacionalidad es, a un tiempo, nacional de dos países, gozando de la plena condición jurídica de nacionales de ambos Estados. Sin embargo, continua el Ministerio, esto no implica que estas personas puedan estar sometidas simultáneamente a las legislaciones de ambos países sino que, por el contrario, se articulan medios para "dar preferencia a una de las nacionalidades" a la persona con doble nacionalidad para, de esta manera, tener un punto de referencia en lo relativo a las relaciones ciudadano-estado. La doble nacionalidad se adquiere en el momento en que una persona logra

[48] Esto es materia para otro artículo futuro.

obtener otra nacionalidad, en este caso a la española, teniendo otra preexistente. De esta manera podríamos aspirar a ostentar la nacionalidad española, como apunta el licenciado.

Añade Santos, "la Resolución de 25 de junio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado Español, RDGRN 25-06-2007, la cual establece que, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, es un país iberoamericano a los efectos del art. 20 nº 1 del Código Civil Español y que dentro de la referida noción 'naturales de los países iberoamericanos' [lenguaje que maneja el Código a los efectos de estar exceptuados del requisito de renunciar a la nacionalidad anterior.][49]"

Este reconocimiento es importante, subraya, "tanto para acceder como para optar a la nacionalidad española en condiciones preferentes, siempre y cuando cumplamos con los requisitos que se establece en las normas de extranjería del sistema jurídico español en lo que a esos efectos se refiere. Entre los referidos requisitos más importantes se encuentran: 1) el certificado de ciudadanía puertorriqueña y, 2) la residencia regular[50] y continuada en España durante al menos dos años. Una vez cumplimos con estos dos requisitos, y con todo lo que ellos conllevan, así como con el procedimiento del proceso, los puertorriqueños podríamos adquirir la nacionalidad[51] española.[52]"

Como refiere Santos en su artículo, la nacionalidad española trae consigo unas derivaciones importantes: "1) para efectos tanto del ordenamiento jurídico español como el de la Unión Europea. El Certificado provoca que los puertorriqueños sean considerados como puertorriqueños y no como estadounidenses, como en efecto ocurría hasta 2007; 2) para efectos del Ministerio de Justica, los puertorriqueños podrían acceder a la nacionalidad española al cumplir los dos años de residencia regular y prolongada, toda vez que estarían en condición de acreditar jurídicamente, con el certificado de ciudadanía puertorriqueña, y que son iberoamericanos, situación que tampoco ocurría hasta 2007, ya que a tenor con el ordenamiento jurídico eran considerados como ciudadanos estadounidenses. De este modo tenían que pasar el procedimiento ordinario, el cual obligaba a acreditar residencia regular por un período de 10 años en territorio español además de renunciar a la ciudadanía estadounidense[53].

Es importante señalar que en Estados Unidos, a diferencia de España, se maneja el término ciudadanía y no el de nacionalidad. Para efectos prácticos, sobre todo el de este artículo, ambos términos son básicamente lo mismo, aunque es importante mencionar que son diferentes y diferenciados tanto jurídica como teóricamente. Por señalar las diferencias que existen entre los ciudadanos y los nacionales estadounidenses caso de la Samoa americana.

---

[49] SANTOS, J.*,* "La trascendencia del certificado de ciudadanía puertorriqueña: El impacto de la ciudadanía puertorriqueña en el ordenamiento jurídico español y el Derecho Internacional, http://nuevocertificadodeciudadaniapr.blogspot.com, *op. cit.*

[50] Nótese que empleamos el término regular y no ilegal. Es un consenso generalizado en lo que se refiere al Derecho Internacional de los Derechos Humanos ir sustituyendo términos como "residente ilegal" o "inmigrante ilegal" por residente o inmigrante irregular, toda vez, que nadie es ilegal por ser o estar en un lugar.

[51] El lector aguzado podría percatarse que en ocasiones utilizamos indistintamente el término ciudadanía y/o nacionalidad. Frecuentemente se suele cometer este error. A nivel 'académico', al menos, son diferenciables y diferentes. En el caso que nos ocupa hemos querido manejar el mismo lenguaje y terminología que utilizan las diferentes normas que se van mencionando.

[52] SANTOS, J..*,* "La trascendencia del certificado de ciudadanía puertorriqueña: El impacto de la ciudadanía puertorriqueña en el ordenamiento jurídico español y el Derecho Internacional, http://nuevocertificadodeciudadaniapr.blogspot.com*, op.cit*

[53] La renuncia que podría producir un efecto real de pérdida de ciudadanía estadounidense es aquella que se realiza ante un agente consular, véase: Puerto Rico, Tribunal Supremo, Ramírez de Ferrer v. Mari Brás 144 DPR 141, 1997. La renuncia a la ciudadanía estadounidense ante un tribunal español no tiene, necesariamente, el efecto automático o eficaz de la pérdida de ésta.

Bajo la doctrina de los "casos insulares"[54] en un evidente despliegue racista, la corte tildándolos de ser salvajes, incivilizados, y una raza extranjera, los nacidos en la Samoa Americana no son ciudadanos de Estados Unidos. La diferencia fundamental es que a los territorios no incorporados no se les aplica la Constitución de forma íntegra. Esto se basa en lo que se conoce como los casos insulares tras la Guerra entre España y EEUU. De esta manera, como se ha indicado a pesar de que EEUU se hizo con los territorios españoles no les otorgó todos los derechos a los habitantes de sus nuevas posesiones. Así, según el Acta de Nacionalidad de 1952, considera a los nacidos en la Samoa americana, nacionales no-ciudadanos. A diferencia de Puerto Rico, que el 2 de marzo de 1917 bajo la administración del presidente Woodrow Wilson se concedió la Ley Jones-Shafroth, la otorgó la ciudadanía americana a los entonces residentes de Puerto Rico y sus descendientes. Es decir, que la ciudadanía estadounidense de los puertorriqueños es estatutaria pero avalada por la Enmienda 14 de la constitución de EEUU.

Así las cosas, ¿por qué es el Certificado un documento clave para los puertorriqueños en el proceso de adquisición de la nacionalidad española? Pues por dos razones: la primera es que con el Certificado se puede demostrar con mayor fuerza jurídica la ciudadanía -nacionalidad en el caso español-puertorriqueña, y así, su condición iberoamericana; la segunda es una cuestión "pura" de derecho.

Sobre la primera cuestión es posible arroje ciertas interrogantes: ¿y su pasaporte "americano"? o ¿certificado de nacimiento en Puerto Rico? Si se observa el documento detenidamente se podrá observar que el mismo indica: "nacionalidad americana". A pesar de que pueda señalar a Puerto Rico como lugar de nacimiento, la nacionalidad que presenta ese documento es la de EE.UU. y no la de PR. Sobre la segunda pregunta, hay que puntualizar lo que señala el Código Civil español. En España, a diferencia de EE. UU. , el hecho de nacer en su territorio no otorga automáticamente la nacionalidad española. En España existe el *Ius soli* parcial; es decir, el derecho de suelo no absoluto. Este derecho de suelo, o *ius soli*, lo que quiere decir es que si usted nace en el territorio de un estado-nación puede adquirir su ciudadanía/ nacionalidad. En España el derecho de suelo se da, "básicamente", para evitar que el recién nacido se convierta una persona apátrida. En España lo que rige, de ordinario, para transmitir la nacionalidad española es el *ius sanguinis,* es decir el vínculo sanguíneo, doble o sencillo; por lo tanto, un certificado de nacimiento tampoco es un documento que, *prima facie*, puede acreditar nuestra ciudadanía puertorriqueña y por tanto que un puertorriqueño que sea nacional de origen iberoamericano.

Es interesante la confusión, en todo el sentido de la palabra, teórica, conceptual, que genera la condición de un puertorriqueño. Es ciudadano estadounidense, con una identidad puertorriqueña diferente, diferenciada, paralela subsumida a la estadounidense. Pero, que pese a ello, a la hora la que prima es la puertorriqueña que imprime un origen iberoamericano subsumiendo así la estadounidense. Lo que a su vez, deriva que ambas ciudadanías subsistan en harmonía que con la española. Así, al ser considerado iberoamericano ni no estadounidense, no tendría que esperar 10 años de residencia ni tendría que renunciar a esa ciudadanía ni tampoco a la de origen, (es decir la puertorriqueña, ¿o viceversa?). dado a la existencia del certificado y según los privilegios que otorga los Art. 23 y 24 del Código Civil Español a los puertorriqueños les permite conservar ambas ciudadanías (tanto la estadounidense como la puertorriqueña) y, 3) por último, un puertorriqueño que haya obtenido la nacionalidad del Reino de España se habrá convertido automáticamente en ciudadano de la Unión Europea, puesto que es ciudadano de la Unión europeo cualquier persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea", ciudadanía que ya desde el Tratado de Maastricht se viene elaborando.

[54] Unites States, Supreme Court, *Rassmussen v. United States*, 197 U.S. 516, 1905.

6. Conclusión

Llegados a este punto y luego de ver el proceso de adquirir el Certificado de Ciudadanía puertorriqueña, y ver algo del "proceso general ordinario" de adquisición de la nacionalidad/ciudadanía española podemos concluir que el Certificado de ciudadanía puertorriqueña podría derivar en la posesión de una multiplicidad de ciudadanías, a saber: la estadounidense, la puertorriqueña, la española y la de la Unión Europea. Esto nos obliga a reflexionar y a preguntarnos: amén de la Resolución, de la Dirección General de los Registros y del Notariado Español, RDGRN 25-06-2007, que nos reconoce a los puertorriqueños como iberoamericanos y en consecuencia la posibilidad de ser nacional español y por ende ciudadano de la Unión Europea por virtud del certificado de ciudadanía puertorriqueña; pero, ¿qué tiene que 'decir' la normativa y/o jurisprudencia estadounidense? ¿Permite el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de América la doble ciudadanía? La contestación a esta pregunta es que sí, o al menos no la prohíbe. Con una breve búsqueda en la web (e.g., en la página *web* de la embajada de Estados Unidos en Madrid[55]) podemos encontrar una noción general del reconocimiento que ha dado el Tribunal Supremo de Estados Unidos a este fenómeno de la ciudadanía dual- o inclusive múltiple-. De igual manera la legislación española permite la nacionalidad dual.

Ahora, el Certificado, podría entrañar y alcanzar varios otros aspectos. En primer lugar, la otorgación del documento responde a aspectos de practicidad. Aunque, en el segundo criterio de aplicabilidad puramente. A pesar de que se exige ser ciudadano de los Estados Unidos, este certificado y su aplicabilidad podría ser un gran paso en el reconocimiento del concepto ciudadanía. Donde el nacimiento dentro de un territorio otorga el reconocimiento de identidad. Igualmente, por herencia consanguínea se transmite esa puertorriqueñidad.

Como indicáramos en las presentes líneas hemos presentado unas pinceladas generales sobre el alcance del certificado de ciudadanía puertorriqueña. Profundizar sobre este tema obligaría a indagar más en varios de los conceptos y/o figuras jurídicas que se han mencionado. Habría que ampliar la discusión sobre: ¿Qué es ciudadanía vis-a-vis nacionalidad? ¿Qué es y cuáles requisitos se requieren para la residencia regular en España? ¿Qué es la ciudadanía de la Unión Europea? ¿Qué es la Unión Europea? ¿Qué indica las leyes y/o la jurisprudencia de estadounidense sobre la dualidad o multiplicidad de ciudadanías y las posibles tensiones que ellas pueden conllevar?, El complejo proceso de solicitud, tramitación y adquisición de la ciudadanía/nacionalidad española, que como cualquiera otra está llena de complicaciones burocráticas y tiempo, etcétera. Nuevamente apelamos al tiempo y al espacio, puesto que, cada una de estas preguntas son, en efecto, temas de investigación para la redacción de libros, manuales, tratados y/o tesis doctorales.

Bibliografía

ALÁEZ, B., "Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional", en *Historia Constitucional n. 6*, 2005, p. 35-38.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J. *Derecho Constitucional de Puerto Rico y Relaciones Constitucionales con los Estados Unidos- Casos y Materiales*, Temis, Colombia , 2009

BELLAMY, R., *Citizenship: A Very Short Introduction, Oxford University Press, Oxford 2008.*

DE LUCAS, J., *Los derechos como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid, 2008

Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Departamento de Estado, "Solicitud Certificado Ciudadanía de Puerto Rico" [En Línea],http://www.pr.gov, Consultado el 26 de abril de 2021

[55]Estados Unidos de América, https://es.usembassy.gov/. 2021. *Dual Nationality*, consultado el 28 de abril de 2021, [en línea] disponible en http://madrid.usembassy.gov/citizen-services/passports/dual-nationality.html

GOULD L. *La Ley Foraker: raíces de la política colonial de los Estados Unidos,* Editorial Universitaria, Rio Piedras, 1969

HEATER, D., *A Brief History of Citizenship*, NYU Press, New York, 2004.

MARI BRÁS, J., "Nacionalidad y Ciudadanía Puertorriqueña", *Barco de papel vol. 1, nº. 1 sept., 1996.*

MARI BRÁS, J., "Nacionalidad Puertorriqueña" [en línea] *http://juanmaribras.org/*, consulado el 28 de abril de 2021 disponible en http://juanmaribras.org/escritos/de-juan-mari-bras/ciudadania-puertorriquena/97-ciudadania-nacional-de-puerto-rico.html

MARSHALL, T. *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, London 1950

MARSHALL T., *Ciudadanía y clase social* (1950), Alianza, Madrid 2007.

MÉNDEZ ECHEVARRÍA, D. "Resumen de la Ley 600", *David Méndez Echevarría,* [En línea], disponible en https://sites.google.com/site/davidmendezechevarria1/resumen-de-lectura--ley-600, consultado el 26 de abril de 2021.

Beiner, R., (Ed.), *Theorizing Citizenship*, State University of New York Press, New York, 1995

Habermas, J, "Citizenship and National Identity: Some Reflection on the Future of Europe",255-283

POCOCK, J. "The Ideal of Citizenship Since Classical Times", pp.29-53

OOMMEN,T., Citizenship and national identity : from colonialism to globalism

Sage, New Delhi 1997

Organización de Naciones Unidad, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948.

PEÑA J., *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.

Puerto Rico, *app.estado.gobierno.pr/,* consultado el 27 de abril de 2021, disponible en http://app.estado.gobierno.pr/formularios/CPR001.pdf.

Puerto Rico, Tribunal Supremo, Ramírez de Ferrer v. Mari Brás 144 DPR 141, 1997.

Reino de España, "¿Qué es la nacionalidad?". *Ministerio de Justicia,* consultado el 19 de abril 2021, disponible en https://www.mjusticia.gob.es/ca/ciudadanos/nacionalidad/que-es-nacionalidad

SAINT J., "T.H. Marshall y las discusiones contemporáneas sobre ciudadanía, cohesión social y democracia" [En Línea], en Documentos de Trabajo de la División de Derecho Política y Gobierno, nº 1 octubre, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2011, p.4, Consultado el 26 de abril de 2021. disponible en http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/pdfs/dt2011/DT_EP_1_EDDY.pdf

SANTOS, J.., "La trascendencia del certificado de ciudadanía puertorriqueña: El impacto de la ciudadanía puertorriqueña en el ordenamiento jurídico español y el Derecho Internacional, *http://nuevocertificadodeciudadaniapr.blogspot.com [en línea],* consultado el 26 de abril de 2021 disponible en, http://nuevocertificadodeciudadaniapr.blogspot.com.es/2010/11/impacto-de-la-ciudadania-uertorriquena.html?m=1

RAFFUCCI DE GARCÍA, Carme, *El gobierno civil y la Ley Foraker*, Editorial Universitaria , Río Piedras, 1981

Reino de España, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial Del Estado, nº 10, de 12/01/2000, pp. 1139 a 1150.

Reino de España, Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, nº 103, de 30 de abril de 2011, páginas 43821 a 44006.

ROSANVALLON, P., *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, Paris, 1992.

ROY, J., "Puerto Rico: nacionalidad o ciudadanía", *La Opinión, [Los Angeles, California]* En línea, *Proquest.com, consultado el 27 de enero de 2015,*

RUBIO, A. y MOYA, M., "Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 37*, 2003, pp. 129-130.

RUBIO J. Ramón, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos,* Trotta, Madrid 2000.

SANTIAGO NIEVES, J., "Juan Mari Brás: Breve historia y reflexión (Parte 1)", *http://www.juanmaribras.org*, [en línea], consultado el 26 de abril de 2021, disponible en http://www.juanmaribras.org/escritos/sobre-juan-mari-bras/100-juan-mari-bras-breve-historia-y-reflexion-parte-1.html

TALAVERA, P., "El desafío pluricultural en el estado nacional", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla nº 22*, 2008, p134-158.

Unites States, Supreme Court, *Rassmussen v. United States*, 197 U.S. 516, 1905.
ZAPATA , Ricard, *Ciudadanía y democracia*, Universitat Autònoma de Barcelona , Barcelona, 1997

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 275-292
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Globalização, crise do Estado e o protagonismo de atores privados como ameaça à democracia

Globalization, crisis of State and protagonism of private actors as a threat to democracy

Tássia A. Gervasoni[1]
Rafaela Rovani de Linhares[2]
Faculdade Meridional - IMED

Sumario: 1. Introdução. 2. Globalização e crise do Estado. 3. Emergência e protagonismo de atores privados. 4. O (des)controle dos poderes privados e as ameaças à democracia. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumen: A presente pesquisa preocupa-se em relacionar os temas da globalização e da crise do Estado e os impactos do protagonismo de atores privados na esfera democrática. Desse modo, procura trabalhar com categorias atuais e relevantes, como a plutocracia mundial, a oligarquia e a poliarquia. Com base nesses temas, o intuito da pesquisa é responder ao seguinte problema: no contexto de globalização e crise do Estado, como a emergência e protagonismo de atores privados impactam as instituições democráticas? Ao final, conclui-se que o avanço do fenômeno da globalização e o surgimento de atores privados resultou em um cenário de crise, no qual o papel normativo do direito estatal é esvaziado pelo enfraquecimento da soberania do Estado, principalmente no que diz respeito a sua autonomia de decisão. Nessa perspectiva, consoante ao que restou demonstrado, a influência e o protagonismo dos atores privados impacta negativamente às instituições democráticas, na medida em que a sobreposição dos poderes econômicos e financeiros sobre os poderes públicos resulta prejuízos à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, assim como enfraquece a democracia. O trabalho desenvolveu-se por meio do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palabras clave: Globalização. Crise. Estado. Atores privados. Democracia.

Abstract: The present research is concerned with relating the themes of globalization and the state crisis and the impacts of the protagonism of private actors in the democratic sphere. Thus, it seeks to work with current and relevant categories, such as the world plutocracy, the oligarchy and polyarchy. Based on these themes, the purpose of the research is to answer the following problem: in the context of globalization and crisis of state, how does the emergence and protagonism of private actors impact democratic institutions? In the end, it is concluded that the advance of the globalization phenomenon and the emergence of private actors resulted in a crisis scenario, in which the normative role of state law

---

[1] Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade Meridional - IMED. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) na Faculdade Meridional - IMED. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq.

[2] Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade na Faculdade Meridional - IMED. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq. Advogada.

Recibido: 17/12/2020
Aceptado: 11/04/2021

is emptied by the weakening of state sovereignty, especially with regard to its autonomy of decision. From this perspective, according to what has been shown, the influence and protagonism of private actors has a negative impact on democratic institutions, as the overlapping of economic and financial powers over public authorities results in damage to the guarantee of citizens' fundamental rights, as well as weakens democracy. The work was developed through the deductive method and the technique of bibliographic research.

Keywords: Globalization. Crisis. State. Private actors. Democracy.

1 Introdução

O alargamento do processo da globalização representa um desafio para o Estado, uma vez que sua base institucional forjada durante a modernidade não corresponde à realidade e à complexidade do atual mundo globalizado. A desregulação financeira, o surgimento e protagonismo de atores privados, a perda de autonomia decisória dos Estados, dentre outros fatores indicam a existência de uma situação de crise, a qual, caracterizada pela emergência de atores privados em domínios públicos representa também uma preocupação em relação às instituições democráticas do Estado.

Para estabelecer critérios de estudo das instituições democráticas, a pesquisa procura abordar categorias relevantes como a plutocracia mundial, a oligarquia e a poliarquia, bem como demonstrar, em forma de dados, as formas mais comuns em que protagonismo dos atores privados pode ser notado atualmente.

Com base nesses temas, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar, no contexto da globalização e da crise do estado, de que forma as instituições democráticas são impactadas pela emergência e protagonismo dos atores privados. O intuito da pesquisa é responder ao seguinte problema: no contexto de globalização e crise do Estado, como a emergência e protagonismo de atores privados impacta às instituições democráticas?

A hipótese de pesquisa sugere, provisoriamente, que o avanço do fenômeno da globalização, bem como o surgimento de atores privados e a desregulação financeira culminaram em um cenário de crise, no qual o papel normativo do direito estatal é esvaziado pela "perda" de soberania do Estado, principalmente no que diz respeito a sua autonomia de decisão. Nesse cenário, a influência e o protagonismo dos atores privados em domínios que, até meados do século XX, eram exclusivamente estatais, impacta negativamente às instituições democráticas, na medida em que a sobreposição dos poderes econômicos e financeiros sobre os poderes públicos resulta prejuízos à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, assim como enfraquece a democracia.

Os objetivos específicos são: (a) contextualizar a crise do estado no cenário da globalização; (b) determinar de que forma os atores privados atuam nas pautas e domínios públicos; (c) avaliar o impacto decorrente do protagonismo dos atores privados na esfera das instituições democráticas.

O trabalho será desenvolvido por meio do método de abordagem dedutivo, pois partirá da análise de categorias gerais para, no decorrer da pesquisa e aprofundamento do estudo dessas categorias, especificá-las e inseri-las em perspectivas mais concretas. Como método de procedimento, adotar-se-á o método monográfico, tendo em vista um recorte de tema rigorosamente delimitado desde o início. Por fim, a técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

2 Globalização e crise do Estado

Notadamente, a consolidação da globalização introduziu processos que criaram uma espécie de território mundial no qual circulam pessoas, bens, mercadorias, ideologias e capitais. A consolidação desse fenômeno tem contribuído para certo "encolhimento" do Estado (que vai culminar, inclusive, no debate sobre sua crise), na medida em que a aceleração dos processos globais representa o desafio de se repensarem alguns conceitos e instituições já sedimentados e que não são capazes de abarcar essas novas realidades e perspectivas.

Para elucidar a temática da globalização, deve ser destacada a multiplicidade de sentidos que o termo possui. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a globalização representa uma conscientização popular crescente de que os acontecimentos distantes podem afetar os destinos locais. Em outras palavras, esse processo "denota a escala crescente, a magnitude progressiva, a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social"[3].

Um dos principais pontos de destaque em relações às transformações decorrentes da globalização consiste na explicação de que seu advento refere-se a uma "mudança na escala da organização social que liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo"[4]. Seguindo nessa esteira, é importante esclarecer a opção do presente estudo em trabalhar com a globalização econômica[5] e seus impactos diretos nas relações de poder.

Do panorama atual decorrem inúmeras invenções e inovações que desafiam constantemente a atuação dos Estados e marcam um período de crise da modernidade[6], diretamente relacionada à incapacidade de recebimento de tantas mudanças. De um lado, tem-se a fragilidade dos tradicionais atores nacionais enquanto que, de outro lado, os interesses transnacionais e instituições novas passam a ser ocupados, instalando-se "um cenário de tensão institucional, no qual as 'velhas' instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de turbulência"[7].

O surgimento de novas instituições escapa à caracterização do glossário político da modernidade, de modo que o fracasso de seu projeto pode ser associado

---

[3] HELD, D.; MCGEW, A. *Prós e contras da globalização***.** Trad. RIBEIRO, V., Ed. Jorge Jahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 13.

[4] HELD, D.; MCGEW, A. *Prós e contras da globalização***.** Trad. RIBEIRO, V., Ed. Jorge Jahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 13.

[5] "Como a economia se tornou planetária, os modelos de produção mudam nas barbas dos governantes. Os investimentos acompanham o desenvolvimento de mercados de capitais que escapam cada vez mais a qualquer intervenção estatal. As já poderosas empresas multinacionais adquirem, assim, um poder de negociação e de regateio que lhes permitem escapar, na prática, às exigências dos Estados. Elas se tornam transnacionais e inventam regulações ao sabor das suas necessidades". ARNAUD, A. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós globalização*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 20.

[6] A modernidade, em seu projeto de Estado, encampou a produção normativa como exclusivamente estatal, fazendo com que a atividade estatal aglutinasse toda a autoridade. Ao contrário desse panorama, com o advento da globalização, a criação de normas de regulação por atores privados coloca em ruptura o projeto de Estado moderno. Sobre o tema, Staffen destaca que: "torna-se possível analisar o aspecto neutralizador promovido pela construção do Estado Moderno, ao elevar o princípio da territorialidade e da soberania política como sua razão de ser. Desde então, o que se observa é a hegemonização das capacidades normativas, associadas na produção, aplicação e execução das normas apenas no núcleo do Estado nacional, delimitando sua incidência em razão do confinamento territorial que exerce". STAFFEN, M. R. *Interfaces do direito global*. 2. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 13.

[7] STAFFEN, M. R. *Interfaces do direito global*. 2. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018. p. 14.

à globalização e à crise do Estado[8]. Sob tais circunstâncias, "tem-se afirmado reiteradamente uma crise do Estado de bem-estar social (que acaba subsumida pela própria 'falência' do Estado), a qual, a rigor, configura uma crise do modelo ou projeto social que foi incorporado aos Estados Democráticos de Direito"[9].

A contextualização das razões da crise pode ser feita por inúmeras abordagens. Em uma delas, Ferrajoli indica a carência de instituições do Estado à altura dos novos poderes e problemas globais. O autor explica que é precisamente a crise econômica, gerada pela desregulação financeira, o principal fator moderno de crise e destaca que o papel normativo do direito estatal é esvaziado pela perda de soberania dos Estados, "pela crise de representatividade dos partidos, pelo conflito de interesses e pela sobreposição, aos poderes públicos, dos poderes econômicos e financeiros de caráter transnacional"[10].

Em síntese, o ponto de inflexão entre o avanço da globalização econômica e a crise do Estado está na existência de uma economia globalizada e caracterizada pelo policentrismo[11] decisório, além de hierarquias altamente flexíveis, entidades nacionais ou supranacionais híbridas e estruturas de poder cada vez mais diversificadas e funcionalmente diferenciadas que fizeram com que os Estados perdessem a posição de poder exclusivo na coordenação de ações coletivas[12].

Nesse cenário da globalização, um número crescente de atores ganhou notoriedade, por meio de uma agenda de interesses transnacionais, constituída por meio de instituições novas de difícil alcance à estrutura político-jurídica da modernidade. Esse novo quadro de funcionamento sugere a existência de regras próprias de atores jurídicos que dispensam usualmente os direitos nacionais e internacionais que lhes seriam normalmente aplicáveis. Essa configuração pressupõe a anuência dos Estados que se tornam cada vez mais ausentes do tabuleiro econômico e financeiro[13].

Consequentemente, a expansão da atividade privada em escala internacional, em um contexto onde os domínios, até meados do século XX, eram puramente estatais, marca a era da globalização econômica, por meio da prática de incorporação no direito do Estado de normas aplicadas originalmente por atores privados. Esses fatores indicam como a lógica do mercado global circula cada vez no domínio público e caracteriza a situação de crise.

A perspectiva de Saskia Sassen para a compreensão de um novo contexto de funcionamento do Estado é muito relevante nesse sentido. A autora indica que a ordem institucional privada que está em formação é marcada pela capacidade de privatizar o que até então era público e desnacionalizar os programas políticos nacionais. A ascensão da autoridade privada, desempenhando um papel central

---

[8] A globalização representa também um desafio para o campo jurídico, já que a noção do direito predominantemente era vista como um aparato tipicamente estatal, ou seja, exclusivamente oriundo do Estado e do monopólio da força sobre a qual a soberania encontrava fundamento. CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M**.** **"**Fundamentos de Direito Transnacional", in *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica* (MORAIS DA ROSA, A.; STAFFEN, M.R.), Ed.Univali, Itajaí, 2013, p. 33.

[9] GERVASONI, T.A. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade,* Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 167.

[10] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos***:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, Revista dos Tribunais, 2015, p. 147-148.

[11] Policentricidade indica "[...] a existência de lugares múltiplos de produção da regulação jurídica". ARNAUD, A. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós globalização*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 146.

[12] FARIA, J. E. "Policentrismo versus soberania: los nuevos órdenes normativos" in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 44, 2010. Disponível em: < http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/438>. Acesso em: 13 out. 2020.

[13] ARNAUD, A. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós globalização*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 32-33.

num campo em que também operam os Estados, indica a privatização de domínios antes exclusivamente estatais[14].

Contudo, deve-se destacar que tanto a capacidade de privatizar quanto a desnacionalização são fatores intrínsecos do Estado. Por isso, "[...] a ascensão da autoridade privada não é simplesmente uma força externa que restringe o Estado, mas que também é, em parte, um fator endógeno"[15]. É importante reconhecer que as instituições estatais são reorientadas em favor das exigências de uma nova ordem normativa impulsionada pela economia global.

Diante desses fatores, o ângulo de observação da crise do Estado proposto pelo trabalho referencia a forma como o processo de globalização adicionou, dentre múltiplos aspectos, uma série de novos atores na arena nacional e internacional, a exemplo de empresas e organismos privados, que destituem constantemente o Estado como fonte exclusiva de poder. Nesse enfoque, percebe-se que essa destituição atinge-o, exatamente, "naquele que, nas origens, foi seu traço definidor"[16].

Sob tais circunstâncias, a disseminação de bens e serviços além das fronteiras consolidou o mercado e desenvolveu uma economia globalizada e menos dependente dos mecanismos estatais. Destaca-se a presença de correntes privadas como bancos, organizações internacionais e agências reguladoras que exercem grande influência nesse cenário, caracterizando-se como atores transnacionais que pautam suas atividades independentemente de pressões estatais[17].

Embora não seja o enfoque o trabalho, deve ser destacado o impacto da globalização da economia no que tange à primazia das multinacionais enquanto agentes do mercado e seus efeitos em relação à polarização da desigualdade entre os países. De certo modo, as multinacionais[18] dotadas de poder de intervenção global e, beneficiando-se da mobilidade crescente dos processos de produção, facilmente colocam em concorrência dois ou mais Estados sobre as condições que decidirão da localização do investimento[19].

Denota-se, nessa esfera, a existência de um conjunto de circunstâncias que impedem a própria intervenção estatal destinada a limitar a autonomia de alguns operadores econômicos e financeiros. O desenvolvimento de alguns poderes essencialmente privados caracteriza a ampliação da aplicabilidade de leis

---

[14] SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, Buenos Aires, 2015, p. 222.

[15] SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derechos*. *De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, Buenos Aires, 2015, p. 222-223.

[16] GERVASONI, T.A. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade,* Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 161.

[17] "Uma queixa comum contra a democracia do século XXI é que ela perdeu o controle sobre o poder corporativo. As grandes empresas açambarcam riqueza e influência. Fomentam a desigualdade. Espoliam o planeta. Não pagam seus impostos. Para muitas empresas, esse tipo de queixa é inevitável – bancos e companhias petrolíferas convivem com elas há muito tempo. Mas os bancos e companhias petrolíferas deixaram de ser as empresas mais poderosas do mundo. A faixa foi transferida para os gigantes da tecnologia: Facebook, Google, Amazon e Apple. São empresas jovens e têm uma cara nova. Acreditam que o que fazem é bom. Não estão acostumadas a ser objeto de ódio. O Estado não sabe bem como lidar com monstros desse tipo". RUNCIMAN, D. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução FLASKMAN, S., Ed. Todavia, São Paulo, 2018, p. 140-141.

[18] "As grandes empresas, uma vez que conseguiram que os governos definissem as regras da globalização de forma a aumentar o seu poder negocial com os trabalhadores, podem agora condicionar a máquina política e exigir menos impostos. Ameaçam o país onde se encontram: se não baixarem os nossos impostos, iremos para outro lado, onde somos taxados com impostos mais baixos". STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Trad. PIRES, D., Bertrand, Lisboa, 2016, p. 127.

[19] SOUSA SANTOS, B. *Pela mão de Alice***.** *O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed, Cortez, São Paulo, 2013, p. 252.

econômicas, com caráter de tecnicidade[20], provenientes do mercado. Nesse caso, em muitos países, além da política ter abdicado de seu papel de governo, abriu-se caminho para a consolidação de poderes selvagens da economia e das finanças e as várias intervenções decorrentes desse processo, como a autorregulação e a liberalização dos mercados[21].

Com o aparecimento de um campo transnacional, os progressos tecnológicos tornaram as fronteiras mais porosas. Dessa forma, os Estados conservam sua soberania, mas a autoridade dos governos torna-se erodida. Esses fatores se explicam na ideia de transnacionalidade que remete à existência de um desafio às normas nacionais e internacionais em vigor, visto que as empresas criam suas próprias normas em prol da eficiência do mercado[22].

Resta compreender que a ideia de soberania sobre a qual a engrenagem institucional foi forjada em volta do Estado-nação tem sido crescentemente ameaçada pela complexidade dos processos da globalização. Desse modo, a tendência é que o fenômeno da globalização avance irrefreavelmente, de maneira que, não há apenas a limitação da soberania, como também seu comprometimento na base[23]. Essa realidade se explica pela limitação da autonomia decisória, no contexto de que a autoridade dos Estados nos limites de seus territórios "não consegue estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios"[24].

Como ilustração dos novos organismos de normatização em que se percebe certo hibridismo entre a matriz pública e privada, pode-se utilizar o exemplo da Organização Internacional para a Estandardização (ISO), a qual detém atribuições regulamentadoras públicas. Dentre as normas técnicas editadas, destaca-se a ISO 26.000, criada em 2010, por meio da qual fixou-se um padrão global de responsabilidade social das empresas. A referida norma técnica diz respeito às condições de trabalho nas empresas, bem como da atividade em geral sobre o meio ambiente. A ISO ajustou à associação de seus trabalhos não somente organismos nacionais, como também representantes das Nações Unidas, do *Global Compact*, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como de ONGs ativas nos domínios relacionados[25].

Esse cenário novo de regulação também pode ser visualizado por meio da regulamentação da *internet*. Não é a produção normativa estatal que estabelece os ditames do funcionamento desse meio de comunicação, pelo contrário, cabe à ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), uma organização público-privada, composta por entes privados, desenvolver funções públicas que atingem o globo de modo indistinto[26].

---

[20] No tocante à temática da técnica e da transformação política, em específico, Bobbio discorre a respeito da incompatibilidade entre as categorias democracia e tecnocracia. Para o autor, a democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de seus interesses. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Desse modo, a crítica do autor reside no fato de que problemas tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda se tornaram crescentemente mais complicados de resolver. BOBBIO, N. O futuro da democracia. Trad. NOGUEIRA, M.A, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 2000, p. 46.

[21] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos**:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 151.

[22] ARNAUD, A. Governar sem fronteiras: entre globalização e pós globalização, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 16.

[23] GERVASONI, T.A. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade,* Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 167.

[24] FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada***,** Malheiros, São Paulo, 2004, p. 23-24.

[25] FRYDMANN, B. *O fim do Estado de Direito. Governar por standars e indicadores.* Trad. SALDANHA, J., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018, p. 63.

[26] STAFFEN, M. R. *Interfaces do direito global*. 2. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 25.

Por sua vez, existem organizações estritamente privadas, sem condicionantes público-estatais, como é o caso da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), do Comitê Internacional de Estandares Contábeis (IASB), da Agência Mundial Antidopagem (WADA), da Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC) e da Câmara Internacional do Comércio (ICC), que elaboram suas normas de modo autônomo[27]. Tal realidade demonstra, sobremaneira, como a atividade legislativa exclusivamente estatal perdeu força nas últimas décadas.

De fato, a característica preponderante do sistema está na ausência de um governo político e público e na solidez de um governo privado e econômico da política. Nesse sentido, os mercados financeiros e as grandes corporações, além de alguns milhares de especuladores e de algumas agências privadas de *rating*, controlam os Estados impondo suas regras, limites e vínculos. Com efeito, não são mais os gov ernos democraticamente eleitos que regulam a vida econômica e social em função dos interesses públicos gerais, "mas são as potências invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais, em benefício de interesses privados e especulativos"[28].

Enfim, existem inúmeros outros exemplos em que se verifica a interferência de atores privados em âmbitos eminentemente públicos. Nessa perspectiva, a constatação que se faz é que a operação dos Estados em sistemas globais cada vez mais complexos, afeta tanto sua autonomia, quanto, em último caso, sua soberania. O alerta fica, exatamente, na erosão do poder estatal que, às margens de gigantes privados exercendo seu poder sem contrapesos[29], perde sua capacidade de gestão em torno de interesses públicos gerais, deixando para trás sujeitos mais frágeis e que dependeriam de ações estatais para terem seus direitos resguardados.

3 Emergência e protagonismo de atores privados

Com base nos argumentos dissertados nas páginas anteriores, confirma-se a existência de uma crise do Estado impulsionada pela globalização. Desse modo, as conexões entre mercados, instituições, produtos e serviços fizeram com que boa parte dos mecanismos de poder e controle do Estado se tornassem insuficientes, principalmente em razão da dependência da política em relação à economia. Em síntese, a esfera pública foi tomada por atores privados e poderes econômicos[30].

---

[27] STAFFEN, M. R. *Interfaces do direito global*. 2. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 26.

[28] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 149.

[29] Nesse ponto, vale destacar a seguinte lição: "Na ausência de governo/governança mundial e com a fragmentação da capacidade pública entre 200 nações, qualquer regulação ou ordenamento do que acontece no planeta parece estar fora do nosso alcance, o que abre espaço para o vale-tudo global. São trilhões de dólares em mãos de grupos privados que têm como campo de ação o planeta, enquanto as capacidades de regulação mundial mal engatinham. O poder mundial realmente existente está em grande parte nas mãos de gigantes que ninguém elegeu e sobre os quais há cada vez menos controle. Nunca é demais lembrar que com as tecnologias digitais a gestão em escala mundial se tornou muito mais acessível". DOWBOR, L. *A era do capital improdutivo*: *Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo,* Autonomia Literária, São Paulo, 2017, p. 49.

[30] "Nesse novo cenário Estado e Direito são tomados por um tipo de relação e de poder bastante diversos do espectro da modernidade, marco originário do atual modelo de Estado e das principais instituições jurídico-políticas contemporâneas, mas que a essa altura tornam-se anacrônicos. O paradigma pós-moderno desloca o ente estatal do seu eixo até então central e exclusivo de regulação e soberania, sobretudo na medida em que fomenta o surgimento e a atuação mais intensa e decisiva de outros atores internacionais". GERVASONI, T.A. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 207.

Nessa perspectiva, a engrenagem institucional forjada à volta do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir daí, sobretudo à ideia de soberania, têm sido crescentemente ameaçados pela complexidade dos processos da globalização, diretamente no que diz respeito à autonomia decisória do Estado. Portanto, ao impactar a soberania do Estado-nação, a globalização alcança o exato núcleo no entorno do qual se desenvolve e se sustenta a figura estatal fazendo com que as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas tendam a perder sua centralidade e exclusividade[31].

Nesta situação de crise, reitera-se a presença de uma ação puramente econômica desprovida de qualquer projeto político ou social. Os dirigentes nacionais perderam inclusive sua capacidade de ação a partir do momento em que a economia se tornou largamente global. Dessa forma, o enriquecimento dos especuladores desenhou o quadro no qual uma grande maioria da população é privada de uma base de apoio para defender seus interesses ou limitar suas perdas. Em última análise, pode-se compreender que a crise marca a completa separação entre o mundo econômico, cada vez mais globalizado, e o mundo social[32].

Inobstante a isso, a crescente atuação dos poderes econômicos se manifesta em múltiplas formas de corrupção, *lobbies*, financiamentos de campanhas eleitorais, dentre outros. O poder corporativo tornou-se sistêmico, capturando cada uma das diversas dimensões de expressão e exercício de poder, projetando uma nova dinâmica, ou uma nova arquitetura do poder realmente existente[33]. Nesse contexto, a prática de *lobby* vem ganhando cada vez mais espaço e relevância como uma forma de deter poder das corporações, bem como de penetrar nas decisões políticas[34].

Como exemplo ilustrativo, a *Google,* em 2014, recrutou membros do congresso americano (que havia financiado durante o período eleitoral), para pressionar a União Europeia a desistir de um caso antitruste que ameaçaria dizimar os negócios da empresa de tecnologia dos Estados Unidos na Europa[35]. É interessante destacar que os *lobbies* são considerados práticas legais no contexto estadunidense e as empresas do Vale do Silício têm gasto muito dinheiro para melhorar sua imagem e transpassar as estruturas do poder. Convém notar que a *Google* bateu o seu próprio recorde, com 18 milhões de dólares (56,7 milhões de reais) em 2017, situando-se pela primeira vez como a empresa que mais gastou para influenciar os legisladores[36].

---

[31] GERVASONI, T.A. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade,* Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 162.

[32] TOURAINE, A. *Após a crise. A decomposição da vida social e o surgimento de novos atores não sociais*, Vozes, São Paulo, 2011, p. 99.

[33] DOWBOR, L. A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo, Autonomia Literária, São Paulo, 2017, p. 115.

[34] Ferrajoli, ao discorrer acerca da subalternidade da política à economia, fala de uma regressão pré-moderna: "pela inversão das relações entre poderes privados e proprietários e poderes políticos de governo, não mais sendo os primeiros subordinados e regulados pelos segundos, mas justamente o contrário; pela crescente confusão e concentração nas mãos das duas classes de poderes; pelos conflitos de interesses e as múltiplas formas de corrupção e condicionamento lobista da esfera pública. FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos**:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 201, p. 157.

[35] THE GUARDIAN. *How Google Enlisted Members of the US Congress,*2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/dec/17/ google-lobbyists-congress-antitrust-brussels-eu>. Acesso em: 02 dez. 2020.

[36] "Amazon e Facebook também aparecem nesse ranking, na 16ª. e 24ª. colocações, respectivamente. No exercício anterior, a liderança coube à Associação Nacional dos Corretores Imobiliários. O habitual é que os maiores gastos em *lobby* partam de grupos de interesse, sindicatos ou entidades setoriais, e não de empresas individualmente" EL PAIS. *Google se torna a empresa que mais gasta com lobby nos EUA,* 2018. Disponível em:

Deve ser ressaltado que, no Brasil, há poucas evidências que constatam sistematicamente como a atuação de determinados *lobbies* influenciam nas decisões do Congresso Nacional[37]. De qualquer modo, a prática tem correspondência com a ideia da defesa de interesses junto aos membros do poder público, responsáveis pelas tomadas de decisões políticas[38]. Todavia, é importante fazer referência de que a equiparação de *lobby* com corrupção é equivocada. A partir do exemplo norte-americano, a institucionalização dessa prática pressupõe a abertura, por meio de participação e, até mesmo, intervenção, dos grupos interessados nos processos decisionais[39].

Dando prosseguimento à proposta de elucidação do protagonismo dos atores econômicos em conexão à ausência de políticas econômicas e sociais comuns a todos os cidadãos do Estado, destaca-se o aumento das políticas de austeridade[40], especialmente nos últimos anos. Essas políticas que, em grande parte, são impostas aos Estados por setores influentes da economia, afetam o plano social de desenvolvimento, bem como geram inúmeros prejuízos aos direitos sociais e do trabalho e, consequentemente, a maior parte da população que vive em condições vulneráveis.

Nesse sentido, as políticas de austeridade, embora sejam revestidas de um caráter ilusório de regulação do sistema financeiro, na verdade são equivocadas, pois consistem em respostas apenas às consequências da crise global, não sendo possível nenhum crescimento em longo prazo sem que haja uma distribuição equânime de riqueza. Com o implemento de políticas de austeridade, verifica-se a redução das prestações do Estado social, acompanhadas de diminuição dos salários dos trabalhadores e do aumento do desemprego, o que determina um efeito cascata em relação ao consumo[41].

Sob essa perspectiva, a demanda por bens e serviços é abatida, há o agravamento da diminuição do crédito e, diante disso, o desencorajamento dos investimentos e o fechamento de milhares de empresas, fazendo com que haja o comprometimento do crescimento dos países. Nessa linha de pensamento, por meio das restrições da esfera pública e das políticas de austeridade "em prejuízo dos direitos sociais e do trabalho, chega-se a uma espiral perversa cujo êxito final e desastroso no plano econômico e no plano social é uma gigantesca transferência de riqueza das classes mais pobres para as classes mais ricas"[42].

Frente a essas questões, a reforma trabalhista, aprovada em regime de urgência no Brasil, em 2017, modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e trouxe inúmeros prejuízos aos trabalhadores. Nesse caso, assim como ocorre na maioria das políticas de austeridade, sua proposição veio "disfarçada de interesse

---

<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/25/tecnologia/1516858 531_415491.html>. Acesso em: 03 dez. 2020.

[37] Em entrevista, Manoel Santos, um dos maiores especialistas em lobby no Brasil, explica: "O lobby é uma ação de defesa de interesses junto a um tomador de decisão, no poder público, mas também fora dele, entre empresas privadas ou no campo pessoal. É uma atividade absolutamente comum e corriqueira, todos fazem; a confusão está relacionada ao fato de o termo ter assumido uma carga pejorativa ao longo do tempo" EXAME. *Como regulamentar o lobby?* O que diz um dos maiores especialistas no tema, 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/como-regular-o-lobby-o-que-diz-um-dos-maiores-especialistas-no-tema/>. Acesso em: 07 dez. 2020.

[38] SANTOS, M. L. *O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados*. Tese de doutorado. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

[39] STAFFEN, M. R. *Interfaces do direito global*. 2. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 108.

[40] O termo, no contexto, indica a ideia de controle de gastos.

[41] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2015, p. 161.

[42] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 161-162.

público" a partir da promessa de geração de empregos e crescimento econômico em benefício da população.

Contudo, conforme esperado por especialistas e críticos da proposta, a promessa não se realizou. Contrariamente à expectativa do governo federal de que a reforma trabalhista gerasse empregos formais, a taxa de desemprego no Brasil alcançou 13,1% no terceiro trimestre de 2020. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no total, o país somou 14,1 milhões de desempregados no final de outubro de 2020[43].

Com efeito, a influência de entidades empresariais por meio de *lobby* verificou-se especialmente quando o projeto da reforma trabalhista estava em apreciação pela Câmara dos Deputados e foram apresentadas 850 emendas à Comissão Especial da reforma. Nessa seara, indicou-se que a Confederação Nacional do Transporte (CNT), a Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística, a Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI) foram os atores econômicos por trás da redação das emendas propostas[44].

Não por acaso, já que os deputados federais Julio Lopes (PP-RJ), Paes Landim (PTB-PI) e Ricardo Izar (PP-SP), que apresentaram sugestões da Confederação Nacional das Instituições Financeiras na comissão, receberam doações de pessoas físicas ligadas ao Itaú, ao Unibanco, ao Bradesco, ao Santander, à Safra, entre outras instituições financeiras. Vale lembrar que, inobstante o financiamento empresarial ter sido eliminado, pessoas físicas ligadas ao setor empresarial podem doar durante as campanhas eleitorais[45]. Resta claro que a prática das corporações de influenciar nas políticas dos Estados, mesmo que não esteja regulamentada no Brasil, não é outra senão *lobby*.

Nessa mesma linha de raciocínio, analisando-se uma das mais recentes políticas de austeridade do Brasil aprovada em 2019, a reforma da previdência constitui outro ataque aos direitos sociais no país. Em rápida análise das prestações de contas da campanha eleitoral do ano de 2018 e dos votos do projeto da reforma na Câmara dos Deputados, pode-se fazer uma construção muito relevante em relação à possível influência de poderes econômicos na aprovação da proposta de emenda constitucional[46].

Precisamente parte-se da análise do *ranking* de doadores apresentado pelo Tribunal Superior Eleitoral, no qual Rubens Ometto Silveira Mello, empresário brasileiro, presidente do conselho de administração da Cosan (uma das maiores corporações empresariais do Brasil), aparece em primeiro lugar, por declarar o total de R$7.500.000,00 em doações durante a campanha eleitoral de 2018. De fato, dos onze deputados federais eleitos que receberam doações durante a campanha, sete votaram "sim", enquanto apenas quatro "não"[47].

---

[43] IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Desemprego***,** 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 01 dez. 2020.

[44] THE INTERCEPT BRASIL. *Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da reforma trabalhista***,** 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

[45] THE INTERCEPT BRASIL. *Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da reforma trabalhista***,** 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

[46] Para a construção da análise, foram mapeados os dados disponibilizados pelo G1 em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/2019/o-voto-dos-deputados/#/deputados/undefined>, referente aos votos de cada deputado federal nos dois turnos da proposta de reforma da previdência, bem como a prestação de contas da campanha eleitoral de 2018 disponibilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/consulta/campanha/2018/2022802018/ranks>.

[47] De acordo com o detalhamento da prestação de contas do empresário, os deputados federais que receberam doações do empresário e votaram "sim" foram: Arnaldo Jardim

Por outro lado, realizou-se a análise do mesmo *ranking,* no qual José Salim Mattar Junior, dono da Localiza Hertz (maior empresa de aluguel de carros da América Latina), aparece como o quarto maior doador, declarando o total de R$ 2.920.000,00 em doações. Nesse caso, oito deputados federais eleitos receberam doações do empresário durante a campanha, sendo que todos votaram "sim" para a aprovação do projeto de reforma da previdência[48].

Ocorre que, a captura dos processos decisórios pelos atores econômicos é uma prática generalizada. Dessa forma, os governos passam por dificuldades no enfrentamento dessas resistências poderosas e articuladas de manipulação do poder. Opera-se, assim, uma lógica em que o emprego, o desenvolvimento sustentável, o desenvolvimento humano e o bem-estar das pessoas desaparecem constantemente da pauta das políticas governamentais.

Paralelamente a isso, a interferência de atores privados opera, em grande medida, sem controle do Estado e solapando os direitos sociais da população vulnerabilizada pela condição econômica. Como ilustração, aborda-se um estudo organizado pelo Comitê Popular da Copa e pela ONG Cidade em Porto Alegre que observou, durante quatro anos, os impactos sociais ocorridos na capital gaúcha durante as obras e o evento da Copa do Mundo de 2014. No estudo em questão, foi apontado que mais de seis mil famílias tiveram seu direito à moradia adequada violado por conta dos projetos e obras urbanas executadas pela Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), organização estritamente privada que opera sem pontos de dependência estatais[49].

Neste sentido, a obra de duplicação da Avenida Tronco, além de não ter ficado pronta para o Mundial de 2014, removeu mais de 1.500 famílias que viviam há décadas na região, por onde passaria a avenida duplicada. Se isso não bastasse, como a obra era considerada prioritária para ligar a Zona Sul e o Centro da Cidade, logo no início de 2012 foi primado pelo projeto viário em detrimento do plano de reassentamento, dando-se início à remoção, concedendo valores insuficientes para as famílias removidas[50]. Esse é apenas um exemplo de inúmeros outros casos de violação ocorridos, como a remoção de moradores de ruas, o desmantelamento de comunidades inteiras, os impactos ambientais, dentre outros.

Retomando a questão do protagonismo dos atores econômicos, um relevante ponto de destaque diz respeito ao estudo da categoria denominada plutocracia. Conforme leciona Milanovic, à categoria dos plutocratas mundiais

---

(Cidadania-SP), Sérgio de Souza (MDB-PR), Pedro Lupion (DEM-PR), Ricardo Barros (PP-PR), Jerônimo Goergen (PP-RS), Efraim Filho (DEM-PB), Hugo Leal (PSD-RJ). Por outro lado, os deputados federais que votaram "não" foram: Arlindo Chinaglia Junior (PT-SP), Carlos Zarattini (PT-SP), Felix Mendonça Junior (PDT-BA) Fernando Monteiro de Albuquerque (PP-PE).

[48] De acordo com o detalhamento da prestação de contas do empresário, os deputados federais que receberam doações do empresário e votaram "sim" foram: Rodrigo Maia (DEM-RJ), Marcel Van Hattem (Novo-RS), Tiago Mitraud (Novo-MG), Lucas Gonzales (Novo-MG), Paulo Eduardo Lima Martins (PSC-PR), Kim Kataguiri (DEM-SP), Pedro Cunha Lima (PSBD-PB), Vinicius Poit (Novo-SP).

[49] "Constatamos que, junto dos empreendimentos urbanos "propiciados pela Copa FIFA 2014", estão associadas às mais diversas violações de direitos fundamentais: à soberania do país, leis de exceções, remoções forçadas, planejamento privado das cidades, doações de terras públicas à iniciativa privada, falta de participação, informação e transparência, mercantilização da natureza, elitização do futebol, privatização dos espaços públicos, financiamentos especiais aos parceiros comerciais da FIFA e muitos outros". COMITÊ POPULAR DA COPA. *Copa do Mundo FIFA 2014 e as violações de Direitos Humanos em Porto Alegre,* 2018, p. 77. Disponível em: <https://br.boell.org /sites/default/files/dossie_copa_poa_bollbrasil.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

[50] COMITÊ POPULAR DA COPA. *Copa do Mundo FIFA 2014 e as violações de Direitos Humanos em Porto Alegre,* 2018, p. 77. Disponível em: <https://br.boell.org /sites/default/files/dossie_copa_poa_bollbrasil.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

pertencem pessoas que são mundialmente muito ricas[51]. Em outras palavras, pode-se dizer que essa categoria corresponde aqueles que pertencem ao 1 por cento do topo em âmbito mundial[52].

Em geral, nessa categoria se encontram indivíduos ou pequenos grupos de financistas que manipulam os espaços econômicos e corrompem os políticos segundo seus interesses, graças ao seu patrimônio e sua influência de poder. A postura econômica dos plutocratas é normalmente vista como uma forma violenta das finanças exercida sobre as sociedades, por meio do monitoramento dos mercados financeiros contra os países que ousam adotar políticas econômicas que não estejam de acordo com suas imposições[53].

Importa salientar que o relevo do campo financeiro no Brasil revela-se cada vez mais complexo, na medida em que as diversas posturas de legitimação de atores da economia influenciam constantemente o espaço social como um todo. A título exemplificativo, o conjunto dos grandes bancos comerciais, à primeira vista, aplica políticas de sustentabilidade e responsabilidade social, criando a imagem de atores legítimos da ordem social brasileira, quando, na verdade, cobram juros estratosféricos de seus clientes[54].

Na era da globalização, a potência da ideologia liberal culminou no desenvolvimento de um mercado sem regras que influencia diretamente as políticas sociais dos países agravando, ainda mais, a crise do Estado. Nessa linha, cortes no investimento público de saúde e educação, privatizações, desregulações, liberalizações, seguem acompanhados de crescimentos das desigualdades, menores investimentos, políticas de austeridade e dão seguimento "a uma espiral recessiva incontrolada que corre risco de determinar o colapso de toda a economia global"[55].

Nesse sentido, a influência dos atores econômicos, bem como a ascensão de uma categoria de plutocracia, manipulando o poder político numa lógica de dominação social, produzem uma assimetria de poder tamanha que, às custas de manobras, expolia o público e coloca em risco o próprio funcionamento das instituições democráticas. Ao transitar entre a globalização, a crise do Estado e o protagonismo dos atores econômicos privados, verifica-se que pode estar-se diante de um quadro que afeta as instituições democráticas, de modo que o próximo tópico trabalho irá abordar categorias como oligarquia e poliarquia, na tentativa de

---

[51] MILANOVIC, B. *A desigualdade no mundo: uma nova abordagem para a era da globalização*. Trad. PEREIRA DA SILVA, M., Actual, São Paulo, 2017, p. 32.

[52] Milanovic indica que o desenvolvimento mais significativo da era da globalização (com início no final da década de 1980) deu-se em relação à plutocracia mundial. Nesse sentido, dados mapeados pelo autor indicam que entre os anos 1987 e 2013, os hiper-ricos aumentaram sua riqueza total que, medida em termos de PIB mundial, mais do que duplicou. MILANOVIC, B. *A desigualdade no mundo: uma nova abordagem para a era da globalização*. Trad. PEREIRA DA SILVA, M., Actual, São Paulo, 2017, p. 55.

[53] "O plutocrata tradicional da Europa costuma ser judeu, oriundo do mundo das finanças e, sua evocação faz parte normalmente do repertório retórico da extrema direita fascista". GRUN, R. "Entre a plutocracia e a legitimação da dominação financeira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* vol. 22, n. 65, 2007, p. 85-107. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706508>. Acesso em: 10 dez. 2020.

[54] "Periodicamente, a sociedade brasileira ensaia 'escandalizar-se' com algumas consequências da dominação financeira, como, por exemplo, os lucros e as margens do sistema bancário, mas pouco se faz efetivamente para alterar o preço da intermediação financeira. Seguindo essa lógica, poderíamos dizer que os protestos antifinanceiros são produzidos por uma coalizão de empresários, sindicalistas e intelectuais tradicionais que se insurgem contra o que consideram ser o maior impedimento ao desenvolvimento econômico do país. Mas eles são neutralizados pelos empreendedores morais da 'causa financeira' – economistas *mainstreamers* e pelo *establishment* –, que os ridicularizam, esvaindo qualquer possibilidade de protesto mais eficiente". GRUN, R. "Entre a plutocracia e a legitimação da dominação financeira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* vol. 22, n. 65, 2007, p. 85-107. Disponível em: < http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706508>. Acesso em: 10 dez. 2020.

[55] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos**:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 158.

ampliar as possibilidades de compreensão dessas novas dinâmicas que envolvem o exercício do poder político.

4 O (des)controle dos poderes privados e as ameaças à democracia

No decorrer da história, o século XX foi marcado por guerras devastadoras, genocídio, fome e ideologias extremas. Contudo, o mundo que se começou a construir após a Segunda Guerra Mundial era impulsionado por uma lógica de inclusão, por esforços combinados para trazer os pobres e os marginalizados até a corrente política e econômica dominante. Nessa lógica, o projeto do Estado de bem-estar social também era um meio de promover o interesse público e fazer aumentar uma prosperidade compartilhada[56].

Todavia, o fato da sociedade globalizada ter caído sob a influência de uma economia sem limites indica o quanto as instituições estão cada vez mais a serviço do crescimento econômico corporativo. Na mesma linha, um número suficiente de empresas procurou se libertar de quaisquer restrições, incluindo as de interesse público local, que interfiram em sua busca de busca de lucro.

Há que se destacar que os governos ocidentais, os bancos centrais, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e instituições internacionais afins agora falam sobre a necessidade de reduzir as dívidas governamentais excessivas, reduzir os programas de bem-estar social excessivos, reduzir a regulamentação excessiva. Essa é a linguagem das principais instituições que colocam ordem no mundo globalizado, propagando a promessa implícita de que ao reduzir esses excessos de políticas sociais, seria possível voltar aos "dias mais fáceis do pós-guerra"[57].

Da mesma forma como se constatou no tópico anterior com relação às promessas de "emprego e crescimento" da reforma trabalhista do Brasil, evidencia-se o fato de que tais promessas escondem a medida de que um mundo "pós-guerra" que não mais existe e, apesar do que possam dizer os governos nacionais, muitos atores econômicos corporativos não o desejam de volta. Os atores econômicos querem "um mundo em que os governos gastem muito menos com serviços sociais ou com as necessidades das economias de bairro ou das pequenas empresas, e muito mais com as desregulamentações e infraestruturas que os setores econômicos corporativos almejam"[58].

Se outrora o Estado (democrático) de Direito foi pensado para salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, atualmente o cenário de desfragmentação das instituições estatais aponta uma perspectiva diversa, na medida em que, ao lado da insuficiência de atuação para a garantia desses direitos, existe um déficit de confiança nas instituições políticas. O poder das grandes corporações empresariais monopoliza as pautas governamentais, fazendo com que a ausência de instrumentos de controle conduza ao enfraquecimento da democracia.

Uma realidade que começa a sinalizar a crise democrática é o desaparecimento do nexo entre democracia e povo e entre poderes e (Estado de) direito, em mundo de soberanias desiguais e crescente interdependência, no qual as decisões mais relevantes dizem respeito a poderes direta ou indiretamente democráticos e subordinados à lei. Quer dizer, as pessoas convivem com a sensação de que são governadas por sujeitos que não as representam, enquanto os sujeitos que as representam são àqueles subalternos e impotentes diante deles[59].

---

[56] SASSEN, S. *Expulsões: Brutalidade e complexidade na economia global*. Trad. FREITAS, A., Paz e Terra, São Paulo, 2016, p. 252.
[57] SASSEN, S. *Expulsões: Brutalidade e complexidade na economia global*. Trad. FREITAS, A., Paz e Terra, São Paulo, 2016, p. 253.
[58] SASSEN, S. *Expulsões: Brutalidade e complexidade na economia global*. Trad. FREITAS, A., Paz e Terra, São Paulo, 2016, p. 253.
[59] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 163.

A partir desse cenário, o ponto de intersecção entre a crise do estado e da democracia se traduz no desencadeamento de uma crise da política, caracterizada pelo descrédito da população em relação ao sistema democrático[60]. Consequentemente, em quase todos os países, aumenta "o número de cidadãos, especialmente entre os mais pobres, que se abstém nas eleições e não têm confiança na política, por eles vislumbrada indistintamente como hostil"[61]

Por outro lado, a democracia não pode (e não deve) significar o simples voto, a participação de todos na tomada das decisões é de relevante importância nesse contexto. Tal é a importância desse preceito que, questiona-se como seria possível a criação de condições objetivas para que os grupos com menos recursos da população pudessem atuar por meio de *lobby*. Isso porque, o cidadão comum não consegue "*fazer lobby*". A prática, por enquanto, é restrita a grupos bem organizados e economicamente fortalecidos e fomenta o desequilíbrio de poderes entre setores da sociedade, ao passo em que gera uma sensação de que grupos minoritários ou sem recursos para atuar politicamente sempre saem perdendo. Em entrevista, Manoel Santos explica que essa realidade é um problema para a democracia, pois inverte os ideais democráticos que buscam a inclusão, por isso assinala-se a necessidade de se constituírem mecanismos que deem voz também aos setores historicamente alijados do processo decisório[62].

Aliado a esses fatores e, frente à incapacidade estatal de regulação do labirinto institucional e à ausência de limites aos grandes poderes econômicos e financeiros, tem-se um ganho de protagonismo cada vez maior de atores privados, marcado pela sua influência no campo político, de modo que existe uma distribuição das cartas "em favor do 1% do topo". Nesse sentido, Stiglitz indica que "os ricos não precisam do Estado de Direito; eles podem, e de fato fazem, moldar os processos políticos e econômicos a seu proveito"[63].

Conforme mencionado anteriormente, essas elites econômicas, ao controlar as decisões políticas, fortalecem a sensação de desilusão (descrença) das pessoas em relação ao voto. Por esse motivo, assinala-se que os problemas de cunho democrático transitam desde a esfera da descrença no voto, até falta de noção de que a democracia deve ser mais que o simples voto. A substituição do governo político e democrático da economia pelo governo econômico não democrático da política engloba um cenário em que a Constituição é removida do horizonte da ação do governo, juntamente com a redução das promessas excessivas da democracia constitucional[64]. Nessa seara, vive-se uma crise do Estado e de seu papel garantista das constituições, ou conforme defende Rancière, um "governo pacífico da oligarquia" que desvia as paixões democráticas aos prazeres privados e as torna insensíveis ao bem comum[65].

---

[60] Nas últimas eleições brasileiras, no ano de 2018, por exemplo, dados do Tribunal Superior Eleitoral revelam uma elevada taxa de abstenção dos eleitores, totalizando 31,3 milhões de cidadãos que não compareceram às urnas para votar. O segundo turno das eleições presidenciais teve a maior abstenção já registrada desde 1998, representando 21,3% do eleitorado brasileiro. Vale notar que esse número corresponde a mais da metade dos votos recebidos pelo candidato eleito, Jair Bolsonaro. BRASIL. Senado Federal. *Abstenção nas eleições*: 31,3 milhões de eleitores não compareceram às urnas. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos /2018/10/abstencao-nas-eleicoes-31-3-milhoes-de-eleitores-nao-compareceram-as-urnas>. Acesso em: 08 dez. 2020.

[61] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 179.

[62] EXAME. Como regulamentar o lobby? O que diz um dos maiores especialistas no tema, 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/como-regular-o-lobby-o-que-diz-um-dos-maiores-especialistas-no-tema/>. Acesso em: 07 dez. 2020.

[63] STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Trad. PIRES, D., Bertrand, Lisboa, 2016, p. 208.

[64] FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 163.

[65] RANCIÈRE, J. *O ódio à Democracia*, Boitempo, São Paulo, 2014, p. 95.

Avançando no tema, para a compreensão de alguns problemas de caráter democrático que marcam a era da globalização é importante, num primeiro momento, traçar as características de oligarquia. De acordo com a definição de Bobbio, oligarquia pode ser compreendida como o "governo de poucos", ou como "domínio exercido por um pequeno número de dominadores". A definição de oligarquia, nesse contexto, não indica uma forma específica de governo, mas se limita a chamar a atenção para o fato de que o poder supremo está nas mãos de um restrito grupo de pessoas fechado e que goza de privilégios particulares, servindo-se de todos os meios que o poder coloca ao seu alcance para conservá-lo[66].

Após a Segunda Guerra Mundial, o termo a oligarquia passou a ser estudado com sentido diverso, indicando uma ideia oposta à democracia. A partir daí, sistemas oligárquicos e sistemas democráticos são antagônicos. Nesse contexto, as oligarquias se caracterizam pela presença de um grupo de poder restrito, homogêneo e estável, com uma boa organização interna, governando de modo autoritário, robustecendo o executivo, controlando o judiciário, marginalizando ou excluindo o poder legislativo e desencorajando ou eliminando a oposição[67].

Inobstante à referência de que democracia e oligarquia são sistemas antagônicos, vale lembrar que, atualmente, o cenário marcado pela influência e notoriedade da atuação de atores econômicos leva à suposição de que oligarquias governam dentro de sistemas democráticos. De fato, os poderes desregulados do capitalismo operam nos Estados impondo-lhes políticas antissociais e fortalecendo seu poder constantemente. Em outras palavras, quer dizer que as decisões políticas de um Estado encontram-se nas mãos de um pequeno número de dominadores, fazendo com que a concentração de poder esteja em um só conjunto de atores.

Trazendo ao estudo o termo "poliarquia", desenvolvido por Robert Dahl, nota-se sua estreita relação com o grau de satisfação dos critérios democráticos pelos governantes. Como o autor parte da premissa de que dificilmente as democracias serão plenamente participativas, a sugestão da categoria poliarquia[68] surge como essencial para o processo democrático no governo de um grande sistema[69].

Nessa linha de pensamento, Dahl trabalha com a perspectiva de que as sociedades que favorecem a poliarquia são caracterizadas por serem modernas, dinâmicas e pluralistas, no sentido de que dispersam o poder de uma única influência ou autoridade e o aproxima de uma variedade de indivíduos, grupos ou associações. Além disso, na sociedade poliárquica existe a promoção de convicções e ideias favoráveis à democracia[70]. Por isso, deve-se ter em conta que a poliarquia,

---

[66] BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 11. ed., Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1998, p. 855.

[67] BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 11. ed., Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1998, p. 857.

[68] "Historicamente, a poliarquia é fortemente associada a uma sociedade marcada por uma série de características inter-relacionadas: um nível relativamente alto de crescimento e de renda e riqueza per capita, um alto nível de urbanização, uma população agrícola em rápido declínio ou relativamente pequena, uma grande diversidade ocupacional, ampla alfabetização, um número comparativamente grande de pessoas que frequentaram instituições de ensino superior, uma ordem econômica na qual a produção é desenvolvida principalmente por empresas relativamente autônomas e cujas decisões são orientadas para mercados nacionais e internacionais em níveis relativamente altos de indicadores convencionais de bem-estar, como médicos e leitos hospitalares para cada mil pessoas, a expectativa de vida, a mortalidade infantil, a porcentagem de famílias com diversos bens de consumo duráveis e assim por diante". DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. Trad. FREITAS RIBEIRO, Patrícia, Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 394.

[69] DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. Trad. FREITAS RIBEIRO, Patrícia, Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 358.

[70] DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. Trad. FREITAS RIBEIRO, Patrícia, Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 396.

ao dispersar o poder entre uma série de atores, opera por uma lógica contrária à ideia da oligarquia que concentra o poder nas mãos de um pequeno e único poder.

Diante de tudo isso, percorrendo as categorias da democracia, oligarquia e poliarquia pode-se aduzir que, de certo modo, todas essas construções são necessárias, justamente porque, historicamente, o constitucionalismo se incumbiu da missão de controlar o exercer do poder estatal. Contudo, o projeto da modernidade não desenvolveu técnicas e instrumentos com o mesmo fim para o controle das organizações privadas que circulam, cada vez mais, pelo Estado e, para além dele. Daí decorre, essencialmente, a incapacidade do direito e das instituições estatais em conter o poder privado que atua com protagonismo em diversas searas que, anteriormente ao desencadeamento dos processos complexos da globalização, eram exclusivas do Estado.

5 Conclusão

Os fundamentos abordados no decorrer deste trabalho apontam que, assim como a globalização surge para desafiar o funcionamento do Estado, os atores privados e seu protagonismo operam como ameaça à democracia. Nesse sentido, o momento de crise vivenciado pelo enfraquecimento da soberania dos Estados encontra um ponto de intersecção com a crise democrática, pelo fato de que a ausência de controle e atuação estatal em torno de determinações dos atores privados que, na maioria das vezes, agem solapando os direitos fundamentais dos cidadãos, faz com que o poder estatal deixe de cumprir com sua função garantista estabelecida pela Constituição.

Se, por um lado, o Estado se encontra em crise pelo seu projeto moderno não ter articulado meios capazes de controlar o poder de atores privados em esferas eminentemente públicas até pouco tempo, por outro, a população atingida pela ausência de prestações de cunho social se vê cada vez mais vulnerabilizada, em uma sociedade globalizada em que o poder econômico exerce, em grande escala e em todas as esferas, seu poder.

De todo modo, considerando-se que a presente pesquisa se preocupou em detalhar como a emergência e protagonismo de atores privados impacta às instituições democráticas, é importante recordar que o estudo de categorias como a plutocracia mundial, a oligarquia e a poliarquia são relevantes para (re)pensar a democracia e o Estado, visto que, conforme demonstrado no decorrer do texto, ambos estão em crise, desde o advento do processo de globalização.

Ao final, conclui-se que a hipótese de pesquisa fora corroborada, pois se evidenciou como o avanço do fenômeno da globalização e o surgimento de atores privados resultou em um cenário de crise, no qual o papel normativo do direito estatal é esvaziado pela "perda" de soberania do Estado, principalmente no que diz respeito a sua autonomia de decisão. Nessa perspectiva, consoante ao que restou demonstrado, a influência e o protagonismo dos atores privados impacta negativamente às instituições democráticas, na medida em que a sobreposição dos poderes econômicos e financeiros sobre os poderes públicos resulta prejuízos à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, assim como enfraquece a democracia.

6 Referências

ARNAUD, A. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós globalização*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. Trad. NOGUEIRA, M.A, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 2000.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 11. ed., Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

BRASIL. Senado Federal. *Abstenção nas eleições: 31,3 milhões de eleitores não compareceram às urnas,* 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos /2018/10/abstencao-nas-eleicoes-31-3-milhoes-de-eleitores-nao-compareceram-as-urnas>. Acesso em: 08 dez. 2020.

COMITÊ POPULAR DA COPA. *Copa do Mundo FIFA 2014 e as violações de Direitos Humanos em Porto Alegre,* 2018. Disponível em: <https://br.boell.org /sites/default/files/dossie_copa_poa_bollbrasil.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

CRUZ, P. M.; OLIVIERO, M**.** "Fundamentos de Direito Transnacional", in *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica* (MORAIS DA ROSA, A.; STAFFEN, M.R.), Ed.Univali, Itajaí, 2013.

DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. Trad. FREITAS RIBEIRO, Patrícia, Martins Fontes, São Paulo, 2012.

DOWBOR, L. *A era do capital improdutivo*: *Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo,* Autonomia Literária, São Paulo, 2017.

EL PAIS. *Google se torna a empresa que mais gasta com lobby nos EUA,* 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/25/tecnologia/1516858 531_415491.html>. Acesso em: 03 dez. 2020.

EXAME**.** *Como regulamentar o lobby? O que diz um dos maiores especialistas no tema,* 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/como-regular-o-lobby-o-que-diz-um-dos-maiores-especialistas-no-tema/>. Acesso em: 07 dez. 2020.

FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*, Malheiros, São Paulo, 2004.

FARIA, J. E. "Policentrismo versus soberania: los nuevos órdenes normativos" in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 44, 2010. Disponível em: < http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/438>. Acesso em: 13 out. 2020.

FERRAJOLI, L. *A Democracia através dos Direitos**:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

FRYDMANN, B. *O fim do Estado de Direito. Governar por standars e indicadores.* Trad. SALDANHA, J., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018.

G1. *O voto dos deputados*. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/politica /2019/o-voto-dos- deputados/#/deputados/undefined>. Acesso em: 09 dez. 2020.

GERVASONI, T.A. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade,* Empório do Direito, Florianópolis, 2017.

GRUN, R. "Entre a plutocracia e a legitimação da dominação financeira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* vol. 22, n. 65, 2007, p. 85-107. Disponível em: < http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706508>. Acesso em: 10 dez. 2020.

HELD, D.; MCGEW, A. *Prós e contras da globalização***.** Trad. RIBEIRO, V., Ed. Jorge Jahar, Rio de Janeiro, 2001.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Desemprego*, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 01 dez. 2020.

MILANOVIC, B. *A desigualdade no mundo: uma nova abordagem para a era da globalização*. Trad. PEREIRA DA SILVA, M., Actual, São Paulo, 2017.

RANCIÈRE, J. *O ódio à Democracia*, Boitempo, São Paulo, 2014.

RUNCIMAN, D. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução FLASKMAN, S., Ed. Todavia, São Paulo, 2018.

SOUSA SANTOS, B. *Pela mão de Alice***.** *O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed, Cortez, São Paulo, 2013.

SANTOS, M. L*. O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados*. Tese de doutorado. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

SASSEN, S*. Expulsões: Brutalidade e complexidade na economia global*. Trad. FREITAS, A., Paz e Terra, São Paulo, 2016.

SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derechos*. *De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, Buenos Aires, 2015.

STAFFEN, M. R. *Interfaces do direito global*. 2. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Trad. PIRES, D., Bertrand, Lisboa, 2016.

THE GUARDIAN. *How Google Enlisted Members of the US Congress*, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/dec/17/ google-lobbyists-congress-antitrust-brussels-eu>. Acesso em: 02 dez. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da reforma trabalhista*, 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/04 /26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

TOURAINE, A. *Após a crise. A decomposição da vida social e o surgimento de novos atores não sociais*, Vozes, São Paulo, 2011.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. *Prestação de contas da campanha eleitoral, 2018*. Disponível em:<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/consulta/doadores-fornecedores/2022802018/individual/41232178853>. Acesso em: 09 dez. 2020.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 293-314
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Método y conocimiento de la ciencia política en Colombia

Method and knowledge of political science in Colombia

Jaime Alberto Ángel Álvarez*
Universidad Libre Seccional Cali
Facultad de Derecho, ciencias políticas y sociales (Colombia)

Sumario: Presentación. 1. Los niveles de comprensión de la vida, 2. Los diferentes aspectos o rasgos de la investigación política, 3. Particularidades del conocimiento político, 4. El procedimiento metodológico para el análisis político, 5. Disyuntiva politológica alrededor de los métodos, 5.1. Pretensiones de la propuesta cuantitativa, 5.2. Pretensiones de la propuesta cualitativa, Conclusiones, Bibliografía.

Resumen: En el presente artículo nos propusimos reflexionar y aclarar algunos fundamentos epistemológicos y metodológicos de la ciencia política, precisando la forma como se han aplicado en Colombia, sin renunciar a una visión más abstracta del tema, mediante una investigación teórico-práctica. Realizamos una discusión epistemológica en el escenario de la ciencia política, disciplina fundamental para explicar el comportamiento social, discusión centrada en tres elementos que consideramos clave: uno, el sujeto entendido en función de las diferentes perspectivas de estudio del hecho político; dos, el Estado y el poder político como objetos de estudio; y tres, los diferentes métodos que usualmente se utilizan en Colombia en las Facultades de ciencia política y de Derecho, donde el estudio se hace con mayor rigor. Así, partimos de diferentes preguntas sobre ¿cómo se definen las escuelas de ciencia política?, ¿cuáles son las preferidas?, ¿cuáles son los principales temas de interés?, y ¿cuáles son los métodos más usados en Colombia?

Palabras clave: Investigación, epistemología, conocimiento, método, Estado, poder, sujeto, objeto, ciencia política.

Abstract: In this article we set out to reflect and clarify some epistemological and methodological foundations of political science. The goal is to specify the way in which they have been applied in Colombia, without giving up a more abstract vision of the subject, through a theoretical-practical investigation. We conducted an epistemological debate on the stage of political science, a fundamental discipline to explain social behavior, with a discussion centered on three elements that we consider to be key: one, the subject itself as understood in terms of the different study perspectives of the

---

* Jaime Alberto Ángel Álvarez es filósofo de la Universidad de la Salle, Especialista en Docencia Universitaria del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Profesor – investigador de la Facultad de Derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad Libre Seccional Cali (Colombia), Líder del Grupo de investigación Phylojuris. Este texto es resultado de investigación del proyecto: Metodología y correlaciones de la ética pública y las teorías del poder.
Correo electrónico: jaimeinv@yahoo.es

Recibido: 11/04/2021
Aceptado: 13/06/2021

political fact; two, the State and its political power as objects of study; three, the different methods that are usually used in Colombia in the Political Science and Law University Faculties, where the study is carried out with greater rigor. Thus, ¿we start from different questions about how are schools of science defined?, ¿which are preferred?, ¿what are the main topics of interest? and finally, ¿what are the most used methods in Colombia?

Keywords: Research, epistemology, knowledge, method, State, power, subject, object, political science.

Presentación

Las diversas ciencias sociales se relacionan de múltiples maneras, especialmente comparten en general el mismo objeto de estudio: la condición humana. Los aproxima el mismo debate epistemológico, se acercan en lo relativo a los modelos de investigación. De cualquier manera, la ciencia política tiene sus especificidades y desarrollo teórico, metodológico claramente diferenciado de las demás ciencias sociales, básicamente por las particulares de sus objetos de estudio, por lo cual conviene aclarar: "… que por ciencia política debe entenderse, como siempre se ha entendido y en esto no creo que haya cambios fundamentales en cuanto al objeto, la disciplina que explica las razones y las causas que motivan la organización de la actividad política, entendida como la acción pública destinada a la construcción de instituciones, normas y finalidades en torno a la distribución del poder, que normalmente se estructuran en sistemas políticos y que, a fin de cuentas, culminan en las preguntas principales de la disciplina: ¿qué es el Estado en cada momento del desarrollo político humano?, y ¿qué es el Estado a nivel de las sociedades particulares en las que existe como institución? A partir de la idea de que la ciencia política busca explicar conductas y cómo éstas se entrelazan con instituciones y normas, cómo la dinámica de interacción de los agentes sociales y políticos dan como resultado formas específicas de estructuración de lo público, me parece que esto es el objeto central de la ciencia política"[1].

Esto ha conducido a la investigación sobre los estudios políticos y al estudio de las relaciones políticas internacionales en Colombia a tener un desarrollo de manera paralela y consecuente con los aportes realizados en esos diferentes escenarios epistemológicos de las ciencias sociales. Por esta razón, planteamos la tesis de que en Colombia se ha hecho un intento importante, con sobresalientes logros, para que en la investigación se concilien las explicaciones sobre el comportamiento político.

Ciertamente los hechos físicos, de la naturaleza, la biología y la parte humana, psíquica, social y cultural de la realidad, han sido tenidos en cuenta para llevar a estudiar el tema del poder, del Estado y del gobierno de manera holística, habiendo llegado a la conclusión de que, ontológicamente hablando, ninguna realidad política puede funcionar al margen de la otra, lo que orienta los tentáculos de la teoría a tener en cuenta diversas variables de orden jurídico, económico, religioso, cultural, social y moral, todo con el propósito de explicar los fenómenos políticos de manera interdisciplinaria y transdisciplinaria. Por ello, en la disciplina es permitido distinguir

[1] ORTIZ LEROUX, S. y PÉREZ VEGA, M. "La Ciencia Política a examen. Trayectoria, debates e identidad. Entrevistas a Andreas Schedler, Francisco Valdés Ugalde y Víctor Alarcón Olguín", *Revista Andamios*, 11, 2009, p. 153.

diferentes tratados de psicología política, sociología política, antropología política, economía política, sociología de las relaciones internacionales, etc., o de un análisis politológico realizado en perspectiva ambientalista, de género, en perspectiva sociológica, en perspectiva histórica, económica, ética, entre otras.

Pero a pesar de los grandes avances logrados en cada uno de los tratados, los problemas epistemológicos en los estudios políticos son también evidentes. Los procesos de construcción de conocimiento, de análisis e interpretación de los métodos y sus epistemologías implícitas, en la mayoría de los casos quedan sin revisar y sin ser sometidos a críticas sistemáticas, con lo cual los errores de las experiencias son irremediablemente perpetuados por otros grupos de investigación, al tiempo que los aciertos dejan de ser aprovechados. Los informes de investigación que se presentan en libros, en revistas especializadas u otro tipo de publicaciones sobre temas políticos, en ocasiones dejan de tomar en cuenta los marcos conceptuales, procedimientos metodológicos y experiencias investigativas anteriores. Infortunadamente los modelos, normalmente tomados de catálogos metodológicos, dejan de ser sometidos a un análisis crítico, justamente por este desconocimiento. También sucede que los investigadores no dejan en claro por qué razones fueron escogidos unos determinados modelos, con lo que el sustento metodológico queda sin evidencia para quienes leen los estudios y posiblemente tampoco para quienes son sus artífices. De la misma manera ocurre que el método o la perspectiva de análisis no coincide con la de los autores seleccionados para la investigación, sin explicar en los resultados finales por qué ocurrió esto. Es una problemática que María Eugenia Valdés resume con bastante claridad: "Existen una serie de problemas que los politólogos enfrentan en su práctica de investigación y que son verdaderamente muy importantes: precisar qué métodos utilizan y cuáles son, especificar las técnicas que usan con más frecuencia y explicar por qué son las más adecuadas y, de manera relevante, cómo enlazar las teorías y esquemas conceptuales con el análisis de los fenómenos empíricos de la política. Lo anterior configura una situación difícil para los politólogos, ya que al mismo tiempo que se enfrentan a la tarea de analizar y explicar los fenómenos políticos, tienen también que trabajar en la constitución de la cientificidad de su disciplina. Es por ello comprensible que no tengan suficiente tiempo para reflexionar sobre su propio papel como sujetos investigadores y las relaciones que establecen con sus objetos de estudio"[2].

No hay que olvidar que el universo de la investigación del poder, el gobierno y el Estado se manifiesta en el campo práctico, pero también en el campo teórico, se ve reflejado en experiencias racionales y experiencias sensibles con el mundo, se acude a la tradición de la filosofía política tanto como a los hallazgos de la ciencia política, a los datos producto de encuestas realizadas en observatorios como a resultados de entrevistas en profundidad de analistas o líderes del sistema político, lo que obliga a documentar estos procesos. Hablar del conocimiento político es hacer referencia al terreno científico, en donde los principios lógicos y las ideas dan paso a la acción y a la decisión. De aquí se deriva otro problema, en que muchas veces los casos de estudio seleccionados en la práctica no son los adecuados para el propósito de probar una teoría; no calza la teoría con la práctica. A este problema también nos enfrentamos en el aula de clases cuando la metodología de enseñanza está basada en la casuística.

De hecho, estudiar la realidad política en el difícil escenario colombiano de la investigación traduce una cierta rebeldía, una especie de inconformidad frente al conocimiento cotidiano y presupone incluso asumir riesgos importantes en términos de

[2] VALDES VEGA, M. E. "La relación sujeto-objeto en la investigación empírica sobre política", *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, 1, 2006, p. 44.

la seguridad personal, lo mismo que ocurre en cualquier sistema político que se enfrenta consuetudinariamente a altos niveles de violencia, como ocurre en Colombia. Pero el investigador liga esa rebeldía y esos conocimientos a asuntos culturales, personales, familiares, sociales, académicos, asuntos ligados profundamente al proceso de conocimiento. La Universidad, las Facultades y Departamentos de Investigación, los directivos, los maestros y estudiantes de ciencia política y de las relaciones políticas internacionales son los líderes de ese proceso. También las instituciones políticas del país tienen que adquirir compromisos con esos escenarios académicos y sociales. Esto quiere decir que los contenidos, los programas, las metodologías y la forma de interacción entre los estudiantes, maestros y la sociedad política debe resultar del diálogo de todos estos actores, bajo el conocimiento de todas las variables mencionadas que pueden intervenir en esta realidad. Y es aquí donde encontramos otro problema práctico en las investigaciones en ciencia política, pues las instituciones, objeto central de estudio politológico, invierten muy poco capital o destinan mal sus recursos a la investigación de ellas, lo que genera necesariamente una miope o cuanto menos parcial visión y lectura científica sobre la realidad política colombiana. Comparando la inversión en Colombia con las cifras del mundo desarrollado, notamos los desafíos que todavía tenemos que afrontar, lo que según "La Misión de sabios" compromete y condena el desarrollo económico de la nación: "…un país no puede depender de otros países en conocimiento básico para tener un desarrollo económico acelerado o para disputar posiciones relevantes en la economía global. La razón es que la creación de riqueza está vinculada al desarrollo científico. Así que Colombia debe multiplicar su inversión en Investigación y Desarrollo (I+D)…" [3].

Estos argumentos se sustentan en que, partiendo de un ligero y superficial análisis de la historia de la investigación política en Colombia, se puede notar que el conocimiento va de la mano de intereses sociales que permiten su control. Se organiza, se estructura y se jerarquiza el conocimiento a la luz de ese control y esos intereses. Las ideas provienen de diferentes instancias sociales, pues el conocimiento implica realizaciones humanas, posibilidades, progreso, ascenso, valores, recuerdos y verdades[4].

Las instituciones políticas en Colombia y en general los diferentes sectores de la sociedad, están a la expectativa de proyectos de investigación. Para dar respuesta a estos intereses, los investigadores tienen que fortalecer su mentalidad, hacerla autónoma, pensar por ellos mismos, aventurarse a la pregunta y a la respuesta, experimentar, pensar de manera crítica, confrontar, aprender a escuchar, darles sentido a sus actividades. El pensamiento autónomo es contrario al conformismo, está más allá del premio y del castigo, el investigador colombiano que aborde temas políticos tendrá que obrar bajo el principio de autonomía elaborado por Kant para poder intimar con su objeto de conocimiento y construir conocimiento desde el pasado, presente y que se proyecte al futuro, depurando las percepciones y prejuicios sobre los hechos políticos, que, bajo las grandes confrontaciones políticas y en el escenario del conflicto histórico nacional, no son pocos. En realidad, quien logra definirse como politólogo y analista de las relaciones internacionales será protagonista de la historia, la sociedad y la cultura, mucho más en este escenario que necesita ser descifrado.

---

[3] BENAVIDES, A. "Sin investigación, Colombia se condena", *Revista Forbes*, 2019, p.1.

[4] HORKHEIMER, M. *Teoría tradicional y teoría crítica*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1974. (Aquí se toma partido por la teoría que Horkheimer (1895-1973) llamara "teoría crítica", la cual defiende la postura epistemológica de que el estudio de la realidad, tanto como el sujeto y el objeto de conocimiento, se encuentran predeterminados socialmente).

A pesar de estas dimensiones existenciales, que parecieran favorecer el espíritu creador y estimular el trabajo decidido y dedicado, las cifras sobre profesión y docencia ligadas a la investigación política, tanto como la ausencia de investigadores e investigaciones de alto nivel y de alto impacto en Colombia y en América Latina son, por lo menos, dramáticas, seguramente por causa de las exigencias de la vida cotidiana que deja poco espacio para la reflexión y la sabiduría. Los problemas que se derivan para la sociedad son innumerables y todos tienen que ver con la falta de desarrollo.

1. Los niveles de comprensión de la vida pública

Uno de los papeles fundamentales de la investigación política en Colombia es tener en consideración los supuestos más generales que resultan como producto de los estudios, presentes en los discursos de los actores políticos, y si de encontrar la verdad se trata, ¿cuál verdad?, ¿múltiples verdades?, ¿la verdad reside en la teoría o la encontramos en los trabajos de campo?, ¿la verdad la poseen los académicos, los políticos, los líderes entrevistados, el experto, quien lo vivió? El politólogo tiene la función social de auscultar en los supuestos de los que parten como verdades las opiniones y representaciones mentales de las comunidades políticas investigadas, cuestionando y confrontando la verdad de los postulados teóricos, es decir, desenmarañando las continuidades y discontinuidades de los contenidos de la teoría política con los contenidos empíricos del objeto al que este conocimiento se refiere, especialmente respecto a las relaciones de poder, como lo advierte Michel Foucault: "[...] relaciones de poder múltiples atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social; y estas relaciones de poder no pueden disociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento del discurso. No hay ejercicio de poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcionen en, y a partir de esta pareja. Estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad"[5].

De esta manera se evidencian de nuevo las preguntas clásicas presentes en la filosofía política, especialmente señaladas en los últimos años: ¿qué es la verdad política?, ¿cómo y quién determina lo que es verdadero y lo que no lo es?, ¿existe una verdad absoluta?, ¿la verdad se construye, se comprueba, se define, se descubre?, ¿cómo se relaciona lo verdadero (contenido lógico) con lo real (contenido ontológico)?, ¿cuál es la relación entre verdad e historia, verdad y poder, verdad y política, arte y verdad, ciencia y verdad?. Gamboa se pregunta, siguiendo a Habermas en *Conocimiento e interés* (1982) y Giddens en *Las nuevas reglas del método sociológico* (1997), "¿Cuál es el efecto de dicho conocimiento?, ¿La ciencia política hace alguna diferencia para cambiar el mundo en que vivimos, o es suficiente con la contemplación teórico-metodológica que promete llegar a la esencia de las cosas y a una objetividad siempre esquiva?"[6].

Es posible que estas preguntas ni siquiera tengan hoy sentido en el campo de la politología y prefiramos dejarlas más bien como estrategias de los medios de comunicación, que al referirse a los asuntos públicos utilizan con demasiada ligereza el concepto de objetividad, pues sorprende que, si bien el concepto de verdad ha perdido peso en el mundo de la ciencia y de la filosofía, los medios se presenten ante la opinión

[5] FOUCAULT, M. *La microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992, p. 148.
[6] GAMBOA ROCABADO, F. "Metodología para el análisis político: un enfoque flexible a partir de problemas, mecanismos e inferencias causales", *Ciências Sociais Unisinos*, 46, 2010, p. 122.

pública como veraces e imparciales al presentar la realidad política. ¡La verdad sobre lo que sucedió en el debate en el Congreso!, ¡la verdad sobre el día de las elecciones!, ¡la verdad de las negociaciones de la Habana!, ¡la verdad sobre la guerra del golfo! ¡CNN comprometida con la verdad! ¡CNN primero la verdad¡, ¡la verdad sobre los hechos!, y cosas por el estilo vociferan los medios de comunicación con demasiada frecuencia y sin reparos.

También recordemos la gran utopía de la búsqueda de la verdad y la Comisión de la verdad luego de la firma de los acuerdos de paz en Colombia. Lo cierto es que también nos preocupa a los investigadores de la ciencia política o politólogos, y ha sido motivo de gran controversia e investigación, el tema de la mentira y la desinformación a través de las redes sociales, incluso utilizado como estrategia de campaña, tal como ocurrió con el sonado caso de Donald Trump en los Estados Unidos, manipulación de la verdad que hasta trascendió jurídicamente al interior del Congreso. Al final triunfó la mentira y el candidato Trump superó en la contienda electoral a su opositora demócrata Hillary Clinton en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2016. La desinformación continuó incluso luego de la posesión como presidente en temas tan sensibles como el aborto, el covid-19, la homosexualidad, derechos de la población LGBTI y de la planificación familiar, llegando a trascender a campañas de extrema derecha en América Latina. En Colombia, en donde las acciones y decisiones del mundo desarrollado se convierten en modelo digno de imitar, las campañas políticas de izquierda y de derecha están basadas en la ausencia de verdad, pues también las redes sociales han sido utilizadas para que, a base de desinformación sobre el adversario, uno de los dos triunfe, y como está ocurriendo también en Europa, la polarización social es el resultado.

Volviendo a los medios de comunicación, en Colombia habitualmente los líderes de opinión, revestidos con toda la información, se convierten en asesores de los presidentes y orientan a ministros, legisladores y funcionarios sobre las mejores decisiones, sobre lo que es conveniente o sobre lo que está bien o mal hecho en la vida pública.

Es la invitación a establecer una crítica a los principios y conceptos fundamentales que se han establecido en los medios de comunicación, pero fundamentalmente en la politología que alimenta su discurso con base en la información que ellos presentan. La investigación política, como interpretación científica, observa y describe aquello que llamamos comportamiento político, presupuestos presentes en las acciones mismas de la sociología política.

Desde un punto de vista epistemológico, la actitud gnoseológica de los politólogos obliga a una postura crítica, problemática y polémica, en lo relativo a los tres componentes del conocimiento: el sujeto, el objeto y el método. En los estudios políticos se reflexiona en el orden antropológico para preguntarnos ¿cuáles son los atributos que posee un sujeto que llamemos politólogo?, ¿cuáles son los diferentes enfoques de la ciencia política?; una pregunta de orden ontológico, que nos lleva a cuestionarnos sobre ¿qué es la realidad política?, ¿cómo está constituida?, ¿cuál es el particular hecho social que se estudia en el campo de las ciencias de la sociedad?, ¿cómo se delimita la realidad que se quiere estudiar?; y una pregunta de orden metodológico sobre ¿cuáles son los pasos o los caminos que nos garantizan la obtención del conocimiento de esa realidad, una vez identificada?, ¿cómo realizar un adecuado diseño metodológico que implique el uso y equilibrio de la teoría y el empleo de técnicas de investigación?

La investigación se puede afrontar desde diferentes miradas, lo que también invita a diferentes tipos de lecturas, de análisis y de interpretaciones. Se puede focalizar el estudio orientándolo hacia los elementos que lo componen, su definición

tradicional, los problemas implícitos, sus características. También es posible afrontarlo como una experiencia de vida, bajo diferentes estados racionales y espirituales que el sujeto político logra en sus experiencias con la sociedad y la cultura.

Las características propias de los fenómenos políticos, aunque le interesan al hombre de la calle y al politólogo, les compete de manera diversa, como queda bien expresado en la diferencia que acabamos de citar, pues el conocimiento de la política es una experiencia interior que adquiere un lenguaje y un sentido bien distinto para cada hombre, para cada sociedad y cultura. Para el hombre que cuenta con algunos grados de conocimiento, normalmente ligeros y superficiales, el mundo político existe simplemente como algo real. Mientras que el investigador de la política se plantea preguntas sobre las características últimas de ese mundo.

Los diferentes tipos de conocimiento delimitan a su tiempo diversos niveles de legitimación sobre el conocimiento del mundo. El conocimiento que adquiere el verdadero investigador del mundo político, a diferencia del sentido común, hace claridad sobre métodos y enfoques epistemológicos, pues si bien es cierto que todos vivimos en el mundo, como parte de ese mundo político, la capacidad de interpretarlo y descifrar sus enigmas más profundos es una virtud de pocos. Ya se trate del conocimiento por el sentido común que le permite a un ciudadano acercarse a un puesto de votación en período de elecciones o a una alcaldía de un municipio, por ejemplo, o del conocimiento científico de quien se reconoce como investigador tras la elaboración estadística sobre tendencias de votación, son estos los que constituyen a lo largo de la historia los modos de explicar el comportamiento y el orden de las cosas.

Existen diversos niveles y formas de conocimiento de la política, que van desde lo incipiente, rudimentario, hasta el conocimiento teórico explícito y el conocimiento de los universos simbólicos[7]. El conocimiento incipiente de la vida pública se da en la transmisión de un sistema de acuerdos lingüísticos. Siendo un conocimiento pre-teórico, constituye la base sobre la que se apoyan otros niveles de conocimiento. Se da en explicaciones sencillas sobre por qué ocurren las cosas en el mundo de la política: "Aunque hace presencia en diversas esferas de la realidad, el conocimiento del sentido común en política es más evidente, porque está asociado a muchas situaciones cotidianas frente a las cuales gran parte de las personas se expresan (asuntos como las decisiones de las autoridades, las medidas que los afectan de forma directa, las discusiones entre líderes, los problemas de coyuntura o los fenómenos como la corrupción)"[8].

Transmite normas de comportamiento político básico de una sociedad y se comparten en una primera etapa de socialización con el escenario público. Es adquirido por el hombre en forma casi instintiva, pues con él desarrolla destrezas para su supervivencia ante las demandas normativas y comportamentales que le plantea la realidad política. La tesis es que "Cuando se considera el conocimiento del sentido común como residuo, se asume que, a diferencia del conocimiento académico sobre la política, propio de la filosofía y la ciencia política, este no es teórico, ni sistemático, ni suele apoyarse en evidencias; por el contrario, es intuitivo, espontáneo y contradictorio. En lo cotidiano, muchas personas expresan opiniones referidas a eventos, problemas, personajes, gobiernos, líderes y organizaciones, y en diversas y múltiples interacciones surgen, se comparten y se discuten con mayor o menor intensidad y apasionamiento. En las conversaciones corrientes, las palabras se usan de

[7] BONILLA, E. y RODRÍGUEZ, P. *La investigación en ciencias sociales: más allá del dilema de los métodos*, Ediciones Universidad de los Andes, Bogotá, 1995, p. 24.

[8] DUQUE, J. "El conocimiento de la política: saberes académicos, sentido común y acción política", *Analecta Política*, 9, 2019, p. 28.

forma espontánea, no hay preocupación por su significado y lo que se expresa se hace de forma vaga e imprecisa; impera más la vehemencia y la intención de convencer no tanto por la fuerza de los argumentos, sino por la fuerza de la persistencia, la habilidad, cierto acatamiento en virtud de posiciones o autoridades en ámbitos determinados o submundos de lo cotidiano"[9].

Esta cita de Duque permite abordar la investigación sobre conocimientos, actitudes y prácticas políticas de las poblaciones, así: conocimientos/saberes, se contrastan las respuestas con un saber reconocido (sabe/no sabe); actitudes/valores, se clasifican en una escala (completamente de acuerdo/ completamente en desacuerdo/ me gusta mucho/ no me gusta nada); prácticas/comportamientos, lo que hacen las personas (frecuencia, manera o forma de hacerlo). Curiosamente, la experiencia muestra que no siempre hay concordancia entre lo que se conoce, lo que se valora o la forma de actuar.

En el conocimiento rudimentario ya existen proposiciones teóricas, haciendo referencia a esquemas explicativos muy pragmáticos en relación con acciones concretas. Fundamental para el conocimiento del sentido común, para ser utilizado entre los actores del sistema político, lo que permite la comunicación y las normas de comportamiento cotidiano en su fase más primaria, "juicios mínimos" los llama José Nun, pues son juicios que cualquier persona de la calle, por así decir, puede expresar sin mucha elaboración racional[10]. El contenido de una norma moral presente en las actividades cotidianas de la vida pública, las historias populares sobre los efectos de una elección de un determinado candidato a cargos públicos, por ejemplo, forman parte de este tipo de conocimiento. En las actividades cotidianas y prácticas que se establecen en los rituales del mundo político, tras haber comprendido su hacerse con la sociedad, el hombre transforma su cultura política. Estas situaciones de cambio se generan con base en la función social que cumplen los rituales políticos, por eso se perfeccionan y se amoldan a nuevas realidades institucionales. En estas transformaciones juegan un papel vital la imaginación, la fantasía creadora y la intuición. Duque asegura que: "Todas las personas se desenvuelven en su vida cotidiana en diversos pequeños mundos en los que viven experiencias, interactúan con los demás, trabajan, socializan y comparten concepciones sobre su entorno, la vida y la convivencia. Asimismo, tienen frecuentes aprendizajes en un mundo cada vez más complejo, con mayor velocidad en los cambios y las innovaciones, y con múltiples eventos y fuentes de información y desinformación. La vida cotidiana es fuente de conocimientos que se manifiestan en creencias, idealizaciones, simbologías y apreciaciones personales. Las opiniones y discusiones cotidianas sobre política suelen ser más frecuentes que en otros tópicos de la vida cotidiana y suele pensarse que todo el mundo tiene una opinión, aun sobre temas y problemas sobre los cuales está muy poco informado"[11].

El conocimiento teórico explícito cuenta con un tipo de saberes diferenciados y sistematizados sobre la política, lo que permite legitimar las instituciones de una comunidad o de un Estado. Cuenta con el apoyo de cuerpos teóricos y de especialistas para el descubrimiento de la realidad política. Este conocimiento trasciende lo puramente pragmático, proponiéndose la creación de teoría y tratados sobre un entorno. Es un conocimiento que descubre las leyes y principios del mundo político y de la cultura política. Los datos que ofrece el mundo son elaborados y generalizados

---

[9] Ibid., p. 24.
[10] NUN, J. *El sentido común y la política. Escritos teóricos y prácticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 14.
[11] DUQUE, J. Op. Cit., p. 23-24.

por la facultad cognitiva, por el pensamiento verbal, abstracto y lógico, que se realiza en forma de conceptos, juicios y raciocinios. Aquí el rigor epistemológico y metodológico encuentra una mayor aceptación dentro de la comunidad erudita "… aunque el conocimiento sea el producto de un proceso riguroso, cualquier enunciado o construcción de conocimiento político producto de inferencias debería ser considerado como una aproximación muy flexible, con un mayor o menor margen de duda. Resulta ineludible considerar que en disciplinas como la ciencia política se contrastan versiones sobre los mismos hechos y que son los argumentos más persuasivos por su metodología, sistematicidad, tratamiento de las fuentes y coherencia los que ganan más espacio y logran abrirse paso en la comunidad académica y entre el público"[12].

El conocimiento simbólico, siendo de un nivel superior y de la mayor exigencia científica, descubre patrones de significación, no explícitos en las experiencias cotidianas con la política, descubre la manera como se configura la realidad intersubjetiva. El conocimiento simbólico fundamenta la interacción social partiendo de determinadas acciones sociales. Gracias a este conocimiento se dan formas simbólicas, que se expresan en ideologías y dogmatismos predominantes en las comunidades políticas, determinantes para configurar el denominado sistema político, pues "En el momento en que trascendemos la esfera de hechos y acciones "simple y claramente observables" para estudiar el mundo simbólico de discursos y significados, las reglas de observación factual e inferencia causal que aprendemos del positivismo ya no sirven para mucho. Querer seguir aplicándolas a la tarea de descifrar mundos simbólicos a veces lleva a malabares y distorsiones considerables"[13].

2. Los diferentes aspectos o rasgos de la investigación política

En todos los caminos emprendidos en procura de construir un nuevo conocimiento disciplinar, ya de tipo filosófico-político o científico-político, debe haber claridad en el hecho de que el conocimiento cuenta con unos rasgos fundamentales, que en cualquier situación de este tipo se presentan y que se pueden definir en una sencilla relación, desde la cual parten todas las epistemologías: frente a frente se encuentran en mutua relación un sujeto y un objeto. El problema para los politólogos como para los científicos sociales es ser al mismo tiempo sujetos y objetos de la investigación, lo cual conduce al inevitable dilema planteado en la ciencia política desde sus orígenes entre las dimensiones cualitativas y cuantitativas, constituyéndose en uno de los mayores obstáculos y debates que hoy presenta la disciplina, desde un punto de vista epistemológico y metodológico: "Esta relación entre sujeto y objeto, entre investigador y realidad, inevitablemente nos lleva a plantearnos todos los niveles, grados y modos de relación del hombre con la realidad, los cuales muchas veces se constituyen en las aparentes barreras que separan lo cuantitativo y lo cualitativo"[14]

El investigador de la realidad política es la persona o grupo de personas que elaboran el conocimiento de la politología, pues el conocimiento es para alguien, en su conciencia. Por esta razón, es natural que antes de conocer un determinado discurso éste se pregunte al menos ¿cuál es su postura epistemológica? En este sentido, pone de frente y define su objeto, estableciendo una relación dinámica y constante, desdoblándose, por así decir, en una actitud reflexiva y sensitiva. Sale de sí mismo

[12] Ibid., p. 20.
[13] ORTIZ LEROUX y PÉREZ VEGA, Op. Cit., p. 156.
[14] CERDA GUTIÉRREZ, H. *La investigación total: la unidad metodológica en la investigación científica*, Editorial Magisterio, Bogotá, 1992, p. 50.

para abandonar su subjetividad y volver a sí reinterpretando el mundo político. Es un ser humano con voluntad, emotividad, psiquis, valores, experiencias, es un ser social, político, económico, dotado de lenguaje, hacedor de herramientas, es un ser espiritual, racional, todo lo cual lo hace complejo. Estos atributos resultan determinantes al momento de emprender el camino del conocimiento de la realidad política.

Lo anterior hace que los discursos epistemológicos de la politología se centren y hagan la discusión partiendo de diferentes escuelas de pensamiento, determinando sus particulares formas de analizar e interpretar la realidad. Las llamadas escuelas, con sus tradiciones y enfoques, concretan este primer elemento epistemológico. Por ejemplo, antes de estudiar las organizaciones e instituciones políticas, el Estado o el poder y de acuerdo con los estudios realizados por Oscar Mejía Quintana, habrá que definir si la postura es positivista como la que asumen Bacon (1561-1626), Comte (1798-1857) o Durkheim (1858-1917) o si es de la escuela hermenéutica liderada por Dilthey (1833-1911), Schütz (1899-1939) y Gadamer (1900-202), o de la denominada hermenéutica crítica de Paul Ricoeur (1913), del racionalismo crítico de Karl Popper (1902-1994), o si más bien pertenece a la corriente de los neopositivistas del Círculo de Viena como Carnap, Schlick o Neurath, que entre otras es considerada la primera gran escuela de epistemología y teoría de la ciencia, a la escuela estructuralista de Strauss (1908) o de Foucault (1926-1984), si pertenece a la teoría crítica de Habermas (1929), al estructural-funcionalismo de Parsons (1902-1979), al postestructuralismo de Lyotard (1924-1988), Deleuze (1925-1995), Guattari (1930-1992) y Lipovetsky (1944), al conductismo de David Easton (1917), el empirismo de Robert Dahl (1915), el enfoque constructivista y normativista de Rawls (1921-2002), a la tradición anglosajona, a la escuela italiana de Bobbio (1909-2004) y Pasquino (1942), a la francesa de Aron (1905-1983) y Duverger (1917) o la escuela alemana de Clauss Offe (1940) y Helmut Dubiel[15].

Los resultados de cada escuela son diferentes y la lectura sobre los hechos pueden resultar ser radicalmente opuestos. Monsiváis nos regala otro listado al decir que "En la actualidad es difícil enlistar o clasificar los temas y discusiones que tienen lugar en este campo, en el que convergen la investigación filosófica, histórica, normativa, empírica e, inclusive, el activismo y la práctica política. Entre las escuelas de pensamiento y los temas de interés para la teoría política contemporánea se encuentran: la filosofía liberal, el igualitarismo, el comunitarismo, el postestructuralismo, la teoría crítica, la teoría "verde", los estudios sobre feminismo, democracia, constitucionalismo, derechos humanos, justicia, secularismo, nacionalismo, multiculturalismo, el cuerpo, la diferencia, la identidad, el reconocimiento y la globalización, entre otros"[16].

Con la importancia que reviste la propuesta de clasificación de Mejía Quintana y Monsiváis, en las Facultades de ciencia política en Colombia y en los programas de posgrado la clasificación que ofrece el libro de David Marsh y Gerry Stoker, parece ser la que ha prevalecido como referencia obligada. En este importante texto los autores realizan en la primera parte un listado de los enfoques de ciencia política: teoría normativa, institucionalismo, el análisis conductista, la teoría de la elección racional, la perspectiva feminista, y la teoría del discurso; y en la tercera parte analizan las

---

[15] MEJÍA QUINTANA, O. *La ciencia política: historia, enfoques, proyecciones*, Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004. (Sobre la base de este argumento trabajó el Grupo de investigación *"Estatuto epistemológico de la ciencia política"*, un importante estudio de fundamentación epistemológica elaborado en la Universidad Nacional de Colombia).

[16] MONSIVÁIS C., A. "De convergencias necesarias: teoría política normativa e investigación empírica", *Intersticios Sociales*, 6, 2013, p. 11.

diferentes teorías del Estado: el pluralismo, el elitismo, el marxismo y la convergencia entre las teorías del Estado.

De acuerdo con la situación y definición epistemológica procede una representación que surge en la mente del investigador, luego de un proceso de abstracción, más o menos complejo. El investigador del mundo político sale y captura, por así decir, las propiedades del objeto que investiga. Libre de toda ideología y con la neutralidad valorativa que se requiere en el conocimiento científico y en esta relación, el investigador es determinado por el objeto, mientras que el objeto es el elemento determinante. Sin embargo, Valdes pone en duda la posibilidad de que en la ciencia política se de esa pretendida neutralidad y desapego a la ideología y al capital de experiencias que tiene el politólogo cuando afirma que "Debido a la imposibilidad de que el investigador se despoje de su ideología y a partir del supuesto –especialmente en el campo específico de la ciencia política– de que es difícil que exista la pretendida "neutralidad valorativa" que proponen los filósofos positivistas, una alternativa es considerar todos los campos problemáticos posibles contenidos dentro del tema inicial de la investigación, que incluirán por fuerza los sesgos ideológicos y el bagaje teórico del investigador, lo que significa articular los diferentes niveles de la realidad que contiene el tema con el fin de definir el objeto de estudio"[17].

Es el objeto quien posee sus atributos, estos no se pueden inventar. El investigador, luchando porque su visión de mundo no le impida dar cuenta del hecho político, se comporta en forma receptiva y espontánea frente a la imagen de su objeto de conocimiento, imagen que surge, como ya se advirtió, de las características que posee dicho objeto.

Desde una perspectiva ontológica, el objeto es trascendente al sujeto, es independiente de la conciencia que asimila la idea y que construye conceptos. A manera de síntesis, la nota de Kant, en el prefacio de la segunda edición (1787) de su *Crítica de la razón pura* resume la idea que aquí se quiere expresar: "Para conocer un objeto se exige que podamos demostrar su posibilidad (ya por el testimonio de la experiencia de su realidad, o a priori por la razón). Pero yo puedo pensar lo que quiera, con tal de que no me ponga en contradicción conmigo mismo, es decir, con tal que mi concepto sea un pensamiento posible, aunque yo no pueda asegurar si en el conjunto de todas las posibilidades hay o no un objeto que le corresponda. Para dar una realidad objetiva a semejante concepto (es decir, posibilidad real, pues la primera era solamente lógica) necesitase ya algo más. Pero este algo más no es necesario buscarlo en las fuentes teóricas del conocimiento, porque puede estar en las prácticas"[18].

Históricamente, el pensamiento político ha tenido diversos modos de aproximarse al mundo, diferentes productos y resultados, diversas formas de destacar diversos hechos, lo que ha modificado la manera de percibir las cosas por los diferentes momentos de la investigación política. En cada grupo de investigación, Facultad o Universidad, con su respectiva cultura investigativa, ha predominado un tipo de conocimiento sobre lo político, pues los intereses de la sociedad en función de los intereses de los investigadores con su impronta institucional cambian de manera permanente, llevan naturalmente a definir la perspectiva.

Y, ¿cuál es el objeto de estudio de la política?, ¿hay un objeto o son múltiples objetos de estudio? Desde nuestra perspectiva un politólogo estudia múltiples realidades: las relaciones políticas internacionales, el gobierno, las ideologías, los sistemas políticos, los partidos, los grupos de presión, las revoluciones políticas, el

[17] VALDES VEGA, Op. Cit., p. 62.
[18] KANT, I. *Crítica de la razón pura*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984, p. 92.

terrorismo, las instituciones, el imperialismo, el colonialismo, la relación entre iglesia y Estado, la relación entre poder y mercado, los nacionalismos, la democracia, los conflictos, la guerra, la geopolítica, las políticas públicas, etc., desde los cuales se pueden establecer líneas de investigación. Sin embargo, ciertamente la tradición nos ofrece dos respuestas que resultan tan interesantes como complementarias y de estas dos unidades de análisis se desprenden todos los grandes temas de investigación: El Estado y el poder.

Dentro de la corriente del poder como objeto de estudio encontramos de manera determinante la influencia de Max Weber en el pensamiento posterior, John Kenneth Galbraith (Fenomenología del poder), David Easton (estudio de la asignación autoritaria de valores), o Georges Burdeau "…para quien la Ciencia Política estudia la naturaleza, los fundamentos, el ejercicio, los objetivos y los efectos del poder en la sociedad, y el sistema de representaciones y de valores que sostienen la existencia del poder en una realidad social…"[19].

Otra corriente defiende la idea de que los estudios políticos tienen como objeto de estudio el Estado. Aquí entran autores tan importantes como Carl Schmitt, que al preguntarse ¿qué es la política?, responde de manera tajante, es el estudio sobre el Estado: "El concepto de Estado supone el de lo político. De acuerdo con el uso actual del término, el Estado es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales"[20]. También Hans Kelsen en su Teoría general del Derecho y del Estado o Maurice Duverger en su Introducción a la política, se encuentran en esta perspectiva, concepción bastante importante y que relaciona el Estado con el gobierno y las instituciones. Tampoco esta visión está exenta de ataques: "Muchas críticas ha recibido la concepción de la Ciencia Política como ciencia del Estado. La carencia de una definición ampliamente aceptada de su concepto fundamental, el carácter limitado de esta forma de organización del poder político, la concentración de las investigaciones políticas en un solo campo (el de las instituciones) con el consecuente empobrecimiento de la disciplina, todas ellas dignas de considerarse. Sin embargo, sería injusto negar que los estudios sobre las instituciones políticas tienen todavía mucho que aportar"[21].

3. Particularidades del conocimiento político

Otro de los problemas que se presentan de manera frecuente con la investigación de los politólogos colombianos, es que, en la presentación de los resultados, no queda claro el *estatus* epistemológico y los investigadores pueden tener serias dudas sobre el nivel de cientificidad de sus hallazgos, todo por cuenta de los frecuentes cuestionamiento de los asistentes a eventos científicos o los discursos de apertura de los encuentros académicos, siempre atentos a la crítica sobre los enfoques escogidos, los métodos seleccionados y los objetos de investigación perseguidos. Con el propósito de superar estos cuestionamientos, los equipos de investigación pueden realizar una evaluación *a priori*, siguiendo los criterios expresados en los rasgos que a continuación se señalan.

En primer lugar, la investigación política debe procurar desarrollar conocimientos firmes y sólidos sobre los fenómenos de la realidad política (el Estado, las acciones públicas, la estructuración de lo público, el poder, el gobierno, las

---

[19] BURDEAU, G. *Tratado de Ciencia Política*, en: MUÑOZ PATRACA, V. M. "La disciplina de la ciencia política", *Estudios Políticos*, 17, 2009, p. 106.
[20] SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político* (5a edición), Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 49.
[21] MUÑOZ PATRACA, Ibid., p. 106.

instituciones y su normatividad, tal como quedó expresado en las primeras líneas de este ensayo), de tal modo que puedan ser replicados en otros estudios sin sufrir su soporte conceptual. La ciencia política es un tipo de conocimiento que puede verificarse con los hechos por lo que sus postulados y leyes pueden confrontarse con la realidad.

El conocimiento político se origina en necesidades, ideas, expectativas, valores, intereses y tradiciones de la sociedad, especialmente en la promoción de la libertad y la igualdad en la cultura política[22]; es esa misma sociedad la que reclama el desarrollo de ese conocimiento. La actividad científica en este escenario de la politología no surge de manera espontánea, es producto del devenir histórico que se ha dado en sus regiones, tanto de ciertos hombres como de ciertas instituciones que la desarrollan, como, por ejemplo, los valores que se encuentran como soporte de una afiliación a un partido político o a un grupo de presión. El partido o el grupo representan aquello en lo que el sujeto político cree y por ello adopta sus banderas. Los estudios elaborados por Schwartz y Barnea, que nos recuerdan los hallazgos de la Teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, nos demuestran la importancia para un politólogo de explicar comportamientos políticos a la luz de los valores que los fundamentan: "Volvamos ahora a la teoría de valores que empleamos para examinar los valores que subyacen a la conducta política. Esta teoría define los valores como metas deseables, transituacionales, variables en importancia, que sirven de principios rectores en la vida de la gente […] El aspecto crucial del contenido que distingue entre los valores es el tipo de meta motivacional que expresan. Derivamos racionalmente una tipología de los diferentes contenidos de los valores basada en qué valores representan, en forma de metas conscientes, a las tres exigencias universales de la existencia humana: necesidades biológicas, requisitos de interacción social coordinada, y exigencias de supervivencia y funcionamiento del grupo. Los grupos e individuos representan cognitivamente estas necesidades como valores específicos que se comunican con el fin de explicar, coordinar y racionalizar sus conductas"[23].

Este conocimiento pretende superar el lenguaje ordinario, precisando conceptos y categorías sobre las realidades políticas. La ciencia política desarrolla sus propias categorías analíticas que deben contar con su respectivo referente empírico, en especial con relación al poder. En este sentido, asegura Orozco, inspirada en Michel Foucault, que "… en toda relación de poder se producen nociones normativas que determinan a las instituciones, las cuales a su vez establecen los discursos que serán considerados verdaderos, que al mismo tiempo permiten y sustentan las relaciones de poder"[24].

El conocimiento de la investigación política se refiere siempre al objeto, busca la objetividad, en tanto concuerdan las ideas con la realidad, más allá de deseos o intenciones predeterminadas. Supera prejuicios, intereses y malos hábitos mentales. Este tipo de conocimiento, combinado con la subjetividad a la que antes aludimos, debe tener relevancia empírica demostrable en el mundo real, debe ser garantía de que lo que se afirma sucede en la realidad, objetividad que se logra si la razón o el pensamiento es la herramienta fundamental de estas investigaciones. La lógica científica trabaja con conceptos, juicios y raciocinios. Es por esto por lo que el conocimiento de la realidad política es sistemático, ordenado en sistemas de ideas

---

[22] ROKEACH, M. "The nature of human values", *British Journal of Social and Clinical Psychology*, 18, 1979, p. 169-172.

[23] SCHWARTZ, S. H. y BARNEA M. "Los valores en las orientaciones políticas. Aplicaciones a España, Venezuela y Méjico", *Psicología Política*, 11, 1995, p. 17.

[24] OROZCO DÍAZ, N. L. "Ciencia política: entre la reflexión filosófica y la ciencia empírica", *Claves del pensamiento*, 11, 2012, p. 3.

organizadas de manera racional, por ello incluye los fragmentos de la realidad en la totalidad, llegando a formarse postulados y tratados generales del conocimiento. En las ciencias de la naturaleza, cuando se habla de leyes, no se habla de absolutos sino de aproximaciones que pueden enriquecerse y precisarse más, sobre las realidades que estudian. En las ciencias de la sociedad, y con ellas la ciencia política, es más apropiado hablar de tendencias, que pueden intensificarse o reversarse, por eso es tan equívoco hablar, por ejemplo, de "leyes de la oferta y la demanda" en economía.

A partir de los datos particulares que se obtienen de carácter empírico, los politólogos en estos asuntos tendrán la obligación epistemológica de obtener logros de mayor alcance con respecto a los resultados de las diferentes comunidades de investigación, con el propósito de aportar nuevo conocimiento, descubriendo lo general desde lo particular. Este presupuesto bajo la advertencia de que los hallazgos son de cualquier modo provisionalmente ciertos, pues es un conocimiento falible que reconoce la posibilidad de equivocarse, de cometer errores ya que ningún conocimiento es absoluto o definitivo. Reconociendo los límites, la provisionalidad y la refutabilidad del conocimiento politológico, reconocemos también su evolución y progreso, cada nuevo hallazgo se pueden superar, corregir y desechar falsedades por medio de contrastaciones teóricas y empíricas: "La diferencia entre ambas formas de conocimiento [la teoría y la ciencia política] no está en el objeto, pues en ambas se trata de la política –cuya definición no deja de ser controversial–; si hay algún criterio de demarcación entre estos dos grandes campos de conocimiento es el carácter empírico, falseable y provisional de los postulados de la ciencia de la política. Las fuentes de información pueden ser múltiples, al igual que los métodos de análisis; sin embargo, lo que le da el carácter científico a cualquier estudio empírico es el método: el procedimiento del que depende la validez de las conclusiones obtenidas a partir de las observaciones disponibles. En las ciencias sociales, de acuerdo con King, Keohane y Verba, la investigación científica es la que tiene como objetivo realizar inferencias descriptivas y causales a partir de procedimientos públicos, y que arroja resultados que siempre pueden ser revisables o refutables"[25].

Las cosas tendrán que cambiar en esta tradición y los politólogos colombianos se tendrán que distinguir porque utilizan procedimientos claros y deliberados que demuestren cómo se obtuvieron resultados, permitiendo confrontar esos resultados con los de otros métodos, para que puedan ser utilizados por otros investigadores, sin olvidar la gran influencia que debería tener la lógica formal como modelo epistemológico y metodológico, como nos lo recordó hace ya algún tiempo Giovanni Sartori en un breve pero importante artículo *¿Hacia dónde va la ciencia política?*, pero con la necesidad reclamada de entender la diferencia entre las ciencias duras y blandas: "En conjunto, me parece que la ciencia política dominante ha adoptado un modelo inapropiado de ciencia (extraído de las ciencias duras, exactas) y ha fracasado en establecer su propia identidad (como ciencia blanda) por no determinar su metodología propia. Por cierto, mis estantes están inundados de libros cuyos títulos son "Metodología de las ciencias sociales", pero esas obras simplemente tratan sobre técnicas de investigación y procesamiento estadístico. No tiene casi nada que ver con el "método de logos", con el método de pensamiento. Por lo que tenemos una ciencia deprimente que carece de método lógico y, de hecho, ignora la lógica pura y simple"[26].

---

[25] MONSIVÁIS, Op. Cit., p. 3-4.

[26] SARTORI, G. "¿Hacia dónde va la ciencia política?", *Revista Española de Ciencia Política*, 12, 2005, p. 11.

4. El procedimiento metodológico para el análisis politológico

Antes de comenzar a investigar una realidad social, es necesario conocer y planear estratégicamente el proceso de investigación que se va a seguir, un mapa sobre cómo va a conocerse el objeto de estudio, de tal suerte que se encuentre fundamentado en el conocimiento y el método científico. Una cosa es hablar de "el método científico" en la perspectiva histórica del positivismo y del cartesianismo y otra es hablar de "los métodos científicos" con otras perspectivas. Lo que se rescata es la rigurosidad con la cual se producen y recolectan los datos, se organizan los cuerpos de información, se realiza el análisis a la luz de una perspectiva teórico-conceptual. Por ello Valdes advierte sobre las diferentes fases implicadas metodológicamente en toda propuesta de investigación politológica, sumadas a criterios científicos de investigación: "De este modo, podemos distinguir un elemento imprescindible del análisis político: tiene que estar fundado en el conocimiento científico y no en creencias, intuiciones, presentimientos ni ninguna otra cosa de ese tipo. Ahora bien, el conocimiento necesario para el estudio académico y riguroso de la política es el producto de un proceso de trabajo conocido como investigación científica. Sin este proceso, no puede hablarse de un análisis político válido desde el punto de vista científico.

De manera muy esquemática puede señalarse que el proceso de la investigación, esto es, el conjunto de sus procedimientos metodológicos abarca tres fases principales: I) construcción del objeto de estudio o fase epistemológica; II) elaboración del proyecto de investigación o fase teórico-lógica, y III) recolección de datos o fase técnica"[27].

Esta propuesta metodológica, como cualquier otra, pero especialmente la que aquí presentamos, es simplemente un esquema que le da orientación y ordenamiento al proceso mismo, lo que no quiere decir que es estático; por el contrario, puede modificarse en relación con las características propias de la población que se estudia o la intensión comunicativa que tenga el estudio y combinarse con otras experiencias de este tipo.

Definido el esquema del proceso de investigación, conviene señalar ciertas premisas en relación con la puesta en práctica. Lo primero que tenemos que entender es que la construcción de conocimiento, de una teoría y la confrontación empírica muchas veces indispensable, son un proceso de creación espiritual. Así debe entenderse y no como una cuestión meramente técnica o mecánica de escritura o de relacionamiento con actores políticos y sociales mediante la aplicación de instrumentos de investigación. Por ello, como si se tratara de la elaboración de una obra de arte que cada día admite nuevas pinceladas, todas las etapas del proceso de investigación admiten revisiones permanentes, con el propósito de depurar y ajustar los diferentes escritos a las exigencias de los potenciales lectores, pensando siempre en que ellos deben disfrutar sus ensayos o sus libros.

En relación con el tipo de investigación que se esté realizando, unos momentos del proceso podrán tener más significado o mayor trascendencia que otros, lo que tendrá mucho que ver con los intereses del investigador de darle más relevancia a lo teórico o a lo práctico. Hay evidentemente grupos de investigación en filosofía política, para los que los momentos de revisión documental y bibliográfica marcan la pauta; otros equipos de investigación que, por el contrario, queriendo por ejemplo realizar estudios de sociología política, el momento de realización de entrevistas o encuestas constituyen un momento muy especial. Por esto mismo, el investigador siempre debe

[27] VALDES VEGA, Op. Cit., p. 58.

sospechar del modelo y de su rigurosidad implícita y adaptarlo a las características particulares de la investigación, en donde prevalecerá lo teórico o donde prevalecerá el trabajo de campo.

Los politólogos no pueden olvidar que el método, cualquiera que sea, no es el único, existen muchos para hacer investigación, lo que invita a descubrir otros y adaptar este proceso a las exigencias de otros esquemas, como, por ejemplo, a los requerimientos del M9nisterio de ciencias y tecnologías, que es la primera autoridad institucional en investigación en Colombia, o de cualquier otra institución dedicada a la investigación. En este seguimiento de una propuesta metodológica, los directores de proyectos tienen diferentes estilos o formas de orientar a sus estudiantes, tal como ocurre, por analogía, con los directores de equipos de fútbol, unos privilegian la defensa, otros privilegian el ataque. Unos politólogos prefieren comenzar con el trabajo de campo, otros prefieren comenzar definiendo la bibliografía, por ejemplo.

Comience por donde comience la investigación y en el lugar y la hora en que se ocurra un tema o una problemática, cada uno de los momentos planteados en la metodología se relacionan de manera directa o indirecta, por ello toda la metodología debe integrarse y construirse a la luz de otros momentos del proceso. Pero por sobre todas las cosas, se recomienda escribir permanentemente, convertirlo en un ritual diario que alcance los propósitos de una investigación terminada, si bien sabemos que se entrega la investigación, pero tratándose de la política, nunca puede darse por terminada.

De cualquier manera, el método científico se ha pensado en la modernidad, de manera general, como unos pasos, una vía o un camino ordenado, sistemático que recorre diferentes momentos. Aquí proponemos, luego de revisar el debate sobre las conveniencias de obrar deductiva o inductivamente, de reflexionar sobre los mecanismos de observación, experimentación, creación de postulados, etc., cinco momentos específicos: elección de un tema, planteamiento del problema, construcción del marco teórico, trabajo de campo y el momento de análisis y síntesis.

El seguimiento de este procedimiento metodológico propuesto como herramienta de trabajo para el politólogo en su análisis se encuentra vinculado con el dilema que plantea lo cuantitativo versus lo cualitativo, un debate presente desde el origen de la disciplina y que nos regresa a la pregunta clásica recordada por Baquero y Barrero: ¿Cuál es la especificidad de la Ciencia Política en términos metodológicos?[28]. Para responder a esta pregunta y en función de promover la pluralidad metodológica, desde nuestra perspectiva y siguiendo las recomendaciones de autores como Durkheim, Jean Meynaud, Duverger, Sartori o Angelo Panebianco, consideramos de la mayor importancia combinar los estudios políticos con el método comparado, que ha sido utilizado para reemplazar la experimentación, establecer similitudes y diferencias conceptuales, explicar la evolución y gobernabilidad de las democracias, explicar diferencias entre partidos o regímenes de gobierno, el funcionamiento de rendición de cuentas, etc., pues "Es innegable que para la Ciencia Política actual el método comparativo es una herramienta de enorme utilidad, no sólo porque constituye el principal instrumento disponible de control de las hipótesis, sino porque la globalización pone en relieve la importancia de comparar los procesos que, de manera simultánea, se producen en diferentes países de las diversas regiones del mundo"[29].

---

[28] BAQUERO, S. Á. y BARRERO ESCOBAR, F. A. "La ciencia política y sus métodos: Una comparación de los programas de ciencias sociales en Colombia", *Co-herencia*, 19, 2013, p. 210.
[29] MUÑOZ PATRACA, Op. Cit., p. 103.

5. Disyuntiva politológica alrededor de los métodos

La disyuntiva que se ha evidenciado desde el nacimiento de la ciencia política entre los métodos puede tentativamente resolverse: existen ciertos fenómenos de la realidad que pueden cuantificarse y otros que mejor deben cualificarse, en ocasiones es más conveniente operar en forma deductiva y otras que requieren operar en forma inductiva. En una palabra, se puede plantear este antagonismo y esta confrontación cuando se advierte que los métodos cuantitativos defienden, por definición, el hecho de que sólo aquello que puede ser expresado cuantitativamente merece el nombre de conocimiento científico. Mientras que los métodos cualitativos aseguran que los números y los porcentajes estadísticos son algo negativo o incompatible con la naturaleza misma del objeto de estudio de las ciencias sociales.

Veamos a continuación, siguiendo a Bryman[30], los aspectos más importantes de los métodos cuantitativos y los métodos cualitativos.

5.1. Pretensiones de la propuesta cuantitativa

El método científico utilizado tradicionalmente en las ciencias políticas ha sido el hipotético-deductivo, también llamado modelo cuantitativo: se comprueban hipótesis partiendo de cuerpos conceptuales, para posteriormente llegar a una realidad concreta, que se aborda mediante un trabajo de campo. El método surge con el propósito de fundamentar, justificar y respaldar hipótesis. El método hipotético-deductivo aplica el método, según sus defensores, en forma rigurosa, para ensamblar una realidad que se estudia, dentro de un cuerpo conceptual.

Defiende también la objetividad, en tanto se siga en forma sistemática el método. Sin embargo, muchas veces el énfasis en reglas, técnicas estadísticas y sistemas informáticos hace perder la capacidad reflexiva y crítica de los investigadores, en relación con dimensiones históricas y contradicciones de intereses de los diversos grupos sociales. La explicación de hallazgos y descripciones se da más a favor del método que de la objetividad de referentes empíricos. Jamás debe olvidar el investigador que abordar la realidad significa ceñirse a parámetros históricos y culturales; por lo tanto, su formación integral puede ser mejor garantía de abordaje que el seguimiento riguroso de patrones metodológicos. Mejor articular la concepción de mundo del investigador con el método utilizado.

La investigación cuantitativa es un método de investigación que tiene su origen y se inspira en las ciencias naturales y en corrientes epistemológicas como el positivismo. En este proceso se parte de cuerpos teóricos, como el diseño del estado del arte, el marco conceptual, los marcos de referencia y los supuestos implícitos aceptados por la comunidad científica, lo que le permite al investigador formular hipótesis sobre la base de ciertas relaciones entre variables. Posteriormente, el investigador recolecta datos bajo conceptos empíricos susceptibles de medición; se analizan estos datos, se presentan resultados y diversos grados de significación de las relaciones establecidas.

Un método hipotético-deductivo articula la teoría con el dato empírico obtenido, teniendo la teoría como punto de referencia. Las hipótesis planteadas normalmente se derivan de revisiones de investigaciones ya realizadas por otros politólogos. Las orientaciones teóricas se dan de antemano, construidas en cuerpos de variables que delimitan el camino. Operan en forma deductiva.

---

[30] BRYMAN, A. *The debate about quantitative and qualitative research*, En: Bryman, A. Social Research Methods, 3rd Edition, *Oxford University Press*, 2008, p. 36.

Desde este enfoque metodológico, el dato cualitativo significa exploración, preparación, ofrece conocimientos previos sobre diversas situaciones para permitir formular hipótesis, delimitar referentes empíricos de los conceptos y diseñar estrategias de recolección de datos; pero carece de fundamento científico, por ello es auxiliar del dato cuantitativo, según sus defensores, más riguroso y objetivo.

El investigador cuantitativo, al estudiar las relaciones de poder en el Estado o en el ambiente internacional, se compromete en forma radical con el método de investigación que propone, considerando que el método es una forma de garantía para obtener datos sobre la realidad. Este investigador prefiere no contactarse directamente con la comunidad, pues según algunos analistas, esta distancia es garantía de objetividad y de neutralidad. Por lo tanto, las entrevistas y encuestas son encargadas a otras personas diferentes a los directores de la investigación.

La conceptualización, diseño de variables e hipótesis determinan la construcción de herramientas. Aunque limita la posibilidad de explorar elementos desconocidos, esta forma de proceder puede ser determinante para rastrear propiedades empíricas de los fenómenos.

Los métodos cuantitativos pretenden resultados generales, similares a las leyes de las ciencias exactas o puras, tal como lo hacen la física o las matemáticas, pues la inspiración para su construcción se dio a partir de las denominadas ciencias duras y el positivismo. Las normas metodológicas son precisas y sus posibles resultados están claramente delimitados en la propia metodología.

Este tipo de investigadores prefieren considerar el hecho político como externo o ajeno al politólogo, semejante a la realidad natural. Además, prefieren captar datos, que, de no ser sometidos a crítica, pueden resultar superficiales, tal como sucede en diversos tipos de encuestas y censos, instrumentos preferidos por este modelo, pues según sus defensores, favorecen la generalización.

Muñoz, recordándonos a Sartori en su ensayo ¿Hacia dónde va la ciencia política?"[31], hace una crítica a la reverencia inicial que se tuvo por lo cuantitativo: "El interés por el rigor condujo a la introducción de los métodos cuantitativos, es decir, al empleo de las matemáticas y la estadística para el análisis empírico de la política, hasta un nivel que ha llegado a considerarse exagerado: "los datos se han comido a la teoría", se queja Sartori; "el cuantitativismo nos está llevando a un sendero de falsa precisión o de irrelevancia precisa"[32].

5.2. Pretensiones de la propuesta cualitativa

La investigación cualitativa se vio inspirada en corrientes epistemológicas como el funcionalismo y en ciencias como la antropología cultural. Estas investigaciones tienen por objetivo central captar el hecho político a través de los ojos de la gente que está siendo estudiada. Pretende percibir a la gente dentro de su propio contexto de relaciones de poder. Así, inducen las propiedades del problema estudiado a partir de la forma como orientan e interpretan su mundo los individuos que se desenvuelven en la realidad política que se examina. Hugo Cerda plantea una definición y le otorga un valor epistemológico significativo a la investigación cuantitativa: "Se afirma que la investigación cualitativa es eminentemente humanista, porque estudia a las personas desde un ángulo personal, que sienten y experimentan en las luchas cotidianas y se interesa por conocer lo que piensa la gente común. Analiza y profundiza la belleza, el dolor, la fe, el sufrimiento, la frustración, la alegría y el amor humano, a través del

[31] SARTORI, Op. Cit., p. 11.
[32] MUÑOZ PATRACA, Op. Cit., p. 94.

testimonio de sus actores y protagonistas. A juicio de estos sectores, se aprende más sobre la realidad social, cultural o psicológica, conociendo la vida o la historia de algunos casos particulares, que masificando las fuentes de información mediante las encuestas u otro procedimiento de tipo estadístico"[33].

Una característica fundamental de un proceso de investigación cualitativa es la conceptualización de lo social, como realidad construida, que se rige por normatividades sociales. Esta normatividad social y cultural es bien diferente a las leyes de la naturaleza.

La investigación cualitativa no parte de supuestos derivados teóricamente; el investigador es guiado por comportamientos, conocimientos, actitudes y valores de la comunidad política que estudia, esto es, pasa del dato observado a identificar los parámetros normativos de comportamiento político.

Un politólogo cualitativo debe saber articular la teoría con el dato empírico, pero en forma flexible, de tal modo que la teoría sea el punto de llegada. Los cuerpos teóricos se van construyendo y se deducen bajo observaciones reiteradas, es decir, opera en forma inductiva.

Desde esta perspectiva, los datos cualitativos son fundamentales, pues ellos se utilizan para interpretar resultados que se obtienen. Dicho de otro modo, explora para interpretar.

El investigador cualitativo considera que no puede despersonalizarse de la realidad, por lo cual se compromete de manera decidida con su objeto de estudio: el Estado y el poder. La selección de tendencias generales de comportamiento político que organizan la vida social, debe ser producto de la aceptación y el compromiso de la comunidad estudiada. Así pues, existen profundos vínculos de amistad entre el equipo de investigación y la comunidad, lo que genera unos mayores niveles de acercamiento a la realidad sociopolítica y a la cultura política y unas mejores posibilidades de determinar conocimientos sobre las condiciones de vida. La relación debe ser de iguales, lo que no significa que alguno de los dos se despoje de sus conocimientos o experiencias académicas o de la vida, dando lugar a la reflexión sobre esos acercamientos. Para el cumplimiento de este objetivo, se recomienda al politólogo fortalecer el conocimiento bajo observaciones participantes.

Para comprender la lógica y la racionalidad que opera al interior de una comunidad política, los métodos cualitativos exigen del investigador una alta formación y habilidad académica, contar con una cultura de lo universal dotada de una amplia visión sobre el mundo, que le permitan examinar, contrastar y evaluar informaciones que le llegan en forma permanente. De esta manera estará en capacidad de integrar a lo político aspectos sociales, económicos, culturales, éticos, o de otra naturaleza, variables que afectan las relaciones de poder en el Estado y en las relaciones políticas internacionales.

El procedimiento y resultados de una investigación cualitativa apuntan al diseño de ideas compartidas que le dan sentido a la cotidianidad social. Más que pretender generalizar y crear leyes, lo que se pretende es profundizar en esas ideas y en ese sentido social. El investigador pondera sus hallazgos confrontando las diferencias de procedencia de los datos: clase social, etnia, raza, género, edad, etc., y sabe que el hecho político resulta de interacciones entre individuos que negocian reiteradamente la construcción de su realidad.

Este tipo de investigaciones prefiere capturar datos esenciales a través de observaciones, entrevistas personales y entrevistas a grupos focales, sacrificando el grado de generalización que puedan tener.

---

[33] CERDA GUTIÉRREZ, Op. Cit., p. 64.

Finalmente, las lecciones aprendidas especialmente desde los años noventa del siglo pasado, época desde la que se plateó este dilema de los métodos en Colombia con Bonilla y Rodríguez, ha tenido sus resultados, especialmente en el mundo anglosajón que nos lleva al escenario donde convergen de manera necesaria pluralismos metodológicos acompañados de inusitados desarrollos tecnológicos en lo recorrido del siglo XXI, lo que ha afectado en forma positiva la explicación causal del universo político. Así, "Una de las referencias en metodología de la investigación en Ciencia Política es The Oxford Handbook of Political Methodology (Box-Steffensmeier, Brady &Collier, 2008) […] Este manual, tal y como está planteado en el primer capítulo "Political Science Methodology", describe las diferentes técnicas de investigación existentes en las ciencias sociales, con el objetivo de mostrar su utilidad para la recolección de datos, la medición, la conceptualización y un mejor entendimiento de las relaciones causales en la Ciencia Política. Asimismo, se enfoca en el pluralismo de los acercamientos a través de la descripción, el modelamiento, los estudios de caso, la estadística y la investigación cuantitativa y cualitativa"[34].

Conclusiones

La teoría y su aplicación práctica, como la confrontación de los diferentes modelos de investigación política que se presentan, constituyen algo esencial para el investigador. El politólogo seleccionará con criterio sus propios caminos metodológicos y determinará sus epistemologías más apropiadas, de acuerdo con sus diferentes objetos de estudio, partiendo de su intuición y de los requerimientos dados por la naturaleza de su problema de investigación. Un buen investigador podrá cuantificar y cualificar en forma simultánea los fenómenos de la realidad política, de modo tal que pueda apropiarse del hecho desde todos sus matices.

Esta apreciación es muy importante, pues de fondo está planteando un dilema que se ha evidenciado sobre los métodos de investigación política en Colombia y que ha sido objeto de debate en los pasillos de los centros de investigación, en las facultades de ciencia política y en los Congresos de ciencia política. La postura aquí expuesta invita a resolver la disputa, al menos tentativamente: existen ciertos fenómenos de la realidad política que pueden cuantificarse y otros que mejor deben cualificarse. En una palabra, se puede plantear este antagonismo y esta confrontación cuando se advierte en tono positivista, que el modelo cuantitativo defiende, por definición, el hecho de que sólo aquello que puede ser expresado cuantitativamente merece el nombre de conocimiento científico. Mientras que el modelo cualitativo asegura que los números y los porcentajes estadísticos son algo negativo o incompatible con la naturaleza misma del objeto de estudio de la investigación política.

En razón al paradigma dominante, especialmente defendido por la tradición norteamericana, el conocimiento científico que caracteriza la investigación política en Colombia se ha centrado en comprender la realidad de una manera objetiva, restando importancia a las dimensiones subjetivas, lo que a la postre ha significado perder explicaciones sustanciales de la realidad política. Cabe recordar que la dimensión objetiva es inherente a la institucionalización, la legalidad, la conservación de un orden histórico que se ha pensado inmodificable. La dimensión subjetiva está relacionada con la forma como el hombre conoce e interpreta la realidad política que él construye.

Por su parte, las técnicas estadísticas propias del conocimiento tradicional han causado una especie de embrujo en los investigadores, que muchas veces hasta sacrifican su capacidad analítica. El politólogo como intérprete es insustituible, por más

[34] BAQUERO, y BARRERO ESCOBAR, Op. Cit. p. 214.

complejas que sean las técnicas de medición, pues esas técnicas son medios y no fines de la investigación.

Concluimos que en realidad existen investigaciones orientadas más a lo cuantitativo y otras más a lo cualitativo que se encuentran atadas al desarrollo y evolución de lo que denominamos "las ciencias", porque no hay una sola ciencia como tampoco hay un solo método. Igualmente podemos hablar de conocimiento científico, en comparación con otras formas de conocimiento muy valiosos, como, por ejemplo, "los conocimientos ancestrales".

Bibliografía

BAQUERO, S. Á. y BARRERO ESCOBAR, F. A. "La ciencia política y sus métodos: Una comparación de los programas de ciencias sociales en Colombia", *Co-herencia*, 19, 2013. Disponible en: redalyc.org/articulo.oa?id=77429184008

BENAVIDES, A. "Sin investigación, Colombia se condena", *Revista Forbes*, 2019. Disponible en: forbes.co/2019/12/06/economia-y-finanzas/sin-investigacion-colombia-se-condena/

BONILLA, E. y RODRÍGUEZ, P. *La investigación en ciencias sociales: más allá del dilema de los métodos*, Ediciones Universidad de los Andes, Bogotá, 1995.

BRYMAN, A. *The debate about quantitative and qualitative research*, En: Bryman, A. Social Research Methods, 3rd Edition, *Oxford University Press*, 2008.

CERDA GUTIÉRREZ, H. *La investigación total: la unidad metodológica en la investigación científica*, Editorial Magisterio, Bogotá, 1992.

DUQUE, J. "El conocimiento de la política: saberes académicos, sentido común y acción política", *Analecta Política*, 9, 2019. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6988464.pdf

FOUCAULT, M. *La microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992.

GAMBOA ROCABADO, F. "Metodología para el análisis político: un enfoque flexible a partir de problemas, mecanismos e inferencias causales", *Ciências Sociais Unisinos*, 46, 2010. Disponible en: file:///C:/Users/jaime/Downloads/477-Texto%20do%20Artigo-1305-1-10-20100903%20(1).pdf

HORKHEIMER, M. *Teoría tradicional y teoría crítica*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1974.

KANT, I. *Crítica de la razón pura*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.

MEJÍA QUINTANA, O. *La ciencia política: historia, enfoques, proyecciones*, Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

MONSIVÁIS C., A. "De convergencias necesarias: teoría política normativa e investigación empírica", *Intersticios Sociales*, 6, 2013. Disponible en: redalyc.org/pdf/4217/421739499001.pdf

MUÑOZ PATRACA, V. M. "La disciplina de la ciencia política", *Estudios Políticos*, 17, 2009. Disponible en: redalyc.org/pdf/4264/426439976006.pdf

NUN, J. *El sentido común y la política. Escritos teóricos y prácticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.

OROZCO DÍAZ, N. L. "Ciencia política: entre la reflexión filosófica y la ciencia empírica", *Claves del pensamiento*, 11, 2012. Disponible en: scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2012000100004

ORTIZ LEROUX, S. y PÉREZ VEGA, M. "La Ciencia Política a examen. Trayectoria, debates e identidad. Entrevistas a Andreas Schedler, Francisco Valdés Ugalde y Víctor Alarcón Olguín", *Revista Andamios*, 11, 2009. Disponible en: redalyc.org/articulo.oa?id=62812720007

ROKEACH, M. *The nature of human values*, Free Press, New York, 1973.

ROKEACH, M. "The nature of human values", *British Journal of Social and Clinical Psychology*, 18, 1979.

SARTORI, G. "¿Hacia dónde va la ciencia política?", *Revista Española de Ciencia Política*, 12, 2005, (Traducción del inglés de Susana Moreno Parada). Disponible en: recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37395/20913

SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político* (5a edición), Alianza Editorial, Madrid, 2008.

SCHWARTZ, S. H. y BARNEA M. "Los valores en las orientaciones políticas. Aplicaciones a España, Venezuela y Méjico", *Psicología Política*, 11, 1995. Disponible en: uv.es/garzon/psicologia%20politica/N11-2.pdf

VALDES VEGA, M. E. "La relación sujeto-objeto en la investigación empírica sobre política", *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, 1, 2006. Disponible en: redalyc.org/pdf/726/72620103.pdf

Bibliografía complementaria

DÍAZ GÓMEZ, Á. "Una discreta diferenciacion entre la politica y lo politico y su incidencia sobre la educacion en cuanto a la socializacion politica", *Reflexión Política*, 9, 2003. Disponible en: redalyc.org/pdf/110/11000904.pdf

PANEBIANCO, A. "Sartori y la ciencia política", *Temas y debates*, 14, 2007. Disponible en: rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/1462/Sartori%20y%20la%20ciencia%20pol%C3%ADticaTyD14.pdf

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 315-335
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Um olhar historiográfico do sentimento de pertença familiar no oeste do estado do Paraná – Brasil

A historiographic look at the sense of family belonging in the west of Parana state - Brazil

Samuelli Cristine Fernandes Heidemann[1]
Elaine Cristina Francisco Volpato[2]
Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Sumário: Introdução. Família e projeto de vida do casal. Parentesco e família: tensão entre "natural" X "artificial". Infertilidade como empecilho para a constituição da família. A recusa da adoção. Considerações finais. Referências.

Resumo: O estudo refere-se as novas maneiras de contar e viver as famílias reconfiguradas, enfatiza o uso de tecnologias reprodutivas que procuram dar continuidade a famílias "convencionais". A pesquisa qualitativa e explicativa ocupa-se da busca de solução para seus problemas de infertilidade na ânsia de ter os próprios filhos, de gerar descendentes, de dar continuidade à família. Mas que evidencia outros significados simbólicos vinculados à procriação de seres humanos e que legitimam, em última instância, a proposição de uma série de inovações biotecnológicas. São objetivos do ensaio o emergir de preocupações, incertezas e discussões sobre o valor da vida humana, o poder trazido ao homem, o significado simbólico da filiação, o apego aos laços sanguíneos sobre os afetivos e os perigos da intensa medicalização durante o processo de tratamento como reflexo de um "abuso" ao corpo feminino. As incertezas da infertilidade, repudiada como infortúnio, com o crescente apelo à procriação como forma de felicidade e de êxito pessoal, são alguns fatores que impulsionam a ocorrência de crises, angústia e depressão àqueles impossibilitados de gerar descendentes na população analisada.

Palavras-chave: Pertencimento; Família; Interdisciplinaridade; Procriação; Direito à vida.

Abstract: The study refers to new ways of telling and living the reconfigured families, emphasizes the use of reproductive technologies that seek to give continuity to "conventional" families. The qualitative and explanatory research is concerned with the search for a solution to their infertility problems in the eagerness to have their own children, to generate offspring, to give continuity to the family. But it highlights other symbolic meanings linked to the procreation of human beings and which ultimately legitimize the proposition of a series of biotechnological innovations. The aims of the essay are the emergence of concerns, uncertainties and discussions about the value of human life, the power brought to man, the symbolic meaning of filiation, the attachment to blood ties over affective ties and the dangers of intense medicalization during the treatment process as a reflection of an "abuse" of the female body. The uncertainties of

---

[1] Advogada. Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Sociedade, Cultura e Fronteiras da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE.

[2] Advogada e Professora do Curso de Bacharelado em Direito em Marechal Candido Rondon PR Brasil, junto à UNIOESTE – Universidade do Oeste do Paraná, professora do Programa de Pós-Graduação em Sociedade Cultura e Fronteiras em Foz do Iguaçu PR Brasil; Especialista em Direito; Mestre em Direito; Doutora em Direito.

Recibido: 03/03/2021
Aceptado: 10/05/2021

infertility, repudiated as misfortune, with the growing appeal to procreation as a form of happiness and personal success, are some factors that drive the occurrence of crises, anguish and depression to those unable to generate offspring in the population analyzed.

Keywords: Belonging; Family; Interdisciplinarity; Procreation; Right to life.

Introdução

O advento da família moderna centrada no amor, no afeto e na intimidade alcançou e revolucionou o espírito do casamento, de um ideal se tornou regra nas sociedades contemporâneas. Vivemos na era do casamento por amor, fato que alterou todo o jogo na visão de Ferry[3]. O efeito dessa inovação é visualizado na transição do "sagrado". Se antes ele repousava nas entidades inumanas (divindade, hierarquias sociais aristocráticas, Nação, Pátria, ideais revolucionários), agora está na própria humanidade, consequência das motivações sentimentais que consideram a pessoa como a única causa que, afinal, vale a pena.

A noção de amor, cuja escolha é soberana, está ligada à noção de indivíduo, inserido em dimensões mais ou menos (des)individualizadoras, como mostram Viveiros de Castro e Araújo[4] e Velho[5].

A individualização é passível de existir em todas as sociedades, sendo em algumas mais valorizada do que em outras, mas não é por ser mais incentivada em determinada coletividade que não tenha de seguir normas e padrões. Mesmo quando o agente empírico procura se individualizar e constituir-se significativamente como unidade, a sua valorização decorre como parte de um todo - linhagem, família, clã - seja em sociedades tribais, tradicionais ou complexas tradicionais.

O processo de nominação em nossa sociedade ocidental individualista é um exemplo. O prenome é individualizante e o sobrenome insere o indivíduo em uma categoria mais ampla, a família. Nem sempre o prenome é inteiramente individualizante, quando em homenagem a um pai, a um avô, a um padrinho, etc. De qualquer forma, trata-se de um compromisso entre a individualização e a inserção em categorias mais amplas. O sobrenome também pode servir em muitos casos como referência e mapeamento, daí porque algumas perguntas ainda são comuns em certos segmentos da sociedade brasileira: "qual é a sua família?", "De que família você é?", "É de boa família?", situando o agente empírico dentro de uma categoria mais ampla e significativa".

Tendo por foco a família, em suas relações próprias, o estudo qualitativo e explicativo empreendido, deseja analisar o projeto de família brasileiro no momento presente, colhendo sua amostra de pesquisa do total de 9 (nove) entrevistados, houve a indicação de 7 (sete) deles, é a chamada técnica de amostragem bola de neve[6] (*snowball*) em entrevistas semiestruturadas[7] e observações atentas, realizadas nos anos

---

[3] FERRY, L. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Trad. Jorge Batos. Objetiva, Rio de Janeiro, 2010.

[4] VIVEIROS DE CASTRO, E. B. de; ARAÚJO, R. B. de. "Romeu e Julieta e a origem do Estado". In: VELHO, Gilberto (comp.), *Arte e sociedade*. Zahar, Rio de Janeiro, 1977, p. 130-169.

[5] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Zahar, Rio de Janeiro, 1999.

[6] Técnica amostral que cresce à medida que os indivíduos selecionados convidam novos participantes. A amostragem em bola de neve pode ser útil para pesquisar grupos difíceis de serem acessados ou estudados. Além disso, esse tipo específico de amostragem também é útil para estudar questões delicadas, de âmbito privado e, portanto, que requer o conhecimento das pessoas pertencentes ao grupo ou reconhecidos por estas para localizar informantes para estudo.

[7] Não houve a utilização de questionários, ou mesmo, de um roteiro de perguntas previamente estabelecido. São entrevistas menos rígidas e fechadas, caracterizadas pela liberdade na conversação. A função precípua para a coleta de dados por meio da entrevista semiestruturada com mulheres e casais que enfrentaram os dilemas de uma relação infértil e a experiência da reprodução assistida objetivou buscar uma percepção de particularidades e experiências

de 2017 e 2018, na cidade de Marechal Cândido Rondon, na região Oeste do Estado do Paraná- BR, confrontando a sacralidade da vida com projetos mercantis de venda da fertilidade humana. Entre o direito e a tecnologia muito ainda precisa ser pesquisado de modo que as questões éticas e jurídicas se adensam no tema e merecem preocupação e pesquisas específicas. A maior contribuição esperada é lançar luz sobre o tema e fomentar o debate, nacional e internacional sobre a vida, a filiação e as relações familiares a partir do projeto de vida do casal.

Família e projeto de vida do casal

Nossos tempos sacralizam cada vez mais a experiência individual do agente empírico, ainda que inexistente um projeto individual "puro", sem referência ao outro ou ao social. O projeto, quando composto por um grau de consciência, comporta uma noção culturalmente situada de riscos e perdas, além de cálculo e planejamento. A elaboração de projetos deriva de vivências, de experiências socioculturais e de interações interpretadas, sendo que da relação entre - projetos individuais e círculos sociais cujo agente se inclui ou deles participa – problemas podem surgir. Por isso,

> O projeto não é um fenômeno puramente interno, subjetivo. Formula-se e é elaborado dentro de um campo de possibilidades, circunscrito histórica e culturalmente, tanto em termos da própria noção de indivíduo quanto dos temas, prioridades e paradigmas culturais existentes. Portanto, insistindo, o projeto é algo que pode ser comunicado. A própria condição de sua existência é a possibilidade de comunicação. Não é, nem pode ser fenômeno puramente subjetivo. Mas o projeto para existir precisa expressar-se através de uma linguagem que visa o outro, é potencialmente público. Sua matéria-prima é cultural e em alguma medida, tende "fazer sentido", um processo de interação com os contemporâneos, mesmo que seja rejeitado. Outra ideia importante é a de que os projetos mudam, um pode ser substituído por outro, podem se transformar. O "mundo" dos projetos é essencialmente dinâmico, na medida em que os atores têm uma biografia, isto é, vivem no tempo e na sociedade.[8]

Uma experiência individual poderá ser valorizada ou não a depender dos ideários políticos, dos sistemas filosóficos e das crenças religiosas de determinado contexto, sacralizá-la-ão como única, insubstituível e verdadeira ou encará-la-ão como fugaz, insignificante e irrelevante. No contexto da RA para as mulheres e casais de Marechal Cândido Rondon que pesquisei, o projeto individual, ainda que delimitado por circunstâncias e proporções, é também valorizado, sobretudo com relação a filhos e família.

Grandes metrópoles, comparadas a sociedades de pequena escala, têm maior fragmentação de papéis e maior heterogeneidade de experiências existenciais[9]. Isso não

---

individuais intrínsecas à complexidade associada à realidade social de cada entrevistado, haja vista que cada um deles expressa, no contexto da interação particular, um ponto de vista singular.

[8] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 27.

[9] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 32: "sugeriu a personalidade *blasé* como adaptação a esse estilo de vida, com toda a marca do individualismo. Quanto mais exposto estiver o ator a experiências diversificadas, quanto mais tiver de dar conta de *ethos* e visões de mundo contrastantes", quanto menos fechada for sua rede de relação ao nível do seu cotidiano, mais marcada será a sua autopercepção de *individualidade singular*. Por sua vez, a essa consciência da individualidade – fabricada dentro de uma experiência cultural específica – corresponderá uma maior elaboração de um projeto.

quer dizer que não haja atores a se moverem em círculos bastante fechados e em redes de relações restritas, mas os sujeitos das metrópoles são mais suscetíveis a invasões de seus mundos, a irrupções e crises ocasionadas pela proximidade física e sociológica com outros estilos de vida e definições de realidade. Eles recebem permanentemente mais estímulos e se deslocam entre ambientes e experiências variadas, do que os sujeitos em sociedades de pequena escala.

Para coleta de relatos pessoais, de modo a dar suporte fático e teórico a pesquisa, escolheu-se a cidade de Marechal Cândido Rondon, como exemplo de sociedade de pequena escala: homogênea, com redes de relações restritas e com poucos estímulos externos que, quando ocorrem, são acionados negativamente. Um exemplo de desconfiança ou da falta de conhecimento com o que é de fora se dá no receio das pessoas mais velhas em utilizar as tecnologias reprodutivas, conforme mencionado por Miguel[10], que diz:

> *"Mas muitos desses antigos, eu não sei se é a nossa cultura, nós somos descendentes de alemães, se é a cultura muito fechada, se é muito reservada, né, isso a gente vê pelos primos dela* (se refere à esposa) *que talvez não tenham aquela visão aberta, né, a gente já tem um pouco mais de consciência, não vamo dize que a gente é tão novo, mas também não é tão velho, né".*

Logo, o comportamento e mesmo a individualização dessas pessoas seguem uma espécie de rito, em que a diversidade e a diferenciação são passíveis de coerção normalizadora, repressão institucional e rotulação como desviantes. De sorte que, a estrutura social em que vivemos é marcada por rígidas normas e um forte controle sobre as condutas dos indivíduos. "A família, especialmente, desempenharia essa função ao nível do cotidiano e das biografias. Daí a sua centralidade, o seu caráter de foco legitimador de sociabilidade"[11]. A sociabilidade, portanto, corresponde ao desempenho dos papéis familiares como pai, esposo, filho, mulher, avô, etc., no tocante aos aspectos afetivos e emocionais da cultura. "Tudo, portanto, que perturbe ou torne ambíguos os desempenhos desses papéis ou os projetos a eles associados é visto como altamente perigoso".

> Nesse processo de individualização o projeto individual se corporifica através da família nuclear. É a partir sobretudo de seu casamento e dos filhos que seus planos e objetivos a longo prazo ganham uma dimensão de continuidade temporal que, de certa forma, transcende sua própria existência pessoal. A família é representada, como já foi dito, como uma espécie de indivíduo-coletivo. É interessante perceber as nuanças e a ambiguidade do discurso e da trajetória. Num movimento o indivíduo se destaca de sua família de origem, de seu universo de parentes. Em seguida funda a *sua família*. Quando utiliza essa categoria está se referindo ao seu casamento e a seus filhos. É claro que em outros contextos *família* poderá se referir aos seus pais, irmãos, tios e até a círculos mais amplos. Mas, na situação de acusação, família sempre é a sua família nuclear. As pessoas acusadas não são irmãos, nem primos ou cunhados, mas os *filhos enquanto parte do indivíduo-coletivo*. Estes carregam toda a responsabilidade pelo sucesso e prestígio da família. Creio que isso não significa, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, um momento

[10] Entrevistado na pesquisa de campo. Todos os nomes utilizados para os entrevistados são fictícios.

[11] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 63.

> de desindividualização realizado através da *família nuclear*, mas, pelo contrário, uma ênfase em um projeto individual que para se expressar necessita o espaço mínimo fornecido por casamento, mulher e filhos. Ou seja, a ideologia do individualismo não precisa manifestar-se exclusivamente através de uma linguagem que só fale ou valorize o indivíduo biológico propriamente dito. No caso, o mais importante é a relação entre o indivíduo pensado enquanto sujeito e biografia e a família nuclear tomada como indivíduo coletivo, como uma entidade individualizada.[12]

É sobre essa ideologia que o pensamento de meus entrevistados se assenta. A família, segundo suas perspectivas, é a concretização da entidade individualizada, de modo que eles só realizam seus projetos individuais e gozam de sociabilidade absoluta com a formação da família nuclear, formada por pai, mãe e filho biológico.

A cultura brasileira opõe o desenvolvimento da ideologia moderna individualista ao holismo da sociedade tradicional. Assim, por mais que a coletividade seja influenciada pelo modelo de indivíduo na cultura ocidental-moderno-contemporânea, sustentado pelas instituições oficiais e pelas agências legitimadas de conhecimento no cenário brasileiro, é importante que a ideia básica reflita dominância e não exclusividade, pois a margem relativa de escolha à disposição dos indivíduos e grupos que fogem à ideologia liberal burguesa individualista é preenchida pela noção de projeto[13].

Salem[14] chama atenção para a tônica individualista moderna que influencia os agentes a distanciarem-se, de um ponto de vista moral, das famílias de origem, visto que a moralidade prevalecente na geração parental é tomada como um modelo negativo para a estruturação de projetos alternativos. Em Marechal Cândido Rondon, no entanto, as categorias sangue, raça e nome de família assumem o signo da totalidade que engloba o indivíduo, e são lidas a partir de uma lógica familiar, ocorrendo uma inversão hierárquica dos segmentos individualistas.

"O valor que imputam à família nuclear - como uma entidade individualizada e destacada das redes de parentesco - esbarra em uma série de constrangimentos e de contra tendências", diz Salem, sobretudo quando alianças são desfeitas e atingem de algum modo toda a rede de relações do casal – parentes e amigos -, fato denotador de uma união entre dois parceiros, por mais que suportada na escolha pessoal e na liberdade, cimentar uma totalidade que os transcende.

Como chamam atenção Vargas, Russo e Heilborn[15], em meio às transformações de concepções e práticas reprodutivas alguns valores referentes ao gênero e à vida familiar permanecem intactos, "na medida em que o desejo de filhos também se expressa como a meta de constituição de família, cujo valor enfatiza o modelo de família conjugal como modelo social dominante". Nesse sentido, a estreita relação com o modelo dominante estabelece à paternidade submissão a um relacionamento sexual com uma mulher. A lei brasileira reforça essa supremacia, quando prevê a paternidade

---

[12] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 73-74.

[13] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 108-109: "Em uma sociedade de classes, sem dúvida, um dos principais problemas é ver até que ponto certos projetos particulares podem ser considerados como de uma classe social específica, de um setor de classe, ou se não têm nenhum vínculo específico com classe, podendo ser relacionados com um grupo definido por outras variáveis, podendo mesmo atravessar diferentes classes sociais".

[14] SALEM, T. "Família em Camadas Médias: Uma Perspectiva Antropológica". *BIB*, Rio de Janeiro, 21, 1, 1986, p. 25-39.

[15] VARGAS, E. P.; RUSSO, J. A.; HEILBORN, M. L. "Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil", *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 26(1), jan. 2010, p. 153-162.

somente pela via da adoção, de modo que não há amparo legal para o desejo de um "filho biológico", como ocorre entre as mulheres. As mulheres e casais rondonenses almejam a tradicional família nuclear moderna, uma família individualizada do exterior, mas solidária, amorosa e afetuosa entre seus membros. A presença de filhos é condição fundamental para a constituição dessa família, recaindo sobre eles todas as projeções dos pais.

Parentesco e família: tensão entre "natural" x "artificial"

Considerar que todas as sociedades têm seu sistema de parentesco baseado na família biológica é um equívoco, mas essa definição equivocada ganhou proporções alarmantes. Eu diria que há poucas outras ideias capazes de obter maior unanimidade atualmente. O autor Lévi-Strauss[16] vai ao cerne da questão quando diz:

> Um sistema de parentesco não consiste nos laços objetivos de filiação ou de consanguinidade entre os indivíduos. Ele só existe na consciência dos homens; é um sistema arbitrário de representações, e não o desenvolvimento espontâneo de uma situação de fato.

Marylin Strathern[17] observa que "para o antropólogo moderno, os fatos do parentesco eram ao mesmo tempo fatos "naturais" e fatos culturais ou sociais". Essa interpretação pode ter contaminado as projeções antropológicas sobre outras culturas nas formulações especificamente ocidentais sobre a "natureza" e os "laços naturais". Obviamente, tal projeção foi alvo dos críticos da análise moderna do parentesco. Um dos mais eminentes desses críticos foi David Schneider[18]. Segundo a crítica, o maior problema diz respeito "ao modo específico pelo qual a antropologia moderna definiu o social ou o cultural em oposição ao biológico. As análises do parentesco começaram pondo a sociedade/cultura como um domínio de objetos e de métodos metafisicamente distinto de seu "outro", a "natureza". Por conseguinte, Lévi-Strauss[19] indica que:

> o estudo do parentesco é, pois, o estudo das relações que unem os homens entre si mediante laços baseados na consanguinidade, enquanto relação socialmente reconhecida, e na afinidade (a aliança matrimonial); tais relações encontram uma tradução nos sistemas de designação mútua (as terminologias de parentesco), nas regras de filiação que determinam a qualidade dos indivíduos como membros de um grupo e os seus direitos e deveres no interior do grupo, nas regras de aliança que orientam positiva ou negativamente a escolha do cônjuge, nas regras de residência, nas regras de transmissão dos elementos que constituem a identidade de cada um e, finalmente, nos tipos de agrupamentos sociais nos quais os indivíduos estão filiados.

Entretanto, essa definição não diz respeito às sociedades humanas para as quais a consanguinidade é o resultado de uma escolha. Na nossa sociedade, assim como em outras, a adoção cria laços consanguíneos fictícios com efeitos jurídicos tão constrangedores, quanto os da consanguinidade real: não é lícito casar com o irmão adotivo. A consanguinidade, ao mesmo tempo caracterizadora dos sistemas de

---

[16] LÉVI-STRAUSS, C. *Antropologia estrutural*. 6. Ed., Tempo brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 61.

[17] STRATHERN, M. *After nature: English Kinship in the Late Twentieth Century*. Manchester University Press, Manchester, 1992a, p. 46.

[18] SCHNEIDER, D. *A Critique of the Study of Kinship*. The University of Michigan Press, Ann Arbour, 1984.

[19] LÉVI-STRAUSS, C. *Enciclopédia 20. Parentesco. EINAUDI*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1997, p. 28.

parentesco pelo conjunto de regras que presidem a filiação, a residência e a aliança é também uma das possíveis relações socialmente reconhecidas nas sociedades humanas.

Conforme Schneider[20] e Barros[21] descreveram, o estudo do parentesco nos EUA destaca duas categorias fundamentais do parentesco: a de sangue (da ordem "natural") e a de afinidade. Os parentes de sangue, segundo Schneider, estão ligados por seus atributos biogenéticos e se definem como família por compor o mesmo grupo doméstico, ao passo que os parentes por afinidade estão unidos a partir de relações ditadas pela lei, costumes e códigos de conduta.

A família, grupo doméstico unido pelo sangue, ostenta o posto de instituição superior a outras formações, dado o caráter positivo e afetivo das emoções que a descrevem e que provoca em seus membros, daí a razão pela qual ela amplia os quadros biológicos e legais do parentesco.

O caráter arbitrário das regras de parentesco e a maleabilidade das fronteiras familiares é determinante para que se tenha a possibilidade de escolha, por marcar a valorização dos laços de reciprocidade entre os parentes por permitir a amigos e compadres se enquadrarem como parentes simbólicos. Desse modo, o parentesco é comparado a uma "rede de malha estreita", pela superposição significativa de seus domínios, também compostos pela vizinhança e amizades. Amigos e vizinhos desempenham papel crucial na estruturação da visão de mundo dos agentes, na construção e na elaboração de suas identidades sociais e, ainda, na própria organização de sua sociabilidade. Mas, ainda que reconhecidos e valorizados nos contornos do parentesco, os autores sociais se autorrepresentam como englobados e encapsulados pela ordem familiar. Nesse entendimento, o domínio do parentesco é, portanto, demarcado pelas categorias: sangue, raça e nome de família, como bem ilustrou Abreu Filho.[22]

> O sangue é percebido pelos agentes como um vetor físico-moral, ou seja, ele significa não apenas uma substância formadora do corpo, mas também um elemento que forma o caráter, recobrindo assim o campo de moral. Infere-se daí que os indivíduos, bem com as famílias elementares, não se percebem como individualidades irredutíveis e autônomas, mas antes, como partes de uma totalidade que os transcendem e os constroem. Além disso, observa-se também que, por vezes, estes indivíduos tendem a manipular a origem familiar apresentando-se não só como uma "aristocracia de espírito" mas também "de sangue". Várias outras evidências poderiam ser fornecidas, mas elas apenas endossariam o que, desde já, pode ser concluído: o parentesco desempenha um papel crucial na elaboração das identidades sociais no universo das camadas médias "até mesmo nos processos mais radicais de individualização".[23]

O sangue como substância formadora do corpo e do caráter foi expresso por uma entrevistada quando relacionado à adoção da seguinte maneira:

> *"não gostaria que fosse uma criança talvez não tão grande porque, é, já teve muitas experiências doloridas, né, mas também*

[20] SCHNEIDER, D. *American kinship: a cultural account*. Prentice-Hall, New Jersey, 1968.
[21] BARROS, M. L. de. *Autoridade e afeto: avós, filhos e netos na família brasileira*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1987.
[22] ABREU FILHO, O. de. *Raça, Sangue e Luta: identidade e parentesco em uma cidade do interior*, 1980. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro.
[23] SALEM, T. "Família em Camadas Médias: Uma Perspectiva Antropológica". *BIB*, Rio de Janeiro, 21, 1, 1986, p. 30-33.

> *aquele fato tem que ser um recém-nascido, não, necessariamente, porque às vezes você pega um recém-nascido você nem sabe o que tudo já carrega da gravidez e se você pega uma criança ali de 2, 3 anos muita coisa você já observa"... "eu penso no máximo uns 3 anos, mais que isso eu acho que não, daí já interfere muito na personalidade, porque eu também quero interferir com uma vivência boa, né, não só com coisas negativas que ele já pode ter vivido"*.[24]

De acordo com Velho[25], "a problemática do parentesco tende a ser reduzida e veiculada através de uma linguagem "psicologizante" que tem como foco a família nuclear tomada como fato universal e "natural". Para ele, existe uma complexidade maior associada às categorias da família e do parentesco no contexto metropolitano, as quais podem ser mais plásticas e moldáveis.

Ao contrário da afirmação de Velho, as relações familiares e de parentesco estudadas em Marechal Cândido Rondon podem ser compreendidas como mais definidas se comparadas a de grandes cidades, ao se moldarem em um espaço íntimo reduzido pela sociabilidade da população com laços de reciprocidade e solidariedade.

Na França, os casos de parentesco relacionados à categoria sangue, comportam ao pai legal provar que nunca tratou a criança como sua filha, de modo que um exame de sangue é necessário. Se o exame de sangue for negativo, o tribunal declara que ele não é juridicamente o pai. No caso do pai adotivo, ou por FIV como doador de esperma, a dimensão do sangue desaparece, segundo a lei francesa, e são apenas esses pais específicos que não podem contestar a paternidade. Na maternidade, conforme Weber[26], "as mães, em comparação com os pais, não têm na França direitos de maternidade, apenas deveres de maternagem"[27].

Para além da categoria sangue Schneider[28] aponta a diversidade de famílias que se realizam pelo viés do parentesco, entendido como um tipo de "fazer" e definido por práticas que instituem relacionamentos diversos e negociam a reprodução da vida e as demandas da morte. Famílias como a monoparental, recomposta, gerada "artificialmente", e homoparental são exemplos dessa mudança que, segundo Butler[29] não colocam em risco a função simbólica familiar.

Na verdade, não precisamos ser antropólogos para vermos a enorme multiplicidade de modelos de família contemporâneos, os quais não encontram possibilidades de se inserirem em definições rígidas de família e parentesco. O crescente número de uniões homossexuais, as adoções cada vez mais frequentes e as famílias recompostas de múltiplos casamentos são alguns exemplos que atingem não apenas os grupos populares, mas pessoas de camadas média e alta da população brasileira. Fica assim difícil falar em termos ideais: o "ideal" da família moderna conjugal não dá conta das práticas familiares e de parentesco contemporâneas[30].

---

[24] Entrevistada Monica.

[25] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 68.

[26] WEBER, F. "Lares de cuidado e linhas de sucessão: algumas indicações etnográficas na França, hoje". *Mana*, 12, 2, 2006, p. 489.

[27] WEBER, F. "Lares de cuidado e linhas de sucessão: algumas indicações etnográficas na França, hoje". *Mana*, 12, 2, 2006, p. 493-494: "O Estado francês é o maior fomentador da ideia: cabe aos filhos cuidarem de seus idosos, por outro lado, insinua que ninguém precisa incentivar a mãe a cuidar de seus filhos. "A relação mãe-filho é vista como um vínculo natural, que torna a norma social da maternagem muito mais forte do que a da paternagem".

[28] SCHNEIDER, D. M. "Conclusion". In: *"A Critique of the Study of Kinship"*. The University of Michigan Press, 1992.

[29] BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

[30] SCHUCH, P. *Família no plural: considerações sobre família e parentesco* (À Luz de seus Confrontos de Significados num Órgão de Justiça Juvenil). 2005. Disponível em: <www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

A compreensão do Direito de Família também se desprende da posição legalista tradicional, ao abarcar tanto o parentesco consanguíneo como por afinidade. Essa compreensão jurídica vai além da noção de família como manutenção e transmissão do nome e do patrimônio, pois o arranjo familiar implica igualmente a realização de interesses afetivos e existenciais.

> A noção de parentesco é central para as relações disciplinadas pelo Direito de Família, sendo o parentesco normalmente definido como o laço que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas descenderem de genitor comum. É fácil perceber que tal conceito se refere ao parentesco consanguíneo, mas o ordenamento jurídico reconhece ao lado deste, o parentesco civil quando criado artificialmente pela lei em virtude da vontade dos interessados, o que ocorre através do instituto da adoção e mais recentemente da reprodução assistida (MOÁS; CORRÊA, 2010, p. 596-597).

Em virtude do alargamento conceitual o parentesco civil adquire status de gênero, do qual a adoção e a RA heteróloga[31] são espécies[32]. Inegável, portanto, a nova espécie de parentesco resultante das inovações biotecnológicas aplicadas à reprodução humana, a qual segue o mesmo rito da adoção no que se refere ao parentesco, conforme determina o princípio Constitucional da igualdade.

A tônica que envolve o parentesco e a utilização de tecnologias que se apropriam de material genético alheio para a reprodução foi tema de debate em meados de 1991, na Grã-Bretanha. O paradoxo das "Mães Virgens" (mulheres solteiras que passaram a nutrir o desejo de filhos via concepção assistida, sem nenhuma experiência sexual e sem qualquer intenção de ter relação sexual) entendia que, se era possível desvincular sexo de procriação graças às práticas anticoncepcionais, também deveria ser viabilizado desvincular sexo de maternidade. Mas, a possibilidade foi encarada à época como um problema devido à ausência de parentesco pautado na parentalidade e pela substituição do intercurso sexual pela intervenção tecnológica, que transfere o realizado via ato sexual para os clínicos em laboratório. Em termos muito simples a questão é que, nessas circunstâncias, o próprio processo de concepção não pode ser a justificativa para unir pessoas e, nesse caso, não cria parentalidade. Os pais são criados por *decisões* de médicos e clínicos, entre outros. A maioria dos comentaristas supõe que o que está em jogo é a proteção da família nuclear heterossexual[33].

A cultura euro-americana tradicional julga correto que as crianças sejam criadas em famílias e aprendam com os pais o que significa um relacionamento amoroso. Segundo essa tradição a relação sexual entre os pais é sinônimo de amor conjugal, no qual se baseia o amor familiar e dentro desse relacionamento conjugal que julga o sexo "natural", o resultado filho também é entendido como "natural". *A posteriori*, o relacionamento que não tenha o resultado filho é qualificado como "artificial", daí o desejo de mulheres e de casais em querer se "normalizar", de modo que as tecnologias reprodutivas são facilitadoras, pois corrigem a natureza.

Infertilidade como empecilho para a constituição da família

O querer um bebê e o "viver" a maternidade levam muitas mulheres a fazerem "tudo pelo seu próprio filho". Ao se sentirem insatisfeitas com a descendência social mediante a adoção de crianças, revelam a importância do primado inscrito nos genes

[31] Quando um ou ambos os gametas utilizados na RA são obtidos a partir de doadores anônimos.

[32] FACHIN, L. E. "Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família". *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, 5, 17, abr/maio, 2003, p. 101-121.

[33] STRATHERN, M. "Necessidades de pais, necessidades de mães". *Revista Estudos Feministas*, 3, 2, 1995, p. 306.

pela herança evolutiva, conferindo respaldo à "biologização da reprodução" e tornando a busca do filho pela RA um fim em si mesmo. Enfatizo a ponderação de Strathern[34], que relaciona satisfação, desejo e infertilidade: sem satisfação não há desejo, sem desejo de filho não há infertilidade e tampouco haveria procura de serviços de RA.

Como acabei de mencionar, a referência ao desejo de filhos se insere na lógica da constituição de família e, por essa via, o desejo de constituir família seria anterior ao desejo de filhos. O próprio desejo de constituir família se insere no propósito da reprodução, do desejo de garantir a continuidade através dos filhos. A dificuldade em não poder ser pai nem mãe deflagra o bloqueio à vazão de uma cultura pró-matrimônio fértil, fazendo com que os casais se sintam jogados no ostracismo social. Ou seja, não conseguindo gerar descendentes e ressignificar a própria relação, eles são tomados pela sensação de incompletude e se sentem marginalizados socialmente ou mesmo excluídos de determinados círculos. Para eles, o "dar à luz" muda de significado: de experiência física biológica converte-se em experiência social.

Desse modo, os casais denominados de inférteis pela medicina, pela falta da potencialidade reprodutiva, estão em situação de mão dupla: encontram-se mergulhados na crise de serem classificados como tal e, simultaneamente, vivem a "saga" da superação do que são...

> Nas afirmações comuns a casais e médicos, o caminho do filho é constituinte da sua função social e principalmente da mulher, no projeto de conjugalidade ele é a expressão de que tudo vai bem. Sem o filho, além de não serem pais, também não se farão avós. Se não fizerem netos, não vincularão gerações e não transcenderão a si próprios. Transcender-se, neste conjunto social é dar continuidade a, pelo menos, duas dimensões. Uma é continuar o que são. Aqui poderíamos falar de código genético, expresso em falas como "a busca de um pedaço de mim", "meu nariz", "meu olho", "meu cabelo", "o jeitinho da avó", expressões frequentemente ditas por mulheres. Outra dimensão é a do nome da família: "minha família terminaria aqui sem um filho", ou "meu pai sempre desejou um neto", dimensão associada à ideia de ter para quem deixar uma herança econômica e construir uma transcendência cultural, frequentemente associada à continuidade do nome, da parte dos homens[35].

No momento do nascimento o casal sela os laços definitivos e irrevogáveis entre as gerações anteriores com o novo nascido. É iniciada uma nova história, uma história para o futuro, marcada por um código genético e por uma experiência existencial respectiva, na qual eles próprios como pai e mãe se tornarão avós e farão de seus pais bisavós por meio das escolhas reprodutivas de seus filhos. Assim sendo, considero que a infertilidade não deve ser pensada apenas como doença, mas como a impossibilidade de se cumprir uma função social: a do casamento para gerar filhos e constituir família, como parece evidenciar a experiência de mulheres que se submeteram à reprodução assistida.

Pude perceber entre os interlocutores da pesquisa que a escolha pela maternidade e pela paternidade foi tardia, pois as idades variaram de 29 a 39 anos para os procedimentos reprodutivos. Também se evidencia nas falas o peso dessa escolha, o peso que a idade tem na vida, especialmente da mulher. *"A mulher possui o reloginho biológico",* disse Ana*.* A ideia de que se precisa correr contra o tempo também foi trazida por Monica: *"Eu quero ter um filho, o tempo tá passando, eu tinha essa angústia do*

---

[34] STRATHERN, M. *Reproduction the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies*. Manchester University Press, Manchester, 1992b.

[35] TAMANINI, M. "Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: o paradoxo da vida e da morte". *Revista Tecnologia e Sociedade*. Editora da UTFPR, Curitiba, 3, 2006a, p. 213.

tempo tá passando e eu queria ter tido filho mais cedo". Maria diz que antes de ter os gêmeos a idade foi algo que pesou para ela:

> *"Um dos motivos né de eu não ter conseguido engravidar naturalmente foi a própria idade, a questão da perda, cada vez que você menstrua você vai perdendo um óvulo, né, então...então, a idade sim, também acabou sendo uma pressão, né, ai tô entrando nos trinta e ainda não consegui ter filhos".*

Um dos motivos para a procura por tratamento para a infertilidade após os 30 anos se relaciona à maior presença da mulher no mercado de trabalho, além da possibilidade de poder definir o momento oportuno de uma gravidez. A maternidade como um projeto, um ponto planejado com condições convenientes, leva muitas mulheres a retardarem a vinda dos filhos. "O nascimento do filho é, para esse grupo, um evento conscientemente planejado pelo casal, um projeto"[36].

A maternidade e a paternidade como um projeto foi mais uma coincidência que visualizei entre todos os meus entrevistados. As semelhanças evidenciadas nas conversas, biografias e vivências me levaram a concluir nesse sentido. O fato de 100% deles serem casados, estarem há pelo menos 5 (cinco) anos juntos antes de iniciar o tratamento médico para a procriação, serem profissionais estáveis (professor, agente universitário, assistente social, vendedor, farmacêutico), com idades aproximada de 30 anos, com um grau de escolaridade variando entre ensino superior e pós-graduação, além da praticamente unânime opção pela estabilidade financeira e profissional em detrimento de filhos me indicaram que a vinda dos filhos para eles é, de fato, um evento conscientemente programado, um projeto de vida do casal. As semelhanças mencionadas acima podem ser melhor percebidas nas seguintes narrativas:

> *"Primeiro era fazer faculdade, né, daí depois da faculdade fazer uma pós, fez a pós daí casamos, aí foi a casa, daí tinha a casa, tinha o carro, aí vamo fica vamo curti o casamento 1 ano, 2, daí vamo começa a pensa"* [37].
>
> *"Mas, assim, tipo, primeiro a gente evitou, aquela coisa primeiro ter casa, carro, aí depois, falei não, agora vamo pensar em ter um filho, daí demorou"* [38].
>
> *"Assim, primeiro nós tínhamos decidido ah, a gente vai ficar um tempo sem ter filhos, a gente vai se estabiliza, né, ter casa, ter trabalho, tá, tá tá, aí chego na hora, já tinha casa, já tinha carro, trabalho, tava estabilizado, agora vamo começa a pensar em ter filhos e aí não aconteceu como a gente pensava, porque você nunca pensa que vai ser difícil, que você não vai consegui e foi"* [39].
>
> *"Porque quando nós casamos eu estudava e o Marcos*[40] *também estudava, então nem pensa, depois eu terminei daí eu queria ter o emprego, daí eu tinha, daí agora vem o filho e o filho não vem, e o filho não vem e daí foi por isso"* [41].

---

[36] VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. 2. Ed., Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1987.
[37] Entrevistada Cristina.
[38] Entrevistada Deise.
[39] Entrevistada Maria.
[40] Nome fictício.
[41] Entrevistada Miriam.

Das mulheres entrevistadas, 8 (oito) priorizaram a estabilidade financeira e profissional de modo que a vinda dos filhos ficou em segundo plano, como elas mesmas evidenciaram em suas falas, e apenas 1 (uma) não mencionou o motivo pelo qual demorou a pensar em filhos.

Conforme Barbosa[42], o projeto de nascimento de um filho problematiza o momento da concepção, e é uma das condições "para que as mulheres, caso desejem, possam optar por uma gravidez tardia ao minimizar os efeitos da idade sobre seu material genético por meio da doação de óvulos e/ou embriões". Todavia, tudo isso reforça a visão de reprodução como função inerente à mulher, característica a ela estritamente vinculada como determinante do seu ser, ignorando um longo processo de questionamento da relação mulher-natureza.

Sob essa perspectiva, a visão da maternidade como um destino "inevitável" dá espaço à maternidade como uma "opção individual". Hoje em dia, esse chamado "destino inevitável" da maternidade encontra-se em paralelo com a representação da maternidade como projeto. Dessa forma, a maternidade pode ser percebida mais no sentido de cumprir a essência feminina ou como opção e desejo, do que um projeto que dá sentido à individualidade feminina, um projeto de vida para realização pessoal[43].

No caso brasileiro, relata Corrêa[44], a pesquisa micro em comparação ao universo macro da RA evidencia atitudes que cercam o processo reprodutivo em geral - os constrangimentos relativos à infertilidade, o projeto de vida com filhos e de constituição de uma família – levam a crer que a procura pela RA deve aumentar. Não é de agora que a dimensão à qual a procriação está ligada difunde tanto a ideia de felicidade, como também a de êxito pessoal, especialmente se observado o projeto de inserção maior, que liga os pais à socialização por meio do filho. O projeto de ter um filho, portanto, é uma das formas de inserção desses casais na comunidade intermediada por diversas instituições (escola, igreja, creche) e na relação com outras pessoas (professores, pais de amigos, padre/pastor, membros da igreja, vizinhos).

No contexto de sociabilidades, as tecnologias reprodutivas viriam a suprir esse vazio gerado pela infertilidade e pela impossibilidade do nascimento do almejado bebê, relacionado com ao plano subjetivo pela ótica dos sonhos, mas que precisa ser materializado, objetivado, a fim de fazer sentido, haja vista que o propósito maior, ainda que não divulgado pelos pais, seja a socialização completa destes que só é adquirida por meio daquele. Contrariada essa expectativa, vive-se, para alguns, uma espécie de meia socialização, decorrente da falta de filhos e, claro, da família nuclear – pai, mãe, filho. Nesse sentido, como indica Franklin[45], o moderno mito da infertilidade apela à emoção do casal, à esperança como uma forma de apresentar o sucesso médico-técnico, que proporciona uma óbvia e aparente naturalidade à capacidade da ciência e à "esperança da cura médica", que corporifica esse "desejo inato" por filhos e família.

E a emoção está intrinsecamente ligada às narrativas. Os meus entrevistados, cada qual a sua maneira, espontânea ou comedidamente, expressaram suas emoções, ora de alegria, ora de tristeza. Em geral, deparei-me com olhos marejados, choro, sorrisos, ansiedade, excitação, alegria, raiva, enfim. Os momentos de maior emoção dizem respeito à confirmação da gravidez, aos exames de ultrassonografia, ao nascimento dos filhos, a apresentações dos filhos para o Dia das Mães, entre outros.

> *"Era uma apreensão muito grande, porque era uma coisa que a gente queria muito muito muito, e era tão doido, sabe, acontece assim, não caía a ficha...eu lembro a primeira vez que a gente*

---

[42] BARBOSA, R.M. "Relações de gênero, infertilidade e novas tecnologias reprodutivas". *Revista Estudos Feministas*, 8, 1, 2000, p. 212.

[43] LUNA, N. *Provetas e clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas*. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2007.

[44] CORRÊA, M. V. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?* EdUERJ, Rio de Janeiro, 2001.

[45] FRANKLIN, S. *Embodied Progress. A cultural account of assisted conception*. Routledge, London and New York, 1997.

> *ouviu o coração (começa a chorar, intercala choro e riso) foi inacreditável...muito muito emocionante"* [46] .
>
> *"Quando deu positivo, meu Deus, eu chorei, eu e o meu esposo a gente se abraço e choro tanto, parecia crianças assim porque foi muito"..."Aiiii, tá batendo, nós chorava, os 3, os 3, a gente chorava, chorava, tá batendo, tá batendo os 3* (gargalhada) *era uma emoção muito grande"* (choro de emoção) (não conclui)[47].

Deise revive a primeira apresentação da filha na escola, em homenagem às mães, quando diz que: *"Tanto que a primeira homenagem assim dela, meuuuu, me matei chorando"*. E, Monica transborda de alegria ao falar que: *"O primeiro Dia das Mães, meu Deus, é maravilhoso, meu, é maravilhoso, é uma coisa* (não conclui).

Diante das falas emocionadas, é aceitável que a ausência involuntária de filhos seja encarada por alguns como drama e não apenas uma intenção frustrada de uma pessoa ou casal. Nossas referências ocidentais de família e de filhos são impositivas para o casal e justificam o investimento na terapêutica para infertilidade. Sob esse signo, os filhos se relacionam a símbolos e sinalizam a materialização do amor do casal na unidade do sangue com os ambos os pais, sendo que um casal sem filhos não é família. Longe de uma idiossincrasia de mulheres brasileiras, tal representação se encontra em outros países do ocidente. Stolcke[48] cita do Relatório Warnock[49] que "a família existe somente quando há filhos. Um casal não é família". O tema da família, portanto, perpassa todo este estudo, uma vez que as tecnologias de procriação são consideradas meios para se obter filhos, constituindo família.

Para meus entrevistados um casal sem filhos não é visto como família, somente com filhos o casal ganha o *status* de família. Miguel fez questão de dizer: *"Casal é uma coisa, família é outra".*

> *"Éé, na verdade, eu sentia falta, assim, eu me via, eu nos via, eu via a nós como casal, né, éé, agora como família, como eu sempre quis ter filhos, éé, eu achava que eu tinha que ter filhos, eu achava que a gente não podia encerra a nossa história só com dois, tinha que ser com pelo menos três, né, então, eu não conseguia nos ver* (não conclui), *faltava alguma coisa pra ser uma família"* [50].

Portanto, é singular o pensamento das mulheres e dos casais com os quais conversei e o fundamento do Relatório Warnock, que consideram os filhos como elementos essenciais para se conceber uma família.

A recusa da adoção

As sociedades contemporâneas são altamente medicalizadas e o viver sem filhos, sob essa ótica, foi e é a razão da especulação de técnicas de se fazer bebês sob demanda, como as chamadas tecnologias reprodutivas. Elas formam um conjunto heterogêneo de técnicas médicas – tratam condições temporárias ou permanentes, mal ou bem definidas, de infertilidade. Logo, a dificuldade de engravidar durante um

---

[46] Entrevistada Ana.

[47] Entrevistada Monica.

[48] STOLCKE, V. "Derechos reproductivos". In: AZEREDO, S. & STOLCKE, V. (Coords.) Direitos Reprodutivos. FCC/DPE, São Paulo, 1991, p. 83.

[49] WARNOCK, M. et al. *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. Her Majesty's Stationery Office, London, 1984.

[50] Entrevistada Maria.

casamento ou uma união com coabitação são fatores cruciais para a procura da ajuda médica, seja por impulso ou como reflexo do apego à continuidade por meio dos filhos.

A adoção de uma criança ou a simples aceitação da dificuldade são geralmente preteridas pela medicalização - a supremacia do vínculo sanguíneo é reforçada pelas tecnologias laboratoriais e desperta nos pacientes um sentimento de urgência que minimiza os riscos. De acordo com Barbosa[51], apesar de a atual legislação civil e constitucional ter prestigiado o valor sócio-afetivo da filiação, as NTRs como técnicas ou como "tratamento", conferem fluidez ao papel do sangue e aos laços biológicos decorrentes do acesso ao "próprio filho".

Ao contrário dos bebês sob demanda das NTR, na adoção, são preponderantes o interesse da criança e o interesse social, por assegurarem e atribuírem meios à reprodução social dos já nascidos[52].

> Embora muitas mulheres se refiram frequentemente às numerosas, "crianças abandonadas que necessitam de um lar", a adoção aparece quase sempre como um último recurso. Isso porque a ideia da criação de um filho tem um sentido mais amplo do que o da socialização; a ideia de "reflexo de si" associada à criança, implicando não somente a transmissão de características sociais mas também e, sobretudo, de características biológicas. A ideia de criação implica não somente a fase da gravidez, o crescimento no próprio corpo, como também a visão de que o filho constitui uma espécie de prolongamento do corpo dos pais[53].

A adoção foi um dos temas abordados durante as entrevistas. Queria saber se ela foi ou é pensada como uma possibilidade para essas mulheres e casais. Como alguns autores evidenciaram, pude perceber, na interação face a face, certo "desprezo" pela adoção, sendo em alguns casos descartada de imediato. Na impossibilidade do filho biológico, quando aceita, geralmente é uma 2ª opção, após várias tentativas médicas, o que gera a impressão de que somente após esgotar as chances de uma gravidez a mulher parece estar pronta para ser mãe adotiva, ainda que com restrições relacionadas a cor, sexo e idade, por exemplo.

Dos 9 (nove) entrevistados, 5 (cinco) simplesmente não cogitaram a adoção como uma opção à negativa de filhos, 3 (três) deles até aceitaram uma possível adoção, mas ela de fato não aconteceu e 1 (um) elegeu a adoção como uma 2ª alternativa, em caso de insucesso da RA, o que não se concretizou tendo em vista o filho biológico pela técnica reprodutiva.

Os meus interlocutores falaram demoradamente sobre a adoção, cada qual ressaltando as suas particularidades. Carla explica que ela e o esposo cogitaram adotar uma criança, ainda que com algumas reservas. Ela diz que: *"A gente optou por até dois meses, mas não importava cor, não importava sexo, não, a gente queria um bebê de até dois meses porque eu queria passa pelas fases".* Para Maria e o marido Miguel, a adoção ainda não está totalmente descartada, mesmo com o nascimento dos filhos biológicos e com uma primeira experiência negativa.

> *"Siiiim, nós estávamos na fila de adoção..."passamos por entrevista, participamos, inclusive, chegaram a nos chamar uma*

---

[51] BARBOSA, R. M. "Relações de gênero, infertilidade e novas tecnologias reprodutivas". Revista Estudos Feministas, 8, 1, 2000, p. 212-228.

[52] CORRÊA, M. V.; LOYOLA, M. A. "Novas Tecnologias Reprodutivas". *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 9, 1, 1999, p. 228: "Os contrastes entre essas práticas podem ser ainda mais agudos no Brasil, país marcado por desigualdades sociais, onde se aprofunda progressivamente o problema da exclusão social, que atinge, antes de mais nada, grupos como os formados pelas crianças".

[53] CORRÊA, M. V.; LOYOLA, M. A. "Novas Tecnologias Reprodutivas". *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 9, 1, 1999, p. 229.

> *vez, tinha uma criança que estava pra adoção, era nossa vez na fila, né, é, não deu certo...“a assistente social e a psicóloga do fórum me ligaram e aí me contaram da criança, era uma criança maior já não lembro a idade dela...“é uma questão de você olha pra criança e dizer é essa, né, e, não. Inclusive a gente sentiu assim da própria criança uma resistência, né”...“talvez seja algo que ainda role lá na frente, né”* [54].

O marido complementa:

> *“Não deu liga”...“não sei, posso tá enganado no meu ponto de vista, mas eu sempre falo nós dois branco”...“de repente ele estranhou, de repente ele olhou assim primeiro e ele não simpatizou”* [55].

Ana demonstrou dificuldade para falar sobre o assunto, como se nota: *“Não! de jeito nenhum!”...“Eu queria o meu filho”,* (se referindo ao filho biológico)*...“nossa, é complicado, muito complicado”...“eu tenho muitos conflitos da questão da adoção”.* Para Deise, a opção pela reprodução assistida em detrimento da adoção cai na recorrente busca do “filho do próprio sangue”; sua fala é então transacionada para a primeira pessoa plural, indício de uma decisão conjunta entre marido e mulher. Ela diz que: *“Não, nós nunca pensamos!”...“Porque assim adoção a gente não...”* (não conclui). Semelhante à justificativa de Deise, está a seguinte narrativa:

> *“Não, adoção a gente não pensou, a gente pensou mesmo em ter um filho da gente, a nossa ideia era ir até as últimas, até a última né, até a última chance, até a última alternativa que tivesse, tenta de tudo pra”* (não conclui) *...“isso de repente seria um outro plano lá pra frente...mas, assim, a adoção a gente não chegou a cogitar, não”* [56].

Lucia, de modo diverso relaciona a adoção como uma segunda alternativa: *“Se não ia te dado certo* (se refere a FIV)*, a gente ia parti pra uma adoção”.* Encontrei, ainda, um cenário em que a imposição masculina pelo filho biológico descartou, ainda que temporariamente, a escolha pela adoção:

> *“Meu marido falou assim, como custa, né, o processo, nós vamos tentar uma vez, nós vamos tentar uma vez, independente do tempo que leve, se não der a gente pensa em outras coisas, né, na adoção no caso. Então, eu falei, não, então tá, né, ele não me falou nunca, jamais, só falou eu quero primeiro tenta ter o meu filho, daí depois a gente vê”* [57].

A próxima entrevistada comenta sobre a relutância do marido e da mulher em relação à adoção e à perspectiva de adotar uma criança após a vinda da primeira filha pela RA:

> *“No início não, no início o meu marido meu completamente contra tudo, vamo tenta pela fertilização se não der certo daí a gente* (não conclui) *a ideia é essa uma fertilização, não quero adota, não quero adota, hoje em dia já não, hoje em dia ele já pensa bem*

[54] Entrevistada Maria.
[55] Entrevistado Miguel.
[56] Entrevistada Cristina.
[57] Entrevistada Miriam

> *diferente e assim porque assim eu acho que teve aquele encantamento por te um filho, viu como é que é e ele teve essa vivência, então assim hoje em dia ele já pensa, não ou fazemos uma fertilização ou entramos numa fila de adoção eee qualquer uma das duas assim já tem aquela receptividade maior, de acolhe uma criança em casa mesmo que ela não seja sua geneticamente, né, não tem os seus traços genéticos, mas que ela mesmo assim é seu filho, então ele já tem aquela receptividade e eu antes de te a Jéssica*[58] *eu também não tinha essa...não não quero adota, não quero adota, como eu vou senti que ele ou ela vai se meu filho, né, e agora assim eu não sei a maternidade me trouxe uma vivência de acolhimento, de de de criança na minha casa"* [59].

De fato, após ouvir/ler esses posicionamentos, fica a impressão de que para meus entrevistados o filho biológico (devido ao sangue e à carga genética que possui) é "mais filho" do que o adotado, que carrega o sangue e os genes de desconhecidos.

De acordo com a concepção mais introspectiva, a falha biológica do casal é exposta com a adoção, assim como na aceitação de material reprodutivo de um terceiro: excluir um dos parceiros da reprodução genética representa uma ameaça ao "equilíbrio do casal", sobretudo, nos casos em que apenas um dos parceiros foi clinicamente considerado infértil.

Segundo Corrêa e Loyola[60], não bastasse o dilema inicial com a dificuldade de engravidar, como caminho "natural" a ser percorrido, existe a associação da infertilidade à ideia de que "talvez a natureza não queira que a gente tenha filho". Manifestada como um temor do casal durante o tratamento, o campo da reprodução assistida é marcado por demais aspectos contraditórios, que dificultam a reprodução para as pessoas e casais desejosos.

A quase total instalação das tecnologias no setor privado da medicina é barreira que se impõe e produz a mesma lógica excludente que vige no quadro da saúde brasileira. Além disso, a inscrição de planos normativos como um itinerário para a reprodução marca a história brasileira. Isto é, a queda das taxas de fecundidade no país está intrinsecamente ligada à atuação dos médicos e da medicina, responsáveis pela instalação de uma potente prática contraceptiva no país.

> Na década de 1970, a ideia da existência de uma sub-raça brasileira, decorrente da pobreza e de famílias numerosas e de seus malefícios para a segurança nacional e desenvolvimento, suscitou projetos não oficiais, mas consentidos pelo poder autoritário, que estimularam esterilizações em massa no País. É nesse contexto que surge a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar (Bemfam) no Brasil, entidade privada que desenvolvia, com o apoio do governo militar, projetos para difundir as vantagens de uma família reduzida e o uso de práticas anticonceptivas modernas[61].

Na década de 1980, tal política restritiva passou a ser questionada. O movimento feminista foi pioneiro nessa luta e começou a denunciar casos de esterilizações injustificadas e precoces. Em meados dos anos 90 as denúncias de excesso e as esterilizações cirúrgicas feitas de forma abusiva e descuidada da União voltaram a ser

---

[58] Nome fictício.

[59] Entrevistada Monica.

[60] CORRÊA, M. V.; LOYOLA, M. A. "Novas Tecnologias Reprodutivas". *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 9, 1, 1999, p. 209-234.

[61] SAMRSLA, M. et al. "Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – Estudo bioético". *Revista da Associação Medica Brasileira*, São Paulo, 53, 1, 2007, p. 48.

debatidas. Criou-se uma cultura da esterilização pela medicina higienista no Brasil, com impactos ainda hoje.

O cenário agora é outro. Muitos casais esterilizados no passado buscam ajuda nos hospitais públicos para engravidar. Atualmente (para que não se repita o erro do passado), os casais interessados em se submeter a procedimentos de esterilização passam por um processo de até dois meses, que inclui entrevista, palestras e aconselhamento.

Samrsla et al.[62], entendem que assim como houve indiferença quanto a contracepção, o mesmo ocorre agora com as pessoas que almejam a concepção pela RA, sem condições de arcar com as despesas de tratamento de infertilidade em clínicas privadas. Eles dizem que a conscientização desse problema de saúde como política pública, alvo de correção por intermédio de uma justa distribuição de recursos, não é tema de debate. Logo, o Estado brasileiro não cumpre com o seu dever de oferecer ao cidadão o direito de acesso aos bens e serviços sem considerar as diferenças individuais, nem respeita o desejo de mulheres realizarem o sonho da maternidade à luz da Bioética, seja pela demora ou pela inexistência do aparelho público em corresponder a esse anseio de alto custo social.

É preciso estar ciente de que, no Brasil, quem precisa de tratamento para a reprodução assistida em hospitais públicos enfrenta um árduo caminho. Um exemplo é o Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), hospital referência da rede de saúde do Distrito Federal, integrante do Sistema Único de Saúde, meio encontrado por mulheres e casais com problemas de fertilidade mas em condições econômicas desfavoráveis para arcar com as despesas de um tratamento que passa de R$ 10. 000 (dez mil reais) por tentativa. Em 2004, o serviço possuía uma fila de espera para a fertilização *in vitro* com 1.865 (um mil oitocentos e sessenta e cinco) pacientes inscritas.

Ao mesmo tempo em que a espera imposta pelo Estado pode desestimular algumas mulheres, ela potencializa a expectativa de outras pelo tratamento, as quais contarão com um tempo de espera irregular e com poucas informações preliminares, incluindo, a imprevisibilidade do repasse de medicamentos indispensáveis para a fertilização *in vitro*.

Portanto, estudos sobre a RA no Brasil descortinam um cenário carente de regulação e com uma "privatização da medicalização da fecundidade feminina", que contribui para o acobertamento de dados sobre "efeitos colaterais de medicações, número de embriões produzidos, implantados, descartados, congelados, proporção de gestações múltiplas e condições dessas gestações"[63].

Ao longo desta pesquisa é perceptível que a maternidade e a paternidade como um projeto, e as entrevistas confirmaram essa conclusão, haja vista o planejamento de vida (social, financeiro, cronológico) entendido como um propósito para meus informantes. No entanto, quando ele não é alcançado de modo "natural" e espontâneo, é possível notar a fragilidade de alguns casais frente à inesperada infertilidade, vista por eles como um obstáculo ao almejado fim: o filho. Homens e mulheres se sentem incompletos com a impossibilidade da prole. Para eles a virilidade é atingida e para elas a identidade feminina plena, realizável apenas com a maternidade, não é conquistada. Em geral, as malsucedidas tentativas de gravidez dão ensejo a frustrações que podem evoluir para quadros de conflitos emocionais e psicológicos, além de não ser incomum a presença de piadas e brincadeiras por parentes e amigos, ensejando rótulos e estigmas. A corrida passa a ser, na maioria das vezes, contra o "relógio", de modo que o corpo feminino é precipuamente exposto a intervenções, medicações e seus efeitos, objetivando a prole biológica. Diante disso, muitos casais se percebem expostos: a

[62] SAMRSLA, M. et al. "Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – Estudo bioético". *Revista da Associação Medica Brasileira*, São Paulo, 53, 1, 2007.

[63] SAMRSLA, M. et al. "Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – Estudo bioético". *Revista da Associação Medica Brasileira*, São Paulo, 53, 1, 2007, p. 48.

esfera íntima da filiação e a sexualidade convertem-se em dimensão extra vida privada, repercutindo, inclusive, na esfera social.

A bibliografia me indicava e as entrevistas foram confirmatórias: a filiação biológica e genética tem enorme precedência sobre a filiação social, pois do contrário não haveria a intensa busca pela reprodução assistida, e a adoção poderia ser uma via mais aceitável. A justificativa na perspectiva dos entrevistados é a de que o filho biológico, devido ao sangue e à carga genética é "mais filho" do que o adotado, que carrega o sangue e os genes de desconhecidos.

Com relação aos meus entrevistados de Marechal Cândido Rondon que se utilizaram das práticas da reprodução assistida, observei que além da prioridade pelo filho biológico, há um forte apelo ao sangue e à moral incutida nesse laço sanguíneo. Também o aspecto narcísico é evidenciado quando relatam que a filiação biológica é um modo de continuidade de si e da família, e, por fim, apenas com a constituição da família nuclear tradicional se sentem incluídos socialmente. Constatei, ainda, mais duas características importantes, além das acima mencionadas: a primeira é que a medicalização da RA parece estar a serviço da parentalidade, ou seja, os pais são coconstruídos, mesmo participando parcialmente das decisões médicas e dos serviços para a continuidade da família nuclear heterossexual. Os papéis de mãe e de pai são fortalecidos por essa intervenção tecnológica e o componente sexual é transferido para a função simbólica da necessidade biológica que assegura o compromisso do casal para quem o filho é considerado "natural". Desse modo, os relacionamentos implicados na família precedem a medicalização da reprodução para assegurar relações de parentesco e descendência biológicos e sociais.

Considerações finais

A dicotomia entre o cultural e o "natural" invade a noção de família, no sentido de identificá-la ou como produto do social ou da natureza (este último remete à ideia de mistério e de algo involuntário). A categoria "natural", sob a tendência tradicional, aproxima mulher e natureza, e minimiza a liberdade de escolha e de autonomia, justamente pelo "natural" não depender de uma decisão do sujeito. A concepção moderna de indivíduo subordina a autonomia em favor de um ato de vontade, o qual compreende um leque de possibilidades (uma das possibilidades é produzir uma gravidez "natural", por intermédio de um extenso aparato tecnológico).

Vontade e subordinação por um lado, e "natural" e "artificial" por outro, recobrem o que Vargas, Russo e Heilborn[64] (2010, p. 160) caracteriza como um conflito constitutivo da pessoa moderna: de um lado o sujeito da razão "desprendida", cuja postura instrumental (racional) implica a objetificação e neutralização da natureza, vista como separada do sujeito; de outro, o sujeito como parte de uma totalidade (a própria natureza) que ele só pode conhecer através da experiência encarnada.

Acreditamos que os impasses com que se deparam, na contemporaneidade, homens e mulheres, no que tange às decisões reprodutivas, são expressões desse conflito constitutivo ou da "tensão inarredável" entre racionalismo e romantismo a que se refere Duarte[65]. Assim, o filho como fruto do desejo, do amor, quanto como resultado de um cálculo racional e produto da tecnologia médica, aponta para duas concepções aparentemente contraditórias que convivem na experiência e nas representações do imaginário moderno.

Nesse sentido, um emaranhado de conjugações familiares pode ser visualizado na prática: a família contemporânea como individualista; a família "democrática", visualizada por uma "paridade" entre os membros que a compõem; a família

---

[64] VARGAS, E. P.; RUSSO, J. A.; HEILBORN, M. L. "Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil", *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 26(1), jan. 2010, p. 160.

[65] DUARTE, L. F. D. "Formação e ensino na antropologia social: os dilemas da universalização romântica". In: Grossi M, P, Tassinari A, Rial C, organizadores, *Ensino de antropologia no Brasil: formação, práticas disciplinares e além fronteiras*. Blumenau: Nova Letra, p. 17-36, 2006.

"relacional", caracterizada pela flexibilidade das alianças, cujas decisões dependem do consentimento dos cônjuges e das crianças; a família "recomposta", resultante da dialética entre composição, decomposição e recomposição, quando novos membros são integrados facilmente; a família desinstitucionalizada torna-se o significado de um assunto privado, é o *lócus* da promoção do indivíduo hiper-contemporâneo; a família dita "marginalizada", cujo arquétipo foi por muito tempo a família monoparental, é designada pela sua desafiliação, isto é, sua estruturação é tão caótica que não consegue conter a autonomia radical de seus membros.

Referências

ABREU FILHO, O. de. *Raça, Sangue e Luta: identidade e parentesco em uma cidade do interior*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1980.

BARBOSA, R. M. *Desejo de filhos e infertilidade: um estudo sobre a reprodução assistida no Brasil*. Tese de Doutorado. São Paulo: Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 1999.

_____. "Relações de gênero, infertilidade e novas tecnologias reprodutivas". *Revista Estudos Feministas*, 8, 1, 2000, p. 212-228.

BARROS, M. L. de. *Autoridade e afeto: avós, filhos e netos na família brasileira*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1987.

BEAUD, S.; WEBER, F. *Guia para a pesquisa de campo: produzir e analisar dados etnográficos*. 2. ed. Vozes, Petrópolis, 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 29 de 12 de maio de 2008. Aprova o Regulamento Técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.

BRASIL. Lei Federal 6.437 de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente (MMA). *Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Brasília, 2000.

BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

CORRÊA, M. V. "Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos". *Revista Bioética*, 9, 2, 2001, p. 71-82.

_____. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?* EdUERJ, Rio de Janeiro, 2001.

CORRÊA, M. V.; LOYOLA, M. A. "Novas Tecnologias Reprodutivas". *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 9, 1, 1999, p. 209-234.

DUARTE, L. F. D. "Formação e ensino na antropologia social: os dilemas da universalização romântica". In: Grossi M, P, Tassinari A, Rial C, organizadores, *Ensino de antropologia no Brasil: formação, práticas disciplinares e além fronteiras*. Nova Letra, Blumenau, 2006, p. 17-36.

DURKHEIM, É. "La famille conjugale". *L'Année Sociologique*, 1892, p. 35-49.

FACHIN, L. E. "Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família". *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre, 5, 17, abr/maio, 2003, p. 101-121.

FERRY, L. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Trad. Jorge Batos. Objetiva, Rio de Janeiro, 2010.

FRANKLIN, S. *Embodied Progress. A cultural account of assisted conception*. Routledge, London and New York, 1997.

HERITIER, F. "Symbolique de l`inceste et de sa prohibition", in Izard, M. e Smith, P., *La Fonction symbolique*, Gallimard, 1979.

LÉVI-STRAUSS, C. *Enciclopédia 20. Parentesco. EINAUDI*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1997.

_____. *Antropologia estrutural*. 6. Ed., Tempo brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

LUNA, N. *Provetas e clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas*. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2007.

MOÁS, L. da C.; CORRÊA, M. C. D. V. "Filiação e tecnologias de reprodução assistida: entre medicina e direito". *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20, 2, 2010, p. 591-607.

SALEM, T. "Família em Camadas Médias: Uma Perspectiva Antropológica". *BIB*, Rio de Janeiro, 21, 1, 1986, p. 25-39.

SAMRSLA, M. et al. "Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – Estudo bioético". *Revista da Associação Medica Brasileira*, São Paulo, 53, 1, 2007, p. 47-5.

SCHNEIDER, D. *American kinship: a cultural account*. Prentice-Hall, New Jersey, 1968.

_____. *A Critique of the Study of Kinship*. The University of Michigan Press, Ann Arbour, 1984.

SCHUCH, P. *Família no plural: considerações sobre família e parentesco* (À Luz de seus Confrontos de Significados num Órgão de Justiça Juvenil). 2005. Disponível em: <www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STOLCKE, V. "New Reproductive technologies: the old quest for father hood". *Reproductive and Genetic Engineering*, 1, New York, 1988, p. 5-19.

_____. "Derechos reproductivos". In: AZEREDO, S. & STOLCKE, V. (Coords.) *Direitos Reprodutivos*. FCC/DPE, São Paulo, 1991.

STRATHERN, M. *After nature: English Kinship in the Late Twentieth Century*. Manchester University Press, Manchester, 1992a.

_____. *Reproduction the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies*. Manchester University Press, Manchester, 1992b.

_____. "Necessidades de pais, necessidades de mães". *Revista Estudos Feministas*, 3, 2, 1995, p. 303-329.

TAMANINI, M. "Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: o paradoxo da vida e da morte". *Revista Tecnologia e Sociedade*. Editora da UTFPR, Curitiba, 3, 2006a, p. 211- 249.

_____. "Tecnologias conceptivas: da intervenção tecnológica à moral do ter que fazer". In: MINELLA, Luzinete Simões; FUNCK, Susana (Org.). *Saberes e fazeres de gênero: entre o local e o global*. Editora da UFSC, Florianópolis, 2006b, p. 271-293.

VARGAS, E. P.; RUSSO, J. A.; HEILBORN, M. L. "Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil", *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 26(1), jan. 2010, p. 153-162.

VELHO, G. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea.* 2. Ed., Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1987.

_____. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999.

VIVEIROS DE CASTRO, E. B. de; ARAÚJO, R. B. de. "Romeu e Julieta e a origem do Estado". In: VELHO, Gilberto (comp.), *Arte e sociedade*. Rio, Jorge Zahar, p. 130-169, 1977.

WARNOCK, M. et al. *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. Her Majesty's Stationery Office, London, 1984.

WEBER, F. "Lares de cuidado e linhas de sucessão: algumas indicações etnográficas na França, hoje". *Mana*, 12, 2, 2006, p. 479-502.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 336-351
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Relaciones en Europa del Este: Unión Europea-Federación de Rusia

European East affairs: European Union v. Russia Federation

Ricardo Rodríguez Cobos[1]
Universidad de Santiago de Compostela-CESEG

Sumario: : 1. Introducción. - 2. Política exterior de Unión Europea. - 3. Política exterior Federación Rusa. - 4. Relaciones cooperativas Unión Europea-Rusia (acuerdo energético Alemania y Báltico-Rusia). - 5. Relaciones competitivas Unión Europea-Rusia-EEUU - 6. Conclusiones. - 7. Bibliografía.

Resumen: Europa del Este se ha convertido en un nuevo punto de tensión geopolítica y geoeconómica en la disputa entre potencias —Estados Unidos, Unión Europea y Federación Rusa— originando una situación de escalada y confrontación similar a la ocurrida durante la Guerra Fría. Rusia trata de recuperar su posición de actor global mediante la confrontación con Occidente. La Unión Europea ha carecido de medios eficaces para plantear una Estrategia de Seguridad eficiente frente a Rusia. Estados Unidos, por su parte, ha definido una frontera -*Intermarium*- entre estados de influencia occidental y rusa mediante el despliegue de fuerzas militares y la organización de ejercicios militares. La Unión Europea se beneficia de esta seguridad gracias a los despliegues de la OTAN en el marco de la misión Presencia Avanzada Reforzada.

Palabras clave: Rusia, Estrategia de Seguridad, OTAN, energía, *Intermarium*, Eurasia.

Abstract: East Europe has become a new border of tensions and silent disputes inasmuch Russia exerts strong influence towards the West in an attempt to gather enough relevance. Meanwhile, European Union is reacting in a sort of complex approach due to internal discrepancies and lack of long-term-decision capacity. However, United States is able to face up this challenge through military exercises and deployments in the East circle, also called Intermarium. European Union, thereby, benefits from these forces by participating in NATO Enhanced Forward Presence missions.

Keywords: Russia, Security Strategy, NATO, energy, Intermarium, Euroasia.

[1] Ricardo Rodríguez Cobos es licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Salamanca, graduando en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja, Máster título propio en Paz, Seguridad y Conflictos Internacionales en Universidad Santiago de Compostela, Posgraduado en Derecho Internacional Humanitario por Comité Internacional de Cruz Roja y cursando en la actualidad Máster Oficial en Paz, Seguridad y Defensa por UNED-Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.

Recibido: 12/12/2020
Aceptado: 03/04/2021

1. Introducción

El curso de los eventos internacionales desde finales del siglo XX y principios del siglo XXI ha supuesto para la comunidad internacional la focalización en seguridad en determinadas regiones -Oriente Próximo, fundamentalmente- como consecuencia de los fenómenos relacionados con los movimientos islámicos de corte salafista y wahabita y el yihadismo. [2] El hecho de que el el yihadismo haya empleado el terrorismo de inspiración global como elemento de propaganda y captación, con su máxima manifestación mediática en los atentados terroristas contra las Torres Gemelas en Estados Unidos en 2001 ha supuesto un punto inflexión en la lucha de percepciones de la sociedad Occidental. Se ha pasado a considerar la amenaza del terrorismo como global y palpable en los términos de vida cotidiana de los ciudadanos.[3]

Sin embargo, las relaciones entre actores estatales derivadas de la Guerra Fría, con el consecuente movimiento de fronteras entre dos -ya desaparecidos- bloques: Occidente y el Pacto de Varsovia, ha llevado a que de forma creciente se cree una zona de interés en Europa del Este que se ha convertido en un área sometida al análisis académico. Esta área de estudio ha tenido como principales elementos de análisis a la región del Báltico y Polonia. Añadido a ello y próximo en región,los acontecimientos sucedidos en Ucrania tras el efecto Maidán (2014) han servido de alerta. Tras el alzamiento popular en la plaza Maidán de la capital, reclamando mejoras en calidad de vida y acercamiento económico a la Unión Europea, se inició un periodo de inestabilidad que terminó con la salida del presidente Víctor Yanukóvich. El resultado fue la escisión *de facto* de las regiones de Donetsk y Crimea. En consecuencia, se pueden percibir indicadores de reacción: la participación de la Organización del Atlántico Norte[4] -OTAN- bajo el marco militar *Enhanced Forward Presence* a lo largo del Báltico en la configuración de batallones tácticos, denominados *Battle Groups*, y la participación de EEUU en la región del Mar Báltico[5] con la serie de ejercicios BALTOPs[6] (junto a otras potencias del Mar del Norte: Dinamarca, Finlandia y Noruega).

En consecuencia, el objeto del presente estudio es analizar la región de Europa del Este con el fin de marcar un punto de situación actualizado sobre dicha área en la sociedad internacional y cómo se conforma como una realidad poliédrica compleja, alejada del carácter bipolar propio del *statu quo* de la dinámica de bloques conformada durante la Guerra Fría. Se considera importante dicho estudio pues se ha convertido en un eje fundamental para entender determinadas políticas o repercusiones en otras partes del mundo. Frente a China con su poder económico como herramienta principal de negociación, Federación Rusa emplea otros medios de carácter militar y de disuasión apoyando a terceros países en materia de Defensa. También se considera merecedor de análisis actual por convertirse el Mar Báltico en una suerte de nuevo "Mar Mediterráneo", donde un gran número de actores velan por intereses contrapuestos[7].

---

[2] En adelante, EEUU.

[3] MORAL MARTÍN, P. "El nexo seguridad-desarrollo y la resiliencia como sucedáneos de la seguridad humana en las políticas de la Unión Europea: el caso del Sahel". *Revista Relaciones Internacionales*. Nº 43, 2020, p. 71-72.

4 En adelante, OTAN.

[5] SUÁREZ,E ; GALLEGO, J ; BELLVER, J. "EEUU refuerza su apoyo militar a Polonia y a los países bálticos: La OTAN suspende relaciones con Rusia, que denuncia sus tácticas de la Guerra Fría". *Publicación El Mundo*, Marzo 6, 2014, p. 1.

[6] EFE NEWS SERVICE "Cerca de 50 barcos participarán en ejercicios militares BALTOPS en el Báltico".Madrid, Junio 2, 2015.

[7] MELCHIORRE, T. "The protection of the sea as a cooperation area case in the Baltic Sea región". *Revista Regions and Cohesions*. Nº 5, 2015, p. 109-136.

Actualmente en Europa del Este se sitúa una frontera *de facto* marcada por el juego de alianzas: una parte Occidental comprendida por los países bálticos[8], Polonia, Ucrania -exceptuando las disputadas regiones de Donestk o Crimea-, Rumania y llegando inclusive a la región caucásica con casos tan dignos de estudio como Georgia, con las zonas disputadas de Abjazia y Osetia del Sur[9].

La existencia de un concepto de frontera de facto se puede dibujar a lo largo de los países que aceptan bases OTAN o participan en sus ejercicios y maniobras militares frente a los que no. Valga como ejemplo ilustrativo de ello el caso de Bielorrusia, estado independiente pero adscrito a las políticas e influencia de Federación Rusa frente a los ejercicios de la OTAN[10] y cuyo contraste se ha puesto de manifiesto ante la crisis social acontecida en agosto de 2020.[11]

En consecuencia, la intención final de este estudio es el de presentar una serie de puntos concluyentes y actuales sobre la situación en Europa del Este y las relaciones entre los diferentes bloques: Unión Europea, EEUU y Federación Rusa, así como presentar una aproximación probable de escenario próximo.

2. Política exterior de la Unión Europea

Para proceder al análisis histórico y actual del concepto de acción y política exterior de la Unión Europea, su evolución, relación bilateral y multilateral con el resto de Estados en el Este es necesario entender el juego de equilibrios dado en Europa del Este. Para ello, se parte de la primera década del Siglo XXI; donde la amenaza yihadista global se centraba en la intervención en Oriente Próximo. Se continúa en la primera mitad de la segunda década y se termina por analizar la Estrategia de Seguridad Europea de 2016. En este sentido, el objetivo es analizar la estrategia de acción exterior de la Unión Europea hacia el Este y compararla con la que realmente se da, analizando los hechos dados.

2.1. Antecedentes

Durante la primera década del presente siglo la agenda europea en materia de acción exterior ha estado marcada en gran medida por la prevención de conflictos en torno al desarrollo del Tratado de Lisboa. En este sentido, se citaban como pilares el robustecimiento de la seguridad europea en toda su dimensión y el mantenimiento de la paz conforme a los principios de la Carta de Naciones Unidas. Se observaba una intención defensiva y armonizadora de la escena internacional, teniendo presente la amenaza terrorista. Los principales problemas u obstáculos presentados fueron los encontrados en las instituciones de la Unión. En lugar de surgir una voluntad única europea había una suma de voluntades nacionales, con pretensiones descentralizadas y una "*domesticación*" de las políticas europeas. Ello mostró diversas discrepancias y una progresión distinta con varios bloques: Europa del Norte y Europa del Sur[12] . A la luz de ello, la imagen proyectada en la sociedad

---

[8] Entiéndase Báltico como Estonia, Letonia y Lituania cuyos intereses en Defensa y Política Exterior son muy similares y tienden a la alianza.

9 R. SUÁNZES, P. "EU: solidaridad o fractura. El último desafio existencial que afronta la UE". *Publicación El Mundo*, Marzo 29, 2020.

10 REYES JOSÉ, C. "Crisis por fraude en Bielorrusia, nuevo pulso entre Rusia y Occidente". *Publicación El Tiempo*, Agosto 24, 2020, p.16.

11 BROWN, L. "NATO squares up to Putin". *Publicación Daily Mail*, Octubre 27, 2016.

Valga decir que el caso de Bielorrusia sintetiza a la perfección el carácter poliédrico de las relaciones entre Europa-Federación Rusia, pues el Presidente Lukashenko ha sido receptivo a políticas económicas de Unión Europea mientras que energéticamente dependía de Rusia a nivel de gas, como principal herramienta geopolítica. (Véase"Crisis por fraude en Bielorrusia, nuevo pulso entre Rusia y Occidente" de Reyes. Diarios de América. Bogota)

[12] MARTÍNEZ GARNELO, C; GIORGINA, K. "La política exterior de la Unión Europea: Balance del Tratado de Lisboa en materia de prevención de conflictos". *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Nómadas*. Vol. 33, Nº1, 2012, p. 139-157.

internacional ha sido la de una Unión Europea de "*soft power*" que no lidera a nivel tecnológico, militar o económico. Autores como Schimmelfenning[13]apuntaban a una Unión sobreestatalizada, débil y anti-integracionista. Parece que el estudio de los hechos presentes da la razón en este sentido: la salida negociada de Reino Unido, discrepancias en la gestión de ayudas en la Unión Europea o la asimilación distinta de políticas de migración. Ello es significativo de la ausencia de una auténtica "*demos*" europea.

Expuesto lo anterior cabe preguntarse si la Unión Europea ha tenido capacidad de marcar una política clara, definida y reconocible frente a Federación Rusa y resto de países de Europa del Este no UE. La respuesta según autores como De Ayala (2010) es que no ha sido así. La laborista Catherine Ashton intentó corregir este punto y crear una política única en prevención de conflictos, pero el resultado en la proyección internacional ha sido de fracaso al percibir posiciones distintas según el país europeo. Otra prueba de ello es que Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, España y Holanda eran los principales actores interesados en aportar en operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas. Pero no ha habido interés en fomentar las propias de Unión Europea.[14] Unido a ello, la acción exterior o Servicio Exterior ha sido realmente -a fecha de 2009- producido y orientado por medio del Comité Político y de Seguridad.[15]

Como punto contradictorio a la percepción presentada, se ofrece la visión de una capacidad militar y de Defensa fuerte en materia europea pero que, sin embargo, ha sido empeñada y descentralizada en Naciones Unidas. Así, la Unión ha participado en Fuerza Multinacional de Estabilización -SFOR-, Fuerza Multinacional de Seguridad en Kosovo -KFOR- y Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo -UNMIK-. En 2003 la aportación fue del 60% de tropas sobre el total en la zona de Balcanes. Del mismo modo, en África llegó a alcanzar los 20.000 efectivos.[16]

2.2. Tratado de Lisboa: punto de inflexión en Servicio Exterior UE

El punto de inflexión llega con el Tratado de Lisboa, bajo el cual se otorga personalidad jurídica a la Unión. Además, se pretende asignar un Alto Representante para los Asuntos Exteriores y de Política de Seguridad. Con una figura única parece más lógico poder actuar de forma unánime en la proyección internacional. [17] En esta misma línea, a tenor del artículo 5.3 del Tratado se reconoce el principio de subsidiariedad a nivel regional y local, de tal forma que, junto a la aplicación del artículo 2 del Protocolo sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se permite que la Comisión pueda emplear un procedimiento de alerta rápida para consulta en los Parlamentos nacionales y decidir si afecta a sus intereses el intervenir en un determinado conflicto.[18]

---

13 SCHIMMELFENNIG, F. "The normative origins of democracy in the European Union: toward a transformationalist theory of democracy". *Revista European Political science review*. Vol. 2 Nº2, 2010, p. 211-220.

14 MARTÍNEZ GARNELO, C; GIORGINA, K. "La política exterior de la Unión Europea: Balance del Tratado de Lisboa en materia de prevención de conflictos". *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Nómadas*. Vol. 33, Nº1, 2012, p. 140.

15 COPS en sus siglas en inglés.

16 FERNÁNDEZ-ARIAS, C. "Hacia una diplomacia común: el servicio europeo de Acción Exterior". *Revista Política Exterior*. Vol.24, Nº133, 2010, p. 21-26.

17 A fecha del presente documento es Josep Borrell, cuyo pensamiento gira hacia la cohesión social y el desarrollo del Estado de bienestar frente a las amenazas que vienen(Pablo R. Suanzes, 2020).

18 GUTIÉRREZ ESPADA, C; CERVELL HORTAL, M.J. "*La adaptación al Tratado de Lisboa del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*". Ed. Comares, Madrid, 2010, pp 120.

Añadido a todo ello, en sus artículos 42.1 y 43 del Tratado de Lisboa, se refuerza la Política Europea de Seguridad y Defensa -PESD- ya que se autorizaba asignar misiones de seguridad a Estados miembros, agilizar la financiación y se crea una comunidad de defensa colectiva con mecanismo de reacción similar al artículo 5 y 51 del Tratado de la Alianza del Atlántico Norte.[19] Es en el artículo 42.7 donde establece y sigue los preceptos de OTAN.

Esto son los mecanismos fijados, desarrollando criterios comunes para lograr una unidad de acción a través de la Agencia Europea de Seguridad y de Servicio Exterior. Éstos eran planeados como expedicionarios para actuar más allá de las fronteras inmediatas de Europa, probablemente pensado en el concepto de frontera avanzada y el yihadismo global que seguía teniendo como centro de operaciones Oriente Medio y de forma incipiente el Sahel en el continente africano. También como interoperables y tecnológicamente desarrollados con una eficiencia orgánica y logística(Martínezgarnelo y Calvo, 2012). La idea que se infiere es la de generar la estructura que permitiese al menos de hecho un Ejército europeo para reaccionar con rapidez y de forma común. Esto sólo podría lograrse mediante elementos distintos cuyas aristas permitiesen encajar y desempeñar misión y cometidos comunes, en lugar de aristas que generaran fricciones o duplicidades.

El último paso de esta fase que se introduce como determinante es la propuesta de crear una unidad operativa desplegable e interoperable: los *Battle Groups*. Estos ya fueron ideados desde 2004 a partir de la propuesta del entonces Secretario General -Javier Solana- en el Consejo Europeo de dicho año. Para el 1 de enero de 2007 se había programado su Capacidad Operativa Plena -FOC-(Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional., 2007).

2.2 Enfoque de la Estrategia de Seguridad Europea en la segunda década de 2020 hacia Europa del Este

La Unión Europea ha tratado, por tanto, de realizar una serie de esfuerzos en aras de lograr una única estrategia de seguridad. A pesar de las diferentes voluntades nacionales en materia de Seguridad y Defensa, se ha avanzado hacia una estrategia común y un despliegue de objetivos comunes. Este aspecto puede ser de relevancia cuando uno de los parámetros definidos en las Conferencias Anuales del Instituto Europeo de Estudios de Seguridad -IESUE- es el de obtener una Unión Europea que sea actor en la Seguridad Global[20]. De hecho, en la Conferencia anual de 2007 se puso por título "*Multilateralismo eficaz. La colaboración con los nuevos actores globales*"[21] denotando la percepción de una comunidad internacional donde las disputas se dirimían entre varias potencias a nivel global y donde la Unión Europea debería definir su papel. Para lograrlo un primer paso debiera ser la constitución de un único ente supranacional que disponga y despliegue en tiempo y forma las acciones derivadas de una Política de Seguridad Común.

Las disputas o diferentes aproximaciones en cuestiones globales han podido constituir una disminución de la credibilidad de la Unión Europea en la escena internacional. Es el caso de la guerra de Irak (2003) o de la participación en el marco OTAN en Afganistán previo a los años 2009 y 2010. Sin embargo, existen evidencias de los impulsos para modificar esta deriva hacia nuevos roles. En el "*Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad. Ofrecer seguridad en un mundo cambiante*"[22] ya se indica la necesidad de crear una

19 Tratado del Atlántico Norte firmado en Washington, 4 de abril de 1949.

20 CARLOS IZQUIERDO, J. "La nueva estrategia de seguridad europea". *Instituto de Estudios Estratégicos. Documento Marco*, 2016, p. 939.

21 GLIÈRE, C "EU security and defence: Core documents" . *Revista de Instituto Europeo de Estudios de Seguridad*. Vol 8, Nº112, 2008, p. 40-43.

22 OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA "Estrategia europea de seguridad: una Europa segura en un mundo mejor". Consejo de la Unión Europea, 2009, p. 43.

Europa fuerte y segura mediante la capacidad de influir en su entorno con celeridad. En los siguientes años se ha girado hacia temáticas predominantes como lo fue la crisis económica internacional, la gobernanza local, la emigración y las crisis humanitarias. Se percibió como amenaza la piratería, la ciberdelincuencia o los Estados fallidos en África Subsahariana u Oriente Próximo. Muestra de ello fueron las más de veinte misiones realizadas en el marco europeo en respuesta a situaciones de crisis: *tsunami* en Aceh o protección de los refugiados en Chad. No obstante, lejos de ser un logro determinante, puede denotar una falta de contribución y respuesta activa y coherente frente a actores globales.
En el 2014, ya con pasos marcados en la tendencia de una Europa menos débil en la esfera internacional, aún se eligieron como temas predominantes las misiones de la UE en el exterior -de tipo humanitario o crisis-, las relaciones con el Cercano Oriente y el Norte de África. Con la alta representante -Catherine Ashton- se incluye por primera vez las relaciones con los países del Este)[23].

Esta última cuestión es relevante y se incluye destacada en el presente estudio como manifestación del contraste entre las políticas empleadas en Unión Europea y una posible realidad geopolítica en los años 2008-2014. Quizá pueda observarse un retraso en la conformación de una voluntad europea que llevo a la focalización en áreas lejanas sin disponer de capacidad suficiente para emprender las relaciones más apremiantes. En 2008 Federación Rusa ocupaba extensiones de Osetia del Sur, Georgia perdía zonas en favor de la proclamación de zonas autónomas como Abjazia. En 2014 Ucrania sufría movimientos de escisión en su zona este,[24] el Báltico se apoyaba consistentemente en la seguridad de Estados Unidos mediante ejercicios de tipo militar en marco Defence. Como contraste, la Unión Europea se centraba en Oriente Próximo o en la asistencia en misiones de crisis o tipo humanitario. Es remarcable destacar cómo en 2007, 2008 y 2009 -a través de los Informes de las Conferencias Anuales del IEUSE- se marcaba únicamente el entendimiento hacia países emergentes: Brasil, India,[25] Rusia y China; dados los intereses comunes.

Es en 2013 donde se denota una toma de conciencia hacia Europa del Este y la adopción de una postura definida en el marco de Política Común de Seguridad y Defensa. En concreto, se reconoció la necesidad de apoyo a los Estados de Ucrania, Moldavia y Georgia para contrarrestar la acción exterior y represalias de la Federación Rusa[26]. Por tanto, la Unión Europea se posiciona en el plano internacional en un contexto de confrontación diplomático hacia Rusia en tanto en cuanto apoya a los Estados que pudieran determinarse del "área de su influencia". Esta dinámica continúa en 2014 con el nombramiento de Federica Mogherini como alta representante por el Consejo Europeo. Se remarca en 2015 la petición del Consejo sobre Política Exterior para la elaboración de una estrategia global de seguridad. Así, en septiembre de 2015 se lleva a cabo el documento con título "*Hacia una estrategia global de la UE. Antecedentes, proceso, referencias*". Junto al estudio del "*Concepto Estratégico de OTAN de 2010*" y la "*Estrategia de Seguridad Nacional de EEUU de 2015*" se busca la obtención de la mencionada estrategia global en política exterior y seguridad.

Determinante para entender la actual posición de la Unión Europea hacia el Este es, por tanto, analizar la Estrategia de Seguridad Europea con el nuevo enfoque de 2016 y la participación de alianzas como es OTAN o EEUU. De ahí que

23 FIOTT, D. "No TTIP-ING point for European Defence?", *Revista Instituto Europeo de Estudios de Seguridad*, 2014, p. 3-5.
24 BAAR, V; BAAROVA, B. "De facto states and their socio-economic structures in the post-Soviet space after the annexation of Crimea "*Revista Studia z Geografii Politycznej i Historycznej*. Vol 6, 2017, p. 50-53.
25 Muy destacable es que en el año 2012 la Unión Europea celebró en octubre el IV Foro India-Unión Europea organizado por el Consejo Indio de Asuntos Mundiales y el IESUE.
26 CARLOS IZQUIERDO, J. "La nueva estrategia de seguridad europea". *Instituto de Estudios Estratégicos. Documento Marco*, 2016, p. 944.

se genere el documento "Visión Compartida, la acción común: una Europa más fuerte" donde consta los principios de acción exterior[27]. La resiliencia de los países del Este es uno de ellos. En concreto, se marca la importancia de apoyar a dichos Estados limítrofes mediante la promoción de democracias sólidas, fomento de los Derechos Humanos, la garantía de soberanía, independencia e integridad territorial de los Estados no solo dentro de sus fronteras. El elemento vehicular que marca es la cooperación con las alianzas y con la Organización de Seguridad y Cooperación Europea -OSCE- a modo de intermediario para tratar los asuntos de seguridad en Ucrania y Crimea. La terminología empleada en el mencionado documento es la de "discutir" en lugar de cooperar, resolver o arbitrar[28].

En consecuencia, la postura de Unión Europea es activa y defensiva frente a Federación Rusa; con la intención de tomar parte más allá de las fronteras europeas, es decir, en sus estados limítrofes también. Todo ello desarrollado en un marco de alianza entendida desde OTAN y Estados Unidos bajo el concepto de p*artenariado*. La denominación es de "*países afines y agrupaciones regionales*".[29]

3. Política exterior Federación Rusa

3.1. Antecedentes Federación Rusa y política exterior. Giro hacia Europa del Este

La Federación Rusa ha sufrido una serie de acontecimientos que han convulsionado y alterado el devenir de su población y nación. Tras el colapso de la Unión Soviética a finales de la década de los ochenta y el anuncio de su fin en 1991 se sucedieron años de incertidumbre, pérdida de identidad para casi cien millones de rusos y el advenimiento de los nacionalismos para un Estado con una gran diversidad en minorías étnicas.

Para entender la posición internacional adoptada por la Federación Rusa frente a Europa del Este y sus aliados regionales se considera necesario proporcionar un enfoque retrospectivo de su papel en las relaciones internacionales desde el fin de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas -URSS- hasta finales de la primera década del Siglo XXI. Así, con el colapso de ésta tuvo lugar un replanteamiento del mundo bipolar y del contexto de Guerra Fría. Terminaron las disputas en terceros Estados y diversos autores consideraron la llegada de una nueva etapa de prosperidad bajo la promoción de la democracia y Derechos Humanos que terminaría en desarrollo económico, libre mercado y globalización en términos de cultura. Se puede decir que la agenda fue marcada por Estados Unidos, el cual encabezó dicha tendencia liberal y globalizadora.[30] Ante esta posición, Rusia se reincorporó a la agenda internacional de diversas formas. La primera fue a través del mantenimiento de una segunda Unión denominada Comunidad de Estados Independientes -CEI- donde obtuvo estrechas relaciones con determinadas repúblicas. Del mismo modo, con su política energética pudo mantener áreas de influencia en Europa del Este, Europa Central y Cáucaso. Determinadas regiones más rusificadas mantuvieron contactos estrechos con la Administración rusa[31]. Sin embargo, la tendencia observada fue un acercamiento a Occidente con los gobiernos de Boris Yeltsin mediante la adscripción a la alianza OTAN. Pero dicha dinámica no fue constante. Frente a una fuerte globalización, surgieron desafíos en

---

[27] SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR "Visión compartida, acción común: una Europa más fuerte", 2016.

28 CARLOS IZQUIERDO, J. "La nueva estrategia de seguridad europea". *Instituto de Estudios Estratégicos. Documento Marco*, 2016, p. 950

29 Id. p. 950.

30 BELÉN SERRA, M. "El BRICS como puente para la reemergencia de la Federación Rusa: el ascenso de los otros y su estrategia de jugador global". *Cuadernos de Política Exterior argentina, Nueva Época*, Nº 127, p. 64.

[31] En la literatura comúnmente referida "Moscú" como consecuencia de la burocratización y centralización propia de la URSS años atrás.

un mundo cada vez más multilateral: el crecimiento económico de China, regiones que rechazaban la globalización y se reafirmaban en su cultura en Oriente Medio, Próximo y Magreb. Este hecho fue desarrollado por autores como Farered Zakaria (2008), denominándolo el mundo "post-americano". En definitiva, se refuerza el concepto de multipolaridad o interpolaridad en el cual los Estados buscan la multipolaridad, pero también la interdependencia desde diversas unidades o alianzas[32].

Bajo este esquema, Rusia encontró la estructura de los BRICS: Brasil, Rusia, Indica, China y Sudáfrica; como salvoconducto para ser aceptado en el Consejo de Naciones Unidas en condición de igual. Bajo un foro de Estados con derecho a representatividad y con cuota de atención por su estatus, Rusia supo destacar y partir de principios como la cooperación y la generación de relaciones más equitativas entre Estados para alcanzar una posición global. Durante los gobiernos de 2000-2008 y 2008-2012 con los mandatos de Vladimir Putin y Dmitri Medvedev se percibió a Rusia como la autoridad *de facto* líder en dirimir los asuntos sociales, políticos y económicos del antiguo espacio post-soviético así como el encargado de coordinar la democratización de los llamados espacios de concertación.

Desde esta posición Rusia se sitúa para volver a cambiar su cosmovisión rusa mediante la recuperación de la credibilidad rusa. Para ello, se puede decir que adopta los principios del realismo político basados en el interés nacional y el poder político tal y como indicaba Morgenthau (1986). Se trata de devolver la fe a su pueblo ruso, mediante la tradición de la antigua Rusia blanca al mismo tiempo que proporciona una mejora de las condiciones de vida. Esta orientación se logra con la adopción de una posición fuerte en las relaciones internacionales que pueda llegar, si es necesario, a la confrontación. Emplea la recuperación de las Fuerzas Armadas con grandes despliegues en Distritos a lo largo de Rusia para ganar poder de negociación en la esfera internacional y así obtener ventajas competitivas en sus áreas de influencia. En este sentido, se podría decir que se cumplen las ideas del realismo político: los agentes decisores de cada Estado son los actores clave en las relaciones internacionales y buscan la consecución de la paz y el poder[33]. La gran excepción llega con el incumplimiento del último principio: no hay diferencia entre la orientación de la política interna y la internacional. En el caso de Rusia, característico y paradigmático, la política exterior es el motor de cambio y mejora de la situación de la nación rusa.[34]

Frente a los autores defensores del neorrealismo, según los cuales los actores económicos serán los auténticos agentes de cambio en un mundo globalizado,[35] Rusia erige su diplomacia en el contexto del poder militar y su despliegue en contexto de "*juegos de guerra*", es decir, mediante la exposición de fuerzas en movimientos de tipo espejo -imitando las capacidades operativas y estratégicas adoptadas por Occidente-.

Todo ello ha llevado a una postura de confrontación con Occidente que, lejos de suponer una ganancia neta, ha significado una política de suma cero en tanto en cuanto ha sufrido sanciones que lastran su economía. Paradójicamente, es precisamente esta debilidad lo que potencia otros puntos de su política. Es el caso de la política nacional en el cual los niveles de pobreza se han reducido -se pudo

32 LECHINI, G; GIACCAGLIA, C "*Poderes medios emergentes y orden internacional: hacia un manejo colectivo de los asuntos mundiales*". Ed. UNR, Rosario, 2016, p. 1-20.

33 TELMAN SÁNCHEZ RAMÍREZ, P. "La Federación de Rusia y su entorno geopolítico en los nuevos arreglos mundiales de poder". *Revista Política y Cultura, Universidad de Ciudad de México*, Nº 34, 2010, p. 240.

34 ARBATOV, A. "Russia's Foreign Policy Alternatives ". *Revista International Security*, Vol 18, Nº2, 1993.

35 DEL ARENAL, C. "*Introducción a las Relaciones Internacionales*". Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 50-60.

beneficiar de los crecimientos medios anuales de PIB del 7 % de los BRICS durante la primera década del Siglo XXI-[36].

3.2 Política exterior actual Federación Rusa

Con el gobierno de Vladimir Putin se reforzó la creación y consolidación de una cosmovisión rusa propia basada en los valores tradicionales como fue la Iglesia Ortodoxa, la familia y la cultura propia. Frente a la "ola" Occidental, oponiéndose a ella, Putin encontró la forma de adscribir al pueblo ruso. Seguido fue una mejora económica, ya en 1996 toma el segundo puesto mundial en exportar armamento y comercio nuclear. Ésta se ha sustentado en el tiempo gracias al poder de negociación ganado con la disponibilidad energética a terceros países como herramienta de presión y el uso de alianzas contrapuestas a Occidente, iniciadas con Evgueni Primakov como Canciller de Política Exterior en el gobierno de Boris Yeltsin[37], para crear la percepción de un nuevo orden mundial. Principalmente, se ha buscado contrarrestar la presión económica occidental con alianzas en Asia a través de las Ex - Repúblicas soviéticas: Azerbaiyán y China. También con puntos de apoyo en Oriente Medio en el conflicto palestino-israelí, en Oriente Próximo con el cuestionamiento Irán-Irak, el apoyo a Siria y al plan nuclear de Irán. Así, terceros países han buscado o encontrado un apoyo ruso que, frecuentemente, se ha visto en contraposición al orden propuesto por EEUU. Estos son los casos de Venezuela, Cuba, Siria, Irán y China y Kosovo en Europa. De tal forma que se origina una suerte de red de influencia basada en la disputa en los continentes americanos y euroasiático.

Así, surge una relación de tipo competitivo entre Occidente: Europa y EEUU, principalmente; y Rusia -englobando éste último sistemas interdependientes basados en alianzas: China, Irán, Siria, Venezuela, Cuba, Argelia, Pakistán, Corea del Norte o Brasil.[38] Unido a la idea de una Rusia fuerte con carácter de potencia global le sigue el sentimiento de persecución y aislamiento de Occidente como consecuencia de la sensación de cercamiento OTAN en Europa del Este, las disputas entre Unión Europea y el área de influencia rusa en Bielorrusia, Ucrania, Moldavia, Kosovo y Georgia.[39]

Prueba de ello es que en el concepto de la política exterior de la Federación Rusa del Ministerio de Asuntos Exteriores de la Federación Rusa del 2000 ya el Kremlin marcaba la necesidad de una política de defensa de sus intereses no sólo dentro de Rusia sino allá donde se vean afectados los de sus aliados tal y como marca su *Concepto de Política Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores de la Federación Rusa del año* 2000)[40]. Del mismo modo, son constantes los movimientos de Fuerzas militares y ejercicios en el Distrito Militar del Oeste, allá donde se sitúa Ucrania, Polonia y Báltico. El horizonte con EEUU no es menos competitivo. Se tiene un rechazo de la posición atlantista y se busca los centros de poder disputados en áreas tan remotas como puede ser Corea del Norte -donde se han promovido Conferencias que dejaban entrever la comprometida posición de EEUU- o Cuba y Venezuela. Así impera un clima de cautela, desconfianza y descrédito mutuo en las sesiones

---

[36] BELÉN SERRA, M. "El BRICS como puente para la reemergencia de la Federación Rusa: el ascenso de los otros y su estrategia de jugador global". *Cuadernos de Política Exterior argentina, Nueva Época*, Nº 127, p. 70

37 TELMAN SÁNCHEZ RAMÍREZ, P. "La Federación de Rusia y su entorno geopolítico en los nuevos arreglos mundiales de poder". *Revista Política y Cultura, Universidad de Ciudad de México*, Nº 34, 2010, p. 164.

38 TELMAN SÁNCHEZ RAMÍREZ, P. "La Federación de Rusia y su entorno geopolítico en los nuevos arreglos mundiales de poder". *Revista Política y Cultura, Universidad de Ciudad de México*, Nº 34, 2010, p. 160.

39 Id. P. 290.

[40] BOLETÍN INFORMATIVO DEL DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN Y PRENSA "Concepto de Política Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores de la Federación de Rusia", Moscú, 2000.

celebradas en Naciones Unidas, que según diversos autores pudiera terminar en un área de tensión global propio de un mundo multipolar guiado por la anarquía en lo internacional y por la lucha por el poder con carácter bipolar (Rusia-China frente a EEUU).

Finalmente, Rusia ejecuta desde la Doctrina de Política Exterior de 2000 una política de información pública. El fin es dirigirse directamente a las poblaciones locales dentro de los países que acaba denominando el "cercano extranjero"; es decir, los de Europa del Este y antigua Comunidad de Estados Independientes, para promover una actitud positiva desde el extranjero hacia Rusia. Sería un ejemplo de *soft power* empleado a modo de respuesta del empleado por la Unión Europea y que pudiera interpretarse como un mecanismo de reacción competitivo en más de un dominio. Ejemplo de ello ha sido la instauración de la emisora y cadena de televisión *Russia Today*, disponible en varios idiomas -francés, español e inglés-. También ONGs como lo ha sido CIS-EMO para la observación de celebración de elecciones seguras, el club Valdai de promoción en las relaciones públicas y *think tank*.

Con todo el espectro analizado, se observa cómo la Federación de Rusia busca una recuperación de su papel de actor relevante en la comunidad internacional global desde dos aristas distintas pero complementarias: la confrontación y reafirmación en su parte Oeste frente a Occidente y la cooperación aliada hacia el Este -China, Corea del Norte o Irán-.

4. Relaciones cooperativas Unión Europea – Federación de Rusia

4.1 Contexto general

El contexto actual en Europa del Este parece dominado por dos actores con vocación regional y global: Unión Europea y Rusia, que han adoptado una estrategia de seguridad competitiva y de confrontación mediante la intervención en los Estados de sus áreas de influencia, las cuales podrían llegar a ser coincidentes. Sin ánimo de obviar el papel desempeñado por la alianza OTAN, se va a analizar cómo en distintos dominios tal confrontación no existe y cómo puede llegar a existir una cooperación e interdependencia. Principalmente se trataría del caso energético y económico.

El caso energético será central para entender el alcance de esta herramienta que articula el juego de relaciones entre Europa y Asia, pudiendo hablar en este caso de Eurasia como territorio que englobe todo el bloque. En este sentido, Rusia se presenta como país productor de hidrocarburos: petróleo y gas, principalmente. Sin embargo, no es el único. Países como Kazajstán, Uzbekistán, Turkmenistán y Azerbaiyán también lo son y se encuentran en el marco de la antigua zona de influencia en el espacio post-soviético. Por ello, mantienen estrechas relaciones con Rusia al mismo tiempo que son receptoras de demanda por parte de Europa Occidental con el principal fin de evitar una mayor dependencia de Rusia. Así, se podría hablar -bajo el prisma de la dependencia energética- de tres tipos de países en Europa: países productores, países consumidores y; por último, países de tránsito. Estas categorías no son estancas, sino que un Estado de tránsito puede ser también consumidor. Del mismo modo, un país productor como Kazajstán puede ser también de tránsito de Rusia o incluso consumidor. Este juego de roles origina zonas de tensión donde se activan juegos de competición[41].

Rusia dispone de producción de hidrocarburos, los cuales exporta a Europa del Este y Occidental; al mismo tiempo toma de Asia Central recursos en hidrocarburos que son necesarios. En este sentido, la estrategia empleada con la subida al poder de Vladimir Putin -desde el año 2000- es usar la energía como

41 PARDO, E. "Rusia, el poder y la energía". *Revista UNISCI*, Nº37, 2015, p. 240.

elemento de poder. Se podría decir que constituye una fuerte herramienta en términos de realismo político[42].

Frente a autores que defienden la ausencia de capacidad de control en las relaciones internacionales del uso de la energía, especialistas como Sánchez Ortega (2014) presentan la postura contraria. Es cierto que hidrocarburos como el petróleo pueden ser diversificados a través de diversos Estados productores y transportados. Sin embargo, parece que el mercado del gas no está tan desarrollado y, por tanto, sigue dependiendo del uso de gaseoductos. Partiendo de esta base, para activar el uso de ductos como elemento de control, Vladimir Putin emprendió la nacionalización de los recursos energéticos; impidiendo en gran medida la llegada de capital y control extranjero. Esto tuvo una doble deriva: la mejora en el mercado doméstico gracias a las rentas energéticas, y el aumento del poder de negociación con los países ex – Repúblicas Soviéticas y Europa Occidental.

Fue necesario iniciar una serie de políticas estratégicas, materializadas en el control de los países de tránsito, asegurar el carácter monopolístico de los recursos complementarios energéticos en Asia Central y evitar la creación de corredores en Cáucaso – Caspio que rompiesen el monopolio. Con todo ello, la utilización de la disponibilidad energética en Rusia ha constituido una suerte de arma, a veces apoyada por la fuerza militar. La llamada arma energética[43] ha sido empleada como recurso de fuerza: el corte de gas en Georgia en 2006, el de Turkmenistán en 2010, el de Estonia durante cuatro días en 1993 en respuesta a políticas estonias dirigidas a las minorías ruso-parlantes o las de Bielorrusia en 2004, 2007 y 2011. El caso más conocido es el de Ucrania en 2014, habiendo sido ya reiterado en 2006 y 2009[44]

Además de ser usada como un arma energética, los ductos han sido empleados como la otra cara de la moneda, siendo una suerte de facilitador de la relación bilateral/multilateral con Europa en una posición favorable o, al menos, de iguales. De esta forma, se aseguraba el mantenimiento del *status quo* tras el colapso del espacio soviético. En este sentido, son remarcables los acuerdos comerciales como el que tuvo con Francia en 2009 con grandes grupos franceses energéticos: EDF y GDF Suez. Básicamente, constituía el acuerdo de la construcción del gasoducto *South Stream* en el Mar Negro junto con la empresa rusa *Gazprom* a partes iguales. En palabras del entonces presidente de *Gazprom* -Alexei Miller- se garantizaba la dimensión europea del proyecto. Este proyecto se puede considerar como simbólico, en tanto en cuanto enlazaba *North Stream* por el norte y por el sur con el nuevo *South Stream*. Y todo ello con la intención marcada de crear una impronta europea.

4.2 Relación cooperativa Unión Europea – Rusia

El punto clave de la colaboración entre Rusia y Unión Europea a nivel energético, considerando la energía como un arma de negociación y control geopolítico y geoestratégico, se materializa en el caso de la construcción del gasoducto *North Stream* y el futurible *North Stream 2*. Éstos implican la duplicidad de la capacidad habida en términos de suministro de hidrocarburos desde Rusia a la región báltica y Alemania. Por tanto, quedaría representada la buena relación bilateral que pudiera existir entre Moscú y Berlín. Se podría decir que constituye una suerte de velo retirado que, ante las evidencias *sensu contrario* en términos de Estrategias de seguridad y Acción Exterior, significa que existen otro tipo de relaciones favorables.

---

[42] BALZER, H. "The Putin Thesis and Russian Energy Policy". *Post-Soviet Affairs*. Vol.21, Nº3, 2005, p.16-20.

43 SMITH STEGEL, K. "Deconstructing the energy weapon. Russia's Threat to Europe as case study". *Revista Energy Policy*. Vol. 39, Nº 10, 2011, p. 1-10.

44 PIRANI, S. "Russian and CIS gas markets and their impact on Europe », *Oxford Institute for Energy Studies. Oxford University Press*, 2009, p. 40-80.

Europa depende de la energía rusa desde la Guerra Fría y lo sigue haciendo en términos, principalmente, de gas natural licuado (GNL) y gas de esquisto. El hecho de que se haya proyectado tal gasoducto es defendido por Berlín y Moscú como meramente económico. Sin embargo, dicho gasoducto atravesaría el mar Báltico desde Rusia hasta llegar a Europa. Ello implica que no quedaría ligado a los países de tránsito: Bielorrusia, Estonia, Letonia y Lituania; supondría una alternativa a la intención inicial de EEUU de exportar gas natural licuado -GNL- y de esquisto.[45] En este sentido, se observa un acercamiento a Europa en lo energético desde la estrategia de *divide et impera.* Se trata de acercarse a ciertos Estados en detrimento de otros que inicialmente mantienen buena relación. De ese modo se puede originar cierta desconfianza en las instituciones de tipo supranacional y desgastar la cohesión de la Unión Europea. El esfuerzo principal de enfoque energético cooperativo es con Alemania, en el sentido de que, de los 464 millones de metros cúbicos de gas ruso exportado a Europa, más de 118 lo hicieron a Alemania. Así, desde la *Neue Ostpolitik* de 1970 se originó un fuerte vínculo de cooperación entre estos dos países que ha llevado a mantenerlo a pesar de los vínculos o discrepancias ideológicas (Janning, Josef., 2018). Autores como Blackwill y Harris indicaron que este caso constituía un claro ejemplo de geoeconomía, a través del cual el Kremlin instrumentaliza su economía para lograr objetivos estratégicos y defender los intereses nacionales[46]

5. **Relaciones competitivas Unión Europea-Rusia-EEUU (OTAN, alianzas nórdicas, EEUU vs distrito militar oeste Federación rusa)**

La manifestación real de la confrontación existente entre Europa y Federación Rusa ha venido dada con una impronta americana. En este sentido, la influencia estadounidense y la alianza OTAN es la que ha marcado una línea delimitadora entre las llamadas áreas pro-Occidentales y las pro-rusas. Así, tras los incidentes de Ucrania y su región de Crimea, se ha observado un corredor limitador formado por los Estados Bálticos, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Rumanía y Bulgaria de norte a sur. Es lo que se ha denominado *Intermarium* y supone una suerte de telón que separa las áreas de influencia estadounidense y rusas.[47] Así, se ha observado cómo se ha ido desarrollando un escenario complejo con un corredor de contención entre Rusia y EEUU representado en suelo europeo y con las fuerzas militares aliadas OTAN como marcador visible, un alineamiento económico con Rusia en lo bilateral por parte de Alemania, Francia e Italia en menor medida y una geopolítica de gaseoductos con países de tránsito y consumidores en el Báltico.

Ante estos hechos, el componente militar ha iniciado la actividad en el corredor designado, con un componente competitivo mediante ejercicios militares de fuerzas aliadas. Así, en el 2011 se anunció la formación de un "grupo de batalla" teniendo como nación marco a Polonia. Estos grupos de batallas fueron ideados por el denominado *Grupo Visegrad* o V4 y que comprendían a Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría y el Grupo Nórdico Báltico. Este último es, a su vez, otro grupo de importantes características formado por Lituania, Letonia, Estonia y Noruega -siendo éstos miembros OTAN-, Suecia y Finlandia. Por su lado, Estados Unidos intervino militarmente con el ya establecido despliegue de tropas en Alemania. Con la situación en Ucrania y tras 2013, EEUU emplazó sistemas de misiles en la frontera polaca con Bielorrusia. Añadido a ello, Estados Unidos mantenía ejercicios

[45] GACHO CARMONA, I. "Las implicaciones de la construcción de Nord Stream 2 para la Unión de la Energía de la Unión Europea". *Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de Opinión 52/2019*, 2019, p.3-16.

46 BLACKWILL, R; HARRIS JENNIFER, M. "*War by other means: Geoeconomics and statecraft* ". Ed. Harvard University Press, 2016, p. 380.

47 TERESA GUTIÉRREZ, A. "Las Claves del conflicto entre Rusia y Occidente después de Crimea y el conflicto con Ucrania". *Revista Foro Internacional*. Vol. LVIII, 2017, p. 360.

de tipo naval en el Mar Báltico con carácter anual y en el Mar de Crimea. Son las series de maniobra militar naval BALTOPS y *Sea Breeze* respectivamente. Del mismo lado, la OTAN mantiene un espectro mucho más amplio buscando la integración y cooperación de los aliados mediante la instrucción, adiestramiento y ejecución de las unidades multinacionales denominadas "*Battle Groups*" o batallones tácticos. Así, a nivel marítimo la OTAN participaba en operaciones como *Endeavor* en el Mar Mediterráneo[48].

Por otro lado, en su parte más importante y a nivel terrestre; la OTAN ha desarrollado la serie *Enhanced Forward Presence* o Presencia Avanzada Reforzada. Dicha misión se compone de *Battle Groups,* cada uno por país, yendo de norte a sur en Estonia, Letonia, Lituania y Polonia. Cada batallón táctico se compone de una serie de subunidades de entidad compañía de carácter multinacional y tratando de reunir todas las funciones de combate propias de un escenario de combate convencional ante un enemigo moderno y de tipo estatal. Cada batallón tiene también una nación marco, la cual lidera y otra serie de naciones participantes. Así, en Estonia la nación marco es Reino Unido; en Letonia es Canadá, en Lituania es Alemania y en Polonia lo es Estados Unidos. Las acciones de cada uno de los batallones consisten en realizar ejercicios de tipo táctico que permitan reforzar las capacidades militares del país anfitrión y, al mismo tiempo, alcanzar los estándares esperados por parte de OTAN. Del mismo modo, su estrategia de comunicación es la de mostrar y publicitar su capacidad de integración e interoperabilidad al mismo tiempo que constituyen un fuerte mecanismo de disuasión y, en última instancia, de combate ante eventuales agresiones de terceros estados.

Esta estrategia de actuación está siendo extendida a Rumanía mediante la División Multinacional del Sudeste de la estructura OTAN. Frente a ello, Rusia reacciona con despliegues de tipo simétrico a lo largo de la frontera mediante el empleo del Distrito Militar Oeste y el fomento de la llamada Unión Euroasiática, a través de la cual pretende una integración económica y política progresiva. Caso ilustrativo y emblemático es el de Bielorrusia y Kazajstán[49].

6. Conclusiones

A la luz de lo analizado presentamos tres conclusiones que pretenden aportar una visión de conjunto actualizada de la situación en Europa del Este y de las tensiones existentes en un posible escenario futuro.

La primera conclusión es que Federación Rusa ha avanzado desde posiciones de aproximación a Occidente hacia una confrontación progresiva compaginada con una alianza en el Este: China, Corea del Norte e Irán. Parece que esta tendencia se consolidará dada la estabilidad del gobierno de Vladimir Putin y el uso de su política exterior para fortalecer la escena doméstica y situarse como potencia de relevancia en la comunidad internacional, señaladamente en los escenarios que asocia con su esfera de influencia natural o tradicional. Al mismo tiempo, seguirá utilizando los conductos -gas GNL y de esquito- para intentar influir en su política internacional. Ejemplos son los conductos Nord Stream II y Turk Stream. El primero transporta gas desde Ust-Luga (Rusia) hasta Griefswald (Alemania). Lo hace con la aceptación de Suecia, Finlandia y Alemania y siendo a través del mar Báltico. El segundo pretende sustituir el tránsito hacia Europa del Este por Ucrania aprovechando el mar Negro. De esta forma, quizá Federación Rusa contaría con una herramienta de negociación económica al cortar o abaratar el suministro de gas en países de Europa del Este. Éstos adquieren -según datos de la Comisión Europea- una media de 20% más de gas que Europa Occidental.

---

[48] ROZOV, R. "NATO'S Ukranian Target: The Black Sea Fleet ». Globalresearch.com (Disponible en https://www.globalresearch.ca/natos-ukrainian-target-the-black-sea-fleet/5364936; fecha de consulta 01/09/2020)

49 REYES JOSÉ, C. "Crisis por fraude en Bielorrusia, nuevo pulso entre Rusia y Occidente". *Publicación El Tiempo*, Agosto 24, 2020. p.16

La segunda conclusión es que la Unión Europa ha reaccionado tardíamente en su relación de tipo multilateral con el Este. EEUU ha aprovechado el vacío de acuerdo y cooperación en sentido amplio paneuropeo, es decir, entre Federación Rusa y Europa Occidental y Oriental. De este modo, el enfoque atlantista se ha materializado mediante la alianza de la: OTAN, con despliegues de tropas propias y sistemas de misiles. Tras la definición de la Estrategia de Seguridad Europea en 2016, se ha reconocido la necesidad de actuar como un único ente a nivel de UE para poder ser actor global frente a potencias como Rusia. Sin embargo, los atrasos en el desarrollo de la Agencia de Defensa Europea y los acuerdos de tipo bilateral de países europeos con Rusia han dinamitado dicho enfoque y han permitido triunfar en cierto modo la estrategia rusa de*divide et impera*. Es probable que en el futuro la Unión Europea siga sin ser capaz de romper los patrones de dependencia en términos de seguridad y, por tanto, continúe condicionada por los corsés de la defensa conjunta proporcionada por la OTAN. Las corrientes euroescépticas, discrepancias en cuestiones como migración o la salida de Reino Unido de la Unión Europea apuntan a una dependencia cada vez mayor de una Alianza marcada por los intereses particulares de EEUU.

La tercera conclusión es que se consolida una suerte de nuevo "*Telón de Acero*" en Europa del Este. Esta vez está desplazado más hacia el Este, suponiendo una limitación de las zonas de influencia rusa. La delimitación viene definida por el *Intermarium* con presencia de fuerzas militares de los Aliados. La tendencia observada es la permanencia en el medio plazo de dichas fuerzas, con un juego de tipo simétrico entre Rusia y OTAN. Del mismo modo, EEUU seguirá conservando de manera directa sus Fuerzas militares tal y como atestigua el despliegue de fuerzas y sistemas de misiles en Polonia en 2019. Por su parte, Rusia tratará de contrarrestarlo mediante la capacidad de denegación de espacio aéreo con el despliegue de sistemas de misiles en Kaliningrado y Crimea.

La prospectiva presentada en el presente artículo se consideraría válida en el medio plazo o próxima década. Por su lado, los factores determinantes que indicarían un cambio de paradigma serían el cambio o giro en la política doméstica de la Federación Rusa. El relevo de su sistema presidencialista por partidos políticos proeuropeos podría ser indicio de una acción exterior en sintonía con Occidente. Del mismo modo, un cambio político en algunos Estados de Europa del Este con tendencias euroescépticas podría bien implicar un acercamiento a la Federación Rusa. El resultado sería un desplazamiento de ese *Intermarium*. En cualquier caso, el análisis presentado requeriría de revisión ya que el poder de negociación y persistencia de la Federación Rusa en política internacional puede fallar si lo hace su estrategia de conductos. Es decir, si Alemania apuesta por el aprovisionamiento de gas del norte de África o los países bálticos, Finlandia, Noruega y Dinamarca se oponen a las operaciones de Gazprom en el mar Báltico. Otro factor de revisión planteado sería la siguiente publicación de la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea y su concepto de relación con la Federación Rusa y aliados, por un lado; y EEUU, Reino Unido por otro.

7. Bibliografía

ARBATOV, A. "Russia's Foreign Policy Alternatives ». *Revista International Security*, Vol 18, Nº2, 1993.

BAAR, V; BAAROVA, B. "De facto states and their socio-economic structures in the post-Soviet space after the annexation of Crimea » *Revista Studia z Geografii Politycznej i Historycznej*. Vol 6, 2017.

BALZER, H. "The Putin Thesis and Russian Energy Policy". Post-Soviet Affairs. Vol.21, Nº3, 2005.

BELÉN SERRA, M. "El BRICS como puente para la reemergencia de la Federación Rusa: el ascenso de los otros y su estrategia de jugador global". *Cuadernos de Política Exterior argentina, Nueva Época*, Nº 127, 2018.

BLACKWILL, R; HARRIS JENNIFER,M. « *War by other means : Geoeconomics and statecraft* ». Ed. Harvard University Press, 2016.

BROWN, L. "NATO squares up to Putin". *Publicación Daily Mail*, Octubre 27,2016.

CARLOS IZQUIERDO, J. "La nueva estrategia de seguridad europea". *Instituto de Estudios Estratégicos. Documento Marco*, 2016.

EFE NEWS SERVICE "Cerca de 50 barcos participarán en ejercicios militares BALTOPS en el Báltico". Madrid. Junio 2, 2015.

BOLETÍN INFORMATIVO DEL DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN Y PRENSA, "Concepto de Política Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores de la Federación de Rusia". Moscú, 2000.

OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA "Estrategia europea de seguridad: una Europa segura en un mundo mejor". Consejo de la Unión Europea, 2009.

FERNÁNDEZ-ARIAS, C. "Hacia una diplomacia común: el servicio europeo de Acción Exterior". *Revista Política Exterior*. Vol.24, Nº133, 2010,

FIOTT, D. "No TTIP-ING point for European Defence?", *Revista Instituto Europeo de Estudios de Seguridad*, 2014.

GACHO CARMONA, I. "Las implicaciones de la construcción de Nord Stream 2 para la Unión de la Energía de la Unión Europea". *Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de Opinión* 52/2019, 2019,

GLIÈRE, C "EU security and defence: Core documents*"*. *Revista de Instituto Europeo de Estudios de Seguridad*. Vol 8, Nº112, 2008,

GUTIÉRREZ ESPADA, C; CERVELL HORTAL, M.J. "*La adaptación al Tratado de Lisboa del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*". Ed. Comares, Madrid, 2010,

LECHINI, G; GIACCAGLIA, C "*Poderes medios emergentes y orden internacional: hacia un manejo colectivo de los asuntos mundiales*". Ed. UNR, Rosario, 2016.

MARTÍNEZ GARNELO, C; GIORGINA, K. "La política exterior de la Unión Europea: Balance del Tratado de Lisboa en materia de prevención de conflictos". *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Nómadas*. Vol. 33, Nº1, 2012,

MELCHIORRE, T. "The protection of the sea as a cooperation area case in the Baltic Sea región". *Revista Regions and Cohesions*. Nº 5, 2015.

MORAL MARTÍN, P." El nexo seguridad-desarrollo y la resiliencia como sucedáneos de la seguridad humana en las políticas de la Unión Europea: el caso del Sahel". *Revista Relaciones Internacionales*. Nº 43, 2020.

PARDO, E. "Rusia, el poder y la energía". *Revista UNISCI*, Nº37, 2015.

PIRANI, S. "Russian and CIS gas markets and their impact on Europe », *Oxford Institute for Energy Studies. Oxford University Press*, 2009.

R. SUÁNZES, P. "EU: solidaridad o fractura. El último desafio existencial que afronta la UE". *Publicación El Mundo*, Marzo 29, 2020.

REYES JOSÉ, C. "Crisis por fraude en Bielorrusia, nuevo pulso entre Rusia y Occidente". *Publicación El Tiempo*, Agosto 24, 2020.

ROZOV, R. "NATO'S Ukranian Target: The Black Sea Fleet ". Globalresearch.com (Disponible en https://www.globalresearch.ca/natos-ukrainian-target-the-black-sea-fleet/5364936; fecha de consulta 01/09/2020)

SCHIMMELFENNIG, F. "The normative origins of democracy in the European Union : toward a transformationalist theory of democracy*"* . *Revista European Political science review*. Vol. 2 Nº2, 2010.

SMITH STEGEL, K. "Deconstructing the energy weapon. Russia's Threat to Europe as case study". *Revista Energy Policy*. Vol. 39, Nº 10, 2011.

SUÁREZ, E ; GALLEGO, J ; BELLVER, J. "EEUU refuerza su apoyo militar a Polonia y a los países bálticos: La OTAN suspende relaciones con Rusia, que denuncia sus tácticas de la Guerra Fría". *Publicación El Mundo*. Marzo 6, 2014.

TERESA GUTIÉRREZ, A. "Las Claves del conflicto entre Rusia y Occidente después de Crimea y el conflicto con Ucrania". *Revista Foro Internacional*. Vol. LVIII, 2017.

SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR "Visión compartida, acción común: una Europa más fuerte", 2016.

Legislación

Tratado del Atlántico Norte firmado en Washington, 4 de abril de 1949.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 352-365
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Democracia Ambiental e os Invisíveis: Rompendo as barreiras da exclusão socioambiental

Environmental Democracy and the Invisibles: Breaking the barriers of socio-environmental exclusion

Christiane Costa Assis[1]
Universidade do Estado de Minas Gerais

Sumario: 1 Introdução; 2 Estado Socioambiental de Direito e Justiça Socioambiental; 3 Retórica dos Direitos Fundamentais e Exclusão Socioambiental; 4 Por uma democracia ambiental efetiva; 5 Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar uma defesa da democracia ambiental para combater a invisibilidade dos grupos vulneráveis. Para tanto, adotou-se o método dedutivo partindo-se de uma construção ampla sobre o Estado Socioambiental de Direito e a justiça socioambiental para aplicá-la ao contexto de exclusão socioambiental de países periféricos como o Brasil. Como técnica de pesquisa adotou-se a pesquisa bibliográfica para o referencial teórico e fundamentação do trabalho. Como conclusão o artigo aponta a necessidade do reconhecimento dos direitos ambientais fundamentais como transformadores sociais, uma vez que as lutas ambientais são indissociáveis das lutas sociais.

Palavras-chave: democracia ambiental; justiça socioambiental; exclusão; direitos ambientais.

Abstract: This article aims to present a defense of environmental democracy to fight the invisibility of vulnerable groups. To this end, the deductive method was adopted starting from a broad construction on the Socio-Environmental Rule of Law and socio-environmental justice and then to apply it to the context of socio-environmental exclusion of peripheral countries such as Brazil. As a research technique, bibliographic research was adopted for the theoretical framework and foundations of the work. As a conclusion, the article points out the need for the acknowledgment of the fundamental environmental rights as a social transformers, since environmental struggles are inseparable from social struggles.

Keywords: environmental democracy; socio-environmental justice; exclusion; environmental rights.

1 Introdução

A temática ambiental vem ocupando cada vez mais espaço no cenário mundial e a preocupação com o meio ambiente se tornou uma das pautas políticas

[1] 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).

Recibido: 17/11/2020
Aceptado: 03/02/2021

contemporâneas. As discussões se mostram focadas na necessidade de preservação do meio ambiente sadio e das espécies da fauna e flora, mas pouco se fala na relação entre os direitos ambientais e a injustiça social.

A construção histórica dos direitos fundamentais significa que tais conquistas são resultado de reivindicações e lutas ao longo dos séculos. Entretanto, os direitos ambientais, embora pertencentes à categoria dos direitos fundamentais, parecem afastados das demandas populares nesse processo histórico. Referido distanciamento dos direitos ambientais em face dos demais direitos fundamentais tem relação estreita com a injustiça social e, consequentemente, com a democracia.

Diante desse cenário o presente trabalho tem como objetivo apresentar uma defesa da democracia ambiental para combater a invisibilidade dos grupos vulneráveis, o que é essencial à justiça socioambiental. Para tanto, o trabalho inicialmente apresentará noções fundamentais sobre o Estado Socioambiental de Direito e a justiça socioambiental, destacando as particularidades da América Latina. Em um segundo momento o trabalho apontará os mecanismos retóricos causadores da falsa percepção sobre os direitos fundamentais, especialmente dos direitos ambientais, instrumentalizando a exclusão socioambiental evidenciada inclusive nos maiores desastres ambientais do Brasil. Por fim, apresentar-se-á as premissas necessárias à democracia ambiental, sendo este o caminho para justiça socioambiental.

2 Estado socioambiental de direito e justiça socioambiental

O Estado Socioambiental de Direito, também conhecido como Estado Constitucional Ecológico[2], é o Estado de Direito democrático e social regido por princípios ecológicos tendo como objetivo e fundamento a democracia sustentada, sendo esta uma expressão condensadora das novas formas de participação política[3]. A construção desse Estado deve ser autossustentada e considerar as particularidades de cada região avaliando as vantagens e desvantagens da atuação ou não das estruturas jurídicas existentes[4]. Referido Estado, portanto, intensifica a preocupação com a democratização, a participação e o acesso à justiça por parte dos cidadãos[5].

São objetivos do Estado Socioambiental de Direito propiciar maior compreensão do meio ambiente, viabilizar um conceito de direito ambiental integrativo com abordagens multitemáticas, estimular a formação da consciência ambiental para a reconstrução de pensamentos e reformulação de ideias reconhecedoras do valor intrínseco do meio ambiente, favorecer a institucionalização de mecanismos adequados para os problemas ambientais e possibilitar a jurisdicização de instrumentos que garantam a proteção adequada do meio ambiente a partir da prevenção e da precaução[6]. O Estado socioambiental de Direito demanda a conscientização global e a cidadania participativa, sendo esta entendida como uma ação conjunta do Estado e da coletividade fundada na responsabilidade solidária e participativa para a proteção ambiental, ou seja, exige-se a democracia ambiental[7]. A participação resulta em transparência e legitimidade

[2] CANOTILHO, J. J. G. "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada", *Revista CEDOUA*, 4 [8], 2001, p. 11-18.
[3] CANOTILHO, J. J. G. "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada", *Revista CEDOUA*, 4 [8], 2001, p. 09.
[4] CANOTILHO, J. J. G. "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada", *Revista CEDOUA*, 4 [8], 2001, p. 15
[5] CANOTILHO, J. J. G. "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada", *Revista CEDOUA*, 4 [8], 2001, p. 16
[6] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015, p. 180-182.
[7] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015, p. 183.

das decisões em matéria ambiental que deixam de ser monopólio do Poder Público, mas exigem cidadãos informados, educação ambiental e amplo acesso à justiça[8].

O paradigma socioambiental é acompanhado de uma Hermenêutica Jurídica Ambiental que consiste em um conjunto de "[...] princípios de interpretação que objetivam a busca de soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação de normas ambientais, influenciados por uma nova pré-compreensão ambiental"[9]. O conteúdo principiológico do direito fundamental ao meio ambiente não é absoluto ou imutável, mas incorpora os princípios da precaução, do mínimo existencial ecológico e da proteção do retrocesso ecológico[10].

A consolidação do Estado Socioambiental de Direito marcado pela justiça ambiental ou justiça ecológica depende de "[...] uma política de meio ambiente ancorada por princípios que vão se formando a partir das complexas questões suscitadas pela crise ambiental"[11]. Nesse sentido, os conceitos, discursos, movimentos e políticas da justiça ambiental emergem de experiências políticas, culturais e históricas específicas[12].

No caso da América Latina a ideia de justiça ambiental é marcada por um componente forte de justiça social e engloba direitos culturais, conhecimentos tradicionais indígenas, recursos genéticos, cidadania, dentre outros[13]. Há diferença em face da abordagem dos Estados Unidos que se mostra mais restrita por ter emergido como uma extensão dos direitos civis e, assim sendo, temas como a luta pela terra e a defesa de práticas agrícolas tradicionais são negligenciados no ativismo ambiental norte-americano[14]. Por sua vez, a justiça ambiental ou ecológica da América Latina nasceu em resposta aos problemas de acesso aos recursos e sua depredação e também pela instalação de atividades contaminadoras em bairros e comarcas mais vulneráveis, ou seja, locais habitados por minorias[15].

O movimento da justiça ambiental reconhece e destaca a desigualdade e injustiça ambientais como outras dimensões das desigualdades sociais[16] não aceitando a separação entre sociedade e ambiente[17]. A justiça ambiental significa a ausência de discriminação ambiental não havendo, portanto, seletividade ou exclusão na tutela do meio ambiente[18]. Referida justiça consiste em uma tentativa de equalizar o peso da poluição, do desenvolvimento nocivo e do esgotamento dos recursos exigindo uma distribuição equânime das vantagens e desvantagens

---

[8] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015, p. 184.

[9] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015, p. 188.

[10] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015, p. 189.

[11] CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015, p. 184.

[12] CARRUTHERS, D. V. "Introduction: Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America" en (David V. Carruthers editor), *Environmental Justice in Latin America: Problems, Promise, and Practice*, MIT Press, Londres, 2008, p. 04.

[13] CARRUTHERS, D. V. "Introduction: Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America" en (David V. Carruthers editor), *Environmental Justice in Latin America: Problems, Promise, and Practice*, MIT Press, Londres, 2008, p. 07

[14] CARRUTHERS, D. V. "Introduction: Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America" en (David V. Carruthers editor), *Environmental Justice in Latin America: Problems, Promise, and Practice*, MIT Press, Londres, 2008, p. 05.

[15] MANZINI, E.; BIGUES, J. *Ecología y democracia: de la injusticia ecológica a la democracia ambiental*, Icaria Más Madera, Barcelona, 2000, p. 78.

[16] HERNÁNDEZ, J. G. V. "El derecho a la participación en las decisiones ambientales: un enfoque desde la justicia ambiental y la justicia constitucional" en (Natalia Orduz Salinas coord.), La Corte Ambiental: expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales, Heinrich Böll Stiftung, Colombia, 2018, p. 86

[17] ARGUEDAS, A. G. En el camino de la justicia ambiental: estableciendo vínculos entre medio ambiente y justicia social. *Revista de Ciencias Sociales*, IV [146], 2014, p. 114.

[18] CANOTILHO, J. J. G. *Direito público do ambiente*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1995, p. 35

ambientais e ampla participação popular na avaliação e repartição desses elementos[19].

Assim como a injustiça social, a injustiça ambiental atinge mais profundamente os desfavorecidos economicamente e com acesso reduzido ou inexistente aos serviços públicos essenciais e à informação[20]. Nesse sentido:

> [...] a miséria e a pobreza (como projeções da falta de acesso aos direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima etc.) caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando, por duas vias distintas, a sua dignidade[21].

A justiça ambiental se relaciona, portanto, com a distribuição dos bens e dos males ambientais entre os seres vivos humanos e não-humanos de forma sincrônica e diacrônica e, nesse segundo sentido, remetendo à ideia de sustentabilidade[22]. Referida sustentabilidade exige que os sistemas econômicos-sociais sejam reproduzíveis sem a deterioração dos ecossistemas nos quais se apoiam a curto e longo prazo, ou seja, exige-se viabilidade ecológica[23]. Para que as atividades humanas são sobrecarreguem as funções ambientais nem deteriorem a qualidade ambiental é necessário respeitar os limites de absorção e regeneração dos ecossistemas e ainda considerar o legado a ser deixado para as gerações futuras a partir do que foi recebido pelas gerações presentes[24].

Fala-se ainda em um direito processual de acesso à justiça ambiental entendido como um instrumento de "participação no devido processo jusambiental e nos mecanismos de controle da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado"[25], pois a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado " depende de sua processualização, por meio do acesso à informação, da participação social e popular, e, enfim, de sua judicialização"[26]. Referido direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou adequado consiste no "conjunto de posições, situações e pretensões jurídicas que visam assegurar a todos e a cada um, no presente e no futuro, condições ambientais que possibilitem a vida humana com qualidade"[27].

A forte conexão entre a questão ambiental e a questão social gerou o nome justiça socioambiental. Trata-se de uma tentativa de aproximação entre os direitos ambientais e direitos fundamentais, pois, embora aqueles se enquadrem nestes, há um afastamento dos direitos ambientais dos demais direitos fundamentais encoberto por meio de recursos retóricos.

---

[19] SHRADER-FRECHETTE, K. *Environmental justice: creating equality, reclaiming democracy*, Oxford University Press, Nova York, 2002, p. 06.

[20] FENSTERSEIFER, T. "Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional", *Direitos Fundamentais & Justiça*, 2, 2008, p. 142/143.

[21] SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 371.

[22] RIECHMANN, J. Tres principios básicos de justicia ambiental. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 21, 2003, p. 109.

[23] RIECHMANN, J. Tres principios básicos de justicia ambiental. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 21, 2003, p. 109.

[24] RIECHMANN, J. Tres principios básicos de justicia ambiental. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 21, 2003, p. 109.

[25] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 152.

[26] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 156.

[27] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 156.

3 Retórica dos direitos fundamentais e exclusão socioambiental

Na literatura jurídica ainda existem vozes dissidentes sobre o reconhecimento dos direitos ambientais como direitos fundamentais, porém mesmo no âmbito internacional tais direitos se tornaram reconhecidamente integrados aos Direitos Humanos, uma vez que passam pelos testes justificantes apropriados[28]. Do ponto de vista interno dos Estados, os ciclos do constitucionalismo ecológico caminham para a consolidação dos direitos ambientais como direitos fundamentais até mesmo judicializáveis que protegem inclusive animais não humanos[29].

Os direitos ambientais se caracterizam como fundamentais, uma vez que sua afirmação e exercício são indispensáveis para o gozo dos demais direitos, estando imediatamente vinculados com a dignidade da pessoa humana[30]. Em função dessa natureza essencial atribuída a todos os direitos fundamentais, há "[...] uma *presunção relativa* de primazia que impõe jusfundamentação mais rigorosa, um *strict scrutiny*, para deixar-se de aplicar em sua inteireza um direito, havendo de prevalecer em caso de dúvida sobre a necessidade da restrição"[31]. Outra característica dos direitos fundamentais consiste na complementariedade e interdependência entre eles, o que torna inviável classificar com exatidão tais direitos em gerações ou dimensões cronologicamente protegidas, sendo tal separação um "mero artifício de interesse puramente didático"[32]. Nesse sentido, os direitos ambientais ora são classificados na terceira dimensão como um direito solidário e global ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado[33], ora são enquadrados na quarta dimensão como um direito coletivo ao meio ambiente saudável para as gerações presentes e futuras[34]. O consenso, portanto, se concentra na indivisibilidade ou indissociabilidade dos direitos fundamentais. Como corolário da indissociabilidade, afirma-se a igualdade hierárquica dos direitos fundamentais que "[...] devem ser concebidos em igual estatura normativa, sem hierarquia prévia, a menos que o sistema constitucional ou transconstitucional assim o admita expressamente"[35]. Por fim, merece destaque a indisponibilidade dos direitos fundamentais que impede sua transferência, alienação, cessão ou anulação[36]. Referido atributo consiste em "[...] barreira tanto para as autoridades do Estado, que não estão autorizadas a negar ou a expropriar as pretensões protegidas [...], quanto ao próprio titular que não pode deles abrir mão ou negociar sua titularidade"[37].

Em países periféricos os direitos fundamentais são usados como apelos retóricos que se prestam à "[...] legitimação argumentativa de decisões que ferem

---

[28] NICKEL, J. W. The Human Right to a Safe Environment: philosophical perspectives on its scope and justification. *Yale Journal of International Law*, 18, 1993, p. 282.
[29] SAMPAIO, J. A. L. Os ciclos do constitucionalismo ecológico. *Revista Jurídica da FA7*, 13 [2], 2016, p. 83-101.
[30] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 550.
[31] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 551.
[32] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 554.
[33] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 574.
[34] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 575.
[35] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 555.
[36] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 553.
[37] SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 553.

os comandos ou as consequências que prescrevem"[38]. Referida retórica dos direitos fundamentais utiliza discursos de inclusão e de igualdade para induzir uma compreensão falseada da realidade que legitima o domínio da maioria, se convertendo em "trufas do poder"[39].

Os direitos ambientais não escapam da estratégia retórica utilizada para os direitos fundamentais. Afirma-se a adoção de uma Constituição ecológica repleta de "direitos verdes", entretanto uma Constituição não pode ser definida como ecológica pela simples previsão de disposições sobre o meio-ambiente ou recursos naturais, ainda que em grande volume[40]. A oposição entre o propósito do texto constitucional e o estilo político e econômico não-ecológico adotado estruturalmente pelo Estado e pela realidade econômica de um país converte a norma constitucional em uma "ata do fracasso" que apresenta o testemunho dos propósitos não cumpridos[41].

Contribuem para a ausência de normatividade dos direitos ambientais a demora na prestação jurisdicional, a prevalência dos interesses econômicos sobre os ambientais e os déficits de formação e cultura ambientais[42]. Além disso, instrumentos elaborados para a proteção do meio ambiente como os estudos ou avaliações de impacto ambiental muitas vezes funcionam como mecanismos formalmente legitimadores e justificadores de projetos de desenvolvimento e atividades produtivas a qualquer custo[43]. Nesse contexto, a retórica da "política verde" desgasta o ideário do pensamento ecológico e interrompe sua inserção no imaginário coletivo que passa a enxergá-lo com descrédito[44]. Quanto maior a descrença, menor é luta por tais direitos, criando, portanto, um ciclo de ausência de normatividade.

No cenário descrito os socialmente injustiçados se afastam cada vez mais dos direitos ambientais e são induzidos a considerá-los como supérfluos sem perceber sua relação direta com os demais direitos fundamentais e com todas as lutas contramajoritárias. Essa visão apartada dos direitos ambientais é o que possibilita a manutenção da exclusão socioambiental, uma vez que a desinformação sobre a indissocibilidade dos direitos fundamentais faz com que os grupos vulneráveis muitas vezes não se mobilizem para construir uma voz política em sua defesa como ocorre com outros direitos fundamentais.

A exclusão, subjugação e/ou inexistência dos direitos ambientais, étnicos e coletivos é resultado de uma concepção que encara a natureza como um recurso separado do ser humano negligenciado a necessidade de um regime jurídico pluralista e coletivo[45]. Nessa visão, os direitos ambientais se convertem em direitos pertencentes apenas àqueles que utilizam os recursos naturais e, assim sendo, fabrica-se o desinteresse popular fundado na ideia de que a construção plural e coletiva não seria necessária em função de seus seletos destinatários. Trata-se de uma compreensão inadequada do processo de tomada de decisões que assola a democracia dos países periféricos. Ao Estado caberia regulamentar a fruição desses

---

[38] SAMPAIO, J. A. L. "Direitos fundamentais como trufas da maioria". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* 7 [3], 2015, p. 233.

[39] SAMPAIO, J. A. L. "Direitos fundamentais como trufas da maioria". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* 7 [3], 2015, p. 233.

[40] NAVIA, J. M. B. "Derecho ambiental y cultura legal en América Latina" en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 61.

[41] NAVIA, J. M. B. "Derecho ambiental y cultura legal en América Latina" en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 61.

[42] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 168.

[43] ARGUEDAS, A. G. En el camino de la justicia ambiental: estableciendo vínculos entre medio ambiente y justicia social. *Revista de Ciencias Sociales*, IV [146], 2014, p. 117.

[44] NAVIA, J. M. B. "Derecho ambiental y cultura legal en América Latina" en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 61.

[45] LEFF, E. "Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo" en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 10.

direitos e, nesse sentido, o Direito Ambiental se aproxima mais do Direito Regulatório do que do Direito Constitucional. Esse papel de mero regulador designado ao Estado associado à ausência de participação cidadã e social ativa e efetiva gerou problemas de uso e comercialização dos recursos naturais e do meio ambiente em geral, além da manipulação dos novos direitos coletivos[46].

Os mais afetados pela ausência da construção coletiva dos direitos ambientais coincidem com os grupos invisíveis da sociedade, o que é evidenciado pela característica de injustiça social dos desastres ambientais. No Brasil o desastre radioativo com o césio-137 no ano de 1987 teve como vítimas iniciais dois "sucateiros" que comercializaram uma peça de ferro e chumbo encontrada nas ruínas do Instituto Goiano de Radiologia para um dono de um "ferro-velho" que, encantado com a luminosidade da substância presente na peça que adquiriu, distribuiu o pó de brilho azul entre parentes, amigos e vizinhos de bairros na região central da cidade[47]. E assim, "sob a forma de pedra ou pó, o césio-137 circulava de mão em mão como uma dádiva maravilhosa que, por vezes, era recebida como um signo de sorte e bem-aventurança"[48] e acolhido como "[...] um elemento desconhecido, tido como extraordinário, que alimentava as fantasias de um grupo de pessoas que, ordinariamente, tinham pouco com que sonhar"[49].

Ainda no Brasil, o rompimento da barragem de rejeitos de mineração em Mariana, Minas Gerais, no ano de 2015, atingiu principalmente seguimentos vulneráveis da sociedade, configurando racismo ambiental[50]:

> Bento Rodrigues, com uma população aproximadamente 85% negra, se encontrava a pouco mais de 6 km da barragem de rejeito rompida e a 2 km da barragem do Santarém; Paracatu de Baixo com 80% se situava a pouco mais de 40 km a jusante da barragem rompida (seguindo o curso do rio Gualaxo do Norte); o povoado de Gesteira afastado aproximadamente 62 km da barragem apresenta 70,4% da população negra, de modo que a cidade de Barra Longa, com 60,3% da população negra, dista cerca de 76 km da barragem aproximadamente. Foram, sobretudo, estas comunidades negras as que mais sofreram com as perdas humanas e com os impactos materiais, simbólicos e psicológicos[51].

A tragédia evidenciou que a localização das barragens de rejeitos de mineração considera "[...] a presença de grupos étnicos politicamente minoritários e economicamente vulneráveis e, por isso, com pequenas possibilidades de fazer

---

[46] BALLAR, R. G. "Participación ciudadana y justicia para la naturaliza", en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 139.

[47] CHAVES, E. G. "Goiânia é azul: o acidente com o césio 137", *Revista UFG*, 9 [1], 2007, p. 01; VIEIRA, S. de A. "Césio-137, um drama recontado". *Estudos Avançados,* 27 [77], 2013, p. 217/218.

[48] VIEIRA, S. de A. "Césio-137, um drama recontado". *Estudos Avançados,* 27 [77], 2013, p. 128.

[49] CHAVES, E. G. "Goiânia é azul: o acidente com o césio 137", *Revista UFG*, 9 [1], 2007, p. 04.

[50] MANSUR, M. S. et al. "Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton", en (M. Zonta; C. Trocate, orgs.) *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*, iGuana, Marabá, 2016, p. 33.

[51] MANSUR, M. S. et al. "Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton", en (M. Zonta; C. Trocate, orgs.) *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*, iGuana, Marabá, 2016, p. 33.

ouvir suas demandas por direitos na esfera pública"[52]. Constatou-se também que "[...] são os segmentos com restrito poder político-econômico e menor capacidade de se fazer ouvir – povos tradicionais, comunidades rurais negras, indígenas Krenak, ribeirinhos, pescadores e agricultores –, que estão mais expostos aos riscos ambientais e que sofrem mais com as perdas humanas, materiais, territoriais e culturais dos efeitos socioambientais"[53].

Ainda no Estado de Minas Gerais, o rompimento da barragem de rejeitos em Brumadinho em 2019 revelou que os movimentos locais possuem dificuldades para contestar as atividades de mineração em função da dependência econômica e política mineral do município[54]. Além disso, os dados da área afetada demonstram que "[...] a população que estava mais vulnerável ao desastre era, em maior parte, de não brancos, principalmente negros (pretos e pardos, segundo definição do IBGE)" [55]. Convém ressaltar que no Brasil os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV[56]) e, assim sendo, todo o conjunto de normas protetoras dos direitos ambientais, como espécie de direitos fundamentais, receberam a proteção máxima na Constituição de 1988. Entretanto, a salvaguarda constitucional não foi suficiente para evitar que tragédias ambientais se tornassem frequentes no País e atingissem diretamente grupos vulneráveis.

O impedimento do engajamento dos cidadãos na luta pelos direitos ambientais obstaculiza a pauta dos grupos vulneráveis, uma vez que dar voz à população nos temas ambientais significa dar voz às minorias. Entretanto, a negativa dos direitos ambientais não causa perplexidade semelhante à negativa de outros direitos fundamentais e, assim sendo, os direitos ambientais permanecem estrategicamente aprisionados por aqueles que vislumbram o seu potencial como transformador social e os convertem em instrumentos de monetização perpetuando a exclusão socioambiental. Há, portanto, uma lógica sociopolítica que promove e reproduz as desigualdades ambientais[57].

Por sua vez, o acesso a informação ambiental enfrenta três desafios na América Latina: o primeiro se refere à desconfiança em relação às informações prestadas pelos Estados gerada pela ausência de compreensão dos termos científicos e informações das problemáticas ambientais; o segundo decorre da participação seletiva da sociedade civil nas decisões de impacto ambiental e ainda de problemas de sustentabilidade no tempo, uma vez que a gestão ambiental compreende etapas que se estendem desde a formulação até a implementação, monitoramento e avaliação das ações ambientais; e o terceiro incide sobre a garantia de acesso à justiça ambiental, uma vez que esta exige condições prévias de igualdade de acesso aos mecanismos administrativos e judiciais invocados[58].

---

[52] MANSUR, M. S. et al. "Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton", en (M. Zonta; C. Trocate, orgs.) *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*, iGuana, Marabá, 2016, p. 33/34

[53] GONÇALVES, R.; PINTO, R. G.; WANDERLEY, L. J. "Conflitos ambientais e pilhagem dos territórios na bacia do Rio Doce" en (M. Zonta; C. Trocate, orgs.) *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*, iGuana, Marabá, 2016, p. 157.

[54] MILANEZ, B. et al. "Minas não há mais: avaliação dos aspectos econômicos e institucionais do desastre da Vale na bacia do Rio Paraopeba". *Versos - Textos para discussão PoEMas,* 3 [1], 2019, p. 03; p. 46 e ss.

[55] MILANEZ, B. et al. "Minas não há mais: avaliação dos aspectos econômicos e institucionais do desastre da Vale na bacia do Rio Paraopeba". *Versos - Textos para discussão PoEMas,* 3 [1], 2019, p. 80.

[56] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

[57] ARGUEDAS, A. G. En el camino de la justicia ambiental: estableciendo vínculos entre medio ambiente y justicia social. *Revista de Ciencias Sociales*, IV [146], 2014, p. 117.

[58] TOGNOLI, J. A. Desafíos de la democracia ambiental en el marco de la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú). Anuario en Relaciones Internacionales, 2018, p. 03; 06.

Embora as fontes frequentes da injustiça socioambiental sejam governos e empresas que realizam instalações questionáveis em locais onde a resistência e o grau de informação dos moradores sejam menores, há uma responsabilidade comum da população que permitiu que esses agentes praticassem abusos contra os grupos vulneráveis[59]. Assim sendo, a defesa da justiça socioambiental é uma luta não apenas das vítimas dos desastres ambientais, mas de toda a sociedade que se afirma um Estado Socioambiental de Direito.

4 Por uma democracia ambiental efetiva

A democracia entendida como "regime de governo que se legitima na vontade popular e no respeito aos direitos fundamentais"[60] adquire o adjetivo ambiental quando "projeta a reciprocidade do fazer democrático para dentro das deliberações sobre meio ambiente, e, ao mesmo tempo, ecologiza a democracia"[61]. Referida democracia ambiental consiste em um princípio de direitos para todos os participantes do debate ambiental[62].

> Por um, destaca-se a necessidade de legitimação dos processos decisórios sobre o tema ambiental; por outro, impõe-se a exigência de que o meio ambiente seja considerado a sério nos processos de escolhas de políticos e das políticas como agenda necessária e inadiável[63].

Para Boaventura de Souza Santos a utopia ecológica e democrática é realista porque se "[...] assenta num princípio de realidade que é crescentemente partilhado". O aspecto ecológico seria utópico porque depende de uma transformação global dos modos de produção, conhecimento científico, quadros de vida, formas de sociabilidade, universos simbólicos e de uma nova relação paradigmática com a natureza[64]. Já o aspecto democrático seria utópico porque necessita da "[...] repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta dos direitos humanos da natureza"[65].

A guinada para o paradigma do Estado Socioambiental de Direito se torna difícil quando a análise se concentra na rejeição do ordenamento jurídico atual buscando uma ordem social futura, porém é possível implementar a mudança a partir de uma "perspectiva verde" do ordenamento presente[66]. Para tanto, é necessário o engajamento com os tópicos e temas comumente abordados na teoria política, tais como democracia, igualdade, autonomia e Estado[67]. Lado outro, a

---

[59] SHRADER-FRECHETTE, K. *Environmental justice: creating equality, reclaiming democracy*, Oxford University Press, Nova York, 2002, p. 07.
[60] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 150.
[61] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 150.
[62] MANZINI, E.; BIGUES, J. *Ecología y democracia: de la injusticia ecológica a la democracia ambiental*, Icaria Más Madera, Barcelona, 2000, p. 77.
[63] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 150.
[64] SANTOS. B. de S. *Pela mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade*, Edições Afrontamento, Porto, 1999, p. 42.
[65] SANTOS. B. de S. *Pela mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade*, Edições Afrontamento, Porto, 1999, p. 42.
[66] BARRY, J. *Rethinking Green Politics: nature, virtue and progress*, Sage, Londres, 1999, p. 248.
[67] BARRY, J. *Rethinking Green Politics: nature, virtue and progress*, Sage, Londres, 1999, p. 248.

teoria política deve receber das questões ambientais novas preocupações legítimas, além de reavivar preocupações antigas com um novo fôlego[68].

Os direitos ambientais possuem previsão constitucional e infraconstitucional, mas não podem ser enfrentados como uma segunda categoria de direitos fundamentais, pois as questões ambientais são indissociáveis das demais lutas populares. Um discurso que negligencie os direitos ambientais relegando-os ao segundo plano enfraquece a justiça socioambiental e o próprio discurso dos direitos fundamentais por quebrar a indissociabilidade dessa categoria de direitos. Nesse contexto, a luta pela democracia é também uma luta ambiental e a invisibilidade das minorias deve ser combatida com a ampliação de uma cidadania informada que trate também sobre os direitos ambientais.

A resistência ambiental dos grupos vulneráveis é uma resistência política ao descaso e complacência estatais com a degradação ambiental. Nesse ponto, há mais uma característica que evidencia a necessidade de alocação dos direitos ambientais juntamente com os demais direitos fundamentais: as violações desses direitos não se originam exclusivamente da conduta estatal, mas o Estado se mostra conivente com elas. Os direitos fundamentais inicialmente aplicados nas relações verticais (Estado-particular) agora possuem eficácia horizontal, devendo ser aplicados também nas relações entre particulares. Quanto ao Estado, cabe a função de prevenir, investigar, punir e reparar abusos cometidos por particulares, inclusive empresas, cometidos em seu território e/ou submetidos à sua jurisdição – esse é o teor do Princípio nº 1 dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas[69].

A participação social é essencial à apropriação e re-atualização dos direitos ambientais[70], possibilitando o controle social das decisões políticas e econômicas, a inclusão de temas ambientais na agenda política e a concretização dos direitos ambientais [71]. Os cidadãos devem ser coautores e destinatários de todas as decisões sob pena de ilegitimidade destas[72], mas para isso é preciso informação e consciência sobre a importância e o impacto dos direitos ambientais. Referido "[...] acesso à informação mobiliza e estimula as pessoas a participar de modo cada vez mais consciente e esclarecido sobre impactos e retornos socioambientais de intervenções humanas na natureza"[73]. Já o acesso à participação nos processos deliberativos confere legitimação formal e amplia a capacidade do governo para identificar as demandas sociais e encontrar respostas adequadas, além de promover os possíveis consensos, viabilizando o cumprimento das decisões na seara ambiental[74]. Por fim, o acesso à justiça permite que os insatisfeitos com o atendimento processual e material do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado recorram ao Poder Judiciário[75].

---

[68] BARRY, J. *Rethinking Green Politics: nature, virtue and progress*, Sage, Londres, 1999, p. 249.

[69] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. 2011.

[70] CHRISTEL, L. G. "Derechos ambientales y resistencias sociales: El instrumento legal como repertorio contra la minería en Argentina", *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 36, 2019, p. 194/195.

[71] CHRISTEL, L. G. "Derechos ambientales y resistencias sociales: El instrumento legal como repertorio contra la minería en Argentina", *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 36, 2019, p. 197.

[72] HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, V. II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

[73] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 150/151.

[74] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 151.

[75] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 151.

O acesso à justiça é um instrumento da democracia ambientai, pois os "[...] mecanismos processuais que viabilizam o acesso dos indivíduos, entidades públicas e privadas à justiça ambiental"[76] consistem em um meio de ampliação da interlocução entre sociedade civil e Estado[77]. É preciso que o Poder Judiciário colabore com o processo de afirmação dos direitos ambientais, reforçando sua fundamentalidade e reconhecendo sua importância. O dever de cumprimento dos direitos fundamentais recai sobre todo o Estado e, nesse sentido, o Poder Judiciário deve manter as aberturas participativas democráticas que são negligenciadas pelos demais poderes instituídos.

Nesse contexto, o Princípio 10 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento preconiza que as questões ambientais recebem melhores tratativas quando há a participação dos cidadãos interessados em diversos níveis, sendo que no nível nacional as autoridades públicas devem proporcionar o acesso apropriado às informações ambientais[78]. No intuito de operacionalizar os direitos de acesso do referido Princípio, em 2018 celebrou-se o Acordo de Escazú, sendo este o primeiro instrumento vinculante em assuntos ambientais para os países da América Latina e do Caribe[79]. O Acordo tem como objetivo garantir a implementação plena e efetiva dos direitos de acesso à informação ambiental, de participação pública nos processos decisórios ambientais e de acesso à justiça nas questões ambientais, além de promover a criação e o fortalecimento das capacidades e da cooperação no intuito de contribuir para a proteção do direito ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento sustentável de cada indivíduo, das gerações presentes e das gerações futuras (Artigo 1)[80]. Nos termos do Acordo, o conceito de "informação ambiental" engloba:

> [...] qualquer informação escrita, visual, sonora, eletrônica ou registrada em qualquer outro formato, relativa ao meio ambiente e seus elementos e aos recursos naturais, incluindo as informações relacionadas com os riscos ambientais e os possíveis impactos adversos associados que afetem ou possam afetar o meio ambiente e a saúde, bem com as relacionadas com a proteção e a gestão ambientais.[81]

A tomada de decisão deve ser informada, não bastando a participação formal de todos como fundamento de uma suposta legitimidade do resultado. A autorização puramente formal dos participantes do debate leva à simples legitimação pelo procedimento e não à verdadeira legitimidade das decisões[82]. É preciso reconhecer que os conflitos ambientais são também conflitos políticos, pois envolvem a luta daqueles que estão "abaixo" para se tornarem sujeitos de seus próprios ambientes[83].

---

[76] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 167/168

[77] SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 167.

[78] UNITED NATIONS, *Rio Declaration on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 1992.

[79] SAENZ, I. B. Z. "El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental", Mirada Legislativa, 173, 2019, p. 2.

[80] NAÇÕES UNIDAS. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, 2018, p. 14.

[81] NAÇÕES UNIDAS. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, 2018, p. 15.

[82] LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1980; HÖFFE, O. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

[83] ARGUEDAS, A. G. En el camino de la justicia ambiental: estableciendo vínculos entre medio ambiente y justicia social. *Revista de Ciencias Sociales*, IV [146], 2014, p. 121.

A legitimidade das decisões ambientais dependerá ainda da adequabilidade do desenho institucional da democracia ambiental em cada país. Embora os impactos ambientais sejam transfronteiriços e dependam de uma resposta coordenada entre diferentes Estados, a construção histórica dos direitos ambientais apresentará variações conforme a qualidade da democracia e os desafios ambientais enfrentados em cada contexto. A democracia ambientai efetiva se forma no espaço entre a existência de um único meio ambiente planetário que precisa ser ecologicamente equilibrado e a pluralidade de cenários dos Estados.

A aparência de uma democracia ambiental fundada na existência de um grande número de disposições constitucionais e legislações infraconstitucionais na temática ambiental não pode servir de retórica indutora da falsa percepção sobre os direitos ambientais por parte da população. É preciso que o conteúdo e o exercício desses direitos sejam apropriados por todos de forma inclusiva para dar operatividade à justiça socioambiental. Não se espera que, incontinenti, o reconhecimento dos direitos ambientais encerre a invisibilidade dos grupos socialmente injustiçados, mas a inclusão de tais direitos e dos instrumentos que os acompanham no aprendizado democrático é essencial para o urgente processo de transformação socioambiental.

5 Conclusão

As tragédias ambientais evidenciam a estreita relação entre exclusão social e invisibilidade ambiental, apontando a necessidade de fortalecimento dos direitos ambientais como elemento transformador da realidade social. Trata-se de instrumento de justiça socioambiental capaz de dar voz política às minorias e, assim sendo, tais direitos não podem ser subjugados em face dos demais direitos fundamentais.

Abordagens que reduzam os direitos ambientais à uma subcategoria ou que os considerem como supérfluos enfraquecem os direitos fundamentais e permitem que eles permaneçam sob o domínio estratégico dos grupos majoritários. Reconhecer os direitos ambientais como direitos fundamentais indissociáveis é essencial para uma cidadania efetiva e, portanto, para a própria democracia. Até que a sociedade e o Estado absorvam os direitos ambientais como direitos fundamentais e reconheçam suas características adjacentes o predicado ambiental deve permanecer junto à democracia e à justiça social, tanto como lembrete para toda a sociedade como garantia especialmente destinada aos grupos vulneráveis.

Sabe-se que os desastres ambientais extrapolam as fronteiras do Estado e, nesse sentido, a afirmação interna da democracia ambiental sem acolhimento internacional pode não ser suficiente para resolver o problema da invisibilidade socioambiental. Entretanto, assim como os desastres ambientais, as lutas históricas se comunicam e o grau de justiça socioambiental alcançado em contextos particulares poderá ser o marco inicial do processo de expansão da democracia ambiental.

Referências

ARGUEDAS, A. G. En el camino de la justicia ambiental: estableciendo vínculos entre medio ambiente y justicia social. Revista de Ciencias Sociales, IV [146], 2014, p. 113-125.

BALLAR, R. G. "Participación ciudadana y justicia para la naturaliza", en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 133-146.

BARRY, J. *Rethinking Green Politics: nature, virtue and progress*, Sage, Londres, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ambiental brasileiro,* Saraiva, Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito público do ambiente*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada", *Revista CEDOUA*, 4 [8], 2001, p. 11-18.

CARRUTHERS, D. V. "Introduction: Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America" en (David V. Carruthers editor), *Environmental Justice in Latin America: Problems, Promise, and Practice*, MIT Press, Londres, 2008, p. 01-22.

CHAVES, E. G. "Goiânia é azul: o acidente com o césio 137", *Revista UFG*, 9 [1], 2007, p. 01-09.

CHRISTEL, L. G. "Derechos ambientales y resistencias sociales: El instrumento legal como repertorio contra la minería en Argentina", *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 36, 2019, p. 193-213.

FENSTERSEIFER, T. "Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional", *Direitos Fundamentais & Justiça*, 2, 2008, p. 132-157.

GONÇALVES, R.; PINTO, R. G.; WANDERLEY, L. J. "Conflitos ambientais e pilhagem dos territórios na bacia do Rio Doce" en (M. Zonta; C. Trocate, orgs.) *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*, iGuana, Marabá, 2016 p. 139-181.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, V. II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HERNÁNDEZ, J. G. V. "El derecho a la participación en las decisiones ambientales: un enfoque desde la justicia ambiental y la justicia constitucional" en (Natalia Orduz Salinas coord.), *La Corte Ambiental: expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales*, Heinrich Böll Stiftung, Colombia, 2018, p. 65-94.

HÖFFE, O. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

LEFF, E. "Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo" en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 07-34.

LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1980.

MANSUR, M. S. et al. "Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton", en (M. Zonta; C. Trocate, orgs.) *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*, iGuana, Marabá, 2016, p. 17-29.

MANZINI, E.; BIGUES, J. *Ecología y democracia: de la injusticia ecológica a la democracia ambiental*, Icaria Más Madera, Barcelona, 2000.

MILANEZ, B. et al. "Minas não há mais: avaliação dos aspectos econômicos e institucionais do desastre da Vale na bacia do Rio Paraopeba". *Versos - Textos para discussão PoEMas,* 3 [1], 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, 2018.

NAVIA, J. M. B. "Derecho ambiental y cultura legal en América Latina" en (Enrique Leff coord.), *Justicia Ambiental*, PNUMA, México, 2001, p. 35-68.

NICKEL, J. W. The Human Right to a Safe Environment: philosophical perspectives on its scope and justification. *Yale Journal of International Law*, 18, 1993, p. 281-295.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. 2011.

RIECHMANN, J. Tres principios básicos de justicia ambiental. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 21, 2003, p. 103-120.

SAENZ, I. B. Z. "El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental", *Mirada Legislativa*, 173, 2019, p. 1-11.

SAMPAIO, J. A. L. Democracia ambiental como direito de acesso e de promoção ao direito ao meio ambiente sadio. *Conpedi Law Review*, 1 [11], 2015, p. 149-176.

SAMPAIO, J. A. L. "Direitos fundamentais como trufas da maioria". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* 7 [3], 2015, p. 226-234.

SAMPAIO, J. A. L. Os ciclos do constitucionalismo ecológico. *Revista Jurídica da FA7*, 13 [2], 2016, p. 83-101.

SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013.

SANTOS. B. de S. *Pela mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade*, Edições Afrontamento, Porto, 1999.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SHRADER-FRECHETTE, K. *Environmental justice: creating equality, reclaiming democracy*, Oxford University Press, Nova York, 2002.

TOGNOLI, J. A. Desafíos de la democracia ambiental en el marco de la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú). *Anuario en Relaciones Internacionales*, 2018, p. 01-12.

UNITED NATIONS, *Rio Declaration on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 1992.

VIEIRA, S. de A. "Césio-137, um drama recontado". *Estudos Avançados,* 27 [77], 2013, p. 217-233.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 366-380
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A Análise Econômica do Direito na Administração Pública e o investimento nas Novas Tecnologias

Economic Analysis of Law in Public Administration and investment in New Technologies

Alberto Barella Netto[1]
Hérica Cristina Paes Nascimento[2]
Vithor Assunção Sousa[3]
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Sumário: Introdução. 1. Da Análise Econômica do Direito. 1.1. Custos de Transação. 2. O contexto das Novas Tecnologias. 2.1 A Administração Pública ante as Novas Tecnologias. 2.2 A eficiência tecnológica. 3. O investimento tecnológico na Administração Pública à luz da AED. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O tema do presente artigo científico baseia-se nos reflexos da utilização da Análise Econômica do Direito (AED) na Administração Pública, notadamente frente ao investimento nas novas tecnologias. Neste trabalho, a AED busca analisar, comparar, explicar, criticar a forma do bom uso dos recursos públicos, principalmente em relação ao investimento tecnológico, pois essa ferramenta procura a máxima eficiência na Administração Pública e para isso utiliza-se teorias importantes da Economia, como por exemplo a Teoria dos Custos de Transação. Outrossim, ressalta-se os impactos causados pelas Novas Tecnologias na Administração Pública e como se pode fazer uso da instrumentalidade da AED para a concretização da máxima eficiência e redução de custos. A metodologia utilizada nesta pesquisa é a de revisão bibliográfica, com busca em livros, doutrinas e trabalhos acadêmicos.

Palavras chave: Análise Econômica, Administração Pública, Tecnologia.

Abstract: The theme of this scientific article is based on the reflexes of the use of Economic Analysis of Law (AED) in Public Administration, notably in the face of investment in new technologies. In this work, the AED seeks to analyze, compare, explain, criticize the form of good use of public resources, especially in relation to technological investment, as this tool seeks maximum efficiency in Public

---

[1] Doutorando em Administração na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Administração pelo Centro Universitário de Franca-SP, tendo o título de Mestre em Gestão Empresarial; Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade de Rio Verde. Atualmente é Reitor da UniRV - Universidade de Rio Verde. Atua na área de Administração com ênfase em Ciências Contábeis e Finanças, Gestão Escolar do Ensino Superior. barella@unirv.edu.br

[2] Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Possui Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito e Justiça do Trabalho pela Faculdade Sul-Americana - FASAM (2016). Graduada em Direito pela Instituto de Ensino Superior de Rio Verde (2012). Atualmente é Procuradora Jurídica da Universidade de Rio Verde - UniRV. Advogada. hericacpnascimento@gmail.com

[3] Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2020); Pós-Graduado em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus de São Paulo (2018); Pós-Graduado em Direito Administrativo e Licitações pela Faculdade Única de Ipatinga-MG (2019); Servidor público pela Universidade de Rio Verde (2016); Advogado. vithorassuncao13@gmail.com

Recibido: 16/03/2021
Aceptado: 03/06/2021

Administration and for that, important theories of Economics are used, such as the Theory of Transaction Costs. Furthermore, the impacts caused by the New Technologies in Public Administration are highlighted, as well as how the instrumentality of the AED can be used to achieve maximum efficiency and cost reduction. The methodology used in this research is that of bibliographic review, with a search for books, doctrines and academic works.

Keywords: Economic Analysis, Public Administration, Technology.

Introdução

Inicialmente, no presente trabalho científico, traz-se as características sobre a Análise Econômica do Direito (AED), sua importância instrumental e críticas em relação aos princípios que norteiam essa matéria. No primeiro capítulo, objetiva-se demonstrar a junção das matérias de Direito e Economia e quais as possibilidades de uso quando se utiliza princípios econômicos consagrados na Doutrina.

Em seguida, exemplifica-se a Teoria dos Custos de Transação, que tem como escopo a maximização dos ganhos e redução dos custos envolvidos nas relações entre agentes econômicos. Essa importante Teoria é usada na presente pesquisa como referência na Administração dos recursos públicos, em relação também aos investimentos nas Novas Tecnologias.

Por conseguinte, no segundo e terceiro capítulos, demonstrar-se-á o desenvolvimento tecnológico dado o momento histórico atual em que vivemos, qual seja, a denominada 4ª Revolução Industrial, para assim contextualizar o grande processo pelo qual as tecnologias impactam nas empresas privadas. Traz-se exemplos estrangeiros, tais como, o serviço postal dos Estados Unidos e a grande gama de aplicativos nesse sentido.

Nesse sentido, justifica-se os investimentos que a Administração Pública se vê obrigada a realizar para acompanhar o desenvolvimento tecnológico. Nesse caso, visa-se o melhor atendimento público, com olhar na acessibilidade para o cidadão. Ademais, não se deve deixar de lado os aspectos negativos desse processo, tendo em vista que normalmente há um atraso na inovação quando se trata de Administração Pública.

Assim, demonstra-se a eficiência tecnológica e seus benefícios sob o olhar da Análise Econômica no Direito, pois tal análise é de extrema importância na gestão dos recursos públicos. O foco não é apenas exemplificar a importância da modernização na Administração Pública, mas, além disso, analisar seus efeitos junto a Análise Econômica do Direito de forma que a busca pela eficiência econômica e de gestão dos serviços públicos seja pautada por critérios maximizadores.

Nesse contexto do desenvolvimento tecnológico e sua aplicabilidade na Administração Pública sob a luz da Análise Econômica do Direito é que se desenvolve o presente trabalho. A metodologia utilizada é a de revisão bibliográfica, com pesquisa em livros, doutrinas e trabalhos acadêmicos.

1. Da Análise Econômica do Direito

De início objetiva-se caracterizar a Análise Econômica do Direito (AED) e ao longo do tópico aprofundar-se-á no assunto. Assim, Silveira, ao tratar sobre as características, preleciona "A análise econômica do Direito (Law and Economics) possui como características: i) rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais com economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação

conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social."[4]

Depreende-se a importância instrumental da Análise Econômica do Direito no tocante aos outros olhares e circunstâncias tratadas, onde muitas vezes o Direito tende a deixar de lado, ocasionando assim ineficiências pontuais no ordenamento jurídico. Oliveira e Payão ao tratarem o tema exemplificam que o propósito da AED está na compreensão de fenômenos sociais para uma tomada racional de decisões jurídicas. Busca-se assim, efeitos mais eficientes dos institutos criados por determinadas normas na sociedade.[5]

No entanto, apesar da importância aqui mencionada, a AED também recebe críticas, pois menciona-se um eventual abandono a conceitos importantíssimos no Direito. Mas, procura-se na presente pesquisa, aliar Direito, Economia e Novas Tecnologias, não evidenciando as lacunas de ambos os instrumentos, pelo contrário, mostra-se as qualidades do uso combinado das instrumentalidades das matérias em prol de uma melhor gestão pública que agregue eficiência não só econômica, mas principalmente na prestação de serviços públicos.

Portanto, a junção de Direito e Economia consiste numa tentativa de rediscussão da cientificidade do Direito, questiona-se e propõe-se um certo pragmatismo às regras jurídicas. É válido ressaltar que se objetiva comumente a valorização do indivíduo na sociedade, convergindo as duas ciências para melhores resultados.[6]

Nesse sentido: "O direito parte de uma perspectiva mais objetiva, consistente na arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é ciência que estuda os mecanismos indutores ou não por trás do comportamento humano em um mundo de recursos escassos. E analisar o direito sob a perspectiva econômica é empregar instrumentos teóricos e empíricos econômicos e ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a efetividade da norma jurídica."[7]

Pois bem, à primeira vista tende-se a tratar a Economia eminentemente mais lógica, matemática, empírica e científica, já o Direito tem características verbais, voltadas para a hermenêutica e é pautado pela justiça.[8] No entanto, não se deve levar em consideração tais características para o afastamento da sua aplicabilidade. O objetivo deve ser claro, qual seja, ao invés de substituir a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre as normas pela discussão da máxima eficiência da AED, deve-se procurar enriquecer a gramática jurídica integrando ambas discussões. Ou seja, a máxima eficiência com o justo.[9] Esse tema pode ser

---

[4] SILVEIRA, P. A. C. V. *Direito tributário e análise econômica do Direito*: uma visão crítica, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 13.

[5] OLIVEIRA, E. A. B. PAYÃO, M. J. V. "Direitos fundamentais na pós modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental", *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 21 n.41.

[6] VIEIRA, B. F. LEURQUIM, P. G. C. F. "A análise econômica do direito como método do direito econômico, *XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

[7] OLIVEIRA, E. A. B. PAYÃO, M. J. V. "Direitos fundamentais na pós modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental", *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 21 n. 41.

[8] SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito", *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

[9] SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito", *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em:

de grande ajuda aos Chefes de Estado, não só explicando-lhes os efeitos políticos sobre uma norma eficiente que utiliza os recursos disponíveis com cautela e responsabilidade, como também no tocante aos efeitos dos gastos impensados.[10]

Perpassando pelos benefícios da matéria, faz-se necessário uma busca histórica, com o intuito de reaver conceitos importantes que corroboram com as linhas de pensamento aqui trabalhadas.

Volta-se ao início, com o autor Ronald Coase, que em 1937 publicou o trabalho intitulado "The nature of the firm", no qual explica conceitos como os custos de transação e também sobre os limites e características das empresas.[11] Alguns anos depois, o referido autor ganha notoriedade ao apresentar seu teorema no trabalho "The problem of social coast", trazendo a ideia de que os direitos de propriedade devem ser bem delimitados para superar as externalidades de mercado.[12]

Vale-se citar que diversos autores contribuíram para a solidificação da Análise Econômica do Direito, conhecida como Law and Economics, alguns deles por exemplo: Aaron Director, Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Stanley Becker e Richard Allen Posner. Nem todos serão trabalhados na presente obra, mas digna-se a presente menção para aprofundamento no assunto.

Em continuidade, como importante representação e impulso para a difusão da Análise Econômica do Direito, temos o trabalho de Richard Posner, publicado em 1973 o denominado "Economic Analisys of Law", tornou-se um verdadeiro manual para os estudantes à época.[13] No decorrer dos tempos, importantes teorias foram criadas, dentre elas: a Teoria dos Custos de Transação, a Teoria do Agente, a Teoria da Escolha Pública e a Teoria dos Jogos, as quais nos trazem conceitos significativos, quais sejam: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Todas bem trabalhadas por Salama.[14]

Inicialmente, destaca-se o conceito da escassez, onde o autor Salama preleciona que os recursos são finitos, com isso traz-se a obrigação da correta alocação para os agentes utilizadores, pois nem todos os desejos e objetivos poderão ser atendidos. Leva-se em consideração, o tipo da atividade, os custos, pois nem tudo pode ser feito ou produzido.[15] Nesse sentido, tem-se também o conceito da maximização racional, onde os indivíduos sempre farão suas escolhas na busca da satisfação pessoal, seja qual for o interesse, de forma a atingir seu

---

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

[10] SANTOS FILHO, S. V. "A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito", *Justiça do direito* v. 30, n. 2, p. 210-226, 2016. Disponível em < http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6040 >. Acesso em 19 de setembro de 2020.

[11] COASE, R. H. "The nature of the firm", *Economica*, New Series, cidade, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2626876>. Acesso em: 02 abril 2021.

[12] COASE, R. H. In: SALAMA, B. M. *O problema do custo social: direito e economia: textos escolhidos,* São Paulo: Saraiva, 2010.

[13] HEINEN, L. R. "A Análise Econômica do Direito e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica", *Publica Direito*, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

[14] SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito", *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

[15] SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito", *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

próprio bem-estar com o menor custo possível. Ao se ponderar sobre esse conceito, verifica-se que os indivíduos calculam seus objetivos comparando os maiores benefícios aos menores riscos e custos possíveis.[16]

Por conseguinte, coaduna-se às escolhas racionais o conceito de equilíbrio, pois quando os agentes tomam decisões livres, ou seja, um comportamento racional maximizador, o mercado se torna mais eficiente, tendo em vista que as trocas se igualam aos benefícios auferidos.[17] Por último, têm-se os conceitos de incentivos e eficiência, onde o primeiro trabalha a ideia de incentivos aos indivíduos para o cumprimento do escopo inicial da norma e o segundo relaciona-se com a máxima obtenção de riqueza e do bem-estar com o mínimo custo social possível.[18]

Em relação ao conceito de eficiência, têm-se duas relevantes exemplificações: o ótimo de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks. O primeiro conceito se baseia quando se obtêm uma relação ótima, onde após melhorar a situação de um dos agentes, não se prejudica a situação o outro. Já no segundo conceito, tem-se a ideia de compensação para se chegar ao bem-estar comum, em que em uma situação econômica que cause perdas a determinados agentes, possa ter a possibilidade de compensação para equilibrar tal perda, de modo que a eficiência será atingida quando os ganhos de um agente compensem as perdas de outro agente.[19]

Portanto, demonstra-se com todos os conceitos apresentados os princípios analíticos da Análise Econômica do Direito, nessa inter-relação entre Direito e Economia. A instrumentalidade dessa matéria é de suma importância para o cálculo dos efeitos normativos em nosso ordenamento jurídico e na sociedade. Além disso, sem a pretensão de esgotar a disciplina, busca-se efetivamente demonstrar como ela pode influenciar no processo decisório de quais investimentos devem ser feitos na Administração Pública.

1.1. Custos de transação

A Teoria dos Custos de transação tem seu escopo na busca da maximização de resultados eficientes e para entendê-la melhor, necessita-se observar como as partes transacionam e entender que uma das funções mais importantes das organizações econômicas é coordenar as ações dos agentes com o fim de reduzir os custos de transação.[20] Porém, existem condições em que esta Teoria opera, situações estas identificadas em um ambiente de competição imperfeita, pois neste, existem falhas de mercado e assim não se atinge o equilíbrio de Pareto, tendo em vista que há perda de bem-estar. Neste ambiente de falhas de mercado, tem-se três áreas principais utilizadas na compreensão da Teoria dos

---

[16] SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito", *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

[17] COSTA, M. R. da. "Prevenção de danos e proteção do consumidor sob a ótica da análise econômica da responsabilidade civil", 2020. 50 f. *Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)* — Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

[18] SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito". *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

[19] VIEIRA, B. F.; LEURQUIM, P. G. C. F. "A análise econômica do direito como método do direito econômico", *XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

[20] DIAS PERES, U. "Custos de Transação e Estrutura de Governançano Setor Público", *Revista Brasileira de Gestão de Negócios* - RBGN [Internet]. 2007;9(24):15-30. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94792403. p. 16.

Custos de transação, quais sejam: o Poder de Mercado, as Externalidades e a assimetria de informações.[21]

Sobre o Poder de Mercado, Williamson exemplifica que em uma relação negocial, ambas as partes ficam vulneráveis a atitudes oportunistas, tendo em vista a concentração de informações privilegiadas.[22] De acordo com Filho, além disso, deve-se levar em conta a natureza do ser humano, que pode ser violenta e invejosa, traz-se a ideia de que o homem é guiado pelo auto-interesse.[23]

Já a externalidades podem ser definidas como ações de agentes ou firmas que geram sobre terceiros algum efeito indireto não percebido pelo mecanismo de preços de mercado. A partir daí, as externalidades são conceituadas basicamente em positivas e negativas, as positivas são aquelas que geram benefícios para terceiros e as negativas são as ações que criam custos para outros indivíduos.[24]

Por último, tem-se a assimetria de informações, que se refere à desigualdade de acesso a determinada informação, por exemplo, em um grupo societário onde a propriedade e o controle administrativo são separados, existe um vasto grupo de investidores externos com informações limitadas sobre o que realmente ocorre na empresa e quais os rumos ela tomará. Nesse sentido, geralmente, busca-se reduzir a assimetria informacional como forma de aumentar a confiança e segurança dos agentes interessados.[25]

Por todo o exposto, todas as conceituações exemplificadas neste subtópico nos servem de instrumento para o entendimento do conjunto que é a Teoria dos custos de transação. Reafirma-se como feito inicialmente que o princípio norteador desta teoria é a redução dos custos com a maximização dos resultados no ambiente de funcionamento das organizações.

Nesse sentido, depreende-se a necessidade dos governos de criarem estruturas de governança para melhor realocar seus investimentos e sugere-se a utilização da Análise Econômica do Direito como instrumento para esse objetivo, pois tais mecanismos podem definir o futuro próspero da Administração Pública, principalmente se esta buscar destaque frente ao progresso tecnológico vivenciado por toda a sociedade, potencializado pelos parâmetros da Análise Econômica do Direito, tudo com vistas a prestar um serviço público de qualidade, abrangente, mais democrático e célere ao mesmo tempo em que alcança a máxima eficiência econômica de recursos públicos.

2. O contexto das Novas Tecnologias

A Quarta Revolução Industrial, também chamada de Revolução Tecnológica tem sido marcada pela presença dominante de tecnologias inovadoras que se propõem a reformular a maneira de se produzir e consumir bens e serviços, bem como, traçar novos paradigmas para as relações que dela decorrem, além de orientar como o trabalho deve ser desenvolvido pelo ser humano e gerenciado pelas organizações. Com isso, nota-se que as tecnologias desenvolvidas neste século vêm permeando espaços não apenas privados, mas principalmente públicos, dada sua principal característica inovadora: a busca da máxima eficiência por meio

---

[21] DIAS PERES, U. "Custos de Transação e Estrutura de Governançano Setor Público", *Revista Brasileira de Gestão de Negócios* - RBGN [Internet]. 2007;9(24):15-30. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94792403. p. 16.

[22] WILLIAMSON, O. E. *Markets and hierarchies*. New York: Free Press, 1975.

[23] SIFFERT FILHO, N. F. "A economia dos custos de transação", *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.2, n.4 , p. [103]-127, dez. 1995.

[24] DIAS PERES, U. "Custos de Transação e Estrutura de Governançano Setor Público", *Revista Brasileira de Gestão de Negócios* - RBGN [Internet]. 2007;9(24):15-30. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94792403. p. 16.

[25] FINKELSTEIN, M. E. "Assimetria de informações no mercado de capitais", *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, n. 5, p. 1025-1049, 2015.

de aparatos tecnológicos que permitam o alcance da prestação de serviços públicos ao maior número possível de administrados e ao menor custo possível.

A inovação tecnológica da Indústria 4.0 permeia as categorias física, digital e biológica[26], desenvolvendo-se por meio da interação convergente dessas categorias de forma a buscar novos progressos capazes de se fundirem com a dinâmica da vida social, política e econômica da sociedade com a finalidade de oferecer significativos avanços que culminem com a pacificação social e geração de maiores condições de acesso aos bens da vida.

"O avanço científico, a comercialização e a difusão das inovações são processos sociais que se desenrolam à medida que as pessoas desenvolvem e trocam ideias, valores, interesses e normas sociais em uma variedade de contextos. Isso torna difícil discernir o impacto total dos novos sistemas tecnológicos à sociedade: nossas sociedades são compostas por muitos componentes interligados e muitas inovações que são de alguma forma coproduzidas por eles."[27]

As tecnologias da Quarta Revolução Industrial têm permeado aspectos não só físicos, biológicos e digitais, mas principalmente aqueles relativos ao modo como a sociedade tem se organizado para se comunicar, governar, trabalhar e mesmo concretizar seus projetos, o que não deixa de fora de seu alcance os governos do mundo todo, impactando na Administração Pública e na sua relação com os cidadãos administrados, o que reforça a importância do estudo acerca da temática.

2.1 A Administração Pública ante as Novas Tecnologias

Visando agregar valor em áreas como a da redução de custos, inovação e melhorias na experiência do cidadão e dos funcionários públicos muitos são os setores abarcados pela Administração Pública onde as tecnologias atuais podem ser úteis e otimizar a prestação de serviços públicos primários, dentre eles os relativos à saúde, à produção, ao transporte, à comunicação e à informação.[28]

Na saúde, destacam-se as interações de métodos e técnicas de engenharia biológica e cibernética capazes de manipular o corpo humano com a finalidade de promover saúde com o tratamento inovador de doenças e a oferta de procedimentos mais assertivos e amplos, notadamente nas áreas da reprodução humana, manipulação genética e tecnologias da saúde para controle do envelhecimento sadio, controle e prevenção de doenças graves, bem como de prolongamento da saúde para manutenção da longevidade de vida. [29]

No tocante à tecnologia de materiais e automação de processos robóticos nota-se o seu desenvolvimento para o alcance de produtividade com o mínimo custo e impacto ambiental possíveis, otimizando os modos de transformação física, química e biológica das matérias-primas, com foco no aproveitamento e reutilização tanto de energias tradicionais quanto de energias inovadoras como a energia eólica, solar e de íon-lítio, por exemplo, otimizadas por ferramentas e objetos altamente tecnológicos, como a nanotecnologia. As tecnologias de transporte também estão sofrendo alterações positivas do impulso tecnológico atual, seja na via aérea, marítima ou terrestre. Assim, diante dos desafios da globalização e da maior dinamização comercial entre os consumidores de vários países, a circulação de pessoas e de mercadorias exige um aprimoramento tal que alie o atendimento das

---

[26] SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial.* Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

[27] SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial.* Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 97.

[28] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

[29] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

necessidades de comércio e transporte a um custo cada vez menor, num tempo cada vez mais rápido. [30]

O serviço postal dos Estados Unidos, por exemplo, já está considerando cerca de 30 aplicativos de inteligência artificial para o *Edge Computing Infrastruture Program*[31] com a finalidade de agilizar o fluxo de trabalho de imagem, através da verificação automática de pacotes por meio de códigos de barras, o que promete melhorar a eficiência do serviço prestado, bem como economizar o dinheiro do contribuinte.[32]

Nessa seara, os desafios vão além da solução logística, uma vez que o aumento da demanda por circulação e comércio de bens e serviços, num fluxo cada vez mais fluido, vem adicionada à demanda por uma solução que comporte um baixo ou zero custo ambiental e social de um lado, agregando valores sociais, culturais e econômicos de outro. Para tanto, enxerga-se na inovação tecnológica um ponto de apoio e de expectativa para a entrega de soluções que comportem esses desafios. Assim, para conformar todo o avanço tecnológico exigido na atualidade as tecnologias da informação e comunicação (TICs) têm sido desenvolvidas de modo exponencial e muito promissor, na medida em que aproximam as pessoas, os países, os governos e promovem modificações tanto de ordem econômica, quanto política, característica que pode ser utilizada tanto para o desenvolvimento quanto para a manipulação de opinião em massa, desafiando diversas áreas de pesquisa e estudo a dialogarem acerca de ferramentas sociais tão poderosas. [33]

"Ao avaliar o impacto da quarta revolução industrial aos governos, o primeiro que vem à mente é o uso das tecnologias digitais para governar melhor. O uso mais intenso e inovador das tecnologias em rede ajuda as administrações públicas a modernizar suas estruturas e funções para melhorar seu desempenho global, como o fortalecimento dos processos de governança eletrônica para promover maior transparência, responsabilização e compromissos entre o governo e os seus cidadãos. Os governos devem também se adaptar ao fato de que o poder também está passando dos atores estatais para os não estatais e de instituições estabelecidas para redes mais abertas. As novas tecnologias e os agrupamentos sociais e interações que elas promovem permitem que praticamente qualquer pessoa exerça influência de maneira que teria sido inconcebível há apenas alguns anos."[34]

Diante de um cenário tão inovador a Administração Pública como principal promovente de políticas públicas, de entregas governamentais e pacificadora dos conflitos sociais vê em meio a essas oportunidades verdadeiras formas de potencializar os resultados de sua atividade, situação que lhe exige altos investimentos em projetos e pesquisas relacionadas à tecnologia. Desde o ano de 2011 o governo dos Estados Unidos vem investindo mais de U$ 70 bilhões em programas de tecnologia a cada ano, tendo chegado a investir mais de U$ 89

---

[30] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

[31] O Edge Computing otimiza o uso de dispositivos eletrônicos conectados na internet, fornecendo um processamento de dados mais próximo do local do usuário ou da fonte de dados promovendo, assim, uma melhora no tempo de resposta e economia de tempo de recursos, beneficiando os usuários com serviços mais rápidos e mais confiáveis.

[32] NYCZEPIR, D. "USPS considering 30 edge AI applications to automate mail processing", *Fedscoop*, 2021. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/usps-considering-30-edge-ai-applications-to-automate-mail-processing/>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

[33] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em 11 de maio de 2021.

[34] SCHWAB, Klaus*. A quarta revolução industrial.* Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 75.

bilhões com tecnologias da informação só no ano de 2020 e chegado a U$ 90 bilhões no ano de 2021, conforme dados do It Dashboard, do Escritório de Gerenciamento e Orçamento dos Estados Unidos[35]. [36]

Contudo, não são muitas as instituições governamentais que obtém sucesso no dimensionamento de tecnologias modernas e na implementação de dados, análises e práticas digitais em suas operações do dia a dia.[37]

Um dos fatores para a demora nessa implementação é a agilidade na tentativa de novas abordagens de investimento em projetos de curto prazo que acabam por demorar mais tempo do que as empresas do setor privado levam para uma mesma ação, considerando que não precisam contar com dotações orçamentárias ou aprovação parlamentar, processos que geralmente resultam em uma governança de projetos mais lenta e em cascata, afetando todos os pontos para a modernização tecnológica do setor público, que vão desde a pesquisa até a implementação prática de métodos, softwares ou equipamentos que visem a melhoria dos serviços públicos. Entretanto, esse fator que diferencia as instituições públicas das privadas não deve ser visto como impeditivo de enfrentamento da problemática do processo de inovação tecnológica a cargo dos governos, muito pelo contrário, soluções mais adequadas devem ser pensadas e desenhadas de modo a superar as desvantagens e potencializar as vantagens que só o setor público possui, uma vez que atrasar a modernização aumentará a pressão popular por melhores serviços públicos e deixará a Administração Pública sujeita a riscos de ataques cibernéticos cada vez mais difíceis de serem combatidos, uma vez que os sistemas vão se tornando cada vez mais personalizados, acumulando dívidas e atrasos de tecnologia e se tornando mais complexos e mais caros para uma migração e acomodação nos locais em que se busca implementar.[38]

Ademais, "a geração, o processamento e a transmissão de informações tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder"[39], o que demonstra a importância do intercâmbio, seja gratuito ou oneroso, de informações não apenas para desenvolvimento do aspecto social de um país, mas principalmente "para fins de dominação ou ampliação do poder em sentido econômico, político, religioso, ideológico ou militar" [40], notadamente porque a ideia de sociedade em rede idealizada por Manuel Castells que se utiliza de tecnologias de comunicação para

---

[35] O It Dashboard foi lançado em 1 ° de junho de 2009, o que proporcionou às agências federais e ao público a capacidade de visualizar os detalhes dos investimentos federais dos Estados Unidos da América em tecnologia da informação (TI) online e acompanhar seu progresso ao longo do tempo. O It Dashboard exibe dados recebidos do portfólio de TI da agência e relatórios de casos de negócios, incluindo informações gerais sobre mais de 7.000 investimentos federais em TI e dados detalhados para mais de 700 desses investimentos que as agências classificam como "principais". Agency Chief Information Officers (CIO) são responsáveis por avaliar e atualizar dados selecionados regularmente, o que é realizado por meio de interfaces fornecidas pelo It Dashboard. IT Dashboard. *United States Office of Management and Budget*, 2021. Disponível em: <https://myit-2021.itdashboard.gov/drupal/frequently-asked-questions>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

[36] IT Dashboard. "United States Office of Management and Budget", 2021. Disponível em: <https://myit-2021.itdashboard.gov/>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

[37] DHASARATHY, A.; JOYCE, M.; MCMILLAN, M. "The next chapter: Driving technology leadership in the public sector", *McKinsey & Company*, 2021. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/the-next-chapter-driving-technology-leadership-in-the-public-sector>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

[38] DAS, A.; GHIA, A.; JOYCE, M.; ZHANG, D. "Capturing value from IT infrastructure modernization in the public sector", *McKinsey & Company*, 2019. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/capturing-value-from-it-infrastructure-modernization-in-the-public-sector>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

[39] CASTELLS, M. *A Sociedade em Rede***.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 65

[40] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021. p. 5.

fazer fluir a base informacional permite o funcionamento adequado de redes de comércio, redes industriais, redes sociais e redes globais de ideias, ordens, deliberações e informações estratégicas por todo o globo. Assim, para garantir não só a permanência mas a eficácia das redes sobre as quais a sociedade tecnológica se estrutura necessária uma fluidez de modo rápido, fácil e menos oneroso desse fluxo, o que se tem logrado êxito com o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação.[41]

2.2 A eficiência tecnológica

É no âmbito das relações entre o Estado e o cidadão, mais especificamente na prestação de serviços e atividades estatais de produção, como a telefonia fixa, esgotamento sanitário, distribuição de gás e geração de energia que o incremento tecnológico ganha espaço para potencializar a continuidade e universalidade do atendimento aos cidadãos para suprir as necessidades básicas da vida moderna ao maior número de pessoas, o que pode ser melhor garantido com a automatização e digitalização de atos e contratos por parte do poder público.[42]

Ao considerar a adoção de ferramentas de automação de processos robóticos na cadeia de prestação de serviços públicos alia-se um melhor atendimento às necessidades dos cidadãos a uma melhor utilização da mão de obra dos funcionários públicos que passam a se dedicar de modo mais produtivo em atividades que demandem uma análise mais apurada de situações concretas mais específicas. Além disso, retirar dos servidores públicos as tarefas rotineiras que não demandem qualificação especializada para sua consecução permite a redução de erro humano e a consequente economia de custos.[43]

A automação de processos não visa a redução de empregos no setor público, mas a qualificação do tempo que os servidores ficam à disposição do Estado, otimizando a prestação do serviço de um lado, com a economia de custos de outro, possibilitando ao gestor uma melhor utilização dos recursos financeiros estatais que serão revertidos à sociedade em novos projetos, políticas públicas de maior e melhor alcance, continuidade de projetos sociais e educacionais potencializando a capacidade de servir como um todo. Na área da saúde, a tecnologia da informação modernizada pela inteligência artificial, pode colaborar sobremaneira com a gestão de vacinas, agendamento de consultas, diagnósticos mais céleres que viabilizem o tratamento médico com maior eficiência, atendimento médico virtual, melhor gestão da saúde pública através da tomada de decisões políticas baseadas em dados acionáveis em tempo real.[44]

"Em última instância, além de colaborar para a condução da fase instrutória, as novas tecnologias permitem um aumento inquestionável da acessibilidade dos processos administrativos em geral, pois os meios digitais derrubam, sem piedade, o monopólio do acesso presencial e os custos que lhe são inerentes. Essa acessibilidade mais ampla torna mais simples, barato e rápido o

---

[41] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

[42] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo*, v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

[43] FEDSCOOP. "Reducing workforce and budget constraints with RPA tools", 2020. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/radio/reducing-workforce-and-budget-constraints-with-rpa-tools/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

[44] FEDSCOOP. "Using AI to augment public health services", 2021. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/radio/using-ai-to-augment-public-health-services/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

controle popular sobre atos de gestão da coisa pública, repercutindo de modo igualmente favorável sobre o princípio republicano."[45]

Assim, independente das dificuldades de implementação de novas tecnologias para a melhoria de processos de trabalho e de gestão de dados, a modernização da infraestrutura deve ser uma prioridade do gestor público, uma vez que tais programas podem ser uma fonte de alta melhora nos custos e na produtividade como um todo.

A economia de custos pode ser obtida, por exemplo, com a organização de um *data center*[46] maior e mais centralizado ou mesmo migrado para a nuvem, em contraponto com a manutenção de diversos *data centers* menores e espalhados, o que forneceria uma maior economia de mão de obra, hardware, instalações, software e infraestrutura para o setor público, de modo a otimizar a manutenção do controle de segurança cibernética, atualização tecnológica com redução de gastos com hardware e economia de até 50% dos custos totais com a referida implementação.[47]

Além disso, a diminuição de vários *data centers* para a centralização em números menores, oferece a oportunidade de inventariar e avaliar o portfólio por meio da racionalização de aplicativos, que podem ser eliminados em até 30%, o que possibilita a redução dos riscos de uma TI desonesta ou não controlada e diminui a ameaça à segurança, que geralmente demanda por maiores custos com toda a gestão desses aplicativos dispensáveis.[48]

Ao adotar a automação de processos robóticos em alguns departamentos púbicos, como na receita federal, no departamento de estatísticas trabalhistas e no departamento de proteção de fronteiras dos Estados Unidos foi possível economizar cerca de quinze mil horas de trabalho humano por ano, redução de cerca de 85% da carga de trabalho para melhorando da precisão da análise de relatórios e economia de horas e milhões de dólares para a indústria aérea com notificações automatizadas para companhias aéreas para controle das viagens diante da crise da pandemia, respectivamente.[49]

Na seara relativa a programas e aplicativos fundamentados em inteligência artificial e ao uso de algoritmos para análise de dados com capacidade de resolução de problemas e soluções preditivas os ganhos também são contabilizados, na medida em que permitem identificar padrões de evasão fiscal, classificar dados de infraestrutura para direcionar inspeções de obras públicas, selecionar dados de saúde e serviços sociais de modo a indicar as prioridades para prevenção e contenção da propagação de doenças infecciosas dentre tantas soluções possíveis

---

[45] MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021. p. 11.

[46] Data center é uma instalação física que as empresas usam para hospedar aplicativos e dados essenciais. O design de um data center é baseado em uma rede de recursos de computação e armazenamento que permitem a disponibilização de aplicativos e dados compartilhados. Os principais componentes do design de um data center incluem roteadores, switches, firewalls, sistemas de armazenamento, servidores e controladores de disponibilização de aplicativos.

[47] DAS, A.; GHIA, A.; JOYCE, M.; ZHANG, D. "Capturing value from IT infrastructure modernization in the public sector", *McKinsey & Company*, 2019. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/capturing-value-from-it-infrastructure-modernization-in-the-public-sector>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

[48] DAS, A.; GHIA, A.; JOYCE, M.; ZHANG, D. "Capturing value from IT infrastructure modernization in the public sector", *McKinsey & Company*, 2019. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/capturing-value-from-it-infrastructure-modernization-in-the-public-sector>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

[49] FEDSCOOP. "Reducing workforce and budget constraints with RPA tools", 2020. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/radio/reducing-workforce-and-budget-constraints-with-rpa-tools/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

permitem que os governos tenham um desempenho muito mais eficiente, melhorando os resultados que almeja alcançar a um custo baixo, quando comparado aos resultados obtidos. Utilizando uma análise de dados mais refinada é possível priorizar investimentos em obras rodoviárias com maior fluxo de tráfego, decidir onde focar em auditorias fiscais, decidir sobre quais alunos recebem o dinheiro da bolsa de estudos com base na probabilidade de se formar.[50]

3. O investimento tecnológico na Administração Pública à luz da Análise Econômica do Direito

A presente pesquisa se propõe não apenas demonstrar a importância da modernização da Administração Pública para os cidadãos, mas, aliar esse fator aos preceitos da Análise Econômica do Direito de forma que a busca pela eficiência econômica e de gestão dos serviços públicos seja pautada por critérios mais objetivos, quantificáveis e já consolidados pela área econômica, uma seara do conhecimento com igual rigor metodológico, teórico e histórico, permitindo ao Direito um maior alcance na implementação de suas finalidades de promoção da paz, manutenção da justiça social e melhor regulação das relações sociais.

Ao se ponderar pelo uso dos preceitos da Análise Econômica do Direito o gestor público deve levar em consideração não apenas fatores relativos à economia de custo financeiro, ou seja, em dinheiro propriamente dito. O ganho com o investimento em aparatos tecnológicos mais disruptivos pode ser visto de várias formas, como bem relatado no tópico anterior e deve ser colocado na balança quando da escolha por adotar processos automatizados ou que se utilizem da análise algorítmica para subsidiar o direcionamento da gestão pública.

"It is crucial for public services to minimize inaccuracy and other mistakes, given the fundamental impact of these services on citizens' lives. Well-designed automated services are unimpeded by human frailties, like the fatigue or distraction that causes people to enter data incorrectly or make calculation errors. It is also important for services to avoid needlessly extensive efforts on the part of customers, as citizens have limited time and energy to engage with government. By offering lucidly devised engagement processes, automation can support simple service delivery."[51]

Contudo, a modernização tecnológica traz não só benefícios de toda ordem como problemas caracterizadores desse novo segmento. Um estudo do CSIS (Center for Strategic & International Studies) em parceria com a McAfee, publicado em 2018, apurou que o crime cibernético custa ao mundo cerca de US$ 600 bilhões, o que corresponde a 0,8% do PIB global, e continua crescendo (em 2014 esse custo era de US$ 500 bilhões e correspondia a 0,7% da receita global) dado ao crescimento rápido de adoção de novas tecnologias pelos cribercriminosos e à facilidade de crescimento do crime cibernético à medida que esses infratores aproveitam dos mercados negros e das transações com moedas digitais.[52]

---

[50] DHASARATHY, A.; SAHIL, J.; KHAN, N. "When governments turn to AI: Algorithms, trade-offs, and trust". *McKinsey & Company,* 2020. Disponível em: https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/when-governments-turn-to-ai-algorithms-trade-offs-and-trust>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

[51] DAUB, M.; D'EMIDIO, T.; HOWARD, Z.; UNGUR, S. "Automation in government: Harnessing technology to transform customer experience". *McKinsey & Company*, 2020 Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/automation-in-government-harnessing-technology-to-transform-customer-experience>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

[52] CSIS. "Economic Impact of Cybercrime". *Center for Strategic & International Studies*, 2018. Disponível em: <https://www.csis.org/analysis/economic-impact-cybercrime>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

Assim, aliar teorias econômicas como a de custo de transação, teoria do agente, teoria da escolha pública e teoria dos jogos de modo a buscar a maximização dos resultados por meio de uma análise racional fundamentada em incentivos é utilizar a Análise Econômica do Direito visando benefícios que vão desde a melhoria na prestação dos serviços públicos à economia de custos com implementação de políticas públicas mais assertivas, direcionadas e amparadas por tecnologias que potencializem o seu alcance.

O gestor público ao investir em pesquisas para implementação de tecnologias disruptivas como as atuais deve embasar suas decisões em escolhas que tragam benefícios concretos, sem perder-se em meio a suposições ou tentativas que podem ou não trazer vantagens sociais. Ao fazer a conformação dos projetos tecnológicos às demandas sociais por obras públicas, educação, saúde, transporte, educação e segurança as teorias econômicas da AED devem ser também consideradas, uma vez que conferem resultados realmente assertivos e menos onerosos, o que poderá orientar o gestor de maneira a minimizar ou mesmo zerar as possibilidades de erros nas tomadas de decisão ou mesmo prejuízos aos cofres públicos que dificilmente poderão ser ressarcidos.

Considerações Finais

O sistema jurídico como um todo sempre se mostrou muito fechado às interferências de outros sistemas do saber, notadamente para manutenção de sua base principiológica e permanência frente aos avanços sociais. Contudo, de acordo com a evolução da sociedade e da verificação prática de teorias idealizadas por filósofos, economistas, juristas e demais estudiosos do estado da arte é imperioso refletir acerca de institutos típicos de outras searas do saber e da sua eficiência e aplicabilidade em áreas atípicas.

Dessa interação surgiu a Análise Econômica do Direito, que alia o estudo de teorias econômicas, típicas da Economia, aplicadas ao Direito, de forma atípica, de forma a potencializá-lo naquilo em que ele se propõe a regular dentro da sociedade.

Nesse sentido, considerando a temática emergente das novas tecnologias e sua rápida evolução, principalmente fomentada por setores privados que visam a dominação de descobertas científicas inovadoras e tecnológicas, é primordial um olhar para os governos globais como um todo, que não podem ficar de fora dessa que tem sido chamada sociedade em rede, pois, ao não empreender esforços para regular ou mesmo se beneficiar de tudo o que se tem produzido, do ponto de vista das tecnologias, os governos globais podem irremediavelmente perder espaço nessa nova estrutura conformada em espaços virtuais, digitais e disruptivos, o que pode culminar na perda de legitimidade diante do possível abalo das bases democráticas e políticas sobre as quais a sociedade moderna tem se firmado.

Para tanto, recorre-se a Análise Econômica do Direito como um fator garantidor de proeminentes resultados na seara do Direito e que podem, indubitavelmente, colocar o Poder Público frente ao progresso tecnológico, visando uma gestão pública inovadora, menos onerosa e mais democrática, na medida em que poderá entregar mais por menos aos seus administrados.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, M. *A Sociedade em Rede***.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

COASE, R. H. "The nature of the firm", *Economica*, New Series, cidade, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2626876>. Acesso em: 02 abril 2021.

COASE, R. H. In: SALAMA, B. M. *O problema do custo social: direito e economia: textos escolhidos,* São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, M. R. da. "Prevenção de danos e proteção do consumidor sob a ótica da análise econômica da responsabilidade civil", 2020. 50 f. *Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)* — Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

CSIS. "Economic Impact of Cybercrime". *Center for Strategic & International Studies*, 2018. Disponível em: <https://www.csis.org/analysis/economic-impact-cybercrime>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

DAS, A.; GHIA, A.; JOYCE, M.; ZHANG, D. *Capturing value from IT infrastructure modernization in the public sector.* McKinsey & Company, 2019. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/capturing-value-from-it-infrastructure-modernization-in-the-public-sector>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

DAUB, M.; D'EMIDIO, T.; HOWARD, Z.; UNGUR, S. "Automation in government: Harnessing technology to transform customer experience". *McKinsey & Company*, 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/automation-in-government-harnessing-technology-to-transform-customer-experience>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

DHASARATHY, A.; JOYCE, M.; MCMILLAN, M. "The next chapter: Driving technology leadership in the public sector". *McKinsey & Company*, 2021. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/the-next-chapter-driving-technology-leadership-in-the-public-sector>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

DHASARATHY, A.; SAHIL, J.; KHAN, N. "When governments turn to AI: Algorithms, trade-offs, and trust". *McKinsey & Company,* 2020. Disponível em: https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/when-governments-turn-to-ai-algorithms-trade-offs-and-trust>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

DIAS PERES, U. "Custos de Transação e Estrutura de Governança no Setor Público", *Revista Brasileira de Gestão de Negócios* - RBGN [Internet]. 2007;9(24):15-30. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94792403.

FEDSCOOP. "Reducing workforce and budget constraints with RPA tools", 2020. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/radio/reducing-workforce-and-budget-constraints-with-rpa-tools/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

FEDSCOOP. "Reducing workforce and budget constraints with RPA tools", 2020. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/radio/reducing-workforce-and-budget-constraints-with-rpa-tools/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

FEDSCOOP. "Using AI to augment public health services", 2021. Disponível em: <https://www.fedscoop.com/radio/using-ai-to-augment-public-health-services/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

FINKELSTEIN, M. E. "Assimetria de informações no mercado de capitais", *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, n. 5, p. 1025-1049, 2015.

HEINEN, L. R. "A Análise Econômica do Direito e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica", *Publica Direito*, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

IT Dashboard. "United States Office of Management and Budget", 2021. Disponível em: <https://myit-2021.itdashboard.gov/drupal/frequently-asked-questions>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

MARRARA, T. "Direito Administrativo e novas tecnologias", *Revista De Direito Administrativo,* v. 256, 225-521. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8500>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

NYCZEPIR, D. "USPS considering 30 edge AI applications to automate mail processing", *Fedscoop*, 2021. Disponível em:

<https://www.fedscoop.com/usps-considering-30-edge-ai-applications-to-automate-mail-processing/>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

OLIVEIRA, E. A. B.; PAYÃO, M. J. V. "Direitos fundamentais na pós modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental", *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 21 n.41.

SALAMA, B. M. "O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito", *Artigos Direito GV*. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

SANTOS FILHO, S. V. "A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito", *Justiça do direito* v. 30, n. 2, p. 210-226, 2016. Disponível em < http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6040 >. Acesso em 19 de setembro de 2020.

SCHWAB, K*. A quarta revolução industrial.* Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SIFFERT FILHO, N. F. "A economia dos custos de transação", *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.2, n.4 , p. [103]-127, dez. 1995.

SILVEIRA, P. A. C. V. *Direito tributário e análise econômica do Direito*: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VIEIRA, B. F.; LEURQUIM, P. G. C. F. "A análise econômica do direito como método do direito econômico, *XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

WILLIAMSON, O. E. Markets and hierarchies. New York: Free Press, 1975.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 381-422
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La garantía jurisdiccional de audiencia en un debido proceso civil cubano

The jurisdictional guarantee of hearing in a Cuban civil due process

Eduardo Antonio Sardá Lloga[1]
Universidad de Oriente (Cuba)

Sumario: 1. Introducción. 2. Las garantías constitucionales. Cuestiones de dogmática y dimensionamiento jurídico. 2.1. Las garantías jurisdiccionales. Concepción y desarrollo. 3. La garantía constitucional de Audiencia. Construcción jurídica. 3.1. La audiencia como garantía jurisdiccional ordinaria específica y su relación con el contenido del debido proceso. 4. La materialización de la garantía de audiencia en el proceso civil cubano, principales contradiciones. 4.1. La Audiencia Preliminar y la Audiencia Probatoria como expresión material de un proceso civil garantista. 5. Pautas para una correcta regulación de la Audiencia como garantía en un debido proceso civil. 6. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Las garantías constitucionales desempeñan una importante función en el equilibrio y sostenimiento del orden constitucional. De ahí que su ámbito de protección no solo sea la supremacía de la norma sino también los derechos regulados en el texto constitucional, tradicionalmente identificado con la principal función de estos mecanismos protectores. Este artículo de investigación logra delimitar los principales postulados teóricos, normativos y de derecho comparado en torno a la construcción jurídica de la audiencia como una garantía jurisdiccional y contenido del debido proceso, dada su eficacia transversal. Al mismo tiempo que se diagnostican las principales contradicciones normativas en torno a su actual materialización. Se proponen pautas teóricas para el reconocimiento de la garantía constitucional de audiencia y su adecuado ejercicio en el contenido de un debido proceso civil en Cuba.

Palabras clave: Garantías constitucionales; garantías jurisdiccionales; Garantía de Audiencia; Audiencia preliminar; Audiencia probatoria.

Abstract: Constitutional guarantees play an important role in balancing and sustaining the constitutional order. Hence, its scope of protection is not only the supremacy of the norm but also the rights regulated in the constitutional text, traditionally identified with the main function of these protective mechanisms. The research manages to delimit the main theoretical, normative and comparative law postulates around the legal construction of the hearing as a jurisdictional guarantee and content of due process, given its transversal effectiveness. At the same time that the main normative contradictions around its current regulation are diagnosed. Theoretical guidelines are proposed for the recognition of the constitutional guarantee of hearing and its proper exercise in the content of a civil due process in Cuba.

---

[1] Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, profesor asistente de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Juez profesional suplente no permanente de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal provincial de Santiago de Cuba.

Recibido: 02/04/2021
Aceptado: 26/05/2021

Keywords: Constitutional guarantees; jurisdictional guarantees; Hearing Guarantee; Preliminary hearing; evidentiary hearing.

1. Introducción.

"*I will have my day in court*" …, es una de las expresiones ciudadanas más arraigadas dentro del sistema anglosajón, específicamente dentro del Derecho norteamericano para dejar bien claro la intención particular de defender o de exigir en sede judicial el cumplimiento de un derecho que ha sido vulnerado. La constitucionalización del proceso civil actual como fenómeno jurídico catalizador del nacimiento del garantismo procesal, ha llevado a considerar a la audiencia como el momento procesal más importante dentro del ejercicio efectivo del debido proceso.

Pero esa efectividad del debido proceso viene dada por un conjunto de garantías procesales, reconocidas en la Carta Magna, las que han tenido una gran fuerza expansiva, irradiando todas las normas del ordenamiento jurídico procesal, atribuidas a las partes y que deben ser observadas por el órgano jurisdiccional. Una de esas garantías que da vida al derecho fundamental de defensa es la garantía de audiencia. Como acto procesal permite el intercambio directo y oral de las partes con el juzgador, con respecto a este último le permite tener un conocimiento a profundidad del objeto procesal. En ese sentido POLO BERNAL[2] sostiene que para que se cumpla con el debido proceso, se requiere una citación correcta de las partes, su audiencia y el cumplimiento de las formalidades legales.

Existe en torno a la doctrina, los ordenamientos jurídicos constitucionales y los instrumentos internacionales, un debate sobre como se concibe a la audiencia en el seno del garantismo procesal, posicionamientos que van desde concebirla como un derecho, pasando por la concepción de un principio constitucionalizado, hasta legar a una garantía constitucional, posición que es la que se defiende.

En Cuba, a partir del proceso de reforma constitucional llevado a cabo en el 2019, se introduce la figura del debido proceso, en aras de brindar al ciudadano una protección a sus derechos en caso de que acuda a la vía jurisdiccional en busca de tutela judicial.

Por tal motivo, llama la atención, como el legislador constitucional omite la inclusión de la garantía de audiencia en el contenido previsto para el debido proceso. Omisión que acarrea contradicciones de jerarquización normativa, toda vez que el proceso civil cubano actual transita por un proceso transformador, en el cual se prevé la concepción de un proceso por audiencias.[3] Es evidente que la praxis procesalista cubana es temerosa del tránsito a la oralidad, por la complejidad técnica que reviste este diseño procesal, ya que existen grandes vacíos en cuanto a conocimiento y aplicación por parte de los operadores jurídicos de las técnicas de la oralidad en el proceso.

Este desconocimiento tiene una incidencia negativa directa en los justiciables, los que tienen menos control sobre el proceso y sus resultados, ya que no hay un real acercamiento del juez al trasfondo psicológico conflictual, a las dificultades de comunicación entre las partes y a la carga afectiva o emocional que existe entre ellos, es más que nada un debate escrito entre abogados, donde las partes materiales, no tienen protagonismo; y es el juez quien toma la decisión que

---

[2] POLO BERNAL, E. *Breviario de Garantías Constitucionales*, Porrúa, México, 1993, p. 32.

[3] Con este proceso de reforma se busca un proceso más cercano a las partes, donde prime la oralidad y la comunicación entre los sujetos procesales a partir de la ponderación de principios procesales como la oralidad, la contradicción y la inmediación. Para conocer más sobre este proceso de reforma Vid. DÍAZ TENREIRO, C. M *et al*, "Una mirada a reforma de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico: Postulados esenciales", en (MENDOZA DÍAZ, J.) *Los retos del Debido proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho procesal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2019, pp. 98-124.

es obligatoria para ellas. La excesiva formalidad, basada en normas jurídicas de estricto cumplimiento, provoca que el proceso se vuelva para las partes muy costoso y muy dilatado en el tiempo, provocado en primer lugar, por términos muy espaciosos y altos niveles de radicación por parte de los tribunales. Producto de la celeridad que en los procesos brinda la adopción de un sistema por Audiencias, esa alta radicación pudiera ser cuantitativamente inferior en comparación con el diseño escriturario imperante en el proceso iusprivatista cubano actual.

En la mal llamada "comparecencia", uno de los pocos momentos de oralidad que tiene el proceso civil actual, los jueces se limitan a consignar las versiones de las partes, sin adentrarse en la delimitación de estas alegaciones, buscando los extremos del debate, lo que provoca que en ocasiones en la deliberación del asunto, ya con el proceso concluso para sentencia, el tribunal tenga que hacer comparecer nuevamente a las partes, al no quedarle al juez ponente debidamente clarificado un elemento, una alegación, un medio probatorio indispensable en la sustanciación de asunto. De igual modo, la ausencia de una audiencia probatoria provoca una excesiva demora en la práctica de medios probatorios claves como la prueba pericial, en ocasiones el perito encargado del caso excede el término de diez días que le son asignados para la entrega del dictamen pericial, cuestión que con la práctica de este medio probatorio en una audiencia pudiera ser más beneficioso que el sistema adoptado en la actualidad.

De ahí que sean claras las insuficiencias en cuanto a la regulación en el orden constitucional y procesal de la audiencia como garantía jurisdiccional, que incide en el ejercicio efectivo del debido proceso civil en el ordenamiento jurídico cubano. Se resalta entonces la necesidad de esta investigación, la cual se propone sentar las diferencias conceptuales y doctrinales, y, los puntos de conexión entre la garantía de Audiencia con otros derechos y categorías procesales como, por ejemplo; el derecho de acceso a la justicia y a la defensa, el principio de contradicción, y en alguna medida, la oralidad en los procesos civiles. Sectores doctrinales sostienen posiciones en torno a su similitud, sin embargo, al adentrarse en su estudio, son evidentes sus elementos diferenciadores, siendo necesario entonces delimitar su alcance y contenido.

2. Las garantías constitucionales. Cuestiones de dogmática y dimensionamiento jurídico.

Posterior al segundo conflicto mundial ocurrido en la primera mitad del siglo XX, surge la necesidad de brindar al ser humano un sistema de protección, que por el solo hecho de ostentar dicha condición, necesita para la salvaguarda de un conjunto de prerrogativas en el orden social, político y económico. Nace así el dilema teórico de los derechos fundamentales, y la posibilidad de que el individuo contara con un poder jurídico atribuido por el texto constitucional que consagrara, a partir de la fuerza normativa indubitada que tiene como efecto la norma constitucional, todo un conjunto de libertades y derechos.

Ahora bien, no basta con regular y dedicar en el texto constitucional un articulado para el reconocimiento de estos denominados derechos fundamentales, toda vez que no alcanzaría efectividad dicha declaración, si no se respaldan con un sistema de protección, es decir, esas condiciones, instituciones y procedimientos que se requieren para un correcto ejercicio y defensa de los mismos. En ese sentido afirma Prieto Valdés que el desconocimiento de las garantías que ha de brindarse en su múltiple dimensión, pudiera conllevar a una degradación formal y material del Derecho, y de su propio contenido.[4]

[4] PRIETO VALDÉS, M. "Los derechos constitucionales y sus garantías. De nuevo a la carga en pos de su aseguramiento", en VV.AA (Matilla Correa, A. y Ferrer Mac-gregor, E), *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

El término garantía, visto desde su sentido lato da la idea de aseguramiento, protección, respaldo. Este significado cuando se traslada al terreno del Derecho Público,[5] su empleo denota la idea de seguridad, de protección a favor de los gobernados dentro de un Estado de Derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, donde la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Su denominación y clasificación responde a sin número de posiciones teóricas en respuesta a la lógica y la dinámica con que los Estados deciden estipularlas normativamente en los textos constitucionales. Sin embargo, con respecto a su clasificación es muy beneficioso para el análisis en esta investigación, tomar como punto de referencia lo que a modo de patrón metodológico se ha concebido como clasificación de estos mecanismos de protección. En la doctrina patria[6] la posición doctrinal más defendida en cuanto a ello es la de concebirlas como garantías: a) normativas o abstractas; b) no jurisdiccionales; c) jurisdiccionales.

Con relación a su definición, autores como BADENI y ABAD YUPANQUI brindan un concepto de garantías constitucionales, que describe la complejidad que viene aparejada a la función protectora que le ha sido asignada. Son conceptos que se alejan de tendencias reduccionistas y abarcadores en cuanto a dotar la protección integral del texto constitucional. El primero de los conceptos expone que las garantías constitucionales son todos aquellos instrumentos que, en forma expresa o implícita, están establecidos por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional.[7] Sin dudas, es una definición que en su concepción jurídica se presta para el análisis de los elementos que se necesitan para la construcción jurídica de las garantías constitucionales.

En primer orden resulta atinado la utilización del término instrumentos o mecanismos, pudiera también contemplarse para hacer referencia a ese conjunto de acciones, solicitudes, peticiones que puede formular el perjudicado para denunciar la alteración del orden constitucional, ya sea por la vulneración de un derecho o la ruptura del orden jerárquico. Es un término amplio, que permite la inclusión de herramientas de protección según la idiosincrasia de la nación, la volubilidad de las situaciones sociales y lo cambiante que puede resultar una sociedad en su continua modernización. Con relación al elemento anterior, se identifica como una falencia del concepto el ámbito de aplicación de las garantías. Estas operan tanto en la esfera jurisdiccional como en el ámbito administrativo, cuestión que deberá quedar muy bien señalada. En correspondencia a la forma en que se regulan las garantías, si explicita o expresamente, según se explica del concepto analizado, depende mucho de uno de los problemas que afecta hoy en día el sistema de garantías, y es la gran cantidad de derechos fundamentales que pudiera regular una Constitución, afectando así la eficacia de este conjunto de mecanismos de protección.

UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, 2012, p. 333.

[5] BURGOA, I. *Las garantías individuales*, Porrúa, 40 edición, México, 2008

[6] CUTIÉ MUSTELIER, D y MÉNDEZ LÓPEZ, J. "Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal", en en VV.AA (Matilla Correa, A. y Ferrer Mac-gregor, E), *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, 2012, p. 351-352.

[7] BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2da edición actualizada y ampliada, Buenos aires, La ley, 2006, p.1069.

Badeni[8] y así también el constituyente de algunos ordenamientos constitucionales,[9] siguen la tendencia legislativa de que el reconocimiento de las garantías no requiere de una expresión tácita en el texto constitucional, toda vez que al no ser entendidas como negación de otras que no están enumeradas, estas últimas pudieran materializarse a partir de principios estatales y sociales. La afirmación anterior resulta del todo improcedente para la consecución de normas garantistas en el ordenamiento jurídico constitucional moderno, es decir, todo lo contrario, a una propuesta garantista, que busca cubrir los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos.[10] Esta tendencia es en cierto sentido, un actuar por omisión por parte del legislador constitucional que deja la brecha abierta para la posible comisión de actos que lesionen los derechos reconocidos o se dicten normas jurídicas que contradigan lo estipulado por el texto constitucional, por lo tanto, dejar a la libre interpretación del destinatario del texto constitucional la posibilidad de emplear un mecanismo para proteger o enmendar la lesión provocada pudiera en alguna medida considerarse inconstitucional por un tribunal que no siga ese criterio interpretativo. La relación de causalidad entre derecho fundamental y garantía es indubitada, por eso a todo derecho reconocido le corresponde taxativamente su garantía.

Evidentemente existe una obligación, la de introducir en la norma constitucional las garantías correspondientes al derecho estipulado. Esa obligación se traduce en la indubitada interrelación que existe entre las garantías y los derechos fundamentales, en donde las primeras según el cuarto de los modelos de las diferencias de Ferrajoli,[11] deben responder al principio de igualdad que versa sobre los segundos. En ese sentido se estaría propiciando una laguna, la que dejaría un derecho fundamental sin su correspondiente garantía, debilitándolo en cuanto a capacidad de protección.

En relación a lo anterior, explica acertadamente Ferrajoli[12] que, esa obligación se traduce en la correcta regulación jurídica por parte del legislador de las garantías positivas (defensa de los derechos fundamentales). Dicha obligación se identifica con lo que el autor denomina la garantía positiva primaria y no es más que la necesidad de introducir la norma desarrollo que viene a materializar la garantía que el constituyente reconoció en el texto constitucional. Se fortalece así la protección al derecho establecida por el legislador, evitando que quede destinado a permanecer en el papel de la norma y no sea efectiva, toda vez que todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías.

Para calzar el análisis anterior, el segundo de los autores mencionados refiere que las garantías constitucionales son: los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución.[13] En esa misma línea analítica Quiroga Lavié expone que las garantías, configuran el aparato instrumental que permite poner en funcionamiento el proceso constitucional.[14] Si bien son conceptos muy minimalistas, refleja muy bien la importancia que reviste una carta magna, la que

---

[8] *Ídem*.

[9] Artículo 72 de la Constitución de la República del Uruguay; artículo 33 de la Constitución de Argentina; artículo 3 de la Constitución del Perú. Artículo 22 de la Constitución de Venezuela

[10] MORENO CRUZ, R. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, p.852

[11]FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 10.

[12] FERRAJOLI, L. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006, p. 30

[13] ABAD YUPANQUI, S. *Las garantías como instrumentos de protección de los derechos constitucionales*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Madrid, España, 1996.

[14] QUIROGA LAVIÉ, H. *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 56.

no solo regula derechos sino también normas encaminadas a la estructura estatal, organización social y económica, las que dependen de una ley que las desarrolle, velando siempre que respete el principio de jerarquía normativa.

Se desprende entonces de los anteriores conceptos una importante conclusión. No se comparte el criterio sentado por parte de la doctrina[15] que las garantías constitucionales son instrumentos predominantemente procesales, que tutelan las normas de carácter fundamental[16] con relación a los derechos que reconoce. Su sistema de protección es mucho más abarcador, no solo se concentra en los postulados dogmáticos que según la estructura de un texto constitucional regula los derechos fundamentales, sino que de igual forma protege el texto normativo y lo que significa en el andamiaje técnico normativo de un ordenamiento jurídico determinado, se protege así la parte dogmática y en alguna medida la parte orgánica de la Constitución. Sigue esa línea analítica, la interesante la propuesta de Mora-Donatto, cuando dice que las garantías como mecanismos de protección y defensa se pueden resumir en dos grandes grupos: las garantías instrumentales y las garantías constitucionales propiamente dicha.[17]

Las dos tipologías tienen su punto de origen en el texto constitucional, son reflejos de la voluntad del legislador de proteger la norma suprema como texto ordenador de la nación, por esa razón no se comparte el criterio de denominar a las segundas simplemente como constitucional, ya que dicho apelativo también se aplica a la primera, e independientemente de la finalidad que tengan las dos, son constitucionales por tener como núcleo duro la Constitución. Se propone entonces, que pudiera emplearse el calificativo de garantías de control jerárquico, para referirse a aquellos mecanismos de protección que defienden a la norma constitucional como norma suprema.

Se desprende a la sazón de esta clasificación, las dos dimensiones que adoptan las garantías constitucionales como mecanismos protectores. Las primeras están destinadas a hacer valer y defender los derechos fundamentales reconocidos en el texto supremo: una dimensión dogmática; mientras que las segundas, tienen como objetivo defender el principio de jerarquía normativa, es decir a la Constitución como norma suprema, una dimensión jerárquica.

Con respecto a la primera de estas dimensiones, se identifican definiciones más específicas, más cerradas en cuanto a ámbito de protección, conceptos que identifican a las garantías, únicamente, como destinatarias de velar por la defensa de los derechos; tesis con la que no se concuerda ya que se alejan del criterio que sostiene este autor, por cuanto las garantías protegen tanto lo dogmático como la supremacía constitucional. En ese sentido, se tiene la definición de Ávila Santamaría, quien afirma que las garantías constitucionales abarcan mediante el empleo de tres verbos fundamentales, las distintas finalidades que le son atribuidas en correspondencia con la defensa de los derechos, entiéndase así: "las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución".[18] Por otro lado, la autora CUTIÉ MUSTELIER define a las garantías

---

[15] OVALLE FAVELA, J. "Derechos humanos y garantías constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLIX, núm. 146,mayo-agosto de 2016, p. 156; este autor sostiene que el concepto de garantías constitucionales tiene un fuerte carácter procesal, y resulta muy atinada tal afirmación, ya que es evidenciable que el grueso de las garantías reguladas en los textos constitucionales son instrumentales, es decir, van dirigidas a atacar en vía jurisdiccional la inconstitucionalidad de la violación de algunos derechos. FERRAJOLI, L. "Derechos fundamentales" en Gerardo Pisarello, (A. d. C. coord.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 22.

[16] FIX-ZAMUDIO, H. "Evolución del control constitucional en México" en (VALADÉS, D. y Carbonel, M. coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, Núm. 29, México, 2004, p. 105.

[17]MORA-DONATTO, C. *El valor de la constitución normativa*, Universidad Nacional autónoma de México, 2002, p. 52.

[18] ÁVILA SANTAMARÍA, R. "Las garantías constitucionales: perspectiva andina", *I U S Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de puebla*, No. 25, 2010, p. 78.

como el conjunto de medidas técnicas e instituciones que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciadas por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración en la convivencia política de los individuos y grupos sociales.[19]

Es necesario recordar que los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones tienen una fuerte carga normativa y la aplicabilidad directa que se le impregna a partir de su constitucionalización, los posiciona en un lugar de privilegio dentro del ordenamiento jurídico,[20] pero esa ubicación estratégica no es óbice para que se produzca el incumplimiento del derecho fundamental, ya sea por parte del particular o el ente público, por esa razón la norma constitucional debe preveer la posibilidad de que el afectado cuente con una herramienta eficaz para el restablecimiento del derecho vulnerado.

Ahora bien, la dimensión jerárquica se encarga de regular las garantías constitucionales que un sector doctrinal identifica con los instrumentos o mecanismos de control constitucional.[21] El principio de jerarquía normativa como patrón de comportamiento de un ordenamiento jurídico armónico y coherente es una tendencia regulatoria muy positiva en las normas constitucionales,[22] incluso se concibe de una manera muy dinámica en países de una complejidad estatal, como son v.gr., los estados federales.[23]

Para hablar de garantías de control constitucional, hay que referirse necesariamente a lo que la doctrina[24] denomina como rigidez constitucional. Con este principio y como muy bien se expresa en el Derecho comparado,[25] se busca la imposibilidad de que la Constitución pueda ser reformada o modificada total o parcialmente, garantizando así su contenido, por lo que el texto de manera explícita establece ciertos mecanismos protectores que se convierten en garantías constitucionales protectoras de ese principio de supremacía constitucional; v. gr referéndum reformatorio, iniciativa legislativa para reforma parcial, cortes constitucionales

En otro orden de ideas, supra, se hacía alusión a la gran diversidad en cuanto a definición y clasificación de las garantías constitucionales, pero esa diversidad constituye un arma de doble filo para la correcta y eficaz protección de los derechos. Al respecto PRIETO VALDÉS afirma que las garantías de los derechos son múltiples, pero esa diversidad requiere de una noción de sistema, a fin de eliminar las yuxtaposiciones y contrariedades que se manifiestan en el ordenamiento, las mismas a su vez conducen a la falta de validez y eficacia una de

---

[19] CUTIÉ MUSTELIER, D. *El sistema de garantías de los Derechos Humanos*, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, 1999. (Versión no publicada)

[20] BASTIDA, F. J. *et al*. *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 25.

[21] FERRER MAC-GREGOR, E. "La corte interamericana de derechos humanos como interprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", en (VALADÉS D. y GUTIÉRREZ RIVAS R. Coord.), *Derechos humanos. Memorias del IV Congreso nacional de derecho constitucional III*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 210.

[22] Artículo 410 (II) de la Constitución de Bolivia; artículo 424 y 425 de la Constitución del Ecuador; artículo 329 de la Constitución del Uruguay.

[23]GALINDO SOZA, M. "La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico", *Revista jurídica de derecho*, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018, p.129.

[24] GUASTINI, R. "Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica", *ISONOMÍA*, No. 22, Abril, 2005; MELERO DE LA TORRE, M. " La rigidez constitucional mínima como una forma débil del constitucionalismo" , *ISONOMÍA*, Núm. 51, 2019; ESCOBAR FORNOS, I. *Manual de Derecho Constitucional*, HISPAMER, Nicaragua, 1998.

[25] Artículo 411 de la Constitución de Bolivia; artículos 441 y 442 de la Constitución del Ecuador; artículo 331 de la Constitución del Uruguay; artículo 89 de la Constitución de la República de Francia.

las otras y en ocasiones se deslegitimen ellas misma por lo absurdo de las reglas que establecen, por las vulneraciones a derechos o por la lesión al mismo ideal de Justicia.[26]

La complejidad de diseñar un sistema de garantías sistémico es la aspiración de todo ordenamiento jurídico constitucional. La idea es reforzar el papel del Estado de Derecho, bajo el prisma de que todos y cada uno de los derechos debería tener un mecanismo para la reparación del mismo, con procedimientos constitucionales cabales, sencillos y rápidos. No obstante, el sistema de garantías establecido en la norma se puede ver afectado por un profuso reconocimiento de derechos fundamentales que, en vez de desplegar una actividad de protección, se vería mermada su aplicabilidad directa, toda vez que no habría correspondencia entre el catálogo de derechos y las oportunas garantías que debería estipular el ordenamiento jurídico. La problemática radica primeramente en delimitar la construcción jurídica de ese compendio de garantías que agrupa el texto constitucional. Cuál será su función, su ámbito de aplicación y, en segundo lugar, definir con la mayor agudeza la debida correlación entre los derechos fundamentales establecidos en la carta magna y sus posibles mecanismos de defensa.

Para poder contar en el texto con un compendio de garantías, sería fundamental prestar atención a los tres elementos que según Badeni[27] presuponen la manifestación de una garantía, elementos que ayudarían al legislador a delimitar según su interrelación, su finalidad y alcance, a saber: a)un interés legítimo asegurado por la Constitución, resultante de un derecho individual, un derecho social o del sistema institucional, b) un riesgo o daño para el interés tutelado por la Ley Fundamental, c) un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño.

Los presupuestos antes señalados se interrelacionan a partir de la correcta delimitación del derecho fundamental asegurado por la Constitución. Una técnica legislativa apropiada como la utilizada por los textos constitucionales de Portugal, Bolivia o Ecuador[28] que especifican cuáles serán los derechos protegidos, facilita una correcta delimitación del instrumento idóneo para la defensa de ese derecho, ya sea la interposición de una acción o la utilización de una institución en el orden procesal o constitucional. En definitiva, las garantías constitucionales son aquellos mecanismos o instrumentos que tiene como objetivo defender los derechos consagrados por el texto constitucional y a la vez defender la supremacía de la norma, dichos mecanismos necesitan de un implícito reconocimiento en su articulado ya que con esta técnica se pondera y se fortalece el binomio derecho-garantía, en arar de lograr un sistema que conquiste el andamiaje garantista que se busca en la actualidad.

2.1. Las garantías jurisdiccionales. Concepción y desarrollo.

La violación de un derecho fundamental trae consigo la vulneración de la tan ansiada justicia que como valor, es una aspiración a la hora de impartir justicia en cualquier ordenamiento jurídico.[29] Por ese motivo el constitucionalismo moderno prevé la posibilidad de que la respuesta a esa violación no quede en el plano normativo de un texto constitucional, sino que se active un mecanismo eficaz que permita garantizar la correcta, oportuna y pronta tutela de los derechos consagrados en la norma suprema.

---

[26] PRIETO VALDÉS, M. "Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos", *Revista anales de la academia de Ciencia de Cuba*, Vol. 3, Año 2, 2013, p. 5

[27] BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2da edición actualizada y ampliada, Buenos aires, La ley, 2006, p. 1071

[28] Título II; Título II: capítulo II-V; Título II: capítulo I-IX, respectivamente.

[29] Preámbulo de la Constitución de República Dominicana; artículo 8 de la Constitución de Bolivia; preámbulo de la Constitución de Argentina; artículo 73 de la Constitución de Chile.

Es entonces el proceso judicial, el mecanismo que según Picó I Junoy es la verdadera[30] garantía de los derechos fundamentales,[31] el mismo estriba en la protección jurisdiccional de los derechos, ya que la justicia se logra a través de los medios procesales idóneos para su realización y eficacia. Peca de absolutista la posición del citado autor, como se señaló anteriormente hay otras garantías como; las normativas o abstractas que permiten una visión a futuro en la protección del derecho, sin embargo sí se coincide con la opinión del referido autor en que, evidentemente, el proceso judicial imprime muchas ventajas en materia de garantismo: la inclusión del debido proceso, la constitucionalización del principio de oralidad[32] o de contradicción,[33] a manera de algunos de los ejemplos que fortalecen al proceso como vía de salvaguarda de los distintos postulados constitucionales, se engloba así el fenómeno de la constitucionalización del proceso. [34]

Constitución, garantismo y proceso es la triada que permite ver a la norma suprema no ya como mero texto político o informador de principios, sino que adquiere un papel preponderante en la defensa y protección de sus postulados, al interactuar con el Derecho Procesal, mediante la interposición de acciones que permitan solicitar de los órganos jurisdiccionales le debida tutela restitutiva ante el incumplimiento o la vulneración de los derechos consagrados en el texto constitucional.

Ese conjunto de acciones y también procesos es lo que en la doctrina se conoce como garantías jurisdiccionales o procesales,[35] también denominadas garantías secundarias[36] para dejar sentado que su aplicación tiene lugar cuando existe la vulneración del derecho, que a diferencia de las primarias (normativas o abstractas), estas se regulan en el texto constitucional previéndose que las normas desarrolladoras de los principios no sean contrarias a las disposiciones constitucionales.

Se pudieran identificar, grosso modo, con aquellos medios procesales por conducto de los cuales es posible la protección y eficacia de los derechos. PAREDES PAREDES por otro lado brinda una concepción más amplia en cuanto a estas garantías, y dice que son la protección que se presta a los derechos fundamentales a través del ejercicio de la jurisdicción, es decir, la tutela proporcionada por un

---

[30] KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México, UNAM, México, 1983; PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 15.

[31] PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012.

[32] Artículo 17 quinto párrafo y 20 de la Constitución de los Estados Mexicanos; artículo 27 segundo párrafo de la Constitución de Venezuela; artículo 168.6 de la Constitución del Ecuador; artículo 180 I. de la Constitución de Bolivia; artículo 120 de la Constitución monárquica de España.

[33] Artículo 20 A. VI de la Constitución de los Estados Mexicanos; artículo 168.6 de la Constitución del Ecuador; artículo 180 I. de la Constitución de Bolivia

[34] LORCA NAVARRETE, A. M. "La constitucionalización del proceso", *Revista del instituto de la Judicatura Federal*, No 45, enero – Junio, 2018.

[35] GELSI BIDART, A. "Enfoque sobre garantía procesal eficaz de los Derechos Humanos", *La justicia uruguaya: revista jurídica*, No. 152, 2015, p. 639; FIX-ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1974; QUIROGA LAVIÉ, H., *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991; PÉREZ GUTIÉRREZ, I. y HIERRO SÁNCHEZ, L. A. "La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano" en (LLEDÓ YAGÜE, F. Director). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ONBC; Dykinson, Madrid, 2020, p. 24.

[36] CORDERO HEREDIA, D. *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*, Comunicaciones INREDH, Quito, Perú, 2015, p.43; COLMENERO GUERRA, J.A. *Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales*", *NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS.* Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, No 2, 2006, p. 76.

funcionario del Estado con carácter imparcial por medio del proceso.[37] Por su parte PISARELLO, sostiene que las garantías jurisdiccionales, consisten en que tribunales más o menos independientes puedan ejercer el control e imponer medidas de reparación, en ausencia de los mecanismos de tutela de los órganos ejecutivo y legislativo.[38] En ese sentido se es de la opinión de que entran dentro de la categoría de jurisdiccionales, las garantías constitucionales que comprenden todas las condiciones necesarias, dígase acciones, o procesos, o instituciones, utilizadas por los ciudadanos, para el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales vulnerados ante los tribunales, a través del proceso judicial.

Cutié Mustelier y Méndez López[39] nos comentan que las garantías jurisdiccionales se clasifican en generales u ordinarias y en específicas. Las primeras también denominadas como remedios procesales indirectos tienen la misión de juzgar mediante los tribunales de la jurisdicción ordinaria la violación de los derechos fundamentales regulados en el texto constitucional, siendo sus resoluciones judiciales de obligatorio cumplimiento.

Tradicionalmente se ha identificado a estas garantías con los procedimientos correspondientes a tutelar derechos en el ámbito del Derecho Penal, tendencia seguida por ordenamientos constitucionales como el mexicano o el griego, los que reconocen amplias libertades y facultades para las personas que sufren arbitrariedades en este campo. Empero, las tendencias modernas en materia de regulación jurídica constitucional de las garantías jurisdiccionales genéricas erradicaron estos posicionamientos, y textos constitucionales como, el español regula en su articulado (cfr. Art. 24) lo que la doctrina hispana prefiere denominar como garantías procesales; un conjunto de mecanismos protectores de derechos que se desprenden de la regulación jurídica de la tutela judicial efectiva (cfr. Art. 24 apartado 1º de la Constitución española), y que son aplicable a todas las jurisdicciones. De igual modo como sostiene Campoverde Nivicela[40] constituciones más modernas, como la ecuatoriana regulan garantías jurisdiccionales ordinarias que son mucho más abarcadoras, ya que adquieren funciones declarativas, de conocimiento, ampliamente reparatorias y excepcionalmente cautelares, aplicables en igual sentido a todas las jurisdicciones.

De ese modo se entiende que las garantías jurisdiccionales ordinarias tienen un alcance genérico, amplio, atribuido al ámbito de conocimiento de todos los jueces en las diferentes jurisdicciones que conforman las tramitaciones judiciales, para la protección de los derechos, sea por su vulneración o para garantizar una posible lesión contra ellos. (Vid. sic. artículo 86 numeral 3 de la Constitución ecuatoriana). Este mandato constitucional preceptúan a cabalidad como debe ser el procedimiento de los jueces ordinarios siempre que se encuentren presente ante la vulneración a un derecho reconocido por el texto constitucional y para ellos, establece tres acciones que deben realizar para lograr su cometido, a saber: a) reconocer la violación y dejarla plasmada en la resolución que pone fin al asunto, b)

---

[37] PAREDES PAREDES, F. I. *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno*, tesis en opción al título de Doctor en Derecho, Universidad Pompeo Fabra, 2012, p. 34.

[38] PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 121.

[39] CUTIÉ MUSTELIER, D y MÉNDEZ LÓPEZ, J. "Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal", en en VV.AA (Matilla Correa, A. y Ferrer Mac-gregor, E), *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, 2012, p. 351-352.

[40] CAMPOVERDE NIVICELA, L. J. *et al*., "El derecho a la reparación integral y la garantía jurisdiccional de habeas corpus", *Universidad y Sociedad*, Vol. 10, No. 2, Febrero 2018, p.329.

establecer la obligación de ordenar la reparación integral, c) especificar cuáles serán esas obligaciones para el obligado, así como la forma para su cumplimiento.

Fix-Zamundio[41] es partidario de que estas garantías tienen la característica de ser instituciones adjetivas y no de carácter sustantivo, es decir que pertenecen al terreno del estudio del Derecho Procesal Constitucional, Se infiere de esta posición doctrinal, que la regulación jurídica de este tipo de garantías jurisdiccionales está reservada para leyes complementarias que desarrollen los procesos judiciales relativos a la defensa de la Constitución en su sentido amplio. Sin embargo, no se descarta la idea anterior, todo lo contrario, pudiera constituir una estrategia normativa positiva para lograr un sistema estructurado y lógico de protección de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones, pero ese desarrollo normativo depende necesariamente del reconocimiento de las garantías en el texto sustantivo como ya se explicó up supra.

Las jurisdiccionales específicas por otro lado, constituyen remedios procesales creados exclusivamente para el conocimiento de jurisdicciones definidas sobre la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento constitucional. Entre los procedimientos que gozan de más aceptación por los constituyentes en el plano internacional están el Habeas Data, el Habeas Corpus y la Acción de Amparo. Ordenamientos constitucionales como el peruano reconoce procedimientos especiales para la protección de los derechos como la acción de cumplimiento.[42]

En el epígrafe supra, se hacía referencia a la importancia que reviste delimitar en el texto constitucional la finalidad exacta con que se regulará la garantía. En ese sentido, es importante poder delimitar y diferenciar[43] cuándo se está en presencia de un accionar por una lesión al derecho fundamental reconocido, para entonces poner en marcha la garantía jurisdiccional, o cuando el motivo es prevenir una posible actuación gubernamental o administrativa que afecte los intereses particulares.

Dicha diferenciación a la postre, permite que ante la ausencia de una jurisdicción especifica que conozca sobre la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, sea fundamental ponderar, fortalecer la jurisdicción ordinaria y con ella a la figura del juez para que en el marco de las funciones que le son atribuidas, y según los beneficios que le aporte la norma procesal, pueda tutelar el derecho que presuntamente haya sido vulnerado.

Precisamente, la jurisprudencia ecuatoriana[44] se ha hecho eco sobre la relación que existe entre las garantías jurisdiccionales y el proceso, y en ese sentido ha dicho que las primeras tienen como objeto centra, por un lado, la tutela y, por otro, la reparación integral del derecho. De ahí la importancia de delimitar correctamente la garantía, a los efectos de poder ubicar según la tipología procesal si la aplicación del mecanismo de protección será en un proceso cautelar o en un proceso de conocimiento. Con respecto a este último parámetro sostiene que la garantía y su utilización en tramitación ordinaria de tutela de los derechos fundamentales se corresponderá al tipo de sentencia que produzca el proceso, a saber: declarativa, constitutiva o de condena.

---

[41] FIX-ZAMUDIO, H. "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del processo" en *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal,* Madrid, 1985, p. 113

[42] Artículo 200, inc. 6

[43] STORINI, C. "Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador", *FORO revista de Derecho*, No. 14, 2010, p.106.

[44] Corte Constitucional del Ecuador, Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012 – noviembre de 2015): Documento complementario: Síntesis de las acciones y/o competencias de la Corte y fichas técnicas de sus pronunciamientos [versión digital] / Corte Constitucional del Ecuador; Alfredo Ruiz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Ávila Benavidez, editores. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016. (Jurisprudencia constitucional, 7), p. 122

La tutela de los derechos en sede jurisdiccional, independientemente de que se realice en la justicia ordinaria o la especial, requiere de un amparo directo, de modo que esa tramitación debe cumplir una serie de requisitos[45] indispensables mínimos: Agilidad, brevedad y precisión, para garantizar que cualquier persona o personas ejerciten el derecho de acción cuando sus derechos constitucionales se encuentren en riesgo, garantizando así una eficacia que no comprometa la inmediatez del ejercicio de la acción.

Estas garantías deben prescindir del establecimiento de esquemas formales que tiendan a entorpecerla, lo cual implica que los modelos procedimentales con relación a ellas, deben encontrarse desprovistos de tales formalidades y ofrecer de manera ágil, dinámica una protección efectiva, oportuna al titular del derecho posiblemente afectado.

3. La garantía constitucional de Audiencia. Construcción jurídica.

En la construcción jurídica de la Audiencia en su trasfondo constitucional, existe una dicotomía de si se considera como un derecho, un principio, o, si se constituye como una garantía que hace realidad los derechos que vienen a contener el debido proceso.

La máxima de que nadie pueda ser condenado sin ser escuchado, se convierte en el basamento sobre lo que se monta la idea de considerar a la Audiencia como un derecho fundamental. Su reconocimiento como tal se desprende de la inclusión por parte de algunos textos internacionales[46] en su articulado de que toda persona en la sustanciación de un proceso judicial tiene el derecho de ser oída, pero esa posibilidad viene acompañada de otros elementos que complementan ese denominado derecho humano: a) tiene que ser de manera pública, b) por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, c) en un plazo razonable.

La doctrina[47] partidaria de la posición anterior sostiene que el derecho de audiencia es una manifestación concreta del derecho de acceso a los tribunales de justicia e implica en la práctica, la posibilidad real del ejercicio del derecho de defensa.[48] Es una posición cuestionable, porque resulta debatible la posibilidad de inferir que un derecho fundamental sea el elemento que materializa otro derecho

---

[45] CUTIÉ MUSTELIER, D y MÉNDEZ LÓPEZ, J. "Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal", en en VV.AA (Matilla Correa, A. y Ferrer Mac-gregor, E), *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, 2012, p. 54; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 389-16-SEP-CC, caso No. 0398-11-EP.

[46] Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[47] SILVA GARCÍA, F. "Derecho de Audiencia: Art. 14 constitucional y 8º. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en (FERRER MAC-GREGOR, E. y CABALLERO OCHOA, J. L. Coord.), *Derechos Humanos en la Constitución*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM pp. 1497-1531; SALMÓN, E y BLANCO, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, Perú, 2012; FERNÁNDEZ SARASOLA, I. "Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español", *Estud. Socio-Jurídico*, Bogotá (Colombia) ,10 (2), julio-diciembre de 2008, pp. 76-108; VILLADIEGO BURBANO, Carolina., "La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos", *Civilizar* No.10, Vol.18, 15-26, enero-junio, 2010; ÁNGEL RUSSO, E. *Derechos Humanos y garantías. El derecho al mañana*, Eudeba Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1999.

[48] ALARCÓN, E. "Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil" en (MACHADO J. y ACOSTA H.), *Constitucionalización del proceso civil*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2005, p. 259.

fundamental, lo que indiscutiblemente, va en contra de la técnica constitucional y del criterio doctrinal en cuanto a que la protección de los estos derechos se realiza mediante las garantías como mecanismos de protección, no mediante otros derechos. De igual modo, el derecho de Audiencia o la posibilidad de ser oído, encuentra una limitante para su configuración como derecho fundamental. Carece de un contenido propio y como tal de un mecanismo que proteja ese contenido ante la posible vulneración de sus detentores, amén que es imposible identificar como se configuran en su concepción las tradicionales categorías que informan el nacimiento de un derecho fundamental.

Por otro lado, procesalmente, se debate en torno a una denominación de esta categoría, sustentada en su influencia en el proceso civil, amén de su elevación a rango constitucional. Así, puede encontrarse con el nombre de principio de audiencia o principio de bilateralidad de la Audiencia. No existe cuestionamiento por parte de la doctrina de que la raíz histórica del instituto se localiza en la alocución audiatur et altera pars (oír a ambas partes), sin embargo, las directrices doctrinales trazadas sobre el tema concentran la configuración de la construcción jurídica de la figura específicamente dentro del Derecho procesal civil.

Uno de los mayores exponentes en el Derecho latinoamericano sobre el tema y defensor de la utilización de la terminología "Principio de Audiencia", es el autor Alfaro Valverde,[49] quien sostiene su postura sobre la base de la contemporaneidad del término y su uso por parte de la doctrina procesalista moderna. Refiere que representa no sólo la oportunidad de expresar las razones de los participantes sino, además, que éstos influencien de manera efectiva en las decisiones del juez, quien a su vez, tiene el deber de fomentar el diálogo.

Es sin dudas, un posicionamiento eminentemente procesalista, sentado sobre la base de la configuración de un proceso sistémico, sustentado en la observación de este principio y los restantes configurativos del proceso civil por parte de la magistratura.

En igual dirección se pronuncia Calaza López, al manifestar desde un punto de vista de la técnica procesal, que el principio de audiencia garantiza a los particulares la posibilidad de que sean oídos en el proceso,[50] esto implica entonces que cada parte tenga oportunidad suficiente o razonable para exponer su caso.[51]

Siguiendo este análisis, la denominación de principio de bilateralidad de la Audiencia[52] presenta en su concepción jurídica una deficiencia, que a la postre va en detrimento de su objetivación como institución constitucional con influencia en el proceso civil. Expresa Couture[53] que el principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición.

---

[49] ALFARO VALVERDE, L. G. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el Proceso Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014.

[50] CALAZA LÓPEZ, S. "Principios rectores del proceso judicial español", *Revista de derecho UNED*, Núm. 8, 2011

[51] ARAÚZ RAMOS, J. C. *Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño*, Tesis para optar por el título de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. España, 2014, p.233

[52] ZUFELATO, C. "La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano", *Derecho PUCP*, No. 78, 2017, p. 24; GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno", *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 2, 2013.

[53] Couture, E.J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág.183.

Es cierto que la decisión judicial no es fruto de una pura actividad oficiosa del tribunal, sino el resultado del proceso entendido como método pacífico y dialéctico de debate entre partes contrapuestas ante un tercero imparcial.[54] La bilateralidad de la Audiencia, es un principio planteado para las partes procesales. Como señala Agudelo Ramírez[55] este principio incide no sólo en la posición del director, sino también en las relaciones que deben darse entre las partes procesales durante el desarrollo del proceso, relaciones en las que, se exige que estos sujetos se pongan así mismos en los zapatos del otro. Se separa asimismo del tradicional diseño de la relación jurídica triangular que debe darse entre todos los sujetos procesales, que de alguna forma busca garantizar el respeto de todos los derechos consagrados por los textos constitucionales.

Ahora bien, como se puede apreciar el principio de bilateralidad de la Audiencia, no es otra cosa que el tradicional principio de contradicción, denominación más arraigada en la doctrina procesal moderna a partir de la influencia del procesalismo italiano.[56] Este movimiento afirma que el principio de contradicción significa discusión pública entre dos personas que sostienen y profesan opiniones contrarias, y como tal, se refiere a un universo de valores ideológicos, políticos y filosóficos.

Sin embargo, para este caso como bien se ha expuesto, los principios analizados, amén de los intentos doctrinales de brindarles un respaldo constitucional, no encuentran como tal un asidero dogmático en las normas constitucionales. Están de ese modo estudiados para ordenar la actividad judicial propia de los sujetos procesales, a partir de su intervención en las diferentes tipologías previstas por la norma. De la interpretación de los análisis anteriores es evidente que no se debe hacer una similitud entre el derecho a ser oído, y la Audiencia como garantía.

Como último criterio sobre la construcción jurídica del objeto de la investigación, se encuentra el posicionamiento doctrinal de considerar a la audiencia como una garantía.[57] Antes de adentrarse en el estudio de la audiencia como garantía jurisdiccional.

Un concepto acabado de qué entender por garantía de Audiencia se puede encontrar en la jurisprudencia colombiana.[58] Según la más alta magistratura del país latinoamericano, esta garantía implica el seguimiento de cada una de las formalidades esenciales del juicio o proceso civil que satisfagan ineludiblemente, una oportuna y adecuada defensa previa al acto de autoridad, pues toda persona debe tener conocimiento del procedimiento y sus consecuencias, a fin de que esté en posibilidad de ofrecer pruebas, interponer recursos y alegar en su defensa lo que a sus derechos convenga e, incluso, impugnar en su oportunidad la resolución que decida el fondo del asunto. En igual sentido, se pronuncia la jurisprudencia

---

[54] LOUTAYF RANEA, R. y SOLÁ, E. "Principio de bilateralidad o contradicción en la prueba" en (PEYRANO, J. Director), *Elementos de Derecho Probatorio*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 153-249.

[55] AGUDELO RAMÍREZ, M. "El debido proceso", *Opinión Jurídica* vol. 4, No. 7, 2005, p. 95.

[56] CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973; REDENTI, E. *Derecho procesal Civil*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957; PICARDI, N. "Il principio del contraddicttorio, Revista de diritto processuale", No. 3, Cedam, Padova, 1998.

[57] GÓMEZ LARA, C. "El debido proceso como derecho humano", en (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, N. coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 345; ORTELLS RAMOS, M. "Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil", *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010; OVALLE FAVELA, J. "Derechos humanos y garantías constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLIX, núm. 146,mayo-agosto de 2016, p. 68; BURGOA, I. *Las garantías individuales*, Porrúa, 40 edición, México, 2008.

[58] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC14870-2017, veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete, Bogotá, D. C, Colombia; Corte Constitucional, Sentencia C-690/08 Cosa juzgada constitucional, nueve (9) de julio de dos mil ocho (2008), Bogotá, D. C.

española. El Tribunal Constitucional español, sentenció que la privación a la parte recurrente de una vía procesal de defensa de carácter esencial, como es la de Audiencia, que le hubieran permitido en su caso exponer los argumentos que a su juicio no concurrían para la inadmisión, apreciada inicialmente en el auto impugnado, le producía indefensión.[59]

Se configura así la Audiencia como mecanismo protector de derechos en una institución compleja, que en su construcción jurídica se observa la presencia de la protección de varios derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales. Por supuesto esta es una afirmación que se desarrollará infra, pero dada las finalidades que adopta, se puede apreciar desde ya, que esta garantía no solo alcanza a los justiciables, sujetos a los cuales supone debe estar destinada, pues por una parte, supone dar al demandado la plena posibilidad de defenderse, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos. La otra finalidad va dirigida al órgano juzgador, y radica en que la autoridad decisoria disponga de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución.

No es una institución aislada, la doctrina mexicana,[60] una de las desarrolladoras de esta garantía, explica una serie de pautas que coadyuvan a ponderar su utilización como mecanismo protector, facilitándose así su comprensión y configuración jurídica, a saber: a) titularidad; b) bienes protegidos; c) relación con otras garantías específicas.

Con respecto a la titularidad se sostiene que todas las personas gozan de la posibilidad de participación en la audiencia para la defensa de sus derechos, se exceptúa claro está, aquellas personas que según la ley sustantiva no tienen la capacidad requerida para la celebración de actos jurídicos procesales.

En relación a la participación de las partes en las Audiencias, la doctrina establece su obligatoriedad. Responde a la necesidad de la debida interacción de estas con el juez, ya que su conocimiento a cabalidad de la afectación le permite una mayor comprensión al tribunal de la problemática y cómo debe operar para la subsanación de ese error.

Con respecto al objeto de la Garantía de Audiencia, consiste en la tutela que proporciona a todos los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales y su presunta vulneración, se sustancia por los canales de la Jurisdicción ordinaria. Se pudiera hablar entonces desde el Derecho Civil; del derecho a la propiedad, derecho a la herencia; en el terreno del Derecho familiar, del derecho a formar una familia, o el derecho a contraer matrimonio, regulados en la vigente Constitución cubana.

Ejemplo claro de cómo la Audiencia se constituye en una garantía, se puede encontrar en la jurisprudencia norteamericana.[61] Para que sea efectivo el due process, debe ser seguido de una audiencia en contradictorio pleno para que el sujeto pueda usar todos los instrumentos de defensa procesal. Como se puede apreciar, la Audiencia como garantía se auxilia del principio procesal de contradicción procesal, para que, desde un plano de igualdad de las partes en el proceso, puedan tener las mismas oportunidades y posibilidades de ejercer su derecho a la defensa. En ese sentido el contradictorio es un medio de auxilio de la

---

[59] GOZAINI, Osvaldo, A. "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional", *Cuestiones constitucionales*, No. 7, Julio-diciembre, 2002, p. 82.

[60] BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, 40 edición, México, 2008, p. 534-540.

[61] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Las Acciones positivas" en (MIGUEL, C. director) *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 261.

garantía para hacer efectivo el derecho fundamental a la defensa, a partir de la dualidad de los sujetos que intervienen en un proceso judicial.

Los elementos anteriores, descriptivos de la garantía de Audiencia, la convierten en un instrumento de protección de derechos fundamentales, acogido por varias constituciones. Su reconocimiento demuestra la importancia que ella reviste para la salvaguarda, no solo de determinados derechos que puedan tener una autonomía en un momento determinado en el escenario del Derecho Procesal Civil, sino que protege en su conjunto, a ese conglomerado de derechos y principios que informan el debido proceso, y que se materializa en todo el íter procesal.

En ese sentido la Constitución de Ecuador concibe una de las fórmulas más completas en cuanto a la regulación jurídica de la Audiencia como garantía jurisdiccional. Primeramente, su artículo 76 regula el derecho fundamental a la defensa y como una de sus garantías, en el apartado c); que toda persona debe ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. Más adelante, en el artículo 86 se regula como garantía jurisdiccional a la Audiencia, cuando prevé que "presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una Audiencia pública". Por su parte la Constitución de República Dominicana, reconoce en su artículo 69 que una de las garantías mínimas del debido proceso será, la celebración de un juicio oral, público y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa. Indiscutiblemente en esta Constitución, la Audiencia es regulada en forma inversa, es decir, se presume a partir de la constitucionalización de los principios o elementos que la componen. Suiza, en su actual Constitución, regula en su artículo 29 como garantías generales del proceso, el derecho de todas las partes a ser oídas. En esa dirección la Constitución de México en su artículo 14 estipula, que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio, haciendo clara alusión a la oralidad en los procesos judiciales, la que se celebra mediante Audiencias. De igual manera, la Constitución salvadoreña estipula en su artículo 11 que, ninguna persona puede ser privada del disfrute de ciertos derechos, y enumera, sin previamente ser oída y vencida en juicio.

En esa medida, y como cierre en el análisis de la construcción jurídica de la figura objeto de estudio, se puede afirmar que indiscutiblemente, la misma constituye una garantía de protección a los derechos fundamentales, en lo específico, es una garantía jurisdiccional instrumental, al constituirse como un mecanismo procesal porque su ámbito de aplicación es el proceso. La afirmación anterior se sustenta en lo planteado por Duce Julio,[62] quien concluye que existe una diferencia entre derecho a ser oído y Audiencia, ya que para que una persona sea oída no significa que tenga que ser precisamente en una audiencia, el envío de los escritos por parte de los abogados y su lectura frente al órgano juzgador, no constituye precisamente un acto de esta naturaleza. Se es del criterio de que no es erróneo por completo la posición de los instrumentos internacionales al reconocer la posibilidad de ser oído como un derecho fundamental, pero esa posibilidad no puede ser entendida como lo hace la doctrina, al referirse a la audiencia como derecho, cuando la misma construcción de la figura en comento, y su innegable relación con principios procesales, hace que técnicamente, el ser oído y la audiencia no sean términos similares. Por lo tanto, si se considera la posición doctrinal y legislativa de ser oído como derecho fundamental, se defiende entonces la idea de que el mecanismo de protección de este derecho fundamental, lo es la garantía de Audiencia.

3.1. La audiencia como garantía jurisdiccional ordinaria específica y su relación con el contenido del debido proceso.

[62] DUCE JULIO, M. A. *et al*. "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información" en (PEREIRA CAMPOS, S. coord.), *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo, España, 2011.

Se retoma la opinión doctrinal de Cutié Mustelier,[63] sobre las garantías jurisdiccionales, como las que abren la posibilidad de demandar ante un órgano de este género (tribunales), la preservación o el restablecimiento de los derechos fundamentales.

Una mirada jurídica comparada a algunos de los textos constitucionales en estudio,[64] evidencia que la regulación jurídica de las garantías jurisdiccionales está montada sobre la base de la noción de un procedimiento judicial, o acciones procesales que presumiblemente, dan la noción de la interposición de un proceso, vgr. Habeas Corpus, Habeas Data, Acción de cumplimiento, acción de Amparo. Este tipo de garantías presupone la posibilidad de acudir a la vía judicial en la búsqueda de la tutela judicial necesaria para la defensa de los derechos. En consecuencia, salta a la vista una interrogante fundamental para su correcta aplicación, ¿la garantía jurisdiccional es la acción procesal que le corresponde a la parte afectada o el proceso en sí mismo como mecanismo procesal?

La mencionada autora aludiendo a Kelsen, explica que, éste último afirma que las declaraciones de derechos atribuyen al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra, solamente si aquél tiene la posibilidad de reclamar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano, y especialmente, si puede poner en movimiento un procedimiento que lleve a la anulación del acto inconstitucional.[65] Indiscutiblemente, se está haciendo referencia a la acción como mecanismo que garantiza la defensa del derecho; cuestión que no se comparte, toda vez que la acción procesal en su concepción abstracta, es un derecho fundamental atribuido a todos los ciudadanos. Según la doctrina procesalista cubana[66] es la posibilidad de reclamar el movimiento de la jurisdicción previo el cumplimiento de los presupuestos procesales para ello.

Del otro lado del análisis, no se abandona la idea por completo de que un procedimiento en específico constituya una garantía a la defensa de derechos. La autonomía garantista del proceso[67] le permite otorgar a la función jurisdiccional todo un abanico de remedios en materia de protección de derechos que responde a un compromiso del proceso con el cumplimiento de debido proceso.

La dicotomía doctrinal en torno a las garantías jurisdiccionales ordinarias radica en la defensa de la idea de que en este caso el proceso en sí mismo sea la única garantía en materia procesal.[68] Es por supuesto una posición demasiado abstracta y restringida, porque no permite la consideración de la Audiencia como una garantía jurisdiccional ordinaria específica caracterizada por su complejidad en su construcción jurídica, al responder como mecanismo protector no sólo al derecho a la defensa sino como gran parte del contenido del debido proceso, como se abordará infra.

Lorca Navarrete[69] reconoce que, el garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista

---

[63] CUTIÉ MUSTELIER, D. *El sistema de garantías de los Derechos Humanos*, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, 1999. (Versión no publicada).

[64] Artículo 200 de la Constitución del Perú; artículo 265 de la Constitución de Guatemala

[65] *Idem*.

[66] MENDOZA DÍAZ, J. *Derecho procesal parte general*, Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2015, p. 14.

[67] LORCA NAVARRETE, A.M. "El derecho procesal como sistema de garantías", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto, 2003.

[68] CEVALLOS SÁNCHEZ, G. y ALVARADO MONCADA, Z. "Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de inmediación", *Universidad y Sociedad*, No.10, Vol.1, 2018, p.170.

[69] LORCA NAVARRETE, A.M. "El derecho procesal como sistema de garantías", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto, 2003, p. 536.

plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora. Su reconocimiento se fundamentaría a partir del sustento de que este tipo de garantías son los medios idóneos para la protección de los Derechos Humanos, al estar dotados de una serie de condiciones o cualidades que le permiten desempeñar con eficacia esta importante misión.

Desentramando el concepto, el medio idóneo para la protección del contenido del debido proceso es la Audiencia, la cual está dotada de esa serie de cualidades o condiciones que vendrían a ser los principios procesales de Oralidad, Inmediación, Concentración y Economía procesal, los que permiten se correcto ejercicio.

La afirmación anterior, hace defender la idea de una novel clasificación, de la autoría de este autor en cuanto a las garantías jurisdiccionales ordinarias:

- Generales: los procesos de la jurisdicción civil radicados ante los tribunales correspondientes.
- Específicas: Las diferentes audiencias que se encuentran reguladas dentro del proceso civil contemporáneo: Audiencia Preliminar y Probatoria.

La instrumentalidad en el debido proceso se configura de manera sui géneris. No se debe circunscribir al aspecto formal o externo de la institución, es decir, el ejercicio y existencia efectiva de otros derechos fundamentales, sino que también la jurisprudencia internacional[70] reconoce una instrumentalidad interna en relación al debido proceso. Lo anterior significa que, a su contenido se le atribute de igual forma una instrumentalidad autónoma ya que comprende el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental que lo integran, cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses. De ahí que no sea indispensable, ante la vulneración de un derecho sustantivo, invocar el debido proceso en general como institución, solo basta con hacer uso de uno de los elementos que lo componen para combatir tal indefensión.

En esta línea de análisis, su complejidad viene aparejada por otra nota distintiva y es, la indeterminación de su contenido esencial.[71] Indiscutiblemente, la intención de los legisladores es lograr una regulación completa y más abarcadora posible en cuanto a la figura del debido proceso. Sin embargo, la evolución de la figura en cuanto a su alcance y lograr un mayor garantismo procesal, hace que sea una tarea ardua incluir dentro de un mismo precepto normativo todo lo concerniente a esta. Así lo reconoce Salas Céspedes,[72] para quien la evolución de las instituciones jurídicas, así como el entorno correspondiente a cada sociedad, son elementos que propician que la jurisprudencia esté sujeta a cambios, y con ello modificaciones en cuanto a los componentes del debido proceso.

Con relación a la idea anterior, resulta muy interesante y de utilidad práctica lo planteado por Wray,[73] cuando defiende la idea de que delimitar el contenido del debido proceso lleva necesariamente a la enumeración de condiciones, de modo que el camino más directo para precisarlo, consiste en identificar los principios en los que se descompone y desarrollarlos a fin de descubrir su particular forma de manifestarse en cada caso. Así relaciona una serie de parámetros, que servirían de pautas procedimentales a las que debe responder su construcción idónea: a) Idoneidad, b) Neutralidad, c) Imparcialidad, d) Igualdad, e) Transparencia, f) Contradicción, g) Evidencia, h) Motivación.

---

[70] Sentencia No.1739 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1 de julio, 1992.

[71] GALBÁN RODRÍGUEZ, L. *Valores constitucionales: funciones en la argumentación de sentencias en un debido proceso civil en cuba*, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, 2018. (Versión no publicada).

[72] SALAS CÉSPEDES, A. *El Debido Proceso*, (Centro de Información Judicial), ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina en www.cij.gov.ar consultado el 12 de septiembre de 2020.

[73] WRAY, A. "El debido proceso en la Constitución", *Iuris Dictio*, Vol. 1, 2000, pp. 37-38.

En ese sentido se debe hablar de contenido del debido proceso, para referirse a aquellos derechos fundamentales,[74] garantías jurisdiccionales[75] y principios materiales y procesales[76] que son tendentes a proteger tanto a la parte actora como a la demandada frente al silencio, el error o la arbitrariedad de las actuaciones judiciales. Es por ello que sería perjudicial si se sostuviera una posición absolutista en cuanto al contenido del debido proceso. La mutabilidad, la volubilidad; son algunas de sus características que se pueden apreciar en un acercamiento al estudio de la regulacion constitucional del contenido del debido proceso.

Una de las caracteristicas en ralción al contenido del debido proceso es su progresividad. Sus elementos son variados[77] y responden según los intereses políticos, sociales y legislativos de cada nación. Sin embargo existen algunos que son constantes, dada su importancia para garantizar una adecuada administración de justicia, y que responden en alguna medida a los parametros descritos por WRAY. Se identifica en ese sentido el derecho a un juez competente, el derecho a la defensa o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, entre las garantías están: contar con tribunales predeterminados por la ley, la garantía relativa a la prueba ilícita.

Ahora bien, la Audiencia como garantía no parece encontrar un sustento doctrinal como parte del contenido del debido proceso. Las posiciones doctrinales[78] se inclinan a defender la idea de que el elemento que conforma el debido proceso es el derecho a ser oido o la audiencia como derecho fundametal y no como garantía. Evidentemente, no es la línea analítica que se defiende en esta investigación, la garantía de audiencia como elemento del debido proceso a diferencia de las posiciones doctrinales anteriores, sí encuentra respaldo normativo en textos constitucionales. De ahí que el aporte más significativo de este medio de protección, es su incidencia de forma transversal a todo el contenido del debido proceso, por lo que se alza como su piedra angular y elemento más importante. Como bien afirma GOZAINI sobre el debido proceso en el derecho anglosajón, se sustenta en dos elementos que son los pilares de esta instittución nacida en este sistema de derecho: La notificación (notice) y la Audiencia (hearing).[79]

Para graficar mejor la afirmación anterior, resulta indispensable detener la mirada en el análisis de la relación que existe entre la garantía de audiencia y los principales elementos que conforman el debido proceso, para poder brindar un esbozo de la importancia que reviste y el papel preponderante de la figura que se estudia. De igual modo, es menester resaltar la relación de la figura objeto de estudio con los principios tecnicos configurativos del proceso civil, toda vez que Escobedo Rojas[80] explica que la palabra "garantías" encuentra un significado

---

[74] CONSTENLA ARGUEDAS, A. F. "El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista Judicial*, Nº 113, Setiembre 2014, Costa Rica, p. 207.

[75] ARBOLEDA LÓPEZ, A. P. "El derecho fundamental al debido proceso y las garantías que lo integram", *En clave Social*, Julio – Diciembre, Vol. 1, No. 2, 2012.

[76] LANDA ARROYO, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte suprema de justicia de la República del Perú, Tribunal constitucional del Perú, Corte interamericana de derechos humanos*, Academia de la magistratura, Primera edición, Lima, Perú, diciembre del 2012, p. 28.

[77] ALVARADO VELLOSO, A. "El debido proceso", en AA.VV, *Justicia y Sociedad*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, pp. 560-561.

[78] AGUDELO RAMÍREZ, M. "El debido proceso", *Opinión Jurídica*: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Vol. 4, Nº. 7, 2005, p. 92; FIX-ZAMUDIO, H. *Voz: Debido proceso legal*, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1987, p. 820.

[79] GOZAINI, Osvaldo, A. "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional", *Cuestiones constitucionales*, No. 7, Julio-diciembre, 2002, p. 72.

[80] ESCOBEDO ROJAS, A. "Para garantizar la Constitución: el concepto de garantía en la cultura constitucional mexicana como espíteme del amparo (1833-1847)", en (LIRA, A. y

distinto desde la atalaya del Derecho Procesal, que aun y cuando sean consideradas como un mínimo estándar en la sustanciación de un procedimiento jurisdiccional, necesitan de otros elementos adyacentes que coadyuven a su efectividad para que todo procedimiento sea considerado "justo", como son estos principios. Razón asistida a este criterio doctrinal, por cuanto el proceso como sistema depende de ellos para hacer valer el conjunto de instituciones que lo integran. Así, la oralidad, la concentración, la inmediación y la igualdad procesal, son principios técnicos configurativos del proceso civil que van unidos a esas garantías procesales, y que contribuyen al ejercicio efectivo del Debido Proceso.

El derecho a la defensa[81] se constituye como la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Se coincide con la doctrina norteamericana[82] en que es un derecho netamente procesal, pero que tiene sus génesis en la regulación constitucioanl de debido proceso. En su complejidad se constituye como un derecho continente, es decir contentivo de otros derechos fundamentales,[83] de ahí que la doctrina[84] y algunas normas constitucionales,[85] lo reconozcan como un derecho absoluto por la amplia gama de manifestaciones e implicaciones que reviste. Su aplicación se aprecia en toda la tramitación procesal e implica según García Odgers: a) el derecho a declarar, b) el derecho a rendir pruebas, c) participar en el procedimiento y d) derecho a la asistencia letrada.[86] Su relación con la garantía de audiencia es muy estrecha, al ser un derecho fundamental contentivo de otros derechos, hace que adquiera una instrumentalidad de tal magnitud, que se precisa una protección y realización en el proceso a cabalidad. Lo anterior es el fundamento de que la garantía de audiencia es el mecanismo de protección del derecho a la defensa por antonomasia.

Con respecto al derecho de declarar, la vinculación con la garantía de audiencia se evidencia a partir de la indisoluble relación que tiene con el principio de oralidad. Su configuración procesal, ineludiblemente, responde a un diseño procesal que permita su funcionalidad garantista y la respuesta se encuentra en los procesos civiles por audiencia. Esta estructura mayormente oralizada, pero con presencia de la escritura en su tramitación, permite que la inmediación opere a través de las audiencias, donde impera un esquema dialogal entre las partes,

---

SPECKMAN GUERRA, E. coord.), *El mundo del derecho II: Instituciones, Justicia y Cultura Jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de investigaciones jurídicas Serie doctrina jurídica, núm., 813, 1ra Edición, 2017, pp. 127-128.

[81] VALERA SABUGO, E. *El derecho a la defensa como presupuesto para la defensa de los derechos humanos en Cuba*, Tesis para la opción del título de Master en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2017.

[82] SHELDON, C. *The essentials of the constitution: the Supreme Court and the fundamental law*, edited by Stephen L. Wasby, United State, 2002, p.128. La particularidad de la regulación de este derecho fundamental en la Constitución norteamericana radica en que no se reconoce como derecho a la defensa, sino que se estipula bajo la denominación de derecho a un abogado. No es a nuestro entender la mejor manera de regularlo,

[83] PÉREZ GUTIÉRREZ, I. y HIERRO SÁNCHEZ, L.A., "Por una plena protección judicial y constitucional", *UH [online]*. 2020, n.289, pp.187-206. Epub 25-Abr-2020, p. 200. El derecho a la prueba constituye una de las garantías del proceso, devenidas derecho fundamental a partir de su regulación constitucional; pues no existe un cabal derecho a la defensa si no se concede a los justiciables la posibilidad de probar los hechos y argumentos que soportan sus alegaciones, a fin de crear certeza o convicción en el tribunal.

[84] ALARCÓN, E. "Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil" en (MACHADO J. y ACOSTA H.), *Constitucionalización del proceso civil*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2005, p. 265.

[85] Artículo 8 Constitución de la república dominicana

[86] GARCÍA ODGERS, R. "El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal", *Revista de derecho*, No. 223-224, año LXXVI, enero-junio/julio-diciembre, 2008, p. 119.

asistidas por sus abogados y el juez.[87] Los actos procesales se realizan de viva voz, lo que significa una materialización directa del derecho a la defensa. Las partes puede explicar de forma ilimitada y clara la totalidad de los argumentos en que basa su estrategia defensiva, cuestión que no podrían lograr con facilidad en los procesos donde la escritura es predominante. Con respecto a lo anterior, un sector doctrinal[88] es claro, se precisa que el material escrito no sea la base sobre la cual se forma la convicción del tribunal y se fundamenten sus decisiones, sino que precisamente lo sea el producto de la audiencia, es decir, las argumentaciones y pruebas presentadas en la audiencia con inmediación, contradictoriedad y publicidad.

Muy unido al derecho a la defensa, se encuentra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.[89] Afortunadamente fue uno de los tantos aspectos positivos en cuanto a regulación y garantismo procesal que introdujo la nueva Constitución cubana de 2019. Un análisis sobre el escenario procesal actual, predominado por la escritura, y la Constitución vigente, evidencia un desbalance y un completo atraso en materia de constitucionalidad de la actual norma procesal. La garantía de audiencia revertiría esta situación, ya que la adopción de la misma permitiría que esa institución oralizada acorte mucho de los términos y los plazos que, hoy en día, hace del proceso civil, una tramitación desgastante y prolongada en el tiempo.

La actividad probatoria, es el nervio central en la estructura de un proceso, la decisión final depende en primer lugar de la suficiencia probatoria que a partir del principio de aportación de parte sean capaces de ejecutar los sujetos procesales que intervienen en la relación jurídica, y en segundo lugar, de la veracidad y probidad de ese material que se presenta, lo que determinará un nivel de certeza en el órgano juzgador que facilitará un camino despojado hacia la satisfacción jurídica traducida en una sentencia de mérito acorde a los propósitos e intereses del ganador.

La protección constitucional en relación a la materia probatoria se desdobla en dos sentidos: la regulación jurídica del derecho a la prueba,[90] y la garantía de que constituirá medio probatorio ilícito todo aquel que haya sido obtenido ilegalmente. La garantía de audiencia constituye otro mecanismo de protección a ese derecho fundamental a la prueba. Amén de la disquisición teórica de que no se prueban los hechos sino las alegaciones, todo hecho controvertido necesita ser probado, y todo hecho controvertido responde a una estrategia defensiva por parte del sujeto procesal. De ahí que, la dependencia del derecho a la prueba del derecho fundamental a la defensa, sea irrefutable.

Ahora bien, para que se materialice correctamente esa defensa probatoria se necesita de un mecanismo que proteja ese derecho fundamental, el cual no es otro que, la garantía de audiencia. Autores sostienen que no basta con indicar cuáles son los medios de prueba a los que, de modo general, se puede acudir;[91] de igual

---

[87] PEREIRA CAMPOS, S. "Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", *Revista internacional de estudios sobre derecho procesal y arbitraje*, No. 2, 2009, p. 17.

[88] DUCE JULIO, M. A. *et al*. "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información" en (PEREIRA CAMPOS, S. coord.), *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo, España, 2011. p. 37.

[89] SARDÁ LLOGA, E. A. y MARCHECO REY, B. "El derecho a un proceso civil sin dilaciones indebidas. Contenido de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental" en (CÁNOVAS D. y CARDONA VEGA, R. coord.) *Los derechos fundamentales. Perspectiva comparada en América Latina y Europa*, 1ra Edición, Editorial Leyes, Bogotá, 2019 pp. 327-339.

[90] MANTECÓN RAMOS, A. "El derecho a la prueba en el modelo jurídico cubano: una interpretación" en (ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M. y MATILLA CORREA, A. coord.) *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Editorial UH, La Habana, 2011.

[91] ROJAS-VALDIVIESO, M. C. *et al*., "Prueba en Garantías Jurisdiccionales. Falta de regulación y afección al derecho a la defensa y libertad probatoria en el Ecuador", *Iustitia*

modo esos medios de pruebas tienen que estar propuestos de manera correcta y aceptados en su momento procesal oportuno, con la finalidad de que serán practicados a partir de la puesta en práctica del principio de oralidad en la correspondiente audiencia,[92] ya sea la preliminar o la probatoria, para garantizar que el contrario pueda ejercer el contradictorio, basado en su estrategia defensiva, soportada por ese material probatorio que contrapone y que puede desbaratar la estrategia defensiva contraria.

Si bien es importante probar con el objetivo de salir airoso a partir de una resolución judicial que acoja la pretensión, esa decisión debe ser tomada por un órgano capaz de tener incorporado en su funcionalidad, la facultad previamente otorgada, según la legalidad establecida para que sea capaz, en primer lugar, de conocer el asunto, y segundo, juzgar y decidir conforme a Derecho la solución más justa para el caso. Lo anterior se traduce en el derecho fundamental a un juez competente. Sarasola Fernández afirma que, es el derecho a un procedimiento legalmente establecido, a través del cual se determine la existencia de un tribunal investido de competencia con generalidad y con anterioridad al hecho que motiva la actuación judicial,[93] ello certifica según Gozaini la consagración de requisitos ineludibles para la constitución efectiva del debido proceso.[94]

Se desprende de la noción anterior, que la relación jurídica procesal es el denominador común que une a este derecho fundamental con la garantía de audiencia. La oralidad como punto de referencia en la tramitación de los asuntos, se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos, como son la imparcialidad y la independencia, que garanticen en un plano de igualdad las mismas oportunidades de defensa para las partes, por lo tanto esa igualdad en el debate, en la posibilidad de brindar oralmente los elementos de defensa que se consideren necesarios e indispensables para demostrar lo pretendido, debe estar supervisada y guiada por el órgano juzgador.

El criterio precedente está sustentado sobre los fundamentos de la relación jurídica procesal como categoría y como teoría más aceptada en la doctrina procesal contemporánea para describir la naturaleza jurídica del proceso. Esta relación jurídica, no es una categoría procesal unidireccional, su visión triangular y dinámica hace que existan un conjunto de deberes y derechos a cumplir por todos los sujetos procesales.

Esto significa que el Tribunal no acapara toda la atención en la tramitación de los asuntos, si bien es cierto que juega un papel preponderante en la administración de justicia, por ser la representación estatal en la ejecución de esa función jurisdiccional de que goza el Estado, ya que como sostiene Vanossi,[95] al elegir un juez estamos eligiendo, no sólo, al que decide en última instancia sobre la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, la seguridad y la garantía de los habitantes, sino también elegimos al que decide sobre la validez o invalidez constitucional de las normas. Es válido dejar sentado que las partes tiene un rol importante en la conducción del proceso de ahí que la relación se complemente por el accionar de todos los sujetos a la vez, por lo que el tribunal como órgano de justicia está obligado a no realizar acciones en los actos donde prime la oralidad

---

Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas, Año V. Vol. V. N°8. Enero – Junio 2020, p. 35.

[92] SARDÁ LLOGA, E. A. *et. al,* "Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio. Apuntes para una reforma procesal en Cuba", *Estudios de Derecho*, No. 77, Vol. 170, 2020.

[93] FERNÁNDEZ SARASOLA, I. "Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español", *Estud. Socio-Jurídico*, Bogotá (Colombia) ,10 (2), julio-diciembre de 2008, pp. 92-93

[94] GOZAÍNI, O. A. *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, Universidad nacional autónoma de México, México, 1995, p. 72.

[95] VANOSSI, J. R. *Estudios de teoría constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 94.

que violen los procedimientos y vayan en detrimento de las partes en su búsqueda de una resolución judicial que este dirigida a lograr su satisfacción jurídica.

4. La materialización de la garantía de audiencia en el proceso civil cubano, principales contradiciones.

Fueron muchos los cambios que se introdujeron en el novedoso texto constitucional de la República de Cuba, se brindó una panorámica de las principales transformaciones que, se considera por este autor, marcaron pautas en el impacto que tuvo en la población y en los principales aspectos de desarrollo de una sociedad.

En ese sentido para el desarrollo de esta investigación, resulta necesario detenerse en las modificaciones que en el orden judicial y jurídico vinieron con la nueva carta magna. Algunas fueron de carácter formal como por ejemplo la nueva denominación de Magistrados, para referirse a los jueces del Tribunal Supremo de la República, mientras que otras, fueron transformaciones de envergadura como la introducción del Debido Proceso.

Su incorporación a la carta magna significó un triunfo en materia de garantismo procesal, especialmente para el proceso penal cubano. De igual modo es válido señalar que el texto de manera muy positiva extiende su ámbito de aplicación a la esfera administrativa, reconociéndose así en el artículo 94, los dos alcances que doctrinablemente, se les reconoce al debido proceso.

Empero se extraña que no se advierta una definición por parte del constituyente en cuanto a qué entender por debido proceso. Hubiera sido muy provechoso que, a partir de una conceptuación normativa del debido proceso, se delimitara por parte del legislador, los extremos que le corresponden, para así establecer de manera clara las diferencias que tiene con la tutela judicial efectiva, debate doctrinal tan polémico.

Se prefirió regular el debido proceso como una garantía material a la seguridad jurídica. De todas las posiciones doctrinales posibles sobre su naturaleza jurídica es la de considerarlo como una garantía, la menos adecuada para su directa aplicabilidad en el ordenamiento procesal. Los derechos elevados a fundamentales, por su contenido, tienen una materialización directa en las normas desarrolladoras de la Constitución, en cambio visto como una garantía, automáticamente, el legislador está limitando la autonomía que tiene para que su contenido sea aplicado de manera eficaz en los procesos especiales. Recordemos que las garantías son mecanismos de protección a derechos previamente reconocidos en el texto constitucional, por lo tanto, surge la interrogante: Si el legislador lo concibe como una garantía, ¿a qué derecho previamente reconocido responde entonces, el debido proceso?

Como se dejó sentado antes, el debido proceso como institución jurídica compleja, cuenta con un contenido muy diverso. Son innumerables las posiciones doctrinales y legislativas en torno a considerar cuáles elementos son indispensables para la correcta configuración de un debido proceso legal.

Así, el debido proceso lo integran derechos, garantías y principios. La Constitución cubana no parece seguir esa tendencia en su artículo 94, cuando regula el proceso debido para los procesos no penales establece 8 acápites en los que sólo regula derechos que serán atribuidos a los justiciables. Sin embargo, para los procesos penales en su artículo 95 regula solamente garantías.

Esta disparidad de pronunciamientos legales dificulta en gran medida la correcta configuración de la institución en sede procesal. La interpretación del articulado hace suponer que no existen garantías para los procesos civiles, aunque

la moderna doctrina cubana[96] sobre el tema, difiere en torno a esta regulación jurídica.

¿Qué pasa entonces con la Audiencia como garantía y el debido proceso en Cuba? La respuesta no presenta complicaciones en el análisis. El constituyente cubano prefirió dejar fuera del contenido del debido proceso las dos variantes en materia de garantismo que involucran la utilización de las audiencias; por un lado no se regula el derecho a ser oído, y por otro, tampoco la garantía de audiencia como mecanismo protector de este y otros derechos que conforman el debido proceso, y que no encuentran cabida en el artículo 94 de la Constitución. Lo más próximo que existe en la doctrina moderna, a partir de una interpretación extensiva de la norma, es el reconocimiento constitucional del principio de contradicción en el propio artículo 94 inciso a).

Mantecón y Díaz Tenreiro, siguiendo las enseñanzas del profesor Grillo Longoria, sustentan que esta igualdad de oportunidades tiene una estrecha relación, como lo que denominan, bilateralidad de la Audiencia, pero que no hace alusión a la garantía de Audiencia sino al contradictorio en el proceso civil, y que tendrá su manifestación en el artículo 458 de la LPCALE, cuando se refiere a que toda petición incidental que se formule durante el proceso, debe sustanciarse, en principio, con audiencia de las partes, y en los artículos 42, 354, 384 de la ley rituaria, cuando estipulan que las partes deben ser citadas para las vistas y comparecencias que tengan lugar durante el proceso.

Este principio de contradicción constitucionalizado en la carta magna de 2019, es uno de los fundamentos directos para la apreciación de una garantía de Audiencia, ausente de nuestro texto constitucional. Este principio de conjunto con la oralidad, son los que provocan que se haga efectiva una defensa eficaz en el proceso, pero esa defensa debe ser oída por un tribunal competente y predeterminado como bien se regula en el apartado del citado artículo 94, que constituye otro elemento de una relación directa con la garantía de Audiencia. Esta conexidad es la que permite entonces que firme lo regulado en el último de los apartados, ya que la garantía de audiencia brinda la celeridad necesaria para que el justiciable no sufra un proceso con dilaciones indebidas.

Igual destino sufrió la regulación jurídica del novedoso artículo 99 de la Constitución. Este mandato constitucional, tan ansiado y solicitado por el constitucionalismo cubano en espacios académicos y científicos, crea una auténtica garantía jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales. El constituyente plasmó sobre la texto, la idea de un proceso judicial que restaurara los derechos vulnerados, pero proceso al fin, y, como se analizó supra, no excluye la posibilidad de que ejerciten otras garantías jurisdiccionales específicas dentro de su tramitación, como el caso de la Audiencia. Se estaría entonces, ante la presencia de una simbiosis de las dos dimensiones de la garantía de Audiencia porque vincularía ese aspecto procesal que la convierte en el mecanismo por antonomasia para la defensa en sede judicial de los derechos, y su dimensión administrativa que se focaliza en la oportunidad que tiene los afectados con las decisiones de los órganos del Estado.

Doctrinalmente, se ha dejado sosegado la existencia de una correlación en la relación jurídica y reconocimiento del derecho fundamental con su garantía. La necesaria inclusión en el texto constitucional del mecanismo de protección asegura la eficacia de ese derecho reconocido, no dando lugar así a vacíos legislativos que provoquen la posibilidad de que el derecho del cual se trate, quede indefenso en el

[96] MANTECÓN RAMOS, A. y DÍAZ TENREIRO, C. M. "Perspectiva general del debido proceso en el nuevo texto constitucional cubano" en (LLEDÓ YAGÜE, F. Director). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ONBC; Dykinson, Madrid, 2020, p.142

tráfico jurídico. Pérez Gutiérrez[97] de manera muy atinada explica que una de las consecuencias de la constitucionalización de las garantías jurisdiccionales, es la plasmación normativa de esas garantías en las normas procesales o de ejercicio de derechos de los justiciables. Y he ahí, la primera de las contradicciones, la realidad cubana funciona a la inversa, la norma constitucional cubana no regula la garantía de Audiencia, empero sorprende el legislador, cuando regula un mecanismo de protección de derechos, aunque de manera deficiente, en la normativa procesal de 1977.

La segunda de las contradicciones corresponde a la regulación jurídica de lo que pudiera calificarse como la más aproximada regulación de una garantía de Audiencia en la Ley de procedimiento de 1977, y contemplada en su artículo 42.[98] Sin embargo, resultó un intento fallido, primero por la ausencia en el texto constitucional de una institución como el debido proceso, cuyo contenido hubiera podido inducir al legislador procesal a la materialización de esa garantía de audiencia para la defensa de sus elementos constitutivos. Segundo, porque la magistratura cubana no ha sabido utilizar adecuadamente, esta posibilidad brindada por los redactores de la ley de trámites ya que, infundidos en una tradición procesal esencialmente escrita, convirtieron el artículo en una verdadera letra muerta e inutilizada en las tramitaciones civiles, impidiéndose con esta omisión, convertirse en entes con una participación activa en la conducción de los procesos.

Se es coincidente con la doctrina procesalista patria[99] cuando se expresa que el cometido original del precepto, según aparece en la ley, fue poner en manos de los jueces una facultad que les permitiera contactar directamente con los litigantes, para esclarecer determinadas cuestiones relacionadas con el objeto del debate, con trascendencia para la delimitación del tema de la prueba, así como observar de forma directa los bienes en litigio y examinar los documentos que guarden relación con el pleito, a través de aquellos medios de prueba que lo facilitaran, que son el reconocimiento judicial y la revisión de documentos y libros.

Mendoza Díaz agrega muy atinadamente, y se parafrasea, que el artículo no daba oportunidades para mucho más, y se puede apreciar que se trató de un intento del legislador del 74, ratificado en el 78, por introducir un mínimo de inmediación en la labor del juzgador, dentro de un proceso que es, rabiosamente escrito en el que los jueces no tienen reales posibilidades de vincularse con las partes, más allá de lo que le posibilita la prueba de confesión judicial y algún que otro contacto fugaz. Evidentemente, el análisis anterior sobre el artículo 42 de la norma fue un intento malogrado del procesalismo cubano contemporáneo de poder brindar un garantismo procesal acorde a la época.

En ese sentido no resultó lo más atinado posible, la técnica legislativa utilizada por el legislador de supeditar las posteriores normativas jurídicas en relación a la materialización constitucional de la ausente garantía de audiencia en el proceso civil, a las posibilidades que ofrece el citado artículo 42 de la ley de procedimiento. Este artículo está cimentado en la realización por parte del tribunal de diligencias judiciales que son indispensables en cualquier momento del proceso para la toma de la decisión final, no sobre la base de las funciones y el contenido de

---

[97] PÉREZ GUTIÉRREZ, I. y HIERRO SÁNCHEZ, L. A. "La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano" en (LLEDÓ YAGÜE, F. Director). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ONBC; Dykinson, Madrid, 2020 p. 42.

[98] Artículo 42.- El Tribunal, en cualquier estado del proceso, podrá hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, u ordenar la inspección de las cosas que fueron objeto del mismo y de los libros o documentos que tengan relación con el pleito, siempre que ello sea indispensable para el conocimiento de los hechos.

[99] MENDOZA DÍAZ, J. y MANSO LACHE, J. "El proceso civil oral en Cuba: Una creación judicial" en (Matilla Correa, A. coord.), *Perspectiva actual del Derecho Procesal (Civil y Administrativo) en Cuba*, ONBC, La Habana, 2016, p.49.

instituciones como la Audiencia Preliminar y la probatoria para la salvaguarda de los derechos fundamentales, ya que no son compatibles, como se verá más adelante.

La norma procesal cubana durante años fue resistente al cambio y a la incorporación de las nuevas tendencias que en materia de protección jurisdiccional de los derechos estaban saliendo a la luz en el Derecho comparado; ejemplo de ello lo constituyó el Proyecto de Código modelo para Iberoamérica, el cual introdujo en la arena procesal latinoamericana la concepción de un proceso civil por Audiencia.

El año 2012 constituyó un punto de inflexión en la dinámica de la concepción del proceso civil en Cuba. Los estudiosos del campo del Derecho Procesal y los constantes debates doctrinales en espacios académicos y científicos abogaban por una inminente y necesaria reforma al tradicional proceso escrito que impera actualmente en Cuba. Fruto de ello fue la Instrucción no. 216 del año 2012[100] del Tribunal Supremo Popular, diseñada para concebir una tramitación especial a los asuntos del Derecho de Familia, en respuesta a las nuevas concepciones internacionales del proceso familiar. Emerge así, un nuevo modelo procesal diseñado desde los principios que señala la doctrina procesal familiar,[101] e introdujo un conjunto de reglas aplicables a los procesos de familia, las cuales evidencian el nacimiento en nuestro país, de este tipo de procedimiento.[102]

Es mérito de esta Instrucción, introducir rasgos de oralidad en la tramitación de los procesos no penales, específicamente en el marco del Derecho Privado, sin embargo, se pensó específicamente para los procedimientos familiares. No obstante, la Instrucción no. 217 de ese mismo año, permitió que sus contenidos fueran aplicados a los procedimientos civiles. La instrucción del más alto foro tuvo como misión enunciar los principios que iban a informar el procedimiento familiar, a saber: oralidad, inmediación, concentración e igualdad de las partes, lo que se trasladaron posteriormente al proceso civil.

La intención del alto foro cubano era aprovechar las posibilidades que le otorgaba la regla del artículo 42 de la ley procesal, y convocar a una comparecencia, la que tendría un conjunto de funciones para tratar de imprimirle al proceso cierta celeridad y cierto garantismo.

Incuestionablemente nace la última de las contradicciones en relación al objeto de estudio. ¿Cuáles son las funciones de las citadas instrucciones orgánicas dentro del ordenamiento jurídico cubano?, ¿puede una Instrucción como expresión de la potestad reglamentaria del ente contradecir y suplir las lagunas que deja una ley?, son algunas de las interrogantes que surgen a partir de su estudio.

La Constitución de la República de 2019 en su artículo 148 establece que los tribunales mediante su Consejo de Gobierno ejercen la potestad reglamentaria, traducido en la toma de decisiones que se convierten en instrucciones, las que son de obligatorio cumplimiento por todos los tribunales de inferior jerarquía. Como bien lo reconoce la ley de desarrollo de los Tribunales Populares, la Ley 82 de 1990, en su artículo 21, estas instrucciones de carácter obligatorio tienen la función de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la Ley.

Las reiteradas sentencias de la alta magistratura cubana en cuanto a un criterio interpretativo normativo y su aplicabilidad a los procedimientos judiciales,

---

[100] Instrucción No. 216 de 2012 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial* de 22 de junio del 2012, La Habana, Cuba. La experiencia acumulada en el tiempo de su vigencia y los aportes emanados de los talleres de procedimiento familiar, evidenciaron la necesidad de incorporar al contenido de la mencionada disposición nuevos aspectos regulatorios que propicien su actualización y perfeccionamiento. Los años que han transcurrido han sido testigo de la implementación de las jurisdicciones de familia de forma gradual en todo el país, así como el ejercicio de un derecho que podríamos definir como interdisciplinario: la actuación conjunta de juristas, sociólogos, psicólogos y otros especialistas.

[101] KIELMANOVIC, J. *Procesos de Familia*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

[102] MENDOZA DÍAZ, J. y MANSO LACHE, J. "El proceso civil oral en Cuba: Una creación judicial" en (Matilla Correa, A. coord.), *Perspectiva actual del Derecho Procesal (Civil y Administrativo) en Cuba*, ONBC, La Habana, 2016, p. 50

es la fuente directa de las instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, las que constituyen el basamento jurídico de la construcción y reconocimiento de la Jurisprudencia en Cuba como fuente de Derecho, aunque no exista un pronunciamiento como tal en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido y siguiendo a Bruzón Viltres,[103] las instrucciones como fuente directa de la jurisprudencia en Cuba tienen como función producir una unidad de criterios en la aplicación e interpretación del Derecho por los tribunales en la búsqueda de establecer una práctica judicial uniforme.

Con respeto a la segunda de las interrogantes en el escenario del Derecho positivo cubano, Álvarez Tabío[104] sostiene que dichas interpretaciones se convierten en juicios de Derecho, de rango equivalente a la norma legal, cuya contradicción, oscuridad u omisión viene a subsanar. En igual sentido, el citado Bruzón Viltres[105] apunta que la Ley no. 1250, Ley de Organización del Sistema Judicial, de 23 de junio de 1973, en su artículo 32, introdujo a favor del Tribunal Supremo una verdadera y expresa potestad normativa, potestad que se mantuvo vigente como se advirtió anteriormente, en todas las leyes ulteriores referentes a la organización de nuestros tribunales.

Como bien se ha explicado, las instrucciones tienen el objetivo de unificar la práctica judicial cubana, a partir de sentar criterios interpretativos con relación a la norma y a su aplicabilidad. Su finalidad está prevista para auxiliar al órgano juzgador a interpretar la ley vigente, pero presentan una obscuridad o un vacío, que el juez no sabe cómo resolver en la solución del conflicto. Por lo tanto, es improcedente que el contenido de una instrucción se encargue de normar jurídicamente una institución que pertenece al ámbito de conocimiento de leyes especiales, como pasa en el caso en cuestión, o que contradiga lo ya estipulado previamente en una norma de mayor rango. El capítulo IV de la LPCALE regula todo lo relativo a las Audiencias. La práctica jurídica en Cuba, hizo caso omiso a las posibilidades de la oralidad que le imprimía al proceso esta regulación y optó por seguir con la tradición escrita.

No son las instrucciones normas que ordenan jurídicamente la vida de una nación. Son reglas de comportamiento y de ordenación de la actividad judicial en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas. No se niega que son fuente de Derecho, claro que lo son, al ser la fuente directa de la jurisprudencia, sin embargo, otro de los elementos que va en detrimento es su alcance.

De la lectura de lo preceptuado tanto en la Constitución de 2019 como en la ley de los Tribunales, se puede afirmar que estas mencionadas instrucciones van destinas únicamente al conocimiento de los tribunales. Estas normas limitan, por tanto, el orden sistémico que debería emplearse en la administración de justicia, teniendo en cuenta los diversos actores que intervienen en el proceso. Los abogados y fiscales no tienen acceso directo a estas instrucciones, no van dirigidas a esos operadores jurídicos, su conocimiento y utilización es secundaria, y sirven de medio de auxilio para poder preparar el ejercicio de derecho a la defensa y prever las posibles direcciones por las que pueda dirigir el tribunal su interpretación sobre el fondo del asunto.

---

[103] BRUZÓN VILTRES, C. J. y TAMAYO BLANCO, I. "La jurisprudencia en cuba: reconocimiento dentro del sistema de fuentes del derecho y posibles consecuencias", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril, 2014, p. 270.

[104] ÁLVAREZ TABIO, F. *El recurso de inconstitucionalidad,* La Habana, Librería Martí, 1960, p. 383.

[105] Bruzón Viltres, C.J. "Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico", *Opinión Jurídica*, Vol. 12, No. 23, Enero-Junio, 2013, pp. 173-174.

4.1. La Audiencia Preliminar y la Audiencia Probatoria como expresión material de un proceso civil garantista.

Un proceso civil garantista con la oralidad como bandera en defensa de los derechos, responde a la estructuración de un modelo por Audiencias. La estructuración de las Audiencias responde a disímiles criterios tanto doctrinales como legislativos, sin embargo, se han identificado dos Audiencias importantes en la tramitación de un asunto en sede judicial: la Audiencia preliminar y la Audiencia probatoria.

Se acepta que ha sido el Derecho Procesal Civil austriaco el que crea la Audiencia Preliminar. Según expresa Barrios de Angelis[106] que, con rastros en el proceso romano y germánico, la misma ha sido insertada por Franz Klein en la Z.P.O (Zivilprozessordnung) austriaca de 1895, la cual es modificada principalmente en 1983, tomando por modelo al proceso inglés.[107]

Según Guiote Ordóñez[108] se puede entender a la Audiencia preliminar como: "la etapa procesal en la que habrán de depurarse todos los defectos y óbices impeditivos de una sentencia sobre el fondo del asunto, así como la preparación del juicio y la cobertura hacia una posible conciliación entre las partes."

Planas[109] la ha catalogado como una actuación oral en el sistema mixto, en la antesala de la etapa probatoria de los juicios de conocimiento, y tiene por finalidad el acercamiento -contacto- de las partes, el saneamiento del proceso y la fijación de los hechos por el juzgador. Por su parte, Henríquez la Roche la define como una aproximación del juez a los partes, un intercambio de ideas del magistrado con sus interlocutores, una invitación a entenderse éstas respecto al programa del contradictorio para depurarlo de todo aditamento innecesario o vicio u omisión. Mientras que, Ferreira expresa que es una institución oralizada en la que se debe asegurar la vigencia efectiva del principio de inmediación, o sea la relación directa entre las partes y el juez, bajo la regla de autoridad para el saneamiento, la de la concentración de las diversas actividades procesales en ese acto.[110]

En resumen, la Audiencia Preliminar es la institución destinada en los procesos civiles a evitar el litigio entre las partes a través de la proposición de medios conciliatorios, los cuales, si no se lograran, se busca el saneamiento del proceso eliminando aquellos puntos contradictorios que eviten el normal desarrollo del mismo y buscar la concentración de los medios de pruebas a utilizar.

Reseñadas estas definiciones, salta a la vista una interrogante fundamental en este análisis: ¿Por qué denominarla comparecencia en la norma procesal, y no Audiencia Preliminar? Para poder responder dicha interrogante y llegar a una conclusión acertada en cuanto al tema, se debe comenzar por precisar qué entender por comparecencia.

Manresa y Navarro[111] , comenta que la palabra comparecencia significa en lo jurídico el acto de comparecer o presentarse alguna persona antes el juez, ya sea

---

[106] BARRIOS DE ANGELIS, D., *Audiencia Preliminar: sistema y método*, LL, Buenos Aires, 1988, p. 266.

[107] Autor. *La Audiencia Preliminar. Retos del ordenamiento procesal civil y familiar en Cuba*. Tesis presentada en opción al título académico de Licenciado en Derecho en 2014, p. 23.

[108] GUIOTE ORDÓÑEZ, J. A. *Los procesos ordinarios en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, IBERIUS, España, 2004, p. 7.

[109] RODRÍGUEZ BETANCOURT, R. Y. *La Audiencia Preliminar. Premisas para su implementación en el proceso civil en Cuba*, Tesis presentada para la obtención del grado científico de Especialista en Derecho Civil y Familia, bajo la tutoría de Marcheco Rey, Blanca Nieves, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2010.p. 20.

[110] FERREIRA Y HENRÍQUEZ LA ROCHE, *cit. pos*. MARCANO NAVARRO, Y." La Audiencia preliminar en el Proceso ordinario previsto en la Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes", *Revista Cuestiones Jurídicas de la universidad Rafael Urdaneta* Vol. II, No I Enero-Junio, 2008, p. 88.

[111] MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1860*, tomo I, 6taedición, Reus, Madrid, 1943*,* p. 50.

espontáneamente para deducir cualquier pretensión o mostrarse parte de un negocio, ya en virtud de llamamiento o intimidación de la misma autoridad que le obligue a verificarlo para la práctica de alguna diligencia judicial. Por lo tanto, acudir a la sede jurisdiccional, hacer efectivo el acto de personamiento en el lugar donde se ventilará mi pretensión; es lo que nos quiere decir el autor español al referirse al término "Comparecencia".

Por otro lado, al adentrarse en la técnica del Derecho Procesal Civil, la Comparecencia es una de las posibles actitudes que puede adoptar el demandado en el proceso ordinario contra la pretensión que se le formula. Explica el profesor Mendoza Díaz[112] que el demandado puede comparecer o no comparecer en el proceso. Si no lo hace efectivo la propia ley establece las consecuencias para tal actitud, pero si decide materializarlo, se puede identificar dos grandes bloques de actuación, uno referido a la forma y otro al fondo del asunto. De ahí entonces el tipo de defensa que pueda utilizarse, simple o compleja.

La reflexión anterior hace cuestionar entonces por qué la normativa procesal cubana utiliza para nombrar a esta figura una denominación que claramente no va en correspondencia con sus objetivos, contenido y funciones. Se coincide plenamente con Núñez García[113] cuando explica que una comparecencia es un acto que equivale a la actuación oral que el tribunal está facultado a disponer cuando la considere útil, sin que se explique el fundamento de dicha necesidad, del mismo modo que puede prescindir de celebrarla. La Audiencia preliminar en cambio, se trata también de un acto oral, pero su objeto y efectos son distintos a los de la comparecencia. Su objeto se traduce en las diferentes funciones que se analizarán a continuación y difieren en gran medida de las diligencias judiciales, que son tramitaciones sencillas en la sustanciación del proceso que no tienen relación directa con el fondo del asunto, no así las funciones de la Audiencia preliminar. En cuanto a los efectos, se logra con la Audiencia preliminar como se verá un fin anticipado del proceso y su necesaria depuración de elementos innecesario en su tramitación, estos efectos evidentemente no son producidos por las diligencias que prevé el artículo 42, que van dirigidas a complementar el proceso, no a depurarlo.

Queda claro la necesidad de que el legislador cubano utilice el calificativo de Audiencia preliminar en vez de comparecencia para designar lo que según la doctrina ha catalogado como una institución oralizada en la que se debe asegurar la vigencia efectiva del principio de inmediación, bajo la regla de autoridad para el saneamiento y de la concentración de las diversas actividades procesales en ese acto.[114]

Pese a los razonamientos anteriores, no se es partidario de la inutilización del término "comparecencia" fuera de los derroteros del Derecho Procesal. El artículo 42 de la Ley de procedimiento, bajo el cual el legislador pretende fundamentar el andamiaje técnico-jurídico de la Audiencia preliminar en Cuba, no resulta la regulación jurídica acertada para esta figura, debe ser reservado para todas aquellas diligencias judiciales que realiza el tribunal, que tienen otro propósito y que a diferencia de la Audiencia preliminar pueden ser efectuadas en cualquier momento.

---

[112] MENDOZA DÍAZ, J. "Actitudes que puede adoptar el demandado en el proceso Ordinario" en (Pérez Gutiérrez, I. coord.) *Derecho procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana Cuba, 2016, p. 85.

[113] NÚÑEZ GARCÍA, D. *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Organización nacional de bufetes colectivos, ONBC, la Habana, 2012, p. 142.

[114] FERREIRA, A. y GONZALEZ, C. *Liniamientos para un proceso civil moderno*, Ediar sociedad Anónima editora, Comercial, Indistrial y financiera, Buenos Aires Argentina, 1997.

En cuanto a su denominación, la autora Pérez Gutiérrez[115]sostiene que esta Audiencia también conocida como inicial o saneadora, por su apelativo, sugiere vida anterior al proceso y, sin embargo, tiene lugar una vez iniciado este. Apunta que, en evitación de equívocos es partidaria de tal denominación. Es evidente que la relación jurídica procesal ya está válidamente conformada cuando se realiza la Audiencia preliminar, dicho esto, no cabe dudas que el proceso civil ya comenzó, y de acuerdo a la impronta en otros ordenamientos jurídicos, es después de la fase de alegaciones cuando se realiza este tipo de Audiencia.

No obstante, cuando se analiza este instituto, hay que tener en cuenta la totalidad de Audiencias que conforman el proceso civil diseñado para que predomine en él este tipo de acto judicial. Según este diseño, se realiza primeramente la Audiencia preliminar, con funciones y objetivos específicos en la obtención de un proceso libre de obstáculos para la consecución de una sentencia de fondo.

Esta ubicación en el diseño procesal responde a un criterio de Temporalidad como característica fundamental para el conjunto de audiencias, no para el proceso en sí. Por tanto, la idea de preliminar se asocia a un orden lógico de realización de un acto judicial en específico como es la Audiencia, no en relación a la conformación del proceso. Si se mira nuevamente el origen histórico de la figura y tomamos en consideración como antecedente cercano el del régimen austriaco, como lo hace la mayor parte de la doctrina, debería traducirse literalmente esta institución como primera Audiencia dentro del proceso.

Se puede entonces establecer dos planos con relación a la conexidad existente entre el proceso y la Audiencia preliminar. Un primer plano, exterior, que relaciona la Audiencia con la estructura del proceso; Proceso Civil por Audiencias, y un segundo plano, interior, que relaciona la Audiencia preliminar como acto del proceso y la forma de comparecer en el mismo, obligatoriedad.

Ahora bien, continuando el análisis sobre la base de la importancia de la Audiencia preliminar como acto del proceso, resulta necesario abordar una de sus características más trascendentales. La figura se construye sobre la base de un elemento que constituye su pilar fundamental y es su carácter litigioso. La presencia del litigio en el proceso es la causa fundamental de la existencia de la figura y una de las razones para convocarla.

La idea anterior sirve de soporte para poder afirmar que este tipo de Audiencia pertenece exclusivamente, a los procesos de conocimientos, toda vez que son las únicas tipologías procesales donde se harían efectivas las funciones que desarrolla la institución objeto de análisis. No por gusto, se considera como un elemento muy positivo que la misma en todos los ordenamientos jurídicos esté ubicada después de la fase de alegaciones y antes de la apertura a prueba, marcando así la posición estratégica que tiene dentro del proceso.

En este sentido resulta técnicamente incorrecta la formulación normativa del apartado CUARTO de la Instrucción 216/2012, el cual establece que sus reglas serán también aplicables, y complementarán las que dicho cuerpo legal regula para los procesos de jurisdicción voluntaria. Recordemos que la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la ausencia de litis, por lo tanto, no tiene cabida la realización de las funciones que viene aparejadas con la Audiencia preliminar.

Fairén Guillén[116] considera que el contenido de la Audiencia responde a un principio fundamental: concentrar en un momento procesal específico la resolución

---

[115] PÉREZ GUTIÉRREZ, I. "Nuevos actores en el proceso familiar cubano" en (MENDOZA DÍAZ J.), *Los retos del Debido Proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho procesal*, ONBC, La Habana, 2019, p. 169.

[116] FAIRÉN GUILLEN, V. "*Estudios de Derecho Procesal*", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995, p. 234.

de las cuestiones que más tarde pudieran tornar al proceso ineficaz sobre el fondo, o que, pudieran sin más dar lugar a su finalización. El mencionado autor relaciona algunas directrices a tener en cuenta por parte del juez a la hora de la realización de la Audiencia, y que deben ser resueltas en la posterior resolución que dicte. Aquí trata de centrar la actividad judicial por parte del tribunal agrupando en un orden lógico y detallando las acciones precisas que debe llevar. De ahí que el contenido según su criterio, sea:

1) Examen de las actuaciones llevadas a cabo hasta aquel momento por las partes (y aún no resueltas) que puedan alterar el contenido o finalidad del proceso, o darle bien el merecido fin.
2) Examen de los presupuestos procesales, de los que deben concurrir en las partes y en la actividad hasta entonces desarrollada.
3) Examen y resolución consecuente sobre posibles allanamientos y transacciones.
4) Intentar por parte del juez en cualquier momento oportuno la conciliación entre las partes, sin que esto resulte en la dilación del proceso.
5) Examen de las posibles excepciones procesales opuestas por las partes.
6) Examen y resolución sobre actividad probatoria (que versen sobre el fondo del asunto), que propuesta por las partes en sus escritos sean pertinentes y útiles, y que de ser tratadas más tarde, causen retrasos en la marcha del proceso.

Muy ligado al tema del contenido de la Audiencia preliminar, se encuentran las funciones que desarrolla la misma, al fin y al cabo es la materialización, la traducción de su contenido. Doctrinalmente se ha reconocido una multiplicidad de funciones para este tipo de audiencia, sin embargo el criterio a defender es que existen cuatro funciones básicas que debe desarrollar la Audiencia preliminar.

1- Función de Evitación del Proceso: Tiene como objetivo a partir del empleo de los medios alternativos de solución de conflictos darle un fin anticipado al proceso.
2- Función Saneadora: Su propósito es eliminar del proceso todos aquellos obstáculos que lo entorpezcan e imposibiliten su correcta tramitación.
3- Función Delimitadora del Objeto del Debate: persigue como meta, fijar con precisión cuales son los puntos contradictorios en cuanto al fondo del asunto y precisar entonces en torno a que elementos fundamentales girarán las alegaciones de las partes.
4- Función Delimitadora de la Prueba: Tiene como fin que el tribunal admita las pruebas que fueron propuestas en su oportunidad procesal correspondiente y pueda practicarse aquellas que se denominas como medios probatorios fáciles.

El juez para lograr el cometido de abreviar el procedimiento, y acelerar el trámite, debe seguir un orden lógico en la realización de la Audiencia, por tal motivo se le reconoce tanto doctrinal[117] como jurisprudencialmente,[118] un orden de prelación a dichas funciones, ya que el juez no puede al libre albedrio celebrar el acto judicial, sin antes determinar cuál es la finalidad o las finalidades del acto, de acuerdo al nivel de prelación existente.

Una vez concluida la Audiencia Preliminar, y la prueba oportunamente anunciada y admitida, se practica en audiencia oral pública y contradictoria. Se procede así a

---

[117] LLUCH, X. "La función de proposición y admisión de prueba en La Audiencia Previa", *Estudios de Deusto,* No. 61*,* Vol.1, 2013, p.3.

[118] Sentencia De la Audiencia Provincial Málaga de 16 de febrero de 2012, la cual señala que la Audiencia Previa, tal y como está regulada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 414 a 430), no tiene como única función la meramente *conciliadora*. Y así, si bien ésta es la primera función de la Audiencia Previa, el párrafo primero del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a otras funciones perfectamente diferenciadas de aquélla, tanto en su finalidad como en su regulación.

celebrar la Audiencia probatoria o Audiencia de Juicio, como se le conoce en otros ordenamientos jurídicos.

Tiene como propósito la práctica de estos medios probatorios, según sus particularidades y sus formar de tramitar, lo que los diferencian unos de otros. La prueba testifical, por ejemplo, es la más completa y más compleja, pues depende de la intervención de ese sujeto ajeno al proceso que conocía con anterioridad de los hechos, y al cual el abogado, mediante una correcta preparación técnica, debe interrogar y contrainterrogar.

Evidentemente, esta audiencia requiere de un impecable uso de la oralidad, por esa razón el litigante, como bien confirma la doctrina, debe poseer los conocimientos generales del asunto, las normas y jurisprudencia aplicables, así como una capacidad para hablar con argumentos sólidos, breves y claros, así como para escuchar atentamente, para identificar puntos fuertes y débiles de su contraparte a fin de controvertirlos y conseguir así una participación eficiente.

Los procesos por Audiencias a partir del uso de la inmediación, la oralidad, la concentración, principios relativos a la Audiencia como garantía, posibilitan un contacto directo del juez con el material probatorio que proponen las partes. Permite una libertad de interrogatorio que no la posibilita el procedimiento escrito, además de que el mismo juez pueda tomar la iniciativa en la creación de su propia línea de interrogatorio. El juez puede ejercer facultades oficiosas respecto de los medios de prueba, pero le está vedado innovar en lo que respecta a las fuentes de prueba, cuya articulación y aportación corresponde exclusivamente, a las partes de un proceso civil.

Igual suerte corre la práctica de la prueba pericial. Al constituirse como una prueba personal, la utilización de la oralidad en su tramitación en la audiencia posibilita una mayor comprensión de la actividad de inspección desarrollada por el experto. Es evidente que la información que aportará en el acto oral será mayor que la que el tribunal pueda obtener a partir de la lectura de un documento.

La práctica de todo el material probatorio en la Audiencia pública y oral, permite que el principio de concentración, como uno de los que informa a la garantía de Audiencia, brinde la posibilidad de realizar los actos probatorios en la audiencia de juicio, si es posible de forma continua y en días consecutivos. Se consolida de esta manera, la materialización del contenido del debido proceso, toda vez que quedaría configurado así un proceso sin dilaciones indebidas.

5. Pautas para una correcta regulación de la Audiencia como garantía en un debido proceso civil

El propósito de este acápite es brindar una propuesta sobre cómo debe quedar regulada la Audiencia como una garantía jurisdiccional específica en la nueva Ley de procedimiento civil, a partir de la posible adopción en este tipo de procedimiento de un sistema por audiencias y su potencial reconocimiento en la Constitución.

El estudio doctrinal realizado en esta investigación dejó constatado que existe una obligatoriedad constituyente de reflejar en el texto de la norma la garantía encargada de proteger el o los derechos reconocidos en la Carta Magna, sino se corre el riesgo que ante la ausencia de la garantía y su posterior regulación en la norma ordinaria, no resulte eficaz en su misión protectora, por deficiencias técnicas en su construcción jurídica y entonces, el derecho fundamental quede en definitiva desprotegido en el tráfico jurídico, esa es la realidad que en nuestro ordenamiento jurídico pervive la garantía de audiencia, amén de la entrada en vigor de la nueva Constitución de 2019. Igualmente se fundamentó que una de las consecuencias de la constitucionalización de las garantías es su ulterior desarrollo en la norma ordinaria, constructo jurídico que tampoco se refleja de esa manera en el escenario jurídico procesal cubano. El legislador de la Ley rituaria civil reguló una garantía inexistente constitucionalmente, y por ende, cayó en falencias en cuanto a

delimitación, contenido y alcance de la figura en cuestión. En ese sentido, se hace necesario, a partir de la idea que se defiende, proponer pautas adelantadas para las necesarias modificaciones que a lo futuro, requiera el novedoso texto constitucional cubano de 2019, en específico, en cuanto a los mandatos constitucionales que incardinan el contenido de un debido proceso. Estas pautas van dirigidas a la protección de derechos en los procesos judiciales en sede civil, mediante su tramitación por Audiencias, de conformidad con los principios que permiten un adecuado garantismo procesal; oralidad, inmediación, concentración y economía procesal.

Entonces, la materialización de la garantía de Audiencia en el proceso civil, debe estar intencionada por el legislador a diseñar una tramitación montada sobre la base de dos Audiencias: La Audiencia Preliminar y la Audiencia probatoria, cada una con sus particularidades y propósitos, que a continuación señalaremos.

☐ La Audiencia Preliminar contará con 4 funciones la que se desarrollarán de la siguiente manera.

Función de evitación del proceso:

- Es la primera de las funciones que realiza la Audiencia, a partir de un orden de prelación[119] establecido toda vez que existe un objetivo principal a alcanzar, el cual, si no es logrado entonces, se continúa desarrollando las demás funciones.
- Se utilizará la conciliación como medio alternativo reconocido en el texto constitucional de 2019[120] para la solución de los conflictos, de manera total o parcial.
- Se mantiene, aunque modificado, lo preceptuado por el Acuerdo Circular No. 318/2013, complementario de la Instrucción no. 216 de 2012 del TSP, el que señala la no realización de esta función de la Audiencia en los procesos de familia que sean asuntos de naturaleza indisponible, en los cuales el sentido imperativo de normas de orden público limita la autonomía de la voluntad.

Función Saneadora:

- Su objetivo consiste en corregir o subsanar los vicios, defectos u omisiones a fin de que el proceso pueda avanzar con total normalidad a las etapas subsiguientes.
- Se debe resolver oralmente en la Audiencia lo relativo al control de los presupuestos procesales, eliminando así ese trámite escrito que impera actualmente en la ley procesal vigente.

Función de limitadora de los términos del Debate:

- Impera el principio de contradicción, y tiene como objetivo establecer, puntualizar y precisar los hechos y alegaciones que son considerados necesarios para el esclarecimiento del conflicto, y toma de decisión por parte del tribunal.
- Las partes podrán reafirmar o aclarar lo pretendido en sus escritos, a partir de alegaciones dirigidas sólo a aclarar o a modificar las pretensiones, aquellas que se alejen de ese propósito serán rechazadas de plano por el juez.
- La función se desarrollará con tres subfunciones específicas[121]: A) aclaratoria, permite perfilar la posición de las partes. B) transformadora, posibilita

[119] Autor. *La Audiencia Preliminar. Retos del ordenamiento procesal civil y familiar en Cuba*, Tesis en opción al título de Licenciado em Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, p. 37.

[120] Autor. y MARCHECO REY, B. N. "La Constitucionalización de la Vía Alternativa de Justicia en Cuba" en AA.VV, *Resolución extrajudicial de conflicto en España y Cuba. El modelo de la Universidad de Oriente*, monografía asociada a Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Editorial Thomson Reuters Aranzadi. España, 2020.

[121] ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "La audiencia previa al juicio", en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* coordinado por Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, vol. II, Dijusa, Barcelona, 2000, pp.161

la modificación del objeto del proceso, sin rebasar su modificación sustancial. C) Concretora, lleva a delimitar el thema decidendi necesario para poder decidir la cuestión litigiosa y posteriormente el thema probandi, es decir, cuáles de esos extremos relevantes serán realmente discutidos por las partes.
La función responde a la siguiente estructura:
- Etapa de ratificación: Las partes confirmarán en este momento los fundamentos que fueron expuestos en los escritos de demanda y contestación, solicitándole al juez que sea acogida la pretensión propuesta. Subfunción Aclaratoria
- Etapa de complementación: Como parte de la defensa que deben realizar las partes, ellas pueden efectuar alegaciones complementarias que ayuden a soportar, a fundamentar la causa petitoria, sin modificarla por completo. De igual forma ante la ocurrencia de nuevos hechos que sean decisorios para la resolución final del asunto, podrán ser presentados por las partes. Subfunción Transformadora
- Etapa de determinación: Después de efectuado el debate, haciéndose efectivo el principio de oralidad, como pilar fundamental de este acto procesal y la contradicción. El órgano jurisdiccional procede a aceptar aquellos hechos y alegaciones complementarias que considere necesario para la solución del conflicto. Subfunción Concretora.

Función delimitadora de la Prueba:
- tiene como objetivo evitar la práctica de pruebas que resulten impertinentes o inútiles, que lo único que logran generar es confusión, complicación, y principalmente despilfarro de esfuerzos y pérdida de tiempo.
- Se desarrollará a partir de dos actividades principales: A) Admisión o rechazo de los medios propuestos, B) Práctica.
- Con respecto a la primera, se propone que con las reformas, los medios de pruebas se presenten en la fase de alegaciones y se acepten en la Audiencia preliminar. A partir del principio de aportación de parte el tribunal solo aceptará aquellas que sean pertinentes, de utilidad y lícitas.
- Con respecto a la segunda de las actividades, el tribunal puede practicar algunos de los medios de pruebas admitidos, lo denominados fáciles: Prueba documental, Confesión judicial. Su práctica dentro de esta etapa procesal tiene como fin descongestionar la Audiencia Probatoria de aquellos medios que no necesitan de un accionar profundo por parte de los sujetos procesales y concentrar en esta Audiencia final los más complicados en cuanto a tramitación.
- A partir de la suficiencia probatoria del proceso que determine el tribunal para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, el tribunal aplicará un Estandar de prueba bajo o Estándar preponderancia de la prueba.[122]
☐ La Audiencia Probatoria se desarrollará a partir de la utilización de la oralidad en la tramitación de los medios probatorios que llegue a esta Audiencia. Los interrogatorios de la prueba testifical se practicarán en el acto oral, así como también los contrainterrogatorios.
☐ La prueba pericial se tramitará en forma oral en donde el perito emitirá sus declaraciones en vivo en el acto, dándose la facultad a los abogados de una vez terminado de rendir cuenta los peritos de realizar preguntas para indagar sobre posibles lagunas e ilegalidades en el proceso investigativo.

6. Conclusiones

Las garantías constitucionales son mecanismos de protección tanto de los derechos como del principio de jerarquía normativa, y se clasifican en instrumentales o de control jerárquico, debido a las dos dimensiones de su estudio:

[122] Autor *et. al,* "Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio. Apuntes para una reforma procesal en Cuba", *Estudios de Derecho*, No. 77, Vol. 170, 2020.

la dogmática destinada a la protección de los derechos, y la jerárquica direccionada a la defensa de la Constitución como norma. De ahí que, dogmáticamente hablando, existen las garantías jurisdiccionales como aquellas garantías constitucionales que deben ser observadas y aplicadas por todas las jurisdicciones contenciosas, tradicionalmente identificadas con los procesos judiciales. Asumiendo dos clases, las ordinarias y las específicas, en las cuales se puede encontrar a instituciones procesales como la denominada Audiencia.

La garantía constitucional de Audiencia es una garantía jurisdiccional ordinaria específica en su construcción jurídica, enmarcándose como mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales, y, existe en torno a ella en el Derecho comparado, una obligatoriedad constituyente de reconocerla y recogerla en los textos constitucionales, porque recae sobre todos los derechos reconocidos para ejercicio y disfrute por todos los ciudadanos. Particular, que la convierte automáticamente en parte del contenido del debido proceso, con una eficacia transversal que hace efectivo los restantes elementos de ese proceso debido. Tal entramado, en el proceso civil, se auxilia de sus principios técnicos configurativos; oralidad, concentración, inmediación y economía procesal, elementos procesales que coadyuvan a fortalecerla como mecanismo protector de derechos fundamentales en el contenido de un debido proceso civil.

La materialización de la garantía constitucional de Audiencia en el ámbito procesal civil, ha estado permeada de contradicciones normativas en su aplicación, que van desde la violación del principio de jerarquía normativa manifestada en su ordenación mediante instrucciones del máximo órgano encargado de la Administración de justicia supliendo reglas jurídicas que debían entronarse en la Ley de Trámites, con limitaciones de alcance para las partes del proceso, hasta las insuficiencias en la interpretación y aplicación del artículo 42 de la Ley adjetiva, dada la falencia regulativa de la denominada comparecencia.

Para la conveniente regulación y materialización en el ordenamiento jurídico cubano de la garantía de Audiencia se requerirá de un tratamiento de obligatoriedad en el orden constitucional como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de esencia jurisdiccional ordinaria específica, con eficacia transversal, expresado en su inclusión en el contenido de un debido proceso en sede jurisdiccional civil; y, para su ejercicio efectivo de un diseño procesal de tramitación en dos audiencias; una Audiencia preliminar y otra Audiencia probatoria, auxiliada de sus principios técnicos configurativos; oralidad, concentración, inmediación y economía procesal. Todo lo cual constituyen las pautas teóricas aportadas en la presente investigación.

Bibliografía

Fuentes doctrinales:

ABAD YUPANQUI, S. *Las garantías como instrumentos de protección de los derechos constitucionales*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Madrid, España. 1996.

AGUDELO RAMÍREZ, M. "El debido proceso", *Opinión Jurídica* vol. 4, No. 7, 2005.

ALARCÓN, E. "Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil" en (MACHADO J. y ACOSTA H.), *Constitucionalización del proceso civil*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2005.

ALFARO VALVERDE, L. G. *El principio de audiencia*. *Evolución e influencia en el Proceso Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. "La audiencia previa al juicio", en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* coordinado por Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, vol. II, Dijusa, Barcelona, 2000.

Alvarado Velloso, A. "El debido proceso", en AA.VV., *Justicia y Sociedad*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.

ÁLVAREZ TABIO, F. *El recurso de inconstitucionalidad,* La Habana, Librería Martí, 1960.

ÁNGEL RUSSO, E. *Derechos Humanos y garantías. El derecho al mañana*, Eudeba Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1999.

ARAÚZ RAMOS, J.C. *Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño*, Tesis para optar por el título de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. España, 2014.

ARBOLEDA LÓPEZ, A. P. El derecho fundamental al debido proceso y las garantías que lo integran, *En clave Social*, Julio – Diciembre, Vol. 1, No. 2, 2012.

ÁVILA SANTAMARÍA, R. "Las garantías constitucionales: perspectiva andina", *I U S Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de puebla*, No. 25, 2010.

BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2da edición actualizada y ampliada, Buenos aires, La ley, 2006.

BARRIOS DE ANGELIS, D., *Audiencia Preliminar: sistema y método*, LL, Buenos Aires, 1988.

BASTIDA, F. J. *et al*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

BRUZÓN VILTRES, C.J. y TAMAYO BLANCO, I. "La jurisprudencia en cuba: reconocimiento dentro del sistema de fuentes del derecho y posibles consecuencias", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril, 2014.

----------. "Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico", *Opinión Jurídica*, Vol. 12, No. 23, Enero-Junio, 2013.

BURGOA, I. *Las garantías individuales*, Porrúa, 40 edición, México, 2008.

CALAZA LÓPEZ, S. "Principios rectores del proceso judicial español", *Revista de derecho UNED*, Núm. 8, 2011.

CAMPOVERDE NIVICELA, L.J *et al*., "El derecho a la reparación integral y la garantía jurisdiccional de habeas corpus", *Universidad y Sociedad*, Vol. 10, No. 2, Febrero 2018.

CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

CEVALLOS SÁNCHEZ, G. y ALVARADO MONCADA, Z. "Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de inmediación", *Universidad y Sociedad*, No.10, Vol.1, 2018.

COLMENERO GUERRA, J.A. "Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales", *NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, No 2, 2006.

CONSTENLA ARGUEDAS, A.F. "El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista Judicial*, Nº 113, Setiembre 2014, Costa Rica.

CORDERO HEREDIA, D. *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*, Comunicaciones INREDH, Quito, Perú, 2015.

COUTURE, E.J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

CUTIÉ MUSTELIER, D y MÉNDEZ LÓPEZ, J. "Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal", en VV.AA (Matilla Correa, A. y Ferrer Mac-gregor, E), Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional

Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, 2012.

CUTIÉ MUSTELIER, D. *El sistema de garantías de los Derechos Humanos*, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, 1999. (Versión no publicada).

DÍAZ TENREIRO, C. M et al, "Una mirada a reforma de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico: Postulados esenciales", en (MENDOZA DÍAZ, J.) Los retos del Debido proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho procesal, Ediciones ONBC, La Habana, 2019.

DUCE JULIO, M.A *et al*., "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información" en *Modernización de la justicia civil* coordinado por Santiago Pereira Campos, Universidad de Montevideo, España, 2011.

DUCE JULIO, M. A. *et al*. "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información" en (PEREIRA CAMPOS, S. coord.), *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo, España, 2011.

ESCOBAR FORNOS, I. *Manual de Derecho Constitucional*, HISPAMER, Nicaragua, 1998.

ESCOBEDO ROJAS, A. "Para garantizar la Constitución: el concepto de garantía en la cultura constitucional mexicana como espíteme del amparo (1833-1847)", en (LIRA, A. y SPECKMAN GUERRA, E. coord.), *El mundo del derecho II: Instituciones, Justicia y Cultura Jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de investigaciones jurídicas Serie doctrina jurídica, núm., 813, 1ra Edición, 2017.

FAIRÉN GUILLEN, V. "*Estudios de Derecho Procesal*", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I. "Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español", *Estud. Socio-Jurídico*, Bogotá (Colombia), 10 (2), julio-diciembre de 2008.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

----------"Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *DOXA*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006.

---------- "Derechos fundamentales" en Gerardo Pisarello, (A. d. C. coord.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

FERRER MAC-GREGOR, E. "La corte interamericana de derechos humanos como interprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", en (VALADÉS D. y GUTIÉRREZ RIVAS R. Coord.), *Derechos humanos. Memorias del IV Congreso nacional de derecho constitucional III*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

FERREIRA, A. y GONZALEZ , C. *Liniamientos para un proceso civil moderno*, Ediar sociedad Anónima editora, Comercial, Indistrial y financiera, Buenos Aires Argentina, 1997.

MARCANO NAVARRO, Y." La Audiencia preliminar en el Proceso ordinario previsto en la Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes", *Revista Cuestiones Jurídicas de la universidad Rafael Urdaneta* Vol. II, No I Enero-Junio, 2008.

FIX-ZAMUDIO, H. "Evolución del control constitucional en México" en (VALADÉS, D. y Carbonel, M. coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, Núm. 29, México, 2004.

----------. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1974.

----------. *Voz: Debido proceso legal*, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1987.

GALBÁN RODRÍGUEZ, L. *Valores constitucionales: funciones en la argumentación de sentencias en un debido proceso civil en cuba*, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, 2018. (Versión no publicada).

GALINDO SOZA, M. "La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico", *Revista jurídica derecho*, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018.

GARCÍA ODGERS, R. "El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal", *Revista de derecho*, No. 223-224, año LXXVI, enero-junio/julio-diciembre, 2008.

GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno", *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 2, 2013.

GÓMEZ LARA, C. "El debido proceso como derecho humano", en (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, N. coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GOZAINI, O.A. "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional", *Cuestiones constitucionales*, No. 7, Julio-diciembre, 2002.

----------. *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, Universidad nacional autónoma de México, México, 1995.

GUASTINI, R. "Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica", *ISONOMÍA*, No. 22, Abril, 2005.

GUIOTE ORDÓÑEZ, J.A. *Los procesos ordinarios en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, España, IBERIUS, 2004.

KIELMANOVIC, J. *Procesos de Familia*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México, UNAM, México, 1983.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Las Acciones positivas" en (MIGUEL, C. director) *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

LANDA ARROYO, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte suprema de justicia de la República del Perú, Tribunal constitucional del Perú, Corte interamericana de derechos humanos*, Academia de la magistratura, Primera edición, Lima, Perú, diciembre del 2012.

LORCA NAVARRETE, A.M. "La constitucionalización del proceso", *Revista del instituto de la Judicatura Federal*, No 45, enero – Junio, 2018.

----------. "El derecho procesal como sistema de garantías", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto, 2003.

LOUTAYF RANEA, R. y SOLÁ, E. "Principio de bilateralidad o contradicción en la prueba" en (PEYRANO, J. Director), *Elementos de Derecho Probatorio*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2017.

LLUCH, X. "La función de proposición y admisión de prueba en La Audiencia Previa", *Estudios de Deusto,* No. 61*,* Vol.1, 2013.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1860*, tomo I, 6taedición, Reus, Madrid, 1943.

MANSO LACHE, J. y GONZÁLEZ CHAU, A.L. "Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba". *Revista Cubana de Derecho*, No. 46, 2015.

MANTECÓN RAMOS, A. "El derecho a la prueba en el modelo jurídico cubano: una interpretación" en (ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M. y MATILLA CORREA, A. coord.) *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI*

Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, La Habana, 2011.

---------- y DÍAZ TENREIRO, C. M. "Perspectiva general del debido proceso en el nuevo texto constitucional cubano" en (LLEDÓ YAGÜE, F. Director). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ONBC; Dykinson, Madrid, 2020.

MELERO DE LA TORRE, M. "La rigidez constitucional mínima como una forma débil del constitucionalismo", *ISONOMÍA*, Núm. 51, 2019.

MENDOZA DÍAZ, J. *Derecho procesal parte general*, Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2015.

MENDOZA DÍAZ, J. y MANSO LACHE, J. "El proceso civil oral en Cuba: Una creación judicial" en (Matilla Correa, A. coord.), *Perspectiva actual del Derecho Procesal (Civil y Administrativo) en Cuba*, ONBC, La Habana, 2016.

MENDOZA DÍAZ, J. "Actitudes que puede adoptar el demandado en el proceso Ordinario" en (Pérez Gutiérrez, I. coord.) *Derecho procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana Cuba, 2016.

MORA-DONATTO, C. *El valor de la constitución normativa*, Universidad Nacional autónoma de México, 2002

MORENO CRUZ, R. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. lineamientos generales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.

NÚÑEZ GARCÍA, D. *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Organización nacional de bufetes colectivos, ONBC, la Habana, 2012.

ORTELLS RAMOS, M. "Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil", *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010.

OVALLE FAVELA, J. "Derechos humanos y garantías constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016.

PAREDES PAREDES, F.I., *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno*, tesis en opción al título de Doctor en Derecho, Universidad Pompeo Fabra, 2012.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986.

PEREIRA CAMPOS, S. "Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", *Revista internacional de estudios sobre derecho procesal y arbitraje*, No. 2, 2009.

PÉREZ GUTIÉRREZ, I. y HIERRO SÁNCHEZ, L. A. "La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano" en (LLEDÓ YAGÜE, F. Director). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, ONBC; Dykinson, Madrid, 2020.

----------. "Por una plena protección judicial y constitucional", *UH [online]*. 2020, n.289, pp.187-206. Epub 25-Abr-2020.

PÉREZ GUTIÉRREZ, I. "Nuevos actores en el proceso familiar cubano" en (MENDOZA DÍAZ J.), *Los retos del Debido Proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho procesal*, ONBC, La Habana, 2019.

PICARDI, N. "Il principio del contraddicttorio, Revista de diritto processuale", No. 3, Cedam, Padova, 1998.

PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012.

POLO BERNAL, E. *Breviario de Garantías Constitucionales*, Porrúa, México, 1993.

PRIETO VALDÉS, M. "Los derechos constitucionales y sus garantías. De nuevo a la carga en pos de su aseguramiento", en VV.AA (Matilla Correa, A. y

Ferrer Mac-gregor, E), *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, UNJC, 2012.

----------. "Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos", *Revista anales de la academia de Ciencia de Cuba*, Vol. 3, Año 2, 2013.

----------. "Garantías y Defensa de los Derechos fundamentales de la ciudadanía cubana", *Revista El Otro Derecho*, Núm. 17, Vol. 6, No. 2, ILSA, Colombia, 1994.

----------"En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)", *Revista IUS-ICI*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año II, 2008.

QUIROGA LAVIÉ, H. *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

REDENTI, E. *Derecho procesal Civil*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.

RODRÍGUEZ BETANCOURT, R.Y. *La Audiencia Preliminar. Premisas para su implementación en el proceso civil en Cuba*, Tesis presentada para la obtención del grado científico de Especialista en Derecho Civil y Familia, bajo la tutoría de Marcheco Rey, Blanca Nieves, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2010.

ROJAS-VALDIVIESO, M.C *et al*., "Prueba en Garantías Jurisdiccionales. Falta de regulación y afección al derecho a la defensa y libertad probatoria en el Ecuador", *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, Año V. Vol. V. N°8. Enero – Junio 2020.

SALAS CÉSPEDES, A. *El Debido Proceso*, (Centro de Información Judicial), ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina en www.cij.gov.ar consultado el 12 de septiembre de 2020.

SALMÓN, E. y BLANCO, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, Perú, 2012.

Autor y MARCHECO REY, B. "El derecho a un proceso civil sin dilaciones indebidas. Contenido de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental" en (CÁNOVAS D. y CARDONA VEGA, R. coord.) *Los derechos fundamentales. Perspectiva comparada en América Latina y Europa*, 1ra Edición, Editorial Leyes, Bogotá, 2019.

Autor, "Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio. Apuntes para una reforma procesal en Cuba", *Estudios de Derecho*, No. 77, Vol. 170, 2020.

Autor. *La Audiencia Preliminar. Retos del ordenamiento procesal civil y familiar en Cuba*. Tesis presentada en opción al título académico de Licenciado en Derecho en 2014.

Autor y MARCHECO REY, B. N. "La Constitucionalización de la Vía Alternativa de Justicia en Cuba" en AA.VV, *Resolución extrajudicial de conflicto en España y Cuba. El modelo de la Universidad de Oriente*, monografía asociada a Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Editorial Thomson Reuters Aranzadi. España, 2020.

SHELDON, C. *The essentials of the constitution: the Supreme Court and the fundamental law*, edited by Stephen L. Wasby, United State, 2002.

SILVA GARCÍA, F. "Derecho de Audiencia: Art. 14 constitucional y 8º. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en (FERRER MAC-

GREGOR, E. y CABALLERO OCHOA, J. L. Coord.), *Derechos Humanos en la Constitución*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM.

STORINI, C. "Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador", *FORO revista de Derecho*, No. 14, 2010.

VALERA SABUGO, E. *El derecho a la defensa como presupuesto para la defensa de los derechos humanos en Cuba*, Tesis para la opción del título de Master en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2017.

VANOSSI, J.R., *Estudios de teoría constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

VILLADIEGO BURBANO, C. "La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos", *Civilizar* No.10, Vol.18, 15-26, enero-junio, 2010.

WRAY, A. "El debido proceso en la Constitución", *Iuris Dictio*, Vol. 1, 2000.

ZUFELATO, C. "La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano", *Derecho PUCP*, No. 78, 2017.

Fuentes legales.

Instrumentos jurídicos internacionales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Derecho Comparado.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (Ley Fundamental de Bonn)

Constitución Política de la República de Costa Rica de 8 de noviembre de 1949.

Constitución de Francia de 1958.

Constitución de Portugal de 1976.

Constitución de España de 1978 con entrada en vigor el 29 de diciembre.

Constitución Política de la República de Chile de 21 de octubre de 1980.

Constitución de la República de El Salvador de 15 de diciembre de 1983.

Constitución Política de la República de Guatemala, de 31 de mayo de 1985

Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988.

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución de la nación Argentina de 22 de agosto de 1994.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada el 15 de diciembre de 1999, Caracas, Venezuela.

Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Estado de Bolivia, de 7 de febrero de 2009.

Constitución de la República Dominicana, publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010.

Derecho Nacional.

- Constitución de Guáimaro de 10 de abril de 1869.

- Constitución de Baraguá de 15 de marzo de 1878.

- Constitución de Jimaguayú de 1895.

- Constitución de la Yaya de 30 de octubre de 1897.
- Constitución de 21 de febrero 1901.
- Constitución Socialista de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, sin reformas.
- Constitución Socialista de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019.
- Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, (LPCAL), Ley No. 7/1977 de 19 de agosto,

Combinado de Periódicos "Granma", La Habana, 2004.

- Ley de los Tribunales Populares de la República de Cuba, Ley No. 82 de 11 de julio de 1997.
- Instrucción No. 216 de 2012 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial* de 22 de junio del 2012, La Habana, Cuba

Fuentes jurisprudenciales:

Derecho Comparado.

Corte Constitucional del Ecuador, Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012 – noviembre de 2015): Documento complementario: Síntesis de las acciones y/o competencias de la Corte y fichas técnicas de sus pronunciamientos [versión digital] / Corte Constitucional del Ecuador; Alfredo Ruiz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Ávila Benavidez, editores. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016. (Jurisprudencia constitucional, 7).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC14870-2017, veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete, Bogotá, D. C, Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-690/08 Cosa juzgada constitucional, nueve (9) de julio de dos mil ocho (2008), Bogotá, D. C.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 423-438
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Aportes iusfilosóficos desde el vínculo "derecho y literatura" en Argentina. Estudios epistemológicos del saber jurídico desde la obra literaria de Jorge Luis Borges.

Iusphilosophical contributions from the relationship "law and literature" in Argentina. Epistemological studies of legal knowledge from the literary work of Jorge Luis Borges.

Gonzalo Ana Dobratinich[1]
Universidad de Buenos Aires

Sumario: 1. Introducción. 2. Encuentros y aproximaciones iusliterarios. 3. Entramados y despliegues del saber jurídico. 3.1 Realidad e imaginario. De la letra a la ley. 3.2 Re-lecturas para una re-construcción epistemológica. 3.3. Ficciones, fines y límites del saber jurídico. 4. Conclusiones. 5. Referencias.

Resumen: El presente trabajo se propone indagar sobre determinadas instancias epistemológicas del saber jurídico, a partir de las propuestas conceptuales y metodológicas que aportan los estudios entre derecho y literatura. Los vínculos entre los espacios del derecho y los textos literarios, ofrecen un amplio espectro de investigaciones. A partir de herramientas y materiales teóricos que aporta la obra literaria del escritor argentino Jorge Luis Borges, el análisis se centrará en torno a las posibles formas de construcción y despliegue de las estructuras que formalizan la disciplina jurídica. Los insumos y consideraciones conceptuales que ofrece la literatura borgeana, permitirán realizar un análisis iusfilosófico de determinados tópicos y categorías pertenecientes al espacio de la teoría jurídica en general y específicamente, a la constitución epistemológica del saber jurídico.

Palabras clave: filosofía del derecho, derecho y literatura, epistemología, interdisciplinariedad.

Abstract: The present article aims to investigate certain epistemological instances of legal knowledge, based on the conceptual and methodological proposals provided by studies between law and literature. The relationships links between the areas of law and literary texts offer a wide spectrum of studies. Based on theoretical tools and materials provided by the literary work of the Argentine writer Jorge Luis Borges, the analysis will focus on the possible forms of construction and deployment of the structures that formalize the legal discipline. The inputs and conceptual considerations offered by the Borgean literature, will allow us to carry out an iusphilosophical analysis of certain topics and categories belonging to the space of legal theory in general and specifically, to the epistemological constitution of legal knowledge.

Keywords: philosophy of law, law and literature, epistemology, interdisciplinarity.

---

[1] Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A. L. Gioja" (Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires - Universidad de Málaga, España). Magister en Filosofía del Derecho (UBA). Profesor (UBA). ORCID: 0000-0002-6548-8700. E-mail: gonzaloanadobra@gmail.com

Recibido: 15/02/2021
Aceptado: 26/05/2021

1. Introucción

Fácilmente aceptamos la realidad, acaso
porque intuimos que nada es real.-
El inmortal

Introducirse en el análisis de cualquier saber científico nos obliga a delimitar el terreno epistemológico desde el cual partimos. Consideramos que este ejercicio metodológico se nos presente de manera imperiosa por dos motivos importantes. Por un lado, la necesidad por visibilizar y sincerar los supuestos e insumos desde los cuales se propone la presente investigación. Por otro lado, la de aportar las herramientas necesarias que permitirán comprender (o al menos contextualizar), los espacios jurídicos que en adelante nos proponemos abordar[2]. Analizadas estas necesidades a la luz de las posiciones propuestas bien se podrá compartir el planteo, o bien tener un panorama completo sobre el cual argumentar y disentir.

Estas explicaciones iniciales permiten, a nuestro parecer, resolver un gran número de problemas teóricos y prácticos que enfrenta el espacio científico en general y la disciplina del derecho en particular[3]. Ciertas discusiones en torno a lo jurídico encuentran sus causas en los inicios, ese momento en donde se conoce o cree conocer lo que es el derecho, allí cuando se postulan sus principios rectores y se establecen sus categorías[4]. Estas decisiones inciden en los posteriores procesos que realizarán los agentes jurídicos (juez, abogado, investigador, doctrinario)[5]. Basta leer manuales de diferentes áreas del derecho o cotejar las variadas resoluciones de los magistrados para dar cuenta de ello. Sin ánimos de considerar que es la única pieza fundamental en el análisis del saber jurídico y su entorno estructural, sostenemos que la cuestión epistemológica es una parte importantísima en la constitución y la comprensión de las disputas que emergen en el vasto universo jurídico.

Esta complejidad no quiere decir que limite toda posibilidad de diálogo entre posturas diferentes, pero sí resaltamos que muchas de ellas no visibilizan su impronta epistemológica o directamente la desconocen[6]. En numerosas ocasiones dichos espacios mantienen discusiones de dilatada solución, porque simplemente no han aclarado sus puntos de partida. Lo que muchas veces parecen ser problemas prácticos no son más que contrariedades teóricas desde las cuales parte cada interlocutor[7]. Lejos de ser una desventaja, las propuestas epistemológicas permiten el desarrollo de actualizadas perspectivas en torno al siempre cambiante y ecléctico fenómeno jurídico.

En este orden de ideas, nos proponemos indagar determinados espacios del derecho desde los aportes epistemológicos previstos por los marcos interpretativos que ofrecen los aportes teóricos que analizan la vinculación entre "derecho y literatura"[8]. Conscientes de la cuantiosa bibliografía que manejan estas posturas al

---

[2] WARAT, L. A., ENTELMAN, R. *Derecho al derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 53.

[3] GUIBOURG, R. – GHIGLIANI, A. – GUARINONI, R. *Introducción al conocimiento jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pp. 35-41.

[4] NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, pp. 11-62.

[5] ENTELMAN, R. "Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra", en VV. AA. (Marí, E. coord.), *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 295-312.

[6] MARÍ, E., "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", *Doxa*, 3, 1986, p. 97.

[7] GUIBOURG, R. *La construcción del pensamiento*, Ed. Colihue, Buenos Aires, pp. 49-55.

[8] Vid. CALVO GONZÁLEZ, J. *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del derecho*, Ed. Comares, Granda, 2008, pp. 393-478. PÊPE, A. M. B. "Direito e literatura: uma intersecção possível? Interlocuções com o pensamento waratiano", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 2(1), 2016, pp. 5-15. ROGGERO, J. "Hay ´derecho y literatura´ en Argentina", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 2(2), 2016, pp. 269-292. TRINDADE, A. K., GUBERT, R.

momento de analizar el terreno del derecho y la miríada de insumos metodológicos que proponen, hemos optado por hacer uso solo de aquellos que consideramos necesarios y determinantes para el desarrollo de nuestro estudio[9].

En primer lugar, se intentará desarrollar, entender y posicionar los basamentos epistemológicos desde los cuales nos posicionamos para comprender la forma en que se construye y estructura el saber jurídico. Este paso preliminar nos ofrecerá herramientas para desmenuzar determinados espacios que conforman dicha disciplina. Este marco de análisis se verá trasvasado y enriquecido por las ideas y temáticas literarias expuestas desde la obra del escritor argentino Jorge Luis Borges (1899- 1986)[10]. Los tópicos y conceptos funcionarán como disparadores y aproximaciones capaces de permitir un redescubrimiento del saber jurídico, al mismo tiempo que otorgará nuevos enunciados capaces de reestructurar sus categorías orgánicas.

2. Encuentros y aproximaciones iusliterarios

Bienaventurados los que no tienen hambre de justica, porque saben que nuestra suerte, adversa o piadosa, es obra del azar, que es inescrutable-.
Fragmentos de un evangelio apócrifo

Adentrarnos en el mundo de Jorge Luis Borges es movernos en un plano poco delineado, anómico. El laberinto que presumiblemente podemos ver desde afuera y del cual es posible formar una imagen tentativa de su inicio y su salida, no es tal cuando ingresamos en él[11]. El cuadro que nos hacemos de las primeras pinceladas de un determinado fenómeno no nos permite conocer la obra pictórica final. *El Minotauro* (1896) de George Frederick Watts, mediada e intervenida por la mano de Borges en *La casa de Asterión*[12], nos mostrará una imagen poco relatada y coincidente con el mito que debemos a Minos, hijo de Licasto.

El lenguaje modeliza nuestra forma de hablar y por ende nuestra forma de pensar. Los recortes, los enunciados y las categorías nominales forman el mundo, siguiendo esa idea expresada en *El idioma analítico de John Wilkins*, que luego el mismo Michael Foucault tomará como puntapié inicial para hablar sobre el modo en que se vinculan las palabras y las cosas. Entrecruzados, estos temas lingüísticos tendrán una estrecha vinculación con otros, entre los cuales emerge el derecho. Pensar desde la literatura el universo jurídico nos exige un análisis previo de las bases epistemológicas desde las cuales se analiza, y Borges es experto en ponernos al descubierto un gran número de interrogantes o al menos instalarnos incerteza en terrenos en los cuales al parecer nos movemos con paso firme.

Como prólogos[13], las microscópicas pero densas consideraciones internas darán innumerables insumos a los lectores para que pasen a ocupar el espacio de autores, no solo de la misma obra de Borges en el acto de sus múltiples interpretaciones al estilo de *Pierre Menard autor del Quijote* sino también con

M. "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones ´Ambrosio L. Gioja´*, 3(4), 2009, pp. 164-213.

[9] SANSONE, A. *Diritto e Letteratura. Un´introduzione generale*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2001, pp. 23-70.

[10] Respecto de las obras borgeanas de cuentos y poesías, se cita el año del volumen de los textos completos, aclarando entre paréntesis cuadrados la fecha original de la publicación respectiva. Tanto los títulos de los poemas y cuentos como de los libros que los contienen se incluyen en cursiva a lo largo del artículo.

[11] SARLO, B. *Borges, un escritor en las orillas*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, pp. 34-39.

[12] BORGES, J. L. *Cuentos completos*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2012 [1949], p. 226.

[13] Id., p. 97.

nuevas producciones que intentan indagar y desarrollar los tópicos introducidos por Borges.

La condensación conceptual en la que se introducen los escritos de Borges, permite comprehender la totalidad de temáticas que se pretenden tratar. Al estilo de un "Aleph", el análisis escueto se ve contradicho por un completitud enorme a nivel semántico[14]. No solo es la concentrada escritura de Borges sino también aquella que dicha brevedad omite. Los silencios, la no-escritura, lo no-expresado, no son decisiones arbitrarias sino que acompañan y complementan el entramado global del texto y toda la obra para concluirse en un universalismo inasible. Esa concentración que implica la producción, explícita e implícita, de Borges, será la indagación inicial desde las cuales surgirán numerosas producciones y desde las más diversas perspectivas y posiciones epistemológicas[15].

La obra de Jorge Luis Borges es abordada no solo desde un análisis biográfico[16] sino también a través una miríada de análisis interdisciplinarios, tales como el científico[17], el literario[18], el filosófico[19] y el lingüístico[20] , entre otros. No es posible proponer una simple clasificación de los insumos teóricos que ofrecen las obras borgeanas.

Sin embargo, de modo imperioso los estudios se ubican en una primera instancia en el plano literario, no solo por sus entramados formales característicos del ámbito de las letras sino por su erudita confección. El conocimiento teórico aplicado en la construcción y elección de aplicación de cada palabra o el juego adusto con la métrica en sus poemas hacen que Borges no sea solo objeto de estudio desde la teoría literaria sino activo generador de la misma. Pensar literariamente a Borges exige comprender previamente la teoría literaria de Borges.

Sin posibilidad alguna de agotarse en el plano de las letras, surgen otras instancias interdisciplinarias de análisis que encuentran en Borges insumos importantes para indagar en torno a sus propios espacios de análisis[21]. La lista no es taxativa ni logra agotar los numerosos trabajos que lo han tratado. El examen se dará no solo desde cada disciplina sino que, incluso internamente en cada una de ellas, coexisten diferentes posiciones epistemológicas, algunas contradictorias entre ellas, desde la cuales se abordarán los textos.

En este orden de ideas la obra borgeana permite una lectura en clave iusfilosófica. El recorrido al cual nos invita a través de sus cuentos, poemas y ensayos está invadido de elementos conceptuales capaces de fragmentar el andamiaje jurídico[22]. Desde su literatura, el autor argentino nos permite repensar determinadas categorías del derecho, tal como lo exponen numerosas/os autoras/es provenientes de diferentes espacios del derecho[23].

---

[14] ROGGERO, J. "La invención de Borges. Un desafío para las prácticas de lectura e interpretación en el campo del Derecho", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 2019, pp. 117-135.

[15] HUICI, A. "Jorge Luis Borges teoría y práctica de la intertextualidad", *Investigaciones semióticas IV*, Madrid, 2, 1992, p. 662.

[16] Vid. BARNATÁN, M. R. *Borges: Biografía total*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1995, pp. 15-25. BORGES, J. L., DI GIOVANNI, N. T. *Autobiografía*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1999, pp. 19-30. GARCÍA VENTURINI, A., *Borges por Borges*, Ed. Cooperativas, Buenos Aires, 2001, p. 15.

[17] SLAPAK, S. *Borges y la Ciencia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999, pp. 40-42.

[18] SÁBATO, E. *Tres aproximaciones a la literatura de nuestro tiempo: Robbe-Grillet, Borges, Sartre*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1968, pp. 58-63.

[19] SAVATER, F. *Borges: la ironía metafísica*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, pp. 12-18.

[20] RIBAS CASASAYAS, A., "Signos mágicos y de lo absoluto: aproximación a términos y conceptos de Filosofía del lenguaje en tres cuentos de Jorge Luis Borges", *Discurso: revista internacional de semiótica y teoría literaria*, 14-15, 2000-2001, pp. 199 a 201.

[21] ARIZMENDI DOMÍNGUEZ, M. E. "Borges y la intertextualidad. Contribuciones desde Coatepec", *Toluca*, 5(9), 2005, pp. 25-31.

[22] CALVO GONZÁLEZ, J. *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Ed. Arandazi, Pamplona, 2016, pp. 60-78.

[23] Vid. CALVO GONZÁLEZ, J. "Desde una encrucijada junto a Borges: sobre ciencia jurídica y producción normativa", *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, 32, 2016, pp. 187-211.

El placer de lectura, el examen de las formaciones internas. Borges nos obliga a pensar no solo sistemáticamente (en tanto comprenderlo requiere leerlo en su totalidad) sino a indagar fuera de los límites meramente literarios[24]. La paradoja de Borges es que un cuento o un poema puedan jugar con nuestras ideas e invertirlas, o romper las reglas ofreciendo percepciones distintas en el paso de un texto a otro. Las normas y sus contradicciones son las reglas de juego que permiten la aventura (y, por ende, como todo juego, la autonomía de elección y recorrido, la paradoja de sentirse atado a nada). Eso que el escritor examinado Herbet Quain con una idea traspolable a su obra y la de Borges (son la misma cosa), dirá sobre *April March*, "´Yo reivindico para esa obra´, le oí decir eso, ´los rasgos esenciales de todo juego: la simetría, las leyes arbitrarias, el tedio´"[25].

En el momento en que Borges haya abandonado el texto cerrando sus pequeñas obras con una dedicatoria o una fecha que vaya a saber si es cierta, él ya no está más en el texto, deja lugar al individuo que hará su propia obra, de modo eterno y en constante movimiento[26]. Allí está el punto final y al mismo tiempo el inicial, vuelve esa paradoja en tanto la aparición del lector viene a finalizar su existencia. El autor ha muerto[27], al mismo tiempo que viene a iniciar la aparición de un nuevo autor, introduciéndose, creando e interpretando nuevas formas y lecturas posibles. Un movimiento circular e inacabado tan presente en la obra borgeana.

Las constantes interpretaciones del lector dependen de sus limitaciones para poder correr más allá de los límites que el contorno le obliga. Todo ello en pos de intentar conocer nuevas formas de pensar y ubicar el fenómeno jurídico[28].

Desde estos términos, si se quieren ficcionales aunque no tengan solo la intención de quedarse en dicho plano, se nos insta a indagar sobre aparentes espacios constituidos. Todo ello hace necesario a Borges, quien con el solo hecho de escribir, ha dejado toda una enorme tarea al lector. Esa idea de ser y no ser, el otro que se sienta en la otra punta frente al río Charles[29] y nos muestra y oculta, nos dice y nos calla. Espacio por excelencia para las letras de Borges, el paradojal, aquel en donde no hay pretensiones de verdad, ni principios rectores autoevidentes[30]. Solo hay letras, dispuestas a ser abandonadas en el mismo momento en que dejaron de ser propias, libradas al azar. Un azar para nada arbitrario, sino que paradojalmente, se ve interpretado, contenido y expresado en mundos finitos, en términos borgeanos, determinados.

3. Entramados y despliegues del saber jurídico

Ordenar bibliotecas es ejercer, de un modo silencioso y modesto, el arte de la crítica.-
Elogio de la sombra

CIURO CALDANI, M. A. *Filosofía, Literatura y Derecho*, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986, pp. 119-125.

[24] ESTENOZ, A. *Los Límites del texto: autoría y autoridad en Borges*, Ed. Verbum, Madrid, 2013, p. 65.

[25] BORGES, J. L. *Cuentos…*, op. cit. [1941], p. 111.

[26] BALDERSTON, D. *¿Fuera de contexto? Referencialidad histórica y expresión de la realidad de Borges*, Ed. Beatriz Viterbo Editora, Rosario, 1996, pp. 39-55.

[27] BARTHES, R. *El susurro del lenguaje*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013, pp. 75-83.

[28] CALVO GONZÁLEZ, J. *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 242-253.

[29] BORGES, J. L. *Cuentos…*, op. cit. [1975], p. 353.

[30] CALVO GONZÁLEZ, J. *Borges en el espejo…*, op. cit., pp. 17-23.

3.1. Realidad e imaginario. De la letra a la ley

En la edición de marzo de 1946 de *Los Anales de Buenos Aires*, Jorge Luis Borges publica un breve escrito llamado *Del rigor de la ciencia*, en el que escribe:

> En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Siguientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y de los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas.[31]

La objetividad y neutralidad atribuidas a las ciencias, asequibles desde una racionalidad traducida en procedimientos lógicos-metodológicos, serán características cuya carga semántica tendrá una aguda presencia en el modo en que se desarrollan y sostienen los diferentes tipos de saberes, entre los cuales emerge el derecho. De ello da cuentas nuestro texto introductorio, que debe ser leído desde las atribuciones que permite la hipálage borgeana. El trabajo fiel de "los Colegios de los Cartógrafos" se sostiene desde una práctica que asegura su completitud y rigurosidad[32].

La dogmática está justificada en la carga semántica de la cual ha sido portadora la ciencia, *tout court*[33]. Y ello no es un dato menor. El trato dado a la teoría del conocimiento en *Menón* y *La República* por parte de Platón mantiene esta perspectiva[34]. La distinción entre *doxa* y *episteme* distinción no hace más que limitar toda forma posible del pensamiento. Se hace pues necesario establecer cuáles son las condiciones que lo justifican como tal. Allí nuevamente la teoría hace su aparición y funciona al igual que los mapas borgeanos, como "hiperrealidad".

La epistemología así pensada visibiliza los modos en que se estructura nuestro conocimiento del derecho. El relato precede los fenómenos. Pensamos desde categorías e ideas. Desde lenguajes que modelizan nuestra forma de entender la exterioridad. Sin embargo, esa concepción de la epistemología jurídica como sinónimo axiomático de ciencia y de verdad, esa circularidad clausurada e indiscutible, exige ser repensada no solo desde su carácter histórico y contextual, sino desde las condiciones que le permiten desarrollarse y funcionar de una determinada manera[35]. La unión "indiscutible" entre *episteme* y verdad no hace más que reproducir constantemente un sistema endogámico, sostenido desde el dualismo saber-poder. Los constructos teóricos no realizan un mero acto enunciativo (*non statement view*), sino que llevan consigo toda una perspectiva práctica.

La citada "hiperrealidad epistemológica" se establece como una ficción que intenta constantemente producir "un carácter neutral, interno, propio de la ciencia"[36]. Sin embargo, esa forma en la que el conocimiento se nos presenta es

---

[31] BORGES, J. L. "Del rigor de la ciencia", *Los anales de Buenos Aires*, 1(3), 1946, p. 53.
[32] RUIZ, A. "La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas", *Crítica Jurídica*, 4, 1986, p. 162.
[33] MARÍ, E. "Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo", *Doxa*, 10, 1991, p. 322.
[34] PLATÓN, *Diálogos*, Ed. Porrúa, Buenos Aires, 1971, p. 501-550.
[35] WARAT, L. A., *Manifesto do surrealismo jurídico*, Ed. Acadêmica, San Pablo, 1988, p. 23.
[36] MARÍ, E. "La ciencia no es neutral", *Espectros*, 3(4), 2018, p. 3.

una experiencia que realizamos de manera compartida con otros individuos[37]. Conocemos el "imperio" por medio de los mapas que lo han representado a la "perfección", como el *Quijote* de Pierre Menard. Tal es su similitud que "las generaciones siguientes entienden que el dilatado mapa es inútil y no sin impiedad lo entregan a las inclemencias del sol y de los inviernos"[38]. Pero bien podemos considerar que la identidad del mapa es rechazada porque han cambiado las condiciones que la hacían necesario. Se diría así que cada instancia del saber supondría técnicas de validación y realización en un tiempo y espacio determinados. En palabras de Gaston Bachelard:

> Llega siempre la hora en que no se tiene ya interés en buscar lo nuevo en las huellas de lo antiguo, en que el espíritu científico no puede progresar más que creando métodos nuevos. Los conceptos científicos mismos pueden perder su universalidad.[39]

La frase *Ipsa scientia potestas est* formulada por Bacon visibiliza esta inescindible articulación entre el conocimiento y el poder. Sin embargo, estas perspectivas mantienen una idea universalista y objetivada en que se justifica el conocimiento. En torno a este punto, Foucault ha dado cuentas de las formas en que este binomio se constituye y sostiene. El pensador francés expone:

> Quizás haya que renunciar también a toda una tradición que deja imaginar que no puede existir un saber sino allí donde se hallan suspendidas las relaciones de poder, y que el saber no puede desarrollarse sino al margen de sus conminaciones, de sus exigencias y de sus intereses. Quizás haya que renunciar a creer que el poder vuelve loco, y que, en cambio, la renunciación al poder es una de las condiciones con las cuales se puede llegar a ser sabio. Hay que admitir más bien que el poder produce saber (y no simplemente favoreciéndolo porque le sirva o aplicándolo porque sea útil); que poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder.[40]

Esta perspectiva rompe con una verticalidad y linealidad, así como también con la tajante separación epistemológica entre el conocimiento y las estrategias de aplicabilidad. Los constructos teóricos llevan consigo toda una carga aplicativa. Un conocimiento que se verifica desde sus adquisiciones fácticas, sostenido desde las implicancias que articulan los mecanismos de poder.

3.2. Re-lecturas para una re-construcción epistemológica

Indagar en torno a los modos en que las condiciones del conocimiento jurídico se desarrollan, nos obliga a pensar en los medios y estructuras sostienen las condiciones de verdad. Superada toda perspectiva universalista y hegemónica, el análisis no puede limitarse a estudios que se valen de insumos teóricos

[37] BERGER, P., LUCKMANN, T. *La construcción social de la realidad*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1993, pp. 93-115.
[38] BORGES, Jorge Luis. "Del rigor…", loc. cit.
[39] BACHELARD, G. *La formación del espíritu científico*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2000, p. 70.
[40] FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 37.

provenientes del ámbito jurídico[41]. Será necesario pues proponer una perspectiva interdisciplinaria para desarticular y comprender la complejidad que circunda al saber jurídico. Marí expone:

> El análisis, aislado de los materiales de inferencia lógica, el proceso de sistematización de las teorías, el modo de operatividad del instrumental matemático y su vinculación con el material empírico, sólo puede aceptarse como un momento abstracto de la epistemología, la que debe dar cuenta del fenómeno científico en la complejidad de sus relaciones.[42]

Desde esta perspectiva, el derecho debe ser repensado desde la multiplicidad de ópticas que imparten otros saberes e intervienen en la formación del sistema jurídico. Ese conjunto de configuraciones que dan lugar al conocimiento y su partición en múltiples formas, al mismo tiempo que condicionan los modos de entender y aprehender la realidad, deben ser asumidas como:

> Producto histórico de la evolución de las sociedades humanas, constitutivo de la construcción de sentido en la interacción social, en intercepción y cruce permanente con diversas dimensiones de la socialidad; con la economía, con la política, con el poder, con la ideología, con la moral (…). Todo conocimiento crítico (…) es visto como conocimiento interviniente. Esto es, al desplegarse sobre el objeto que tematiza lo que modifica, lo recompone, lo transforma. La objetividad.[43]

La lectura que hacemos en torno a los fenómenos, los expone, visibiliza, interviene y transmuta. "En todo experimento, el investigador es también una causa" dirá Werner Heisenberg[44]. La pretendida depuración e imparcialidad en el conocimiento de la sociedad es intersubjetiva y la observación del investigador interviene en el objeto de estudio, no necesariamente desde la praxis sino desde la utilización de los dispositivos teóricos que previamente ostenta[45].

Esta "epistemología transdisciplinaria" supone una intención de participación activa por parte del sujeto conocedor. Bien podríamos atenernos a un simple acto autómata de llevar adelante el conocimiento científico, o bien podríamos considerar que toda metodología científica es producto de un determinado tiempo y espacio, y que responde a intereses subjetivos al momento de su formación[46].

En la misma línea sostenida por Nietzsche, la intervención en el conocimiento lleva consigo una perspectiva de control[47]. Los análisis en torno a los procesos de creación no solo se quedan en instancias de mera estructura sino que indagan sobre la funcionalidad en una situación histórica específica.

En este sentido, desde diferentes géneros literarios pero con perspectivas semejantes aparecen las ideas propuestas por Borges y Foucault. Sin proponérselo,

---

[41] ABRAHAM, T. "La Ley Mayor", en VV. AA. (Legendre, P. coord.), *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Ed. Hachette, Buenos Aires, 1982, pp. 111-144.

[42] MARÍ, E. "Ciencia y ética. El modelo…", loc. cit.

[43] CÁRCOVA, C. M. *Las teorías postpositivistas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 14.

[44] RUSSO, E. A., *Teoría General Del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 207.

[45] SCHUSTER, F. "Exposición", en VV. AA. (Schuster, F. coord.), *El oficio de investigador*, Ed. Homo Sapiens, Rosario, 1995, pp. 11-39.

[46] SUÁREZ LLANOS, L. "Literatura del derecho: entre la ciencia jurídica y la crítica literatura", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(2), 2017, p. 353.

[47] NIETZSCHE, F. *Genealogía del moral. Un escrito polémico*, Ed. Alianza, Madrid, 2005, p. 192.

ambos autores trabajan en conjunto dando cuenta de la "experiencia desnuda" del orden, ese espacio que "pre-existe" al lenguaje y sus categorías estructurantes. Es la funcionalidad de lo que Borges de manera interesante llama "ese torpe y rígido símbolo"[48] que es la palabra. Ese vacío entre las palabras y las cosas sostenidas desde una epistemología particular posibilita que el saber se configure contextualmente de distintas maneras. Sospecha latente en el mundo occidental, que Foucault reconoce en la *allegoría* o *hyponïa* y en el *semaïnon* de los griegos[49]. Pensamos que hay sentidos que se subyacen y exceden la mera forma verbal.

El modo en que se estructura el discurso permite conocer de una determinada manera los fenómenos. La palabra se configura como elemento fundante de la realidad, como "el primer Adán / que dio nombre a la cosas"[50]. Tal es el caso de ese mundo llamado Tlön que ha sido ordenado por medio de "íntimas leyes que lo rigen"[51]. Hacia el final este relato, su narrador expresa:

> ¿Cómo no someterse a Tlön, a la minuciosa y vasta evidencia de un planeta ordenado? Inútil responder que la realidad también está ordenada (…). Tlön será un laberinto, pero es un laberinto urdido por hombres, un laberinto destinado a que lo descifren los hombres[52].

El análisis se centra sobre ese puente que se establece en la región intermedia entre conocimiento y realidad, entre verbo y ente, entre las palabras y las cosas. Eso que Borges indica como "el oficio / de cambiar en palabra nuestra vida"[53].

Una *episteme* determinada, que condiciona y regula las producciones de "lo jurídico", que genera en términos foucaultiano un inconsciente positivo del saber[54], es decir, disciplinas que utilizan las mismas reglas para delimitar y producir su campo de análisis. Esta forma de presentar el desarrollo del conocimiento se distancia de las intenciones universalistas y objetivistas con las que determinadas posturas describen y condicionan al conocimiento. Orden tradicionalmente pensado como ahistórico y desideologizado, dotado de una ley oculta lineal, progresiva y evolutiva. Espacios que Borges, grafica en *La escritura del dios*:

> Aun en los lenguajes humanos no hay proposición que no implique el universo entero; decir el tigre es decir los tigres que lo engendraron, los ciervos y las tortugas que devoró, el pasto de que se alimentaron los ciervos, la tierra que fue madre del pasto, el cielo que dio luz a la tierra.[55]

3.3. Ficciones, fines y límites del saber jurídico

Estas perspectivas de análisis resaltan la participación e intervención de las instancias de disciplinamiento y control en las que se producen, inducen y forman los saberes. En este sentido se desarrolla la propuesta arqueológica de las ciencias humanas de Foucault, quien tomará como punto de partida el texto de Borges:

---

[48] BORGES, J. L. *Poesía completa*, Ed. Debolsillo, Buenos Aires, 2013 [1985], p. 600.
[49] FOUCAULT, M. *Nietzsche, Freud, Marx*, Ed. El cielo por asalto, Buenos Aires, 1999, p. 139.
[50] BORGES, J. L. Poesía…, op. cit., [1969], p. 321.
[51] BORGES, J. L. *Cuentos…*, op. cit. [1941], p. 81
[52] BORGES, J. L. *Cuentos…*, op. cit. [1941], p. 90
[53] BORGES, J. L. Poesía…, op. cit. [1960], p. 121.
[54] FOUCAULT, M. *La arqueología del saber*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, pp. 166-174.
[55] BORGES, J. L. *Cuentos…*, op. cit. [1949], p. 257.

> En sus remotas páginas está escrito que los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (1) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas.[56]

El idioma analítico de John Wilkins, capaz de ser "análogo, general, que organizará y abarcará todos los pensamientos humanos"[57], da el puntapié a Foucault para proponer una superación de los modos en que se analiza filosóficamente a las áreas del conocimiento, entre ellas, la ciencia: "Este libro nació de un texto de Borges. De la risa que sacude, al leerlo, todo lo familiar al pensamiento- al nuestro: al que tiene nuestra edad y nuestra geografía"[58].

El pensamiento foucaultiano se propone la indagación de las estructuras de los saberes y la funcionalidad que cumplen en un determinado contexto espacio-temporal. Las categorías de pensamiento no se conciben dadas como un *a priori* racional que determina unidireccionalmente el entendimiento de los individuos de manera necesaria, universal y absolutamente cierta. Por el contrario, son constructos sociales caracterizados por la contingencia, la arbitrariedad, las relaciones de poder, el pluralismo, la indeterminación y la fragilidad de sus proposiciones. No es solo el examen de la formación sino el trasfondo de contenidos que se imprime en un determinado tipo de saber, y consideramos que el derecho no puede pasar por alto estos insumos, en tanto sus postulados están imbuidos y trasvasados por la multidisciplinariedad (perspectivas históricas, ideológicas, políticas, sociológicas, entre otras). La pregunta que surge en torno a este estudio arqueológico de la disciplina jurídica es: ¿qué papel cumple la filosofía en torno al estudio del saber y específicamente la filosofía del derecho sobre el derecho?

Foucault expondrá:

> Se piensa en el interior de un pensamiento anónimo y constructor que es el de una época y un lenguaje. Este pensamiento y este lenguaje tienen sus leyes de transformación. La tarea de la filosofía actual y de todas estas disciplinas teóricas a las que me he referido es sacar a la luz este pensamiento anterior al pensamiento, ese sistema anterior a todo sistema…, ese trasfondo sobre el cual nuestro pensamiento "libre" emerge y centellea durante un instante.[59]

El análisis arqueológico no se orienta a la formación de una verdad, sino a dar cuentas de la contingencia que dicho concepto adquiere y a romper con la circularidad en que se funda y mantiene el conocimiento: "Los efectos de verdad que este poder produce y transmite, que a su vez reproducen el poder. Un triángulo pues: poder, derecho, verdad"[60].

La propuesta foucaultiana rompe con la familiaridad y pasividad epistemológica para volver a la investigación genealógica de las herramientas que permiten el desarrollo de una ciencia cambiante y específica. Los párrafos de Wilkins no son un mero capricho estético, sino que figuran un claro ejemplo de cómo se conglomera un determinado y específico modo de pensar y ordenar las cosas. Las perspectivas del poder como elemento formativo del pensamiento. Ese

---

[56] BORGES, J. L. *Obras completas. 1923-1972*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1974. p. 708.
[57] Id., p. 707.
[58] FOUCAULT, M., *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 9.
[59] GARCÍA DEL POZO, R. *Michel Foucault: Un Arqueólogo del humanismo*, Ed. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988, p. 9.
[60] FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*, Ed. La piqueta, Madrid, 1980, p. 139.

enorme abismo que existe entre las palabras, el discurso y la realidad carece de todo tipo de criterio estable que pueda llenarlo[61].

La enumeración que hace "cierta enciclopedia china" no es más que un arbitrario sistema de orden y relación de los fenómenos. Y que al mismo tiempo implica una intención por el ser, por la objetivización y universalidad. En Borges parece emerger esa ambigüedad y obsesión por "lo absoluto", lo cual lleva a exigir su prosa e intentar pulverizarla con la esperanza de poder acceder a espacios arquetípicos: "Todas las cosas son palabras del / idioma en que Alguien o Algo, noche y día, / escribe esa infinita algarabía / que es la historia del mundo. (…) Detrás del nombre hay lo que se nombra"[62].

Pero al mismo tiempo ironiza con esa pretensión analítica[63] y se resigna con su calidad de individuo contingente, limitado por su tiempo, su espacio, su lenguaje: "Dijo que Rhin (cuya etimología / es rinan o "correr") no es otra cosa / que un arbitrario apodo que los hombres / dan a la fuga secular del agua / desde los hielos a la arena última. / Bien puede ser. Que lo decidan otros"[64].

Independiente del punto en el que Borges se ubique (situación que nos excede no solo porque su literatura lo expresa en sus abruptos cambios conceptuales sino porque el mismo se ha encargado de hacer de sus ideas un espacio de constantes cambios) sí nos parece interesante ver cómo sus expresiones literarias dan cuenta de la "naturaleza" del lenguaje. Sus personajes están imbuidos en la búsqueda constante de esencias absolutas por fuera de las palabras, pero en todos ellos ese encuentro (*El disco*) se trunca, tarea que solo es posible desde la atemporalidad característica de una divinidad (*La escritura del dios*). No hay verdades, no hay progresos ni finales establecidos. Esa angustia lleva al despojo, a la locura, al silencio absoluto, a la muerte en sus variadas formas, a la desesperación[65].

El Aleph no puede ser descripto desde el lenguaje. La enumeración del Borges ficcional se vuelve paradojal, en el Aleph ve al mismo Aleph y así sucesivamente sin poder asir ese nombre que los hombres usurpan[66]. La enumeración es sesgada, parcial. El personaje es consciente de la incompletitud. Las pocas hojas del relato no pueden abarcar la totalidad que ha visto, pero aun si fuese un libro infinito como el mismo *El libro de arena* (que a Borges le parece monstruoso y teme volver a encontrar) sería imposible tal empresa.

Ese proyecto, casi necesario, de querer comprender el todo desde una mínima condensación, independientemente del soporte sobre el cual esta capacidad se apoye, se presenta en *Undr*, *El espejo y la máscara*, *El Zahir* o *La escritura del dios*. Como indica Sarlo:

> Borges subraya así la cualidad arbitraria de todas las lenguas y provoca un escándalo lógico, para demostrar que la organización de lo real, la estructura de los lenguajes y las regulaciones lógicas son inconmensurables.[67]

---

[61] GORALI, M. "El silencio de lo justo: una mirada crítica sobre justicia y democratización", en VV. AA. (Douglas Price, J., Duquelsky Gómez, D. coord.), *Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2016, p. 179.
[62] BORGES, J. L. *Poesía…*, op. cit. [1964], p. 183.
[63] Vid. poemas *La luna*; *Una brújula*; *El Golem*; *Invocación a Joyce*; *La dicha*; *Correr o ser*; *Alguien sueña*.
[64] BORGES, J. L. *Poesía…*, op. cit. [1981], p. 560.
[65] SILVA, V., GUTIÉRREZ, J. "La construcción de la identidad y la alteridad en Jorge Luis Borges y Nathaniel Hawthorne", *Espéculo. Revista de Estudios Literarios*, 17, 2001, p. 1.
[66] MONDER, S. *Ficciones filosóficas: narrativa y discurso teórico en la obra de Jorge Luis Borges y Macedonio Fernández*, Ed. Corregidor, Buenos Aires, 2007, pp. 20-26.
[67] SARLO, B. *Borges, un escritor…*, op. cit., pp. 34-39.

Es imposible poder pensar por fuera de la palabra, perspectiva que se observa en el comportamiento de los Gutres luego de escuchar *El evangelio según Marcos*. Y quien maneja la palabra estructura el conocimiento. Borges entiende que "no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. La razón es muy simple: no sabemos qué cosa es el universo"[68].

Toda clasificación roza lo extravagante pero, pese a todo, es necesaria. Si bien hay una clara dificultad por ordenar lingüísticamente lo real desde la experiencia, el lenguaje mantiene consigo una ilusoria capacidad por representar los objetos en un espacio y tiempo determinados. *El Golem* lo expresa de la siguiente manera: "Si (como afirma el griego en el Cratilo) / el nombre es arquetipo de la cosa / en las letras de 'rosa' está la rosa / y todo el Nilo en la palabra 'Nilo'"[69].

Las semejanzas, identidades, diferencias, analogías, órdenes o rechazos, son normas que establecen de antemano las formas desde los cuales participa el individuo. Esta convencionalidad se naturaliza, es decir, se universaliza. Desde la citada tarea arqueológica foucaultiana:

> No se tratará de conocimientos descritos en su progreso hacia una objetividad en la que al fin puede reconocerse nuestra ciencia actual; lo que se intentará sacar a la luz es el campo epistemológico, la "episteme" en la que los conocimientos, considerados fuera de cualquier criterio que se refiera a su valor racional o a sus formas objetivas, hunden su positividad y manifiestan así una historia que no es la de su perfección creciente, sino las de sus condiciones de posibilidad.[70]

La segmentación y discontinuidad del conocimiento en cada época imprime sus propios métodos, técnicas, interpretación y hasta formas de críticas, que aparentan lenguajes por fuera del lenguaje; sin embargo, surgen desde una misma cultura conformando una red de significación compartida, mediada por relaciones de poder. En este sentido, Foucault identifica dos grandes discontinuidades en la *episteme* de la cultura occidental: la época clásica (mediados del siglo XVII) y la época moderna (principios del siglo XIX). El orden desde el cual pensamos no se estructura de la misma manera que en la época clásica.

La exterioridad que propone desde el estudio arqueológico intenta analizar las conformaciones del lenguaje del discurso de las ciencias sociales que permiten constituirlo y sostenerlo como tal. La ruptura epistemológica quiebra la organización, clasificación y orden del discurso científico de las ciencias humanas y da cuenta de la impotencia de la que adolecen ciertas metodologías para poder tratar determinados fenómenos sociales en un tiempo histórico en particular.

Este cuestionamiento a la epistemología misma parece vislumbrar a un Foucault posicionado desde otra epistemología, aunque epistemología al fin. Sin embargo, él se ha encargado de subrayar el carácter fragmentario y circunstancial de su propuesta, renunciando a establecer una teoría acabada y total, resistente a pensar y traducir en palabras la idea de sujeto y objeto desde las categorías tradicionales. Su posición parece ubicarlo en una instancia ajena a una nueva epistemología; más bien parecería adoptar una anti-epistemología. La discontinuidad y segmentación que prevalece en las ciencias exponen una perspectiva no-positivista y anti-evolucionista. La unión de estas dos no hace más que reconocer esa necesaria coyuntura que se debe establecer entre epistemología y la historia de las ciencias. Intersección que no responde a un momento histórico en particular sino a una forma de pensar característica de toda la cultura occidental.

---

[68] BORGES, J. L. *Obras completas…*, op. cit., p. 708.
[69] BORGES, J. L. *Poesía…*, op. cit. [1964], p. 193.
[70] FOUCAULT, M., *Las palabras…*, op. cit., p. 15.

Esta instancia de análisis que se presenta nos parece un gran aporte aplicable a la formación y desarrollo del saber jurídico. Si pensamos que en ella hay una fuerte participación del plano discursivo tanto en la forma en que expresa (v.gr. las normas) y se dispone, deviene necesario un análisis arqueológico direccionado a las estructuras lingüísticas y las formas en que se ubican. Los resultados finales tienden a dar una imagen de neutralidad y completitud, borrando toda historicidad del fenómeno y, por ende, toda amplitud metodológica[71].

4. Conclusiones

Las consideraciones precedentes han intentado poner bajo diferentes perspectivas teóricas al espacio del derecho. En lugar de considerar el fenómeno jurídico como un saber inmutable y estático, se deben establecer categorías de estudio que permitan analizar su complejidad. Intentar aportar nuevas propuestas a los paradigmas metodológicos tradicionales que no han sabido dar cuentas de la movilidad constante que acontece en el derecho. Las ideas de neutralidad y racionalidad invierten el carácter plural del discurso jurídico y funcionan como instancias de legitimación, ocultando la relación existente con otras disciplinas.

La contingencia característica en el proceso de formación del derecho y su posterior funcionamiento no puede ser analizada a la luz de metodologías reduccionistas[72]. En este sentido, será necesario perspectivas capaces de evidenciar los supuestos implícitos y sus condicionantes, que indefectiblemente están mediados por el contexto histórico y social en el que emergen. Lejos de considerar esta instancia como un hecho desalentador de constantes rupturas y refundiciones, pensamos que permite dar cuenta de la contingencia que se imprime en la teoría jurídica. Se trata de una perspectiva de análisis que no parece nunca alcanzar su constitución definitiva. Una iusfilosofía que estudie el papel del derecho como parte del sistema y no meramente los problemas derivados del estudio formal de las normas[73].

Por ello, la epistemología jurídica debe actualizar los modos en que se estructura y reconfigura. En palabras de Cárcova, serán necesarios:

> Presupuestos epistemológicos que asocian conceptos comprensivos y constructivos; piensan al derecho como un producto histórico, positivo, público y social; señalan el conflicto y la contradicción entre grupo hegemónicos y grupos subordinados en la estructura social, como dato constitutivo de lo jurídico, que cumple una función paradojal: a la vez que sirve para dar estabilidad y reconduce ciertas formas de distribución del poder, sirve también, en contexto democráticos, para transformar las relaciones de poder con sentido progresivo.[74]

La problemática no solo se direcciona a las estructuras y funciones de la disciplina jurídica, sino también a los fenómenos que dicho espacio instituye como jurídicos. Realidades constituidas discursivamente, apoyadas en un sustento empírico pero al mismo tiempo signadas por una fuerte impronta ficcional[75]. Y es sobre esa intertextualidad y ficcionalidad, tópicos tan característicos del discurso

[71] OST, F. "El reflejo del Derecho en la literatura", *Doxa*, 29, 2006, pp. 333-335.
[72] CÁRCOVA, C. M. *Las teorías…*, op. cit., pp. 120-139.
[73] NÚÑEZ VAQUERO, A. "Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*", 26, 2010, p. 422.
[74] CÁRCOVA, C. M. "Racionalidad formal o racionalidad hermeneútica para el derecho de las sociedades complejas", en VV. AA. (Alonso, J. P. comp.), *Racionalidad en el Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2015, p. 253.
[75] MARÍ, E. *La Teoría de las Ficciones*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, pp. 217-254.

borgeano y que también constituyen al discurso jurídico, que será interesante proponer nuevas investigaciones, desde perspectivas complejas e inacabadas, de la misma manera que se bifurcan, complejos e inacabados los senderos de un jardín[76].

5. Referencias

ABRAHAM, T. "La Ley Mayor", en VV. AA. (Legendre, P. coord.), *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Ed. Hachette, Buenos Aires, 1982, pp. 111-144.

ARIZMENDI DOMÍNGUEZ, M. E. "Borges y la intertextualidad. Contribuciones desde Coatepec", *Toluca*, 5(9), 2005, pp. 25-31.

BACHELARD, G. *La formación del espíritu científico*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2000.

BALDERSTON, D. *¿Fuera de contexto? Referencialidad histórica y expresión de la realidad de Borges*, Ed. Beatriz Viterbo Editora, Rosario, 1996.

BARNATÁN, M. R. *Borges: Biografía total*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1995.

BARTHES, R. *El susurro del lenguaje*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013.

BERGER, P., LUCKMANN, T. *La construcción social de la realidad*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1993.

BORGES, J. L. "Del rigor de la ciencia", *Los anales de Buenos Aires*, 1(3), 1946, p. 53.

BORGES, J. L. *Cuentos completos*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

BORGES, J. L. *Obras completas. 1923-1972*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 1974.

BORGES, J. L. *Poesía completa*, Ed. Debolsillo, Buenos Aires, 2013.

BORGES, J. L., DI GIOVANNI, N. T. *Autobiografía*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1999.

CALVO GONZÁLEZ, J. "´La Casa´, metáfora edilicia constitucional: Variaciones literarias de diseño y crisis constructiva en Poe, Cortázar y Borges", *Doxa*, 42, 2019, pp. 335-360.

CALVO GONZÁLEZ, J. "Desde una encrucijada junto a Borges: sobre ciencia jurídica y producción normativa", *Anuario de filosofía del derecho*, Valencia, 32, 2016, pp. 187-211.

CALVO GONZÁLEZ, J. *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Ed. Arandazi, Pamplona, 2016.

CALVO GONZÁLEZ, J. *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del derecho*, Ed. Comares, Granda, 2008.

CALVO GONZÁLEZ, J. *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Ed. Comares, Granada, 2018.

CÁRCOVA, C. M. "Racionalidad formal o racionalidad hermeneútica para el derecho de las sociedades complejas", en VV. AA. (Alonso, J. P. comp.), *Racionalidad en el Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2015, p. 253.

CÁRCOVA, C. M. *Las teorías postpositivistas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

CIURO CALDANI, M. A. *Filosofía, Literatura y Derecho*, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986.

ENTELMAN, R. "Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra", en VV. AA. (Marí, E. coord.), *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 295-312.

ESTENOZ, A. *Los Límites del texto: autoría y autoridad en Borges*, Ed. Verbum, Madrid, 2013.

FOUCAULT, M. *La arqueología del saber*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*, Ed. La piqueta, Madrid, 1980.

[76] BORGES, J. L. *Cuentos…*, op. cit. [1941], p. 123.

FOUCAULT, M. *Nietzsche, Freud, Marx*, Ed. El cielo por asalto, Buenos Aires, 1999.
FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.
FOUCAULT, M., *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.
GARCÍA DEL POZO, R. *Michel Foucault: Un Arqueólogo del humanismo*, Ed. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.
GARCÍA VENTURINI, A., *Borges por Borges*, Ed. Cooperativas, Buenos Aires, 2001.
GORALI, M. "El silencio de lo justo: una mirada crítica sobre justicia y democratización", en VV. AA. (Douglas Price, J., Duquelsky Gómez, D. coord.), *Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2016, p. 179.
GUIBOURG, R. – GHIGLIANI, A. – GUARINONI, R. *Introducción al conocimiento jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984.
GUIBOURG, R. *La construcción del pensamiento*, Ed. Colihue, Buenos Aires.
HUICI, A. "Jorge Luis Borges teoría y práctica de la intertextualidad", *Investigaciones semióticas IV*, Madrid, 2, 1992, pp. 663-678.
MARÍ, E. "Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo", *Doxa*, 10, 1991, pp. 319-327.
MARÍ, E. "La ciencia no es neutral", *Espectros*, 3(4), 2018, pp. 1-5.
MARÍ, E. *La Teoría de las Ficciones*, Ed. Eudeba, Buenos Aires.
MARÍ, E., "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", *Doxa*, 3, 1986, p. 93-111.
MONDER, S. *Ficciones filosóficas: narrativa y discurso teórico en la obra de Jorge Luis Borges y Macedonio Fernández*, Ed. Corregidor, Buenos Aires, 2007.
NIETZSCHE, F. *Genealogía del moral. Un escrito polémico*, Ed. Alianza, Madrid, 2005.
NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.
NÚÑEZ VAQUERO, A. "Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*", 26, 2010, pp. 413-434.
OST, F. "El reflejo del Derecho en la literatura", *Doxa*, 29, 2006, pp. 333-335.
PÊPE, A. M. B. "Direito e literatura: uma intersecção possível? Interlocuções com o pensamento waratiano", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 2(1), 2016, pp. 5-15.
PLATÓN, *Diálogos*, Ed. Porrúa, Buenos Aires, 1971, p. 501-550.
RIBAS CASASAYAS, A., "Signos mágicos y de lo absoluto: aproximación a términos y conceptos de Filosofía del lenguaje en tres cuentos de Jorge Luis Borges", *Discurso: revista internacional de semiótica y teoría literaria*, 14-15, 2000-2001, pp. 199 a 201.
ROGGERO, J. "Hay ´derecho y literatura´ en Argentina", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 2(2), 2016, pp. 269-292.
ROGGERO, J. "La invención de Borges. Un desafío para las prácticas de lectura e interpretación en el campo del Derecho", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 2019, pp. 117-135.
RUBINSTEIN, S. *Borges con los abogados*, Ed. Proa XXI, Buenos Aires, 2007, p. 71.
RUIZ, A. "La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas", *Crítica Jurídica*, 4, 1986, pp. 161-168.
RUSSO, E. A., *Teoría General Del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
SÁBATO, E. *Tres aproximaciones a la literatura de nuestro tiempo: Robbe-Grillet, Borges, Sartre*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1968.
SANSONE, A. *Diritto e Letteratura. Un´introduzione generale*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2001.
SARLO, B. *Borges, un escritor en las orillas*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
SAVATER, F. *Borges: la ironía metafísica*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.

SCHUSTER, F. "Exposición", en VV. AA. (Schuster, F. coord.), *El oficio de investigador*, Ed. Homo Sapiens, Rosario, 1995, pp. 11-39.

SILVA, V., GUTIÉRREZ, J. "La construcción de la identidad y la alteridad en Jorge Luis Borges y Nathaniel Hawthorne", *Espéculo. Revista de Estudios Literarios*, 17, 2001, p. 1.

SLAPAK, S. *Borges y la Ciencia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999.

SUÁREZ LLANOS, L. "Literatura del derecho: entre la ciencia jurídica y la crítica literatura", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(2), 2017, pp. 349-386.

TRINDADE, A. K., GUBERT, R. M. "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones ´Ambrosio L. Gioja´*, 3(4), 2009, pp. 164-213.

WARAT, L. A., ENTELMAN, R. *Derecho al derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

WARAT, L. A., *Manifesto do surrealismo jurídico*, Ed. Acadêmica, San Pablo, 1988.

© **Cadernos de Dereito Actual** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 439-477
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Uma história da seguridade social nos países industrializados, dos primórdios à globalização neoliberal

A history of social security in industrialized countries, from its beginnings to neoliberal globalization

Cristiane Haik[1]
Rodrigo Zacharias[2]
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Idade Antiga; 3. Idade Média; 4. Idade Moderna; 4.1 A *Poor Law* e a legislação subsequente na Inglaterra; 4.2. As Declarações de Direitos e a Revolução Francesa; 5. Idade Contemporânea; 5.1. A questão social; 5.2. A doutrina social da Igreja e o princípio da subsidiariedade; 5.3. Crise do Estado liberal e intervencionismo; 5.4. O surgimento do seguro social na Europa; 5.5. O constitucionalismo social; 5.6. O *Social Security Act* nos EUA; 5.7. O sistema de seguridade social da Nova Zelândia; 5.8. O plano *Beveridge*; 5.9. Internacionalização da seguridade social, a Declaração de Filadélfia e a Convenção n. 102 da OIT; 5.10. O surgimento do Estado de bem-estar social; 5.11. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional; 6. Problemas do Estado de bem-estar social; 7. A Globalização; 8. O Neoliberalismo; 9. Efeitos e impactos na seguridade social; 10. Conclusão.

Resumo: O presente ensaio examina a evolução da seguridade social nos países capitalistas industrializados, ao menos naqueles que mais influenciaram o Direito brasileiro nesse campo. Os fatos que importam a esta história são os que representam solidariedade, o auxílio ao próximo, face as necessidades sociais do ser humano, desde os ocorridos em pequenos agrupamentos até a atuação do Estado. Pretende-se que o teor eminentemente narrativo leve, ao final, ao entendimento da tessitura daquilo que se entende por seguridade social, uma técnica de proteção social ampla que objetiva a superação das necessidades sociais. Analisam-se, ao final, temas como constitucionalismo social, Estado social, globalização e neoliberalismo e seus impactos em sistemas de proteção social.

Palavras-chave: História; Seguridade; Globalização; Neoliberalismo; Estado social.

Abstract: This essay examines the evolution of social security in industrialized capitalist countries, at least in those that most influenced Brazilian Law in this field. The facts that matter to this history are those that represent solidarity, helping others, given the social needs of human beings, from those that occurred in small groups to the performance of the State. It is intended that the eminently narrative content leads, in the end, to the understanding of the fabric of what is meant by social security, a broad social protection technique that aims to overcome social needs. Topics such as social constitutionalism, social state, globalization and

---

[1] Doutoranda e mestre, ambos em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e Professora.
[2] Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Instituto Toledo de Ensino-Bauru/SP. Juiz federal. Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

Recibido: 15/04/2021
Aceptado: 08/06/2021

neoliberalism and their impacts on social protection systems are analyzed in the end.

Keywords: History; Security; Globalization; Neoliberalism; Welfare state.

1. Introdução.

O presente artigo apresenta fatos históricos que contribuíram para a evolução da seguridade social nos países capitalistas industrializados.

Há muitas concepções de história, da narrativa à científica, da idealista à materialista. Esse trabalho não se inspira em quaisquer delas, porquanto produzido por juristas, não historiadores, preocupados com a compreensão das origens desta técnica de proteção social avançada, denominada seguridade social no Brasil, segurança social em Portugal.

Volta-se ao passado, para compreensão, e ao futuro, para ação do intérprete, que nesse ramo do direito – o Direito Previdenciário ou Direito da Seguridade Social – terá de optar por alguma das doutrinas que se digladiam no campo de batalha ideológico a respeito do papel do Estado no enfrentamento dos riscos sociais.

A história, para Michel Onfray, é o âmbito da arte da guerra, complacente com os "ganhadores" e impiedosa com os "perdedores".[3] Quando se fala em técnicas de proteção social, como a seguridade, têm-se em mente os fragilizados, vulneráveis e necessitados, de modo que o ponto de vista do contador desta história é o dos fracos.

Mas, afinal, quais fatos serão abordados nesse escorço histórico? Pode-se responder, de início, que não são as batalhas, nem os feitos grandiloquentes de políticos, governantes, artistas e cientistas.

Trata-se de uma história narrativa, com um final escrutinado por uma abordagem crítica. Os fatos que importam aqui são os que representam solidariedade e auxílio ao próximo, desde os havidos em pequenos agrupamentos até a atuação do Estado.

O foco se dará na evolução da edição de normas jurídicas, corporificadas em fontes formais do Direito, que serviram a propiciar amparo aos necessitados.

Pois bem.

Antes do mais, a seguridade social pode ser conceituada como uma técnica protetiva que, nas palavras de Wagner Balera, há de significar "*a libertação de todas as necessidades econômicas do indivíduo ou dos grupos mais sofridos*".[4]

A literatura sobre o tema tem informado que, considerando-se que a história passou a ser contada há seis mil anos, as técnicas protetivas sociais devem ter pelo menos quatro mil, e passam pela própria pessoa humana, sua família, até chegar ao atual estágio da seguridade social.[5]

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins salientam que:

> (...) a pré-história e o direito pré-histórico terminam no momento em que o foco das divergências entre os grupos nômades e sedentários evolui para as lutas entre os grandes grupos sedentários na busca de poder, que são aquelas que já caracterizam a história narrada. Nesta, o direito passa a ter outra conformação, com o surgimento do direito

[3] ONFRAY, M. *Contra-história da filosofia, vol. 1: as sabedorias antigas*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 11.

[4] BALERA, W. "Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum'", *Revista da Previdência Social*, n. CXXX, LTr, setembro de 1991, p. 547.

[5] BASTOS, C.B; Martins, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, 2000, São Paulo, p. 15.

> costumeiro intergrupal ao lado do direito costumeiro comunitário e em que o patamar das ambições pelo poder supera, nas lutas que se instalam, as necessidades vitais, que caracterizam as lutas pré-históricas (...)

O ser humano tem vivido em comunidade desde os primórdios da civilização e aprendeu a sobreviver nesse convívio mediante a formação de *riqueza*, seja pela troca de bens de início, seja pela acumulação desses bens com o passar do tempo.

A partir do momento em que passou a sobreviver dos frutos de seu *trabalho*, tornou-se natural preocupar-se mais seriamente com seu futuro, à medida que a idade e outros eventos pudessem torná-lo incapacitado para o labor, e, portanto, impossibilitado de obter seu sustento.

Por isso a preocupação de prever o futuro para poder provê-lo foi evolutiva. E, para que se chegasse até aí, a história teve de passar pelo prévio reconhecimento da *igualdade essencial entre todos os homens*.

Esse processo demorou 25 séculos, até que a primeira organização internacional a abranger quase a totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que "*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*".[6]

Reconhecida essa igualdade, já não seria exagero afirmar que, há algum tempo, o centro de gravidade da organização humana deslocou-se do interesse individual para o *interesse social*.

O indivíduo encontra-se tão fortemente ligado aos demais, que o interesse individual e o interesse social são hoje quase que confundidos.[7]

Isso faz com que certas *necessidades individuais* (como por exemplo um padrão mínimo de vida, consistente nos recursos que cada pessoa precisa para conseguir um padrão existencial que a sociedade considere aceitável) passassem a ser vistas como *necessidades sociais*.

Feijó Coimbra aponta que a evolução do amparo ao homem, desde a assistência prestada por caridade ao semelhante até o atual estágio em que se mostra como direito subjetivo, garantido pela sociedade aos necessitados, é o reflexo de três formas de atuação: beneficência, assistência pública e previdência.[8] Elas serão identificadas pelo leitor no desenvolvimento do texto.

2. Idade Antiga

A *assistência* constituiu a primeira forma de auxílio do homem ao seu semelhante necessitado, de maneira que, já em remotas épocas, de forma fragmentária e esparsa, é possível identificar algumas medidas acautelatórias e rudimentares.

Aguinaldo Simões identificou casos em que se evidenciou a preocupação com o outro, o amor ao próximo, nas doutrinas de Confúcio, do budismo, dos hebreus e no Egito.[9]

Nesses tempos antigos, quando praticamente todas as necessidades eram primitivamente atendidas pela família, não se conhece exemplo certo de assistência, e menos ainda de previdência, fora do ambiente familiar, inclusive na Grécia e em Roma.[10]

Em Roma, a família, por meio do *pater famílias*, tinha a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes, em uma forma de associação, mediante contribuição de seus membros, de modo a ajudar os mais necessitados.[11]

---

[6] COMPARATO, F.K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019, posição 247, leitor Kindle.
[7] LEITE, C.B. *A Proteção Social no Brasil*, LTr, São Paulo, 1978, p. 15 e ss.
[8] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 32.
[9] SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 69-72.
[10] SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 72.
[11] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 18.

No mais, as primeiras aposentadorias, como são hoje conhecidas, foram inicialmente concedidas aos veteranos dos exércitos, nos antigos tempos romanos, como forma de agradecimento pelos serviços prestados.[12]

Ainda em Roma, Nair Lemos Gonçalves lembra que se procurou combater a indigência distribuindo-se terras aos que não a possuíam.[13]

Segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a assistência social tem origens no direito romano e tinha lastros na caridade e na compaixão humana, como modo de amparar os pobres e desafortunados. A primeira lei na República romana havia sido criada para conceder alimentos aos pobres por meio dos armazéns do Estado.[14]

Na visão de Feijó Coimbra,[15] os primeiros registros de manifestações de previdência social teriam surgido em 228 a.C, em Teofrasto, na Grécia antiga, onde se encontra referência a uma associação cujos membros contribuíam para um fundo, à conta do qual era prestado socorro aos contribuintes atingidos pela adversidade.

Todavia, de modo geral, a filosofia grega não se mostrava favorável à beneficência, cuja eficácia para elevação moral e material da sociedade era considerada com ceticismo por Platão e Aristóteles, que não a incluíam entre as virtudes que descrevem como moralmente desejáveis.[16]

Conquanto se possam identificar algumas disposições referentes à proteção social na Antiguidade, sobretudo em Roma, não se pode entender que tenha havido, naquela época, algum *sistema de proteção* social, mesmo porque certas medidas adotadas pelos poderes públicos nesse sentido estavam "*contaminadas por interesses políticos estranhos à Seguridade Social*".[17]

Os ensinamentos de Cristo, que pregava que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, deram novo perfil à dignidade humana. O apelo à caridade já era manifestado pelo cristianismo, que trazia ínsito o valor da solidariedade. O ensinamento de amar ao próximo como quem ama a si mesmo deixou raízes profundas na civilização, inclusive a romana.

Coube à Igreja Católica, com seus mosteiros, diaconatos, conventos, ordens e outras organizações, desempenhar papel fundamental no movimento cristão, empreendendo várias obras de assistência aos necessitados – como pobres, viúvas, órfãos, doentes, velhos e inválidos –, sendo a mais importante delas a instituição das Santas Casas, obra que perdurou através dos séculos.[18]

Como informa Venturi, não faltaram críticos à atuação da Igreja, cuja ineficácia da atuação pela via da caridade poderia decorrer da ausência de juízo sobre os resultados da beneficência, pois para o cristão a importância do ato benéfico era intrínseco. Outra distorção apontada por Venturi, sobre a caridade da Igreja, decorreu da substituição do princípio evangélico do amor ao próximo pela *medicina del pecado*, de modo que o fiel era induzido à beneficência a fim de lograr obter um crédito com Deus, para poder ressuscitar em outro mundo. Não obstante a variada gama de críticas, Venturi reputa infundada a afirmação de que, por tais

---

[12] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 02.

[13] GONÇALVEZ, N.L. *Novo Benefício da Previdência Social*, IBRASA, São Paulo, 1976, p. 16.

[14] BASTOS, C.B; Martins, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 419.

[15] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 02.

[16] VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1994, p. 26.

[17] SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 72.

[18] SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 74.

motivos, a beneficência cristã tenha contribuído, mais que combatido, para propagar a mendicância e a vadiagem[19].

3. Idade Média

Uma grande contribuição à evolução da assistência social, para Aguinaldo Simões, foi dada pela *obrigatoriedade da participação coletiva no custeio*, tendo esse autor citado o caso de Carlos Magno, que estabeleceu como obrigação paroquial a assistência aos pobres.[20]

A ideia de registro de direitos num documento escrito é prática que se difundia na segunda metade da Idade Média, quando começaram a surgir os *forais ou cartas de franquia*, por meio dos quais os senhores feudais se outorgavam direitos, aos membros do grupo, para que fossem conhecidos e respeitados para sempre.[21]

Merece destaque também a *Magna Carta*, pela qual os barões ingleses limitaram o poder de João Sem-Terra. Esse documento feudal assegurava, a todos os ingleses livres, proteção contra as arbitrariedades do poder político, e continha os seguintes dispositivos: o rei não poderia criar impostos sem o consentimento do Conselho, órgão constituído pela nobreza; e nenhum homem livre poderia ser preso ou sofrer condenação sem julgamento justo e prévio pelos seus pares. Havia uma espécie de acordo entre esse rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses. Caso a Magna Carta fosse violada, os guardiões da lei – 25 barões – teriam autoridade para apoderar-se das terras e bens do rei. Esse documento foi aqui mencionado porque é tido como *peça básica do constitucionalismo*,[22] um ponto de partida histórico até a evolução ao estágio do constitucionalismo social do século XX.

Ainda na Idade Média, a doutrina demonstra que enorme contribuição ao avanço da noção de previdência social foi dada pelo surgimento do *seguro privado*, uma de suas fontes inspiradoras. O seguro privado a prêmio, como contrato aleatório, ficou bem caracterizado a partir do século XII, recebendo da França o embasamento jurídico e, da Inglaterra a estrutura matemática, que forneceram as condições técnicas indispensáveis ao aparecimento do seguro social.[23]

O contrato aleatório propiciou a expansão ultramarina.[24] Em 1344, celebrou-se o primeiro contrato de *seguro marítimo*, surgindo a seguir a cobertura de riscos contra incêndios.[25]

Exerceram papel fundamental na Idade Média tanto a Igreja quanto o Cristianismo, religião que se firmou como a oficial de Roma e depois se difundiu por diversos cantos da Europa.

Já nos séculos XIV e XV, a obra assistencial da Igreja mostrou-se insuficiente *frente a la dureza de los tiempos*. Mas, já antes disso, contra os desvios da atividade da Igreja e do fiel respeito ao originário espírito de caridade da Igreja,

---

[19] VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 33-34.

[20] SIMÕES, A*. Princípios de Segurança Social,* Saraiva, São Paulo, 1967, p. 74. O autor informa que, oito séculos depois, a *Poor Law*, na Inglaterra, faria o mesmo, isto é, criou contribuições compulsórias para a assistência aos pobres.

[21] FERREIRA FILHO, M.G*. Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 11.

[22] FERREIRA FILHO, M.G*. Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 11.

[23] SIMÕES, A*. Princípios de Segurança Social, Saraiva, São Paulo, 1967*, p. 78-79; Cf., ainda, CORREIA, E.P.B; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Social*", Revista de Previdência Social*, n. CXCI. LTr, outubro de 1996, p. 03.

[24] SIMÕES, A*. Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 79.

[25] MARTINS, S.P. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva Jur, São Paulo, 2020, p. 28.

no final do século XII São Francisco de Assis estabeleceu uma nova relação entre a vida cristã e a pobreza.[26]

A Igreja detinha o monopólio da cultura e, portanto, da interpretação da realidade social. O homem, por ter uma outra vida após a morte, durante sua curta passagem pela terra deveria preocupar-se exclusivamente com sua salvação.

O cristianismo concebia a *igualdade universal* de todos os filhos de Deus e apregoava a caridade e a assistência aos necessitados, operando a assistência com caráter religioso.

Fábio Konder Comparato, no entanto, pondera que essa igualdade universal dos filhos de Deus:

> (...) só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a submissão doméstica da mulher ao homem e a inferioridade natural dos indígenas americanos.[27]

De qualquer forma, a Reforma Protestante reduziu, em vários países da Europa, a participação eclesiástica na beneficência, ao suprimir várias ordens religiosas com os respectivos monastérios, "*cortando así de raíz la planta más rica en frutos caritativos*".[28] Na visão dos protestantes, as *boas obras* não constituíam mérito para a salvação do homem.

Quando houve a união de forças entre Igreja e Estado, este passou a organizar sua própria *assistência*, que passou a ser *pública*, sob a forma de "*uma caridade institucionalizada*".[29]

Conquanto na Idade Média houvesse grande influência da doutrina cristã, as formas de amparo encontraram obstáculos enormes, nas palavras de Feijó Coimbra, pois "*não se afirmara ainda, na consciência dos cidadãos, o reconhecimento de que seria imperativa a adoção de um sistema respaldado em normas jurídicas, consagrando assistência como direito individual*".[30]

Tal situação iria modificar-se com o advento da Revolução Francesa, como se verá adiante.

4. Idade Moderna

A Idade Moderna assiste ao surgimento do liberalismo, tanto o *liberalismo político*, cujo fundador foi reconhecidamente John Locke, no século XVII, quanto o *liberalismo econômico*, que surgiria mais tarde, impulsionado pela obra de Adam Smith, no século XVIII.[31]

O liberalismo buscava dispensar a presença do Estado, no campo político, pela adoção das liberdades individuais e, no campo econômico, pelo afastamento do Estado em desenvolver atividade econômica.[32]

José Celso de Melo Filho, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, asseverou que:

---

[26] VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 36.

[27] COMPARATO, F.K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, Saraiva Educação, São Paulo, 2019*, posição 321, leitor Kindle.

[28] VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 36.

[29] BASTOS, C.B; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 419.

[30] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 04.

[31] REALE, M. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 25.

[32] BASTOS, C.B; Martins, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VII, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 03.

> O Estado liberal, intimamente associado a pressupostos capitalistas, caracteriza-se pela neutralidade assumida na cena econômica e social. A doutrina do laissez-faire, laissez-passer, conferia base ideológica ao liberalismo. O Estado Liberal, também denominado Estado Mínimo ou Absenteísta, não intervinha na ordem econômica e social. Limitava-se a fiscalizar o livre e normal desenvolvimento das atividades de produção. Por isso mesmo foi identificado com o *État gendarme*.[33]

Nesse ambiente liberal em formação, as corporações de ofícios, as guildas, representam exemplos marcantes de mútuo auxílio aos trabalhadores, concebidos com os rudimentos do *mutualismo*. Embora voltadas ao aspecto laboral, possuiriam meios protetivos para os seus membros.[34]

Para Nair Lemos Gonçalvez, as guerras, o desenvolvimento da atividade manufatureira e a revolução agrária, "*que demoliu o que restava da organização feudal*", e a "*revolução dos preços*",[35] causada pela entrada de metais preciosos oriundos das novas terras, criaram na Europa, por volta do século XVI, uma crise econômica e social que resultou em grande número mendigos e vagabundos *irrequietos*, que constituíam um perigo para a segurança pública e a propriedade. Por essa razão, reconhecendo a insuficiência das normas penais, o Estado passou a atribuir aos habitantes o ônus de contribuir para a manutenção dos pobres.

Não obstante, até o século XVIII não havia a sistematização de qualquer forma de prestação estatal, pois *não se atribuía à sociedade o dever* de dar assistência aos necessitados.[36]

4.1. A *poor law* e a legislação subsequente na Inglaterra

Durante o reinado da primeira rainha, Isabel I, filha de Henrique VIII, origina-se na Inglaterra o primeiro marco da presença do Estado como órgão prestador de assistência aos necessitados.

A *Poor Law*, editada em 1601, determinou a arrecadação de recursos de todos os habitantes, segundo sua capacidade contributiva, a fim de propiciar ao Estado um fundo suficiente para socorrer os velhos, estropiados, cegos e inválidos em geral.[37]

O *Poor Relief Act* (Lei do Amparo aos Pobres), gerido administrativamente pelas paróquias, permitia num primeiro momento que as pessoas necessitadas, doentes e inabilitadas pedissem esmolas no âmbito da paróquia.[38] Posteriormente, instituiu contribuição obrigatória para fins sociais.

---

33 MELLO FILHO, J.C. *Constituição Federal Anotada.* Saraiva, São Paulo, 1986, p. 498.

34 MARTINEZ, W.N. *A Seguridade Social na Constituição Federal,* LTr, São Paulo, 1992, p. 51.

35 GONÇALVEZ, N.L, *Novo Benefício da Previdência Social*, IBRASA, São Paulo, 1976, p. 16.

36 RUSSOMANO, M.V. *Comentários à Consolidação das leis da previdência social: aprovada pelo Decreto 77.077, de 24.1.1976, e atualizada face às normas subseqüentes, inclusive quanto às leis 6.367, de 19.10.1976, 6.439, de 1.º.9.1977, 6.636, de 8.5.1979 e 6.887, de 10.12.1980*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 16.

37 RUSSOMANO, M.V. *Comentários à Consolidação das leis da previdência social: aprovada pelo Decreto 77.077, de 24.1.1976, e atualizada face às normas subseqüentes, inclusive quanto às leis 6.367, de 19.10.1976, 6.439, de 1.º.9.1977, 6.636, de 8.5.1979 e 6.887, de 10.12.1980*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 16.

38 FALEIROS, V. "Renda mínima: uma avaliação", VV.AA (SPOSATI, A. org), *Renda Mínima e Crise Mundial: saída ou agravamento?*, Cortez, São Paulo, 1997, p. 12.

Tal *Act* criou, para seu custeio, contribuições compulsórias, denominadas *poor tax*.[39]

Os pobres obtiveram prestação nas situações de enfermidade, invalidez e desemprego.[40]

Na mesma época, França e Escócia adotaram legislação semelhante, sem bons resultados.[41]

Segundo a *Poor Law*, procedia-se a uma investigação sobre os meios financeiros (*means-test*) dos requerentes para saber se eram ou não necessitados. A decisão de conceder ou não o amparo, porém, era sempre discricionária.[42]

Nesse sentido, são as observações de Mirian Costa Rebollo Câmara, *in verbis*:

> A legislação da 'Poor Law' refletia essa ideologia: a assistência só era oferecida a pessoas aptas para o trabalho se estas consentissem em se submeter aos rigores das 'wordhouses', onde lograram obter ocupação, abrigo e a vida convertida num tormento. Tais rigores só eram um pouco mitigados se fosse patente que o pleito por assistência decorria de contingências absolutamente alheias à vontade do requerente (acidentes causadores de invalidez, idade avançada etc (...).[43]

A lei previa punição aos "vagabundos", porque desemprego e vagabundagem eram confundidos. Tais pessoas eram acoitadas e marcadas com a letra "S", de *slaves* (escravos) e podiam ser tomadas como mão-de-obra. Enfim, a política classificava os pobres entre capazes e incapazes, de modo que os capazes eram punidos.[44]

Essa lei pioneira perdurou por séculos e foi sendo complementada por novas legislações, sob a denominação genérica de *Poor Law.* Por esse motivo, segundo Wladimir Novaes Martinez, tornou-se "*uma espécie de CLPS das primeiras normas de proteção aos carentes*".[45]

O mérito da *Old Poor Law* foi haver introduzido e estabelecido o princípio de que a toda comunidade incumbe a responsabilidade da assistência aos pobres.[46]

Mas não se pode olvidar, com Nair Lemos Gonçalves, que:

> (...) a legislação de vários países da Europa, inclusive a Inglaterra, nos séculos XVI, XVII e XVIII reflete mais a preocupação do Estado com o perigo de possível perturbação da paz pelos indigentes do que a solidariedade humana ou espírito de caridade que expressam o desejo de melhorar a sorte desses infelizes.[47]

---

39 CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 03.

40 BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 28.

41 SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 76.

42 SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 76.

43 CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 759.

44 FALEIROS, V. "Renda mínima: uma avaliação", VV.AA (SPOSATI, A. org), *Renda Mínima e Crise Mundial: saída ou agravamento?*, Cortez, São Paulo, 1997, p. 12.

45 MARTINEZ, W.N. *A Seguridade Social na Constituição Federal,* LTr, São Paulo, 1992, p. 33.

46 VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1994, p. 47.

47 GONÇALVEZ, N.L, *Novo Benefício da Previdência Social*, IBRASA, São Paulo, 1976, p. 16-17.

No século XVIII, com o agravamento da crise, os juízes ingleses arbitraram em 1795, na cidade de Speenhamland, um mínimo diante da fome, que configurou, segundo Vicente Faleiros, "*o primeiro mínimo social*".[48]

Já no século XIX, a mentalidade da sociedade inglesa via na pobreza um desvio moral que resultava em ameaça à ordem, razão pela qual era associada à criminalidade e à desestabilização política.[49] Vigorava a sociedade do liberalismo, na qual o bem-estar social era construído por esforços individuais complementados por interdependência familiar. A sociedade vitoriana entendia que a proteção do indivíduo decorreria da autoajuda e da previdência individual e intergrupal. Dever-se-ia buscar proteção na poupança voluntária, em entidades de socorros mútuos, sindicatos e companhias de seguros. A assistência aos pobres deveria, por isso, ser repressiva, porquanto um sistema generoso de Seguridade Social incentivaria a vadiagem e a anarquia.[50]

A legislação da *Poor Law* era, porém, a única medida intervencionista do Estado para combater a pobreza. Posteriormente, foram surgindo medidas para a proteção social do operário.

Em 1897, foi criado na Inglaterra, por influência da legislação de Bismark, o *Workmen's Compensation Act*, responsável pelo seguro obrigatório para acidentes de trabalho. Esse ato impunha ao empregador o princípio da responsabilidade objetiva, segundo o qual, cabia a ele a responsabilidade pelo infortúnio, mesmo sem ter concorrido com culpa para o acidente, atribuindo-se o pagamento de indenização ao obreiro.

Ainda na Inglaterra, foi instituído, em 1907, o sistema de assistência à velhice e a vítimas de acidentes de trabalho.

Em 1908, o *Old Age Pensions Act* concedeu pensões a maiores de setenta anos, independentemente de contribuições. Tal pensão era devida aos que fossem *very old, very poor and very respectable* (esse último significava a ausência de antecedentes criminais nos prévios vinte anos).[51]

Em 1911, foi estabelecido o *Nacional Insurance Act*, determinando a aplicação de um sistema compulsório de contribuições sociais, que ficavam a cargo do empregador, do empregado e do Estado.[52]

Ao depois, os problemas advindos da Primeira Grande Guerra e dos anos da Grande Depressão na Inglaterra forçaram a aprovação de outras medidas legislativas no sentido de regular as indenizações por acidente de trabalho, o seguro-saúde, e as pensões para inválidos de guerra, civis inválidos, viúvas e órfãos.

A administração de cada medida era atribuída a um departamento governamental, fazendo com que se criasse um "*agregado caótico e conflitante de regulamentos, que perdurou até o século XX, sob a denominação genérica de 'Poor Law'*".[53]

Foi na vigência dessa legislação previdenciária e assistenciária que, em meados do século XX, desenvolveram-se os estudos de Willian Beveridge, que resultaram no importante *Beveridge Report*.

4.2. As Declarações de Direitos e a Revolução Francesa

---

48 GONÇALVEZ, N.L, *Novo Benefício da Previdência Social*, IBRASA, São Paulo, 1976, p. 16-17.

49 CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 759.

50 CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 759.

51 CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 759.

52 MARTINS, S.P. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva Jur, São Paulo, 2020, p. 28.

53 CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 759.

Na Idade Moderna surgiram sucessivas declarações de direitos fundamentais, que asseguravam a liberdade do homem em face do Estado.

A primeira delas foi a *Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia*, uma das treze colônias da América, em 12.06.1776. Esse evento de grande importância ocorreu antes da Declaração de Independência dos EUA, em 04.07.1776, que reconhece igualmente os direitos fundamentais em favor do Homem, inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu.

A *Constituição dos EUA*, aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.09.1787, não continha uma declaração de direitos fundamentais, e sua entrada em vigor dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes.

Ocorre que alguns Estados, que passariam a constituir um Estado Federal, condicionaram sua adesão a esse pacto à introdução de uma *Carta de Direitos*, em que se garantissem os direitos fundamentais. Assim, em 05.12.1791, foram ratificadas as dez primeiras emendas à Constituição Americana, acrescidas de outras emendas, até 1975, configurando assim o *Bill of Rights*, no qual estão assegurados vários direitos do Homem.

As declarações americanas influenciaram o suceder dos fatos na França. Pouco tempo depois, já no contexto do individualismo filosófico e político do final do século XVIII, irrompe a *insurreição do terceiro Estado na França*, tendo como um dos objetivos fundamentais a proteção de certos direitos individuais, máxime a liberdade, em face do arbítrio dos governantes.

Ambas as revoluções, americana e francesa, na reformulação institucional que a elas se seguiu, visavam a uma primeira meta bastante significativa: estabelecer o "*governo de leis e não de homens*",[54] preferência que deriva das ideias de Aristóteles.

Surgiria então o Estado de Direito.

Para alguns, o advento da *Revolução Francesa* é inegavelmente de grande importância para a Seguridade Social, pois, a partir da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, a atuação do Estado no amparo ao necessitado teria passado a ser vista como uma dívida da sociedade, em contrapartida a um direito do cidadão.

A Constituição de 1791 previa a organização de um sistema de assistência a crianças abandonadas e pobres doentes e a possibilidade de facilitar o trabalho aos pobres aptos, que não puderam procurá-lo por si mesmos.

Mais tarde, o art. 21 da Declaração de 23 de junho de 1793 estabeleceu: "*Lês secours publics sont une dette sacreé. La sociéte doit la subsistence aux citoyens malheurex, soit en leur precurant da travail, soit en assurant les moyens d'existence à ceux qui sont hors d'état de travailler*".[55]

Pedro Vidal Neto reconhece que essa legislação influenciou doutrinas sociais que, "*somadas ao reconhecimento das limitações da assistência privada, levaram todos os Estados a organizar mecanismos de assistência pública*".[56]

Segundo Feijó Coimbra, uma vez reconhecido o direito à proteção pela legislação, a *Revolução Francesa* teria instaurado a *era da seguridade social*, pois o homem passou a contar com o direito de ser amparado pelo Estado em todas as situações de necessidade, derivadas do risco social.[57]

---

[54] FERREIRA FILHO, M.G. *Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 01.

[55] Tradução nossa: "A sociedade está obrigada a prover para a subsistência dos cidadãos desfavorecidos, seja procurando trabalho, seja assegurando meios de existência aos que não se encontram em situação de poder trabalhar".

[56] VIDAL NETO, P. *Natureza Jurídica da Seguridade Social*, Tese de concurso para Professor Titular – Universidade de São Paulo, 1993, São Paulo, p. 17.

[57] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 05.

Essa não é, contudo, opinião pacífica entre os estudiosos, porque a Revolução Francesa exerceu enorme influência para o nascimento do *Estado liberal*, essencialmente diverso do *Estado social*.

Marcos Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Bacha Correia apresentaram objeções à interpretação de Feijó Coimbra, *in verbis*:

> Aliás, deve-se aqui discordar dos que entendem que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto, em 1789, da Revolução Francesa, tenha insculpido, dentre os seus preceitos, 'a pedra fundamental da moderna seguridade social'. Essa afirmação deve ser, a despeito da redação da declaração, vista com reservas. Afinal, ícone do liberalismo, a Revolução Francesa, ao buscar o afastamento do Estado e a afirmação da liberdade individual, certamente não tinha dentre os seus objetivos a futura instauração de um sistema de seguridade social.[58]

Ocorre que, posto que a Revolução Francesa não tenha tido como escopo instaurar um sistema de seguridade social – por objetivar precipuamente a liberdade individual, a autonomia da vontade, como corolário do liberalismo, tomando a liberdade como garantia dos direitos civis do cidadão, sem tocar a questão dos direitos sociais – é inegável que, ao transformar a política, a economia e as próprias convicções filosóficas da humanidade, lançou "*a pedra angular do que viria a ser, no futuro, o edifício da seguridade social*".[59]

Uma das grandes conquistas dos franceses foi a isonomia, proclamada no art. 1°, onde se afirma: "*Os homens nascem iguais e permanecem livres e iguais em direitos*", e no art. 6º, segundo o qual a lei deve ser a mesma para todos.

Outra contribuição da Revolução Francesa para a seguridade social foi a introdução da constitucionalização dos direitos fundamentais, uma vez que o art. 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão já estabelecia a condição de existência de uma constituição escrita que assegurasse os direitos fundamentais, de modo que a consagração desses direitos, com *status* constitucional, passou a ser um dos objetivos centrais do constitucionalismo.

5. Idade Contemporânea

Também pode ser citada, como instituição que trouxe subsídios à evolução histórica, mormente no tocante à Previdência Social, a *Caixa Econômica*, que substituiu as pequenas economias em depósitos individuais, com permissão de retiradas mensais. A primeira Caixa Econômica foi organizada em Hamburgo, na Alemanha, em 1778, sendo posteriormente instituída na Inglaterra e nos Estados Unidos, em 1816.[60]

Outra contribuição muito importante foi a criação das cooperativas, oriundas da experiência do industrial Robert Owen. Em 21 de dezembro de 1844, 28 tecelões, dentre eles antigos empregados desse empresário, fundaram a Cooperativa dos Probos Pioneiros de Rochdale, marcando o início do movimento cooperativista em todo o mundo.[61]

---

[58] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 04.

[59] BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 29.

[60] SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 76. Cf. CORREIA, E.P.B; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Social", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI. LTr, outubro de 1996, p. 03.

[61] SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 76.

Durante o século XIX, na época do Liberalismo, houve o predomínio de uma "*democracia sobretudo política*".[62] O Estado não haveria de intervir na economia, mas sim deixar o mercado[63] regular as relações econômicas, ao mesmo tempo em que o indivíduo deveria ter liberdade civil e política.

5.1. A questão social

Ao mesmo tempo em que avançava o liberalismo político e econômico, deteriorou-se o quadro social (nos estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos).

A questão social (ou a *luta de classes*, como preferem os marxistas) é uma expressão que retrata a situação da classe trabalhadora naquele momento especial do desenvolvimento do capitalismo, na Inglaterra, na França, nos estados que posteriormente formariam a Alemanha e, um pouco depois, nos Estados Unidos.[64]

Nas palavras de Gisálio Cerqueira Filho:

> (...) questão social, no sentido universal do termo, quer significar o conjunto de problemas políticos, sociais e econômicos que o surgimento da classe operária impôs ao mundo no curso da constituição da sociedade capitalista. Assim, a 'questão social' está fundamentalmente vinculada ao conflito entre capital e trabalho .[65]

Em curto intervalo de tempo, diante da lei da oferta e da procura, ao mesmo tempo em que o liberalismo econômico propiciou a formação de uma riqueza jamais vista, mas concentrada nas mãos de poucos, criou-se na Europa um verdadeiro *mercado* de trabalho humano, o que impunha aos operários e a suas famílias precárias condições de vida.

Os operários eram obrigados a trabalhar até 16 horas por dia, em ambientes insalubres, em minas, percebendo salários de fome; mulheres e crianças eram submetidas a trabalhos incompatíveis com sua idade e sexo; e havia total ausência de proteção contra riscos de enfermidade, invalidez ou velhice.

Todas essas mazelas eram aceitas e justificadas pela concepção dominante do *capitalismo liberal*, em nome da ordem decorrente da liberdade de mercado.[66]

Não obstante, o Estado Liberal não conseguia meios de efetivar práticas anteriores, de forma a substituir a assistência e a previdência postas em prática pelas abolidas corporações de ofício e grêmios organizados pelo cristianismo através dos séculos.[67]

Em 1848, na Revolução em Paris, foi elaborada uma Constituição que atribuiu ao trabalhador, pela primeira vez, o direito ao trabalho,[68] antecipando a futura sistematização dos direitos sociais nas constituições dos diversos países no século XX.

---

62 BASTOS, C.B; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 419.

63 O conceito de *mercado* não é jurídico, mas oriundo da economia. Neste trabalho, toda vez que tal palavra for empregada nesse trabalho, terá o sentido de "*conjunto de atividades mercantis de certa região ou de determinada localidade*". Cf. DINIZ, M.H, *Dicionário Jurídico,* Saraiva, São Paulo, 1998, vol. III, p. 254-255.

64 FERREIRA FILHO, M.G*. Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 42.

65 MESTRINER, Maria Luiza, *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social*, Cortez Editora, São Paulo, 2001, p. 30-31.

66 MONTORO, A.F. *Cem Anos da 'Rerum Novarum': Presença Humanista, Presença Cristã*. In: Revista Faculdade de Direito da PUC/SP, n. I. PUC/SP, São Paulo, 1999, p. 21.

67 MONTORO, A.F. *Cem Anos da 'Rerum Novarum': Presença Humanista, Presença Cristã*. In: Revista Faculdade de Direito da PUC/SP, n. I. São Paulo: PUC/SP, 1999, p. 04.

68 SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* Malheiros, São Paulo, 2002, p. 161.

Paulatinamente, foi sendo plantada a ideia de que o Estado deveria intervir na distribuição de renda, no sistema da livre economia, ao mesmo tempo em que ficava assegurada a liberdade individual.

Também em 1848, Marx e Engels publicaram o Manifesto Comunista, documento político importante na crítica socialista ao regime liberal-burguês. "*A história de toda a sociedade até agora existente é a história de lutas de classes*",[69] panfletaram esses filósofos, segundo os quais a pobreza da época decorreria da exploração do proletariado pela burguesia.

Como todas as religiões, o marxismo anunciava a revanche dos humildes e despossuídos, situando o reino de Deus sobre a terra, oferecendo-o aos humildes, com a ajuda e poder da ciência. Como lembra Francisco de Ferrari, o marxismo converteu-se na doutrina mais seguida pelas massas.[70]

Os socialistas passaram a submeter a críticas as concepções abstratas da liberdade e da igualdade formal do homem, porque a despeito de afirmadas em textos legais, não resolviam a questão da injusta repartição da riqueza, permitindo que proliferasse a miséria da classe operária, ao mesmo tempo que propiciava o enriquecimento de poucos, da burguesia.

Sobre a relação da doutrina socialista com a seguridade social, Francisco de Ferrari afirmou:

> Em otros términos: si el socialismo es um movimiento que tiende a poner fin al caos de la actual economía de mercado y desea organizar los cambios y la producción teniendo em cuenta fundamentalmente al hombre, y si, a su vez, la seguridad social no es otra cosa que una inmensa redistribución de todos los ingresos de la nación, puede concluírse que en la doctrina de la seguridad social hay más ideas de la concepción materiamista de la historia que dogmas de la escuela liberal, y que por todo lo que acabamos de exponer, podríamos presentar la seguridad social como el socialismo de los hombres que no quieren perder la liberdad.[71]

O movimento socialista apontava para uma nova concepção da sociedade e do Estado, com preocupação de distribuir a riqueza, o que contribuiu para o aparecimento de outras correntes e outros documentos, como as Encíclicas Papais.

5.2. A doutrina social da igreja e o princípio da subsidiariedade

No final do século XIX, vigorava na Europa o caos social, devido à exploração degradante da mão-de-obra dos operários. Isso propiciava grande concentração de riqueza nas mãos dos detentores do capital, que utilizavam da não-intervenção do Estado no processo produtivo para aumentar seus lucros.

Dentre os que vieram juntar-se aos que apregoavam uma ação estatal em favor dos humildes e dos trabalhadores explorados, alinhou-se a Igreja Católica, que apoiou um movimento reformista edificando a Doutrina Social da Igreja.

Leão XIII, preocupado com a condição dos operários, editou em Roma a Encíclica *Rerum Novarum*, em 15 de maio de 1891. A Encíclica tratava do trabalho

---

69 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, *Manifesto do Partido Comunista*, L&PM, Porto Alegre, 2001, p. 59.

70 FERRARI, F. *Los Princípios de la Seguridad Social*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 13.

71 FERRARI, F. *Los Princípios de la Seguridad Social*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 23.

humano e o Papa constatou a gravidade da afronta à dignidade humana nos pactos laborais, quando os operários trabalhavam "*em situação de serviços e indigência*".[72]

O Papa afirmou:

> (...) porque a classe dos ricos se defende por seus próprios meios e necessita menos da tutela pública; mas o pobre povo, baldo de riquezas que o ampare, está peculiarmente confiado à proteção do Estado.[73]

No capítulo *Incrementa Rarionum Socialium et Progressus Vitae Socialis*, a Encíclica enfrentou a questão do intervencionismo do Estado, e consagrou o dever deste na proteção de todos os cidadãos, sobretudo os fracos, quando Sua Santidade asseverou:

> Assim como por todos estes meios o Estado pode tornar-se útil às diversas classes, pode igualmente melhorar muitíssimo a sorte da classe operária e isto em todo o rigor do seu direito e sem ter a temer a censura da ingerência indébita, pois que, em virtude mesmo do seu ofício, o Estado deve servir ao interesse comum. E é evidente que, quanto mais se multiplicarem as vantagens resultantes desta ação de ordem geral, tanto menos necessitados haverá de recorrer a outros expedientes para remediar a condição dos trabalhadores.[74]

Nota-se que o Papa Leão XIII levantou a voz contra a violência e a injustiça, afirmando que, acima de quaisquer convenções, há uma lei de justiça natural, e se o trabalhador, constrangido pela necessidade, aceita condições duras, sofre uma *violência contra a qual a justiça protesta*.

A Doutrina Social da Igreja exerceu grande influência no pensamento ocidental, retomando a tese do *bem comum*, de São Tomás de Aquino, além da doutrina clássica do *direito natural*, sem embargo de enfatizar a dignidade no trabalho e do trabalhador.[75]

No século XX, a Doutrina Social da Igreja considerou o aspecto da Seguridade Social em várias manifestações. O Papa Pio XI, na *Divina Redemptoris*, publicada em 1937, preconizou que se deve evitar o pauperismo internacional, com a tomada de medidas como seguros públicos e privados para enfrentar a velhice, a enfermidade ou o desemprego.[76]

Na Encíclica *Quadragésimo Anno*, de 1931, da lavra do Papa Pio XI, a Igreja católica também condena as difíceis condições para o trabalhador, criticando o individualismo e o coletivismo, e apregoando que o Estado deve ser o "*gestor do bem comum*".[77]

Na Encíclica *Mater et Magistra*, o Papa João XXIII, em 1961, conceitua a Seguridade Social com finalidade humana e perspectiva social. Ao mesmo tempo, a Seguridade Social é vista como um meio de ação social e um "*objetivo capital do Estado e da sociedade*", pois "*trata de preservar a integridade físico-biológica do homem, sua segurança econômica e sua integridade moral*".[78]

---

[72] BALERA, W. "Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum'", *Revista da Previdência Social*, n. CXXX, LTr, setembro de 1991, p. 542.

[73] BALERA, W. "Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum'", *Revista da Previdência Social*, n. CXXX, LTr, setembro de 1991, p. 542.

[74] BALERA, W. "Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum'", *Revista da Previdência Social*, n. CXXX, LTr, setembro de 1991, p. 542.

[75] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves*. Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 45.

[76] RUPRECHT, A. J., *Direito da Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 1996, p. 45.

[77] RUPRECHT, A. J., *Direito da Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 1996, p. 45.

[78] RUPRECHT, A. J., *Direito da Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 1996, p. 45.

Na *Pacem in Terris,* de 1961, sustenta que as pessoas têm o direito de ser amparadas em caso de doença, velhice, invalidez, desemprego ou outros casos de privação dos meios de subsistência, reclamando dos poderes públicos "*todo um sistema de seguros e de previdência, a fim de que não lhes venha a faltar o necessário para uma vida digna em caso de infortúnio ou agravamento de encargos familiares*".[79]

O Papa Paulo VI, na Encíclica *Populorum Progressio*, apregoa a necessidade de desenvolvimento completo dos homens, mercê da solidariedade e da justiça social.[80]

Mais recentemente, o Papa João Paulo II também fixou posição nessa questão, ao pregar, na Carta Encíclica *Laborem Exercens*, de 1981, que é preciso valorizar o trabalho humano para construir-se uma sociedade mais justa: "*O trabalho humano é uma chave, provavelmente a chave essencial de toda a questão social, se nós procurarmos vê-la sob o ponto de vista do bem do homem*" (ponto 3).[81]

Noutro foco, a Doutrina Social da Igreja é baseada no princípio da subsidiariedade, bem sintetizado por Wagner Balera, da seguinte forma:

> O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam, por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade – que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã – o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragésimo Anno', pontos 79-80).[82]

Esse o conteúdo da intervenção do Estado no trato da *questão social*, preconizado pela Igreja.

Para amenizar a grave *questão social*, e também para impedir que o socialismo vingasse, muitos países passaram a adotar *providências de cunho social*, visando à melhoria das condições de vida da população, principalmente a operária.

5.3. Crise do Estado liberal e intervencionismo

Inegável que foi sob a tendência dominante do pensamento liberal, na política e na economia, que se formou o Estado Moderno. Mas o Estado liberal, que vigorou no fim do século XVIII e no século XIX, saiu de cena para nela entrar o Estado intervencionista.

Já na primeira metade do século XIX, a concepção da economia liberal era posta em xeque, porque já não mais se consideravam, como causa única da aflição dos necessitados, os seus insucessos profissionais ou imprevidências, nem produto apenas de sua manifestação de vontade ou consequência das adversidades com que se confrontassem.[83]

---

79 RUPRECHT, A. J., *Direito da Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 1996, p. 46.

80 RUPRECHT, A. J., *Direito da Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 1996, p. 46.

81 Cf. BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 43.

82 BALERA, W. "Centenárias situações e Novidade da 'Rerum Novarum'", *Revista da Previdência Social*, n. CXXX, LTr, setembro de 1991, p. 545.

83 COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 08.

O século XIX já assistira aos primeiros golpes: Karl Marx lança as bases teóricas que vão embasar o movimento obreiro. No século XX, o Estado liberal perde seu primado, em primeiro lugar pela Revolução Bolchevique na Rússia e em segundo pela gradativa adoção de políticas intervencionistas por vários países europeus e pelos EUA.

Oportunas são as ponderações de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

> Entre esses dois extremos, que de resto nunca se concretizaram de forma absoluta, é que vão se posicionar os diversos Estados do século XX. Mesmo sem jamais ter se realizado plenamente, o Estado liberal foi o verdadeiro propulsor da civilização moderna. A ele deve-se a estrondosa revolução produzida na tecnologia e o engrandecimento sem par na história da quantidade de bens produzidos. Foi, portanto, sob as leis de mercado que se deu o mais formidável surto econômico de todos os tempos.[84]

Foi pelas leis do mercado, porém, que se criaram as grandes desigualdades sociais, que sempre existiram, mas tornaram-se cada vez mais intoleráveis à medida que a própria tecnologia vinha-se desenvolvendo.

Com o advento da Primeira Grande Guerra, observou-se maciça intervenção do Estado, tanto na produção (indústria bélica), como na distribuição (gêneros alimentícios e sanitários).[85]

Nos anos 20, a grande crise econômica, que resultou na quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, teve reflexos em todo o mundo. Isso confirmou a necessidade de o Estado intervir na ordem econômica, "*procurando conciliar essa intervenção com um progresso no setor do seguro social*", na observação de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins.[86]

Às voltas com a grave recessão econômica, Roosevelt foi obrigado a reconhecer o papel fundamental do Estado no mundo econômico, abandonando, sob a orientação de John Maynard Keynes, os ideais liberais tradicionais. Keynes, apesar de liberal em política, era partidário da economia administrada, confiando nos benefícios da ação planificadora dos órgãos estatais.[87]

Se os EUA conseguiram manter a democracia à maneira de Keynes, os países europeus conseguiram evitar a implantação do comunismo ao optar por regimes autoritários, como na Alemanha e na Itália, ou insistindo na chamada social democracia, uma *terceira via* entre o comunismo e o liberalismo.[88]

O aparecimento do Estado intervencionista contribuiu para o desenvolvimento da seguridade social, uma vez que implicou a atuação do Estado na economia e, de carona, também no meio social, para minimizar as desigualdades por meio de legislação social protetiva, precursora do *Welfare State*.

5.4. O surgimento do seguro social na Europa

---

[84] BASTOS, C.B; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VII, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 04.

[85] REGONINI, G., "Estado do bem-estar', VV.AA. (FERREIRA, J. coord.), *Dicionário de Política*, vol. 1, tradução de Carmen C. Variale et al, UnB, Brasília, 1998, p. 416.

[86] BASTOS, C.B; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 420.

[87] REALE, M. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 29-30.

[88] REALE, M. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 31.

A intranquilidade social ameaçava a estabilidade política do império alemão. Para combater tanto o socialismo quanto o liberalismo, Bismark tomou algumas providências.

A Lei do Seguro-Doença, fruto do programa social proposto por Otto von Bismark, aprovada em 15 de junho de 1883, na Alemanha, é a primeira norma previdenciária do mundo.[89] A Lei decorreu de projeto desenvolvido pelo Chanceler de Ferro para substituir a limitada assistência pública vigente na Alemanha de então. Foi instituído o seguro-doença, custeado por contribuições dos empregados, empregadores e do Estado.

Em 06 de julho de 1884, ainda naquele Império, foi instituído o seguro contra acidentes de trabalho, custeado por contribuições dos empregadores, pelo qual se dispensava o obreiro de provar a culpa do patrão para receber a indenização decorrente resultante desse evento. Em 1889, institui-se o seguro invalidez-velhice custeado pelos trabalhadores, empregadores e Estado.

Salienta Aguinaldo Simões que, a partir do VIII Congresso Internacional de Seguro Social, realizado em Roma de 12 a 16 de outubro de 1908, todos convenceram-se do malogro do seguro social voluntário. Com o passar do tempo, também os liberalistas tiveram de aderir ao seguro social obrigatório do tipo alemão.

Em 1911, na Alemanha, foi implementado o seguro social para os empregados (assim chamados por não serem operários) e toda a legislação sobre previdência social foi consolidada no Regulamento de Seguro do *Reich*. No tocante às pessoas não-seguradas, as instituições de assistência e de previdência, públicas e particulares, religiosas, de caridade, e de beneficência continuaram a desenvolver suas atividades paralelamente à instituição do seguro social.[90]

Entrementes, embora pudessem ser constatados o sucesso da instituição do seguro social e os resultados positivos de sua prática no campo da Previdência Social, no campo da assistência social ainda não havia sido encontrada a fórmula que solucionasse os sérios problemas advindos da doença e da miséria, excluídas do campo de atuação do seguro social, já que este demandava contribuição dos seus segurados.[91]

Nos anos 20 e 30, desenvolve-se uma democracia com ambições também no campo econômico e social, mesmo porque a Primeira Grande Guerra causara um efeito devastador em vários países europeus, deixando grande parte da população em estado de miséria.

Naturalmente, nos países em que vigorava o liberalismo econômico, presente a aversão a qualquer espécie de intervenção estatal nas atividades privadas, a implantação do sistema do seguro social foi recebido com demasiada desconfiança.

Nada obstante, foi sendo aperfeiçoada a ideia de que a livre concorrência gerou grande contingente de miseráveis e que tal situação colocou em risco a paz social, ameaçando a própria liberdade do cidadão frágil economicamente.

A partir daí, o Estado passou a intervir na busca de propiciar alguma correção desses excessos.[92]

Destarte, partindo da noção de que o bem comum é o fim a ser alcançado pelo Estado, a ação dos governos não mais limitar-se-ia à proteção dos direitos civis e políticos, devendo voltar-se também à proteção de outros direitos, chamados sociais e econômicos.

---

[89] BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 30.

[90] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 05.

[91] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 07.

[92] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 07.

5.5. O constitucionalismo social

A *questão social*, verificada na segunda metade do século passado e nas primeiras décadas do século XX, faz emergir a fase de constitucionalismo social, em que as constituições dos vários países, em várias searas do globo, começam a consagrar os direitos sociais, trabalhistas e econômicos, inclusive direitos previdenciários.

Sobre o assunto, observa Wagner Balera que:

> Ganhava contornos específicos a definição de um Estado do Bem-Estar (Welfare State), concebido como entidade apta a assumir a ofensiva contra contingências, da mais extrema gravidade, com que o século XX, desde os seus albores, haveria de se confrontar.[93]

Com efeito, em 1917, no mesmo ano em que eclodiu a Revolução Soviética, surgiu, no México, a primeira constituição do mundo que incluiu os novos direitos sociais e econômicos em sua Declaração de Direitos. Tal constituição veio a imprimir "*marcha mais acelerada ao processo cuja gestação tivera início com Bismark, trinta anos antes*".[94] O art. 123 da Constituição, ainda hoje em vigor, com emendas, é um catálogo de direitos trabalhistas e também de previdência social.

Reversamente, a Constituição Mexicana é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais. Porém, no ver de Manoel Gonçalves Ferreira Filho não haveria razão para isso, porque a repercussão imediata foi mínima, mesmo na América Latina. Para além disso, essa Constituição apresentaria como novidades maiores o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico e não propriamente o direito ao trabalho, mas tão-só um elenco dos direitos do trabalhador. [95]

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes, e fundada nas teses de Marx, Engels e Lênin, em consequência da Revolução de Outubro de 1917, não se limitou a reconhecer direitos econômicos e sociais aos trabalhadores. A Declaração propõe uma nova concepção da sociedade e do Estado, lastreada no socialismo, e também uma nova concepção de direito, com vistas a libertar o homem de toda forma de opressão.[96]

Em 11.08.1919, adveio na Alemanha a Constituição de Weimar, que traz várias disposições sobre matéria previdenciária, além de direitos individuais, sobretudo em sua Parte II, reservada aos direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesse capítulo, vários assuntos *sociais* foram disciplinados, como a função social da propriedade e a obrigatoriedade da instrução escolar. Na última sessão, cuida da proteção do trabalho (art. 151) e da previdência social (art. 161).

A Constituição de Weimar foi promulgada ao final da Primeira Grande Guerra, época em que a Alemanha passava por sérias dificuldades. Com base nela, criou-se uma República federalista, democrática, liberal e parlamentarista, composta de vários Estados-membros. A ascensão do Partido Nacional Socialista ao poder fez com que tal estado de coisas fosse assaz efêmero na Alemanha. Não

---

[93] BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 33.

[94] BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 33.

[95] FERREIRA FILHO, M.G. *Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 46.

[96] SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 161.

obstante, "*estava assim estabelecido um novo modelo*", como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho.[97]

Nos demais países europeus, as medidas de proteção sob forma de seguro social foram sendo implementadas, mas, com raras exceções, nos outros continentes somente o foram após a Primeira Grande Guerra.

O constitucionalismo social objetivou uma superação pacífica da *questão social*, abandonando as velhas ideias do individualismo e optando pela adoção do *solidarismo*, de modo a influir na edificação de um *Estado-providência*, com o fim de assegurar a cobertura das contingências que deram causa a tais problemas sociais.[98]

Ao abordar o constitucionalismo social, Wagner Balera aponta o resultado mais visível da Constituição de Weimar:

> Dali para a frente caberá ao Estado atuar como agente do desenvolvimento social e, desse lugar de comando, sobrepor-se ao aleatório das situações concretas. Contando com o auxílio do planejamento – talvez sua principal arma tática –, cumpre ao Estado-providência engendrar, num sistema, a segura cobertura das terríveis contingências que deram causa à questão social.[99]

O Estado passou a aceitar, como dever social, a aplicação de parcela substancial da receita tributária no auxílio aos desamparados, quando sua manutenção não fosse possível pelo seu próprio esforço.

As alterações nas ordens econômicas e sociais implicaram alterações em suas ordens jurídicas, *destinadas a impregnar do solidarismo e do ideal do bem comum as diferentes disciplinas jurídicas*. Um dos resultados desse estado de coisas foi o surgimento de uma ordem jurídica de novos conceitos, a qual, nas palavras de Feijó Coimbra, alargou "*os quadros do Direito Público ou dando às regras do Direito Privado disposições limitativas da autonomia da vontade, em regras ditas de ordem pública (...)*".[100]

Nessa atmosfera do constitucionalismo social, várias constituições passaram a incorporar os direitos sociais, inspiradas na Constituição de Weimar, dentre elas as dos seguintes países: Espanha (1931); Chile (1925); Honduras e Venezuela (1936); El Salvador (1939); Peru e Uruguai (1934); Bolívia (1938); Nicarágua (1939) e Cuba (1940).

Também digna de nota, nesta fase, é a legislação da social-democracia sueca, que desenvolveu a ideia de prestação de um *mínimo social* aos necessitados, como garantia de renda à pessoa que não estivesse inserida no mercado de trabalho. Esse *Estado Social* teria aparecido em 1932, garantindo um mínimo para a pessoa pelo fato de alguém "*ser cidadão, de ser membro de um Estado de Direito*".[101]

A Constituição brasileira de 1934 foi bastante influenciada por esse movimento.

Evaristo de Moraes Filho constata que, dessa fase para cá, passando pela totalidade das constituições surgidas no século XX, de regimes socialistas ou capitalistas, nenhuma constituição deixou de acatar dispositivos próprios de direitos

---

97 FERREIRA FILHO, M.G. *Direitos Humanos Fundamentais,* Saraiva, São Paulo, 1999, p. 49.

98 Cf. BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 34.

99 BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 34.

100 COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 11.

101 FALEIROS, V. "Renda mínima: uma avaliação", VV.AA (SPOSATI, A. org), *Renda Mínima e Crise Mundial: saída ou agravamento?*, Cortez, São Paulo, 1997, p. 14.

sociais, seja consagrando dispositivos de legislação ordinária, seja dando-lhes mais força, inserindo-os nos textos constitucionais.[102]

5.6. O *social security act* nos EUA

Nos anos 30, os Estados Unidos da América eram o reduto mais representativo do liberalismo econômico e social, mas a crise de 1929 veio pôr em questão a infalibilidade desse sistema, levando o povo a duvidar da sua capacidade de reação.

Na situação de crise, o Presidente Roosevelt engendrou uma nova política, o *New Deal*, "*que significó um canto de cisne del Estado liberal*", nas palavras de José Manuel Almansa Pastor.[103]

Em 1935, a aprovação do *Social Security Act* ajudou os idosos e estimulou o consumo, instituindo também o auxílio-desemprego para trabalhadores que temporariamente ficassem desempregados.

Foi uma encruzilhada histórica, uma vez que foram aprovadas as primeiras medidas gerais de seguridade social, quando a proteção social passou a ser realizada por meio de medidas coexistentes de seguro social, assistência social e prevenção.[104]

Não obstante, a Lei de 1935 era um plano de proteção deficiente, pois excluía os trabalhadores rurais, os autônomos, os domésticos. Por esse motivo, teve de ser complementada em 1950.[105]

O custeio era feito por meio de contribuições das empresas e dos trabalhadores, além de subvenções da União.

Foi a expressão *Social Security Act* que veio dar o *nomen iuris* a esse "*fenômeno de grandes repercussões*",[106] chamado seguridade social.

De fato, o célebre *Social Security Act* deu origem ao sistema de Seguridade Social, como forma de "*amparo generalizado do cidadão contra os riscos sociais em geral*".[107]

A Lei de 1935 foi o grande marco de solidariedade do Estado americano, em face dos infortúnios sociais, e até hoje estabelece os contornos da seguridade social norte-americana, que se cingem, em sua maioria, em programas de assistência social, denominada *welfare*.

Trata-se de um sistema que proporciona prestações monetárias ou serviços específicos, sem que haja contribuição prévia, de forma que, para ser beneficiário do sistema, a pessoa deve possuir renda inferior a determinado patamar, além de atender a outros requisitos.[108]

5.7. O sistema de seguridade social da Nova Zelândia

O famoso sistema neozelandês de Seguridade Social, criado por uma lei de 14 de setembro de 1938, foi durante muito tempo "*el más completo de los conocidos y donde quizá se vislumbra el ideal de la seguridad social*", como enfatiza José Emanuel Almansa Pastor.[109]

A referida lei surpreendeu o mundo e substituiu um prévio sistema de sociedade de seguros mútuos de caráter privado por um sistema assistencial

---

[102] MORAES FILHO, Evaristo de. *A Ordem Social num Novo Texto Constitucional*. LTr, São Paulo, 1986, p. 12.
[103] PASTOR, J.M.P. *Derecho de la Seguridad Social,* Tecnos, Madrid, 1977, vol. I, p. 97.
[104] PASTOR, J.M.P. *Derecho de la Seguridad Social,* Tecnos, Madrid, 1977, vol. I, p. 98.
[105] PASTOR, J.M.P. *Derecho de la Seguridad Social,* Tecnos, Madrid, 1977, vol. I, p. 97.
[106] BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 35.
[107] COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1997, p. 11.
[108] FARIAS, P.J. *A Seguridade Social Americana: Uma Visão Informativa e Crítica*, en Revista de Previdência Social, n. CXCVIII, LTr, maio de 1997, São Paulo, p. 454.
[109] PASTOR, J.M.P. *Derecho de la Seguridad Social,* Tecnos, Madrid, 1977, vol. I, p. 98.

completo, baseado no ideal de solidariedade mais avançado, segundo o qual todo indivíduo teria proteção como membro da coletividade e em igualdade de condições, sem qualquer discriminação.

A principal característica desse sistema foi haver "*estendido sua cobertura à generalidade da população e a todos os riscos sociais, mediante custeio proveniente do imposto sobre a renda*".[110]

Em verdade, desde 1898 foram sendo editadas sucessivas leis no campo da assistência pública, que foram aperfeiçoadas e unificadas a partir de 1936, no governo trabalhista de M. J. Savage.

Em 14.09.1938, aprovou-se o *Social Security Act*, que entrou em vigor em 01/04/1939.[111]

Foram protegidas todas as necessidades sociais provenientes de doença, velhice, invalidez, morte, desemprego, abandono do lar conjugal, fatos de guerra, manutenção dos filhos, assistência médica, maternidade e qualquer outra que pudesse se apresentar.

O custeio era feito por tributos que incidiam sobre várias situações, "*materializando una redistribución solidaria a través de elevados impuestos sobre la renta*".[112]

É preciso enfatizar, com Venturi, que o grande avanço do programa de seguridade social neozelandês ocorreu porque também incluiu, na proteção social

> (...) consecuencias dañosas de contingências no previstas en la ley o de contingências previstas pero para las que, como consecuencia de la falta de algún requisito en la persona de la víctima, la ley no permitiría proporcionar las prestaciones.[113]

Aí foi dado o primeiro grande passo rumo à *universalidade da seguridade social*, tendo sido o *Social Security Atc* neozelandês considerado o que: "*mais amplamente realiza os princípios da Seguridade Social*", no qual "*o princípio da universalidade subjetiva e objetiva concretiza-se inteiramente, porquanto a Seguridade Social alcança todas as pessoas e todas as necessidades sociais*".[114]

A legislação da Nova Zelândia – que pela primeira vez na história criou um ordenamento jurídico adequado à proteção das mais variadas necessidades – exerceu profunda influência sobre a evolução legislativa de vários países.

Pode-se afirmar que criou um sistema de seguridade social puro, lançando as bases para a criação, no Brasil, do benefício da assistência social do art. 203, V, da Constituição Federal, dado seu caráter não contraprestacional.

5.8. O plano Beveridge

A publicação do Plano Beveridge de Previdência Social, na Inglaterra, em 1 de dezembro de 1942 durante a Segunda Guerra Mundial, instituiu marco instituidor da presença do Estado no terreno previdenciário, consagrando o triunfo da seguridade social como é hoje concebida.[115]

---

[110] VIDAL NETO, P. "Princípios de Seguridade Social", *Revista de Previdência Social*, n. CLXXI, LTR, fevereiro de 1995, p. 32.

[111] VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1994, p. 422-423.

[112] PASTOR, J.A.P. *Derecho de la Seguridad Social,* Tecnos, Madrid, 1977, vol. I, p. 99.

[113] VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1994, p. 428.

[114] VIDAL NETO, P. "Princípios de Seguridade Social", *Revista de Previdência Social*, n. CLXXI, LTR, fevereiro de 1995, p. 49.

[115] CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 771.

Com efeito, o governo britânico encomendou a Willian Beveridge, Doutor pela Universidade de Oxford e Diretor do *London School of Economics*, os estudos necessários a que se equacionasse a *questão social* na Inglaterra, ao que foi apresentado um plano de ação descrito em relatórios.

Os seis princípios fundamentais do Plano Beveridge eram a adequação do lucro, taxa uniforme de contribuição, unificação da responsabilidade administrativa, compreensão e classificação. Compreensão indicava que o sistema deveria prover todas as necessidades básicas e previsíveis da população. Classificação significava que o sistema proveria as necessidades de todos os setores da população.

O Plano foi elaborado para atacar os cinco grandes *gigantes na estrada da reconstrução* (necessidade, doença, ignorância, carência e desemprego), mas, como ressalta Marcos Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia, "*foi concebido para atacar as necessidades e prover seguridade diante destas, sem se esquecer, no entanto, que deveria apenas fazer parte de uma política mais global de progresso social*".[116]

Sobre os meios de combate à miséria, Beveridge apontou que exigiria primeiramente um aperfeiçoamento do seguro social, com "*providências contra a interrupção e a perda da produtividade*". Além disso, exigiria "*um ajustamento das rendas, tanto nos períodos de salário como nos de interrupção dêle, às necessidades da família*". Tal ajustamento viria sob a forma de "*subsídios para as crianças*".[117]

Por ser um plano de cunho significativamente social, o Plano Beveridge foi boicotado pelos liberais e só foi implementado entre 1944 e 1949, quando os trabalhistas detinham o poder executivo na Inglaterra.[118]

Muitas de suas propostas foram aprovadas, como a legislação sobre estipêndios familiares (1945), Seguro Social geral e referente a acidentes do trabalho (1946), Assistência Social (1948), Serviço Nacional de Saúde (1948) etc.; outras não restaram aprovadas (horizontalização das contribuições, salário mínimo nacional etc.), inclusive por superveniência de problemas econômicos imprevistos e mudança do comportamento social.[119]

Vale a pena transcrever excertos do abalizado estudo do Report, elaborados por Mirian Costa Rebollo Câmera, que condensa os mais importantes princípios do plano: [120]

> Os temas subjacentes sobre Seguridade Social, como formulada no Report, podem ser vistos como um amálgama de princípios antigos e novos, acalentados por Beveridge.
>
> Dentre os antigos, devem ser citados:
>
> a) a ênfase no seguro contributivo, que datava de seus tempos de jovem redator do 'Morning Post', quando denunciava o problema dos 'means test' – que, como já visto, implicavam investigação sobre os meios financeiros e

---

116 CORREIA, E.P.B; CORREIA, M.O.G. *Curso de Direito da Seguridade Social,* Saraiva, Correa, 2001, p. 08.

117 BEVERIDGE, W. *O Plano Beveridge*. Relatório sobre o Seguro Social e Serviços Afins Apresentado ao Parlamento Britânico em Novembro de 1942, por Ordem de sua Magestade por Sir William Beveridge. Tradução: Almir e Andrade. Rio de Janeiro: Livraria José Oympio, p. 13.

118 CORREIA, E.P.B; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal"*, Revista de Previdência Social*, n. CXCI. LTr, outubro de 1996, p. 10.

119 CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 772-773.

120 BEVERIDGE, W. *O Plano Beveridge*. Relatório sobre o Seguro Social e Serviços Afins Apresentado ao Parlamento Britânico em Novembro de 1942, por Ordem de sua Magestade por Sir William Beveridge. Tradução: Almir e Andrade. Rio de Janeiro: Livraria José Oympio, p. 165-166 e 170-172. *Cf.* CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 770-771.

> sobre o comportamento dos requerentes – e de todas as formas de assistência financeira que estigmatizassem os beneficiários, por violarem sua intimidade e vida privada;
>
> b) sua proposta pela manutenção do papel ativo desempenhado pelas entidades mutualistas pode ser vista como reflexiva da recorrente preocupação de toda sua vida com a ética da poupança voluntária complementar, com a ética da preservação da responsabilidade individual;
>
> c) integração dos diferentes setores encarregados da administração das prestações também era ideia que alimentava (...). Já dentre os novos princípios, que justificaram as ideias mais radicais do Report e que decorreram da consciência da necessidade de reformas sociais mais profundas, bem como da necessidade de solidariedade social, incutidas em Beveridge pelos sofrimentos trazidos pela 2ª Guerra Mundial, citem-se:
>
> I – previsão de que o desemprego deveria e poderia ser abolido dentro do contexto do sistema político vigente;
>
> II – a uniformização do Seguro Social para toda a comunidade e não apenas a operários braçais e outros trabalhadores cujas receitas estivessem aquém de dado limite;
>
> III – a proposta de que os benefícios deveriam ser estabelecidos ao nível de subsistência, nível esse não apenas referido à possibilidade ou impossibilidade de poupança privada complementar, e tampouco correlato ao nível de sobrevivência física, mas sim à noção mais ampla de atendimento às necessidades humanas;
>
> IV – a ênfase no atributo do Seguro Social de mecanismo de redistribuição de rendas, não apenas como cobertura de riscos e contingências, mas como efeito de promover a realocação de recursos de pessoas solteiras a famílias, dos mais aquinhoados aos menos etc.
>
> V – outra importante mudança, contrastante com o ideário liberal parcialmente adotado por Beveridge nos anos 30, foi sua tese de que a Seguridade Social não deveria ser encarada como um sistema isolado, mas como parte de um conjunto de medidas de planificação social coordenada, como parte integrante de um programa mais amplo, que deveria abranger transporte, habitação, educação, emprego e saúde.
>
> VI – a ênfase na coesão social, mais ética do que propriamente orgânica (instituições mais indivíduos mais Estado), com o objetivo de liberação integral de todos, da desmoralização gerada pela pobreza e a condenação do 'escândalo representado pela miséria material.

Beveridge visava não apenas à libertação da miséria (*freedom from want*), "*mas a dar um novo sentido e um novo propósito à democracia e a promover a solidariedade nacional*".[121]

Assim, surgiu na Inglaterra o primeiro grande sistema de seguridade social, o precursor do *Welfare State*, que serviu de exemplo seguido por vários países da Europa.

---

[121] CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992, p. 771.

A *via crucis* do Plano, que só foi aprovado pelo Governo dos Trabalhistas, também evidencia a repulsa do pensamento liberal em relação à seguridade social.[122]

5.9. A Organização Internacional do Trabalho, a Declaração de Filadélfia e a Convenção n. 102 da OIT

Após a Primeira Grande Guerra, sucedeu em grande parte do globo a expansão do seguro social obrigatório, fato que teve como incentivo a assistência da OIT.[123]

O Tratado de Paz de Versailhes, de 28/06/1919, que pôs termo à Primeira Grande Guerra e regulou as condições de paz entre os aliados e a Alemanha, criou, na sua Parte XIII, a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Foram as reflexões éticas e econômicas sobre o custo humano da revolução industrial que fizeram surgir a ideia de uma legislação trabalhista internacional.

A criação da OIT para as questões do trabalho baseou-se em argumentos humanitários (condições degradantes de muitos trabalhadores), políticos (risco de conflitos sociais ameaçando a paz) e econômicos (países que não adotassem condições humanas de trabalho seriam um obstáculo para a obtenção de melhores condições em outros países).

Realizaram-se várias convenções, sobre jornada de trabalho, desemprego, proteção à maternidade e melhores condições de vida de trabalho das mulheres e crianças.

As seis primeiras Convenções ocorreram ainda em 1919 e, de lá para cá, foram 189 Convenções, a última delas versando sobre trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos. Somente não foram acordadas no período da Segunda Guerra Mundial.

A legislação da OIT "*tem decisiva influência na construção do arcabouço jurídico da Seguridade Social*", nas palavras e Wagner Balera.[124]

Em 1944, sob os efeitos da Guerra, a Organização Internacional do Trabalho adotou**,** como anexo de sua Constituição, a *Declaração de Filadélfia*, o mais importante documento produzido em matéria de Seguridade Social,[125] que adquiriu nova dimensão. A OIT propugnava que, somente com a indispensável cooperação internacional, a Seguridade Social teria êxito.

Wagner Balera, com base em escrito de Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, informa que a Declaração de Filadélfia propugnou pela ampliação das medidas de seguro social para provimento de renda básica a todos os necessitados de tal proteção, além de cuidados médicos; pela adequada proteção à vida e à saúde dos trabalhadores em todas as ocupações; por medidas para proteção à família e à maternidade; pela garantia de adequada nutrição, moradia e facilidade para recreação e cultura.[126]

Essa Declaração teria antecipado e servido de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Informa Wagner Balera que já se antevia, naquele importante documento, o atual fenômeno da globalização da economia, que exigirá adequada resposta social.[127]

---

[122] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 11.

[123] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 05.

[124] BALERA,W. "Introdução à Seguridade Social"*,* VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 33.

[125] BALERA, W. *O Direito dos Pobres,* Paulinas, São Paulo, 1982, p. 19.

[126] BALERA, W. *O Direito dos Pobres,* Paulinas, São Paulo, 1982, p. 20.

[127] BALERA, W. "Introdução à Seguridade Social"*,* VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998, p. 37.

Ao preconizar a ampliação do seguro social para propiciar uma renda básica a todos os necessitados, deu um passo rumo à *transição do seguro social para o sistema mais amplo de proteção social, que é a seguridade social*.

A mais importante Convenção sobre a Seguridade Social é a de n.° 102, estabelecida na 35ª Reunião Anual em Genebra, encerrada em 28/06/1952.[128]

A Convenção n.° 102, que entrou em vigor em 27/04/1955, conforma a *norma mínima da Seguridade Social*, norma que estabelece nove prestações básicas de Seguridade Social: assistência médica (arts. 7º a 12), prestações monetárias de enfermidade (arts. 13 a 18), prestações de desemprego (arts. 19 a 24), prestações na velhice (arts. 25 a 30), prestações em caso de acidente de trabalho e de doença profissional (arts. 31 a 38), prestações familiares (arts. 39 a 45), prestações de maternidade (arts. 46 a 52), prestações de invalidez (arts. 53 a 58) e prestações para as viúvas e filhos do falecido (arts. 59 a 64). A Convenção teve a ratificação de quarenta países e o Brasil não esteve entre os que a ratificaram à época, apenas o fazendo em 15 de junho de 2009.

Paul Durant pondera que os princípios da Convenção são demasiadamente gerais e marcam um passo atrás em relação aos trabalhos preparatórios do projeto original.[129]

A Conferência de São Francisco, além de instituir a Organização das Nações Unidas, outorga novo papel à Organização Internacional do Trabalho, que "*passa a ser plenamente reconhecida como ente tutelar dos direitos fundamentais dos trabalhadores*".[130]

Várias convenções da Organização Internacional do Trabalho trataram de matéria afeta à Seguridade Social (dentre elas a 17, 24, 35, 37, 38, 39, 40, 123, 128, 130, 134, 157 etc).

5.10. O surgimento do estado de bem-estar social

Ao analisarem o desenvolvimento do *Welfare State*, alguns estudiosos não valorizam tanto as causas econômicas. Dão, porém, grande valor às razões políticas, como desencadeadoras do fortalecimento das intervenções assistenciais. Seriam precisamente o desenvolvimento da democracia – fruto das conquistas dos direitos civis no século XVIII e dos direitos políticos no século XIX, sobretudo a conquista do sufrágio e o desenvolvimento do direito à instrução –, ao lado do fortalecimento político das organizações operárias, os principais responsáveis pelo surgimento dessa fase, caracterizada pelo trato do problema dos direitos sociais.[131]

Essa mudança do perfil do Estado moderno, nos países ocidentais, foi o marco do que viria a ser o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), que pode ser conceituado, nas palavras de H. L. Wilensky, como "*o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade mas como direito político*".[132]

Comumente, são empregados sinônimos para referir-se ao Estado de Bem-Estar: *Welfare State*, Estado-providência, Estado-previdência, Estado Assistencial, Estado de Bem-Estar Social, Estado social de bem-estar.

---

128 Cf. TODESCHINI, R, *Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão*, LTr, São Paulo, 2000, p. 26.

129 DURANT, P. *La Política Comtemporanea de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 523.

130 DURANT, P. *La Política Comtemporanea de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

131 BOBBIO, N; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Variale et al; coord. trad. João Ferreira; rev. reg. João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais, UnB, Brasília, 1998, p. 417-418.

132 BOBBIO, N; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Variale et al; coord. trad. João Ferreira; rev. reg. João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais, UnB, Brasília, 1998, p. 416.

Catarina dos Santos Botelho distingue o teor das várias expressões utilizadas nesse contexto:

> É a Hermann Heller que se deve a expressão "Estado social de direito". Importa, nesta sede e desde logo, distinguir os conceitos de Welfare State (*Wohlfahrtstaat; État-Providence*) e *social State (Sozialstaat; État social)*, que se têm vindo a confundir. Assim sendo, enquanto o conceito de *Welfare State* se associa a considerações histórico-políticas (tais como o *New Deal*, nos EUA, ou o Estado-providência europeu que sucedeu à II Guerra Mundial), e o *Wohlfahrstaat* a uma abordagem de cariz económico ou sociológico, já o *Estado social* é um conceito de índole normativa, que constitucionaliza as obrigações do Estado em causa em matéria de política social e económica, criando, assim, um "*integrated welfare State*". Em termos concetuais e para alguma doutrina, o Estado Providência é, inclusivamente, uma forma de "patologia" do Estado social (...) De um ponto de vista político, o importante a reter é que o conceito de Estado social *não deve ser refém* de nenhuma conceção ideológica ou política.[133]

Via de regra, denotam a ideia de que o Estado intervém de forma contundente, sobrepondo-se à iniciativa privada, para assegurar o bem-estar da população, e o faz sem abandonar o modo de produção capitalista, baseado na propriedade privada, buscando-se um meio termo entre os anseios da classe trabalhadora e a preservação do capitalismo.[134]

Destarte, "*nota-se a vocação da Previdência Social para atender à necessidade de Estados Socialistas ou Social-Democratas*".[135]

Em realidade, coube aos ingleses, nos anos 40, cunhar a expressão *Welfare State* para indicar uma espécie de mundo novo, em que queriam viver.

E, afeto à noção de *Welfare State*, difundiu-se a expressão seguridade social (*social security*, correspondente a segurança social), que, na língua inglesa, contrapõe-se à ideia de *social insurance*, o seguro social.[136]

Com o final da Segunda Guerra Mundial, um dos estragos por ela causados foi o empobrecimento da população europeia, que não contava com capacidade econômica para consumir. Tal fato levou à busca de um mecanismo para reverter essa situação.

Foi nesse momento, então, segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, que se concretizou, em diversos países europeus, o sistema de seguridade social, na condição de suporte do *welfare state*.[137]

---

[133] BOTELHO, C.S. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas,* Almedina, Coimbra, 2015, pp. 97/98 (retiradas notas de rodapé). Sobre a distinção entre o Estado de Bem-Estar ou Estado-providência, cf. SPOSATI, Aldaíza; FALCÃO, Maria do Carmo; TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. *O Direito dos Desassistidos Sociais*. Cortez, São Paulo, 1999, p. 114-121.

[134] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 29.

[135] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 11.

[136] VIANA, M.L.T.W. *A Americanização (Perversa) da Seguridade Social no Brasil: Estratégias de Bem-Estar e Políticas Públicas,* Renan, São Paulo, 1998, p. 11.

[137] BASTOS, C.B; Martins, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, 2000, São Paulo, p. 421.

> O Estado, através da implantação desse sistema, passou a assistir aos seus necessitados, com mais atenção, distribuindo melhor a sua renda com o intuito de aumentar o poder aquisitivo de cada um e, assim, indiretamente, estimular o consumo.[138]

5.11. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional

A próxima fase da evolução da seguridade social é pautada por avanços no plano do Direito Internacional Público. Inicia-se com a 1ª Conferência Sul-Americana de Seguridade Social (1942), passando pela 26ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho (Filadélfia, 1944) e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Pela influência do Plano Beveridge, a *questão social* passou a ser tratada no plano internacional, e nesse aspecto apareceram importantes manifestações no plano previdenciário.

O primeiro documento multinacional dessa fase foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em que está hospedada grande parte dos direitos individuais e sociais conformados na Declaração Universal de 1948. Foi aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, de 30 de março a 02 de maio de 1948. Nessa mesma Conferência foi aprovada também a Carta Americana de Garantias Sociais, que elencou os direitos sociais do homem americano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pelas Nações Unidas, em Paris, aos 10 de dezembro de 1948, traduz, num contexto de atribuição isonômica de igualdade, liberdade e dignidade a todos os homens, o ideal do bem-estar e da justiça social.

A Declaração de 1948 contém trinta artigos, precedidos de um preâmbulo com sete *considerandos*, em que se reconhece solenemente a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz.

Os trinta artigos reconhecem os direitos fundamentais do homem e do art. 1º ao art. 21 encontram-se os direitos tradicionalmente proclamados como direitos e garantias individuais. Do art. 22 até o art. 28, a Declaração consubstancia os direitos sociais.

A declaração não ignorou os direitos da seguridade social:

> Art. XXII: Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e pelo acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.
>
> Art. XXV – (...).
>
> 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstância fora de controle.
>
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

---

[138] BASTOS, C.B; Martins, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, 2000, São Paulo, p. 421.

A importância da Declaração salta aos olhos, porque, nas palavras de Dalmo Dallari:

> (...) consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição desses direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas (sem destaques).[139]

A Declaração de 1948 foi norteadora de várias constituições, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que consagrou postulados de solidariedade e dignidade nos arts. 1º e 3º.[140]

Também é expressivo o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembléia Geral da ONU, em Nova York, em 16/12/66, submetido à ratificação dos interessados.[141]

A Comunidade Europeia do Carvão e do Aço unificou o tratamento previdenciário para os países que a compõem.[142]

Em grande parte dos países, foram sendo elaborados e instituídos programas de Seguridade Social, à medida que os direitos sociais, solenemente proclamados nas Declarações de conteúdo mundial, foram sendo transformados em normas jurídicas positivas, uma vez assegurados nas Constituições de vários países.

6. Problemas do estado de bem-estar social

O Estado do bem-estar entrou num processo de reformulação nos países da Europa, porque a expansão dos planos de benefícios sociais teria onerado sobremaneira os encargos sociais, obrigando o Estado a cobrar contribuições que consumiam parcela crescente da produção dos Estados.

A partir dos anos 1960, intensificou-se um movimento de reação a ele, denominado neoliberalismo, intensificado a partir da crise do petróleo da década de 1970.

O movimento de reação surgiu, em primeiro lugar, porque nos países europeus o Estado era essencialmente fiscalista, ou seja, utilizava-se da tributação

---

139 DALLARI, D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, São Paulo, 1987, p. 179.

140 TODESCHINI, R. *Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão*, LTr, São Paulo, 2000, p. 31.

141 Registra José Afonso da Silva que o Brasil somente aderiu ao Pacto em 23/1/92, entrando em vigor apenas em 24/2/92, concluindo que o retardamento dessa adesão se deu ao regime autoritário que regia o país antes disso (*SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002*, p. 165). Cf., também, DALLARI, Dalmo, *A Globalização e seus Efeitos Excludentes: Serão Respeitados os Direitos Humanos nos Próximos 50 Anos?*, Artchip, São Paulo, 1999, p. 120.

142 MARTINS, S.P. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva Jur, São Paulo, 2020, p. 39.

(portanto, da compulsoriedade da solidariedade) para promover as melhorias sociais. Exatamente por isso, obteve a reação das classes empresariais.

Por outro lado, o aumento da demanda das necessidades sociais, que não puderam ser devidamente cumpridas pelo Estado, fez com que, nos últimos tempos, tivesse de enfrentar problemas também com os trabalhadores. Muitos críticos ainda acusam o Estado de Bem-Estar de desestimular o trabalho.[143]

Destarte, o modelo do *Welfare State*, alicerçado no solidarismo e distributivismo igualitário, tornou-se alvo dos que o veem como ofensivo ao progresso do homem, porque destruiria a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual depende a prosperidade de todos.

Para além disso, recebia a crítica da doutrina socialista, por impedir a implantação do socialismo e permitir a continuidade do capitalismo, que consagra a exploração do trabalho pelo capital.

A crise do petróleo dos anos 1970 aumentou ainda mais o déficit público em muitos países e provocou instabilidade econômica e social. Observam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins que, a partir daí, operou-se "*uma redução definitiva das possibilidades de utilização do Estado do Bem-Estar*",[144] obrigando o Estado a diminuir os gastos com a assistência social, propiciando à população planos mais singelos, "*transferindo esse encargo para a sociedade, que a realizaria através de entidades beneficentes*".[145]

Alguns autores, afirmam que a crise do *Welfare State* tem raízes mais profundas, concernentes não só aos momentos de recessão, mas, principalmente, relacionadas ao *esgotamento do paradigma do trabalho nas sociedades capitalistas*. Segundo Maria Lucia Teixeira Werneck Vianna:

> A sofisticação da tecnologia, as alterações na composição da força de trabalho, a reestruturação da noção de produtividade, aliadas a mudanças subjetivas, estariam na base de uma gradativa transformação da 'ética protestante' em uma ética ligada ao prazer. Com isso, se veriam minados os fundamentos do Welfare State (tal como tem sido concebido, em estrita vinculação com a ideia de trabalho produtivo e assalariado) (...).[146]

Os chamados *Trinta Anos Gloriosos*, que designa os 30 anos (de 1945 a 1975) chegaram a fim, comprometendo sobremaneira a visão a respeito da seguridade social [147]

---

[143] CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996, p. 29.

[144] BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, 2000, São Paulo, p. 422.

[145] BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, Saraiva, 2000, São Paulo, p. 422. No Brasil, essa transferência de responsabilidade do dever de assistência à sociedade é abordada por Maria Luiza Mestriner, com acuidade e baseada em extensa pesquisa. Cf. MESTRINER, M.L., *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social*, Cortez Editora, São Paulo, 2001.

[146] VIANA, M.L.T.W. *A Americanização (Perversa) da Seguridade Social no Brasil: Estratégias de Bem-Estar e Políticas Públicas,* Renan, São Paulo, 1998, p. 184.

[147] A expressão teria sido utilizada pela primeira vez pelo demógrafo francês Jean Fourastié, em 1979, no livro *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975* (Os Trinta Gloriosos ou a Revolução Invisível 1946-1975). Mas é Thomas Piketty, em seu "O capital no século XXI" quem, mais recentemente e com grande propriedade, discorre sobre a onda de otimismo e prosperidade que vigorou nos países desenvolvidos da Europa, no Canadá e no Japão, onde foi verificado alto crescimento e redução da pobreza, além da inserção da população na sociedade de consumo já existente, na época, nos Estados Unidos da América. Cf. PIKETTY, T. *O Capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, Editora Intrínseca Ltda., Rio de Janeiro, 2014, p. 136 e seguintes.

A desaceleração do capitalismo, ocorrida a partir dos anos 1980, afetou não só os países de primeiro mundo, mas principalmente os países subdesenvolvidos, com reflexos sociais perversos.

O W*elfare State* nos países desenvolvidos e o Estado assistencial nos países pobres vêm passando por um amplo debate.

Subjacente à transformação desse sistema de proteção social, emergem duas grandes tendências no seio das relações econômicas e sociais, caracterizando-se como as grandes tendências da sociedade do Século XIX: neoliberalismo e globalização.

7. A globalização

Globalização pode ser concebida como o processo de integração econômica decorrente da abertura do comércio mundial, indicando o avanço do capitalismo rumo à redução de custos e ao aumento da produtividade, mercê da queda das barreiras alfandegárias entre os países e da revolução tecnológica.

Os primeiros passos para a internacionalização da economia mundial foram dados nos séculos XV e XVI, época em que a expansão ultramarina dos Estados europeus possibilitou a conquista de novos mercados. O processo acentuou-se com a Revolução Industrial, do século XVII ao atual. Mas a interdependência econômica entre os países passou a ser mais sentida com a crise de 1929, a partir de quando aumentou o desemprego no mundo e reduziram-se os negócios até o final da II Guerra Mundial.

Esse processo decorreu de múltiplos fatores conjugados, destacando-se três: a) o término do período colonialista; b) o fim da Guerra Fria, obrigando as nações a fazerem parcerias voltadas a objetivos econômicos e não como estratégias de defesa nacional ou continental; c) o crescimento das empresas multinacionais, que passaram a atuar inclusive nas economias anteriormente fechadas, como China, Cuba e Coréia do Norte.[148]

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o mundo se organizou, em 1947, em uma reunião em *Bretton Woods* e criou três instituições financeiras: GATT, Acordo Geral de Tarifas e Comércio, que deu origem à Organização Mundial do Comércio – OMC; o Fundo Monetário Internacional – FMI, e o Bando Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD. O *acordo* de Bretton Woods era eminentemente econômico, porque sugeria uma taxa de câmbio fixa, mas eventualmente reajustável.[149]

Formaram-se três grupos depois da II Guerra Mundial: o primeiro era formado pelos países da Europa Ocidental, os Estados Unidos e a Inglaterra, Canadá e Japão, que escolheram uma democracia política com separação de poderes, partidos políticos que disputavam eleições e liberdade de expressão, mais o capitalismo.

O segundo, pela União Soviética, a China, a Europa Oriental, que foram no caminho do socialismo, com um sistema centralizado da economia; o terceiro grupo era formado por países que escolheram um sistema misto, em que alternavam períodos de autoritarismo no campo político, mas dentro do capitalismo, permeado por uma grande intervenção estatal na economia, aí sendo incluído o Brasil, a Índia e cerca de setenta países.

Depois da primeira crise do petróleo dos anos setenta, as economias dos dois últimos blocos passaram por dificuldades e, em 1980/82, os países desses blocos ou pararam de crescer ou entraram em recessão, impondo uma situação que

---

[148] BARROS, C.M. "Organização internacional do trabalho e Mercosul", *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo*, v. 13, n. 21, 1999, p. 57.

[149] DELFIM NETO, A. A "Globalização e as Economias Nacionais", *Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais*, Ajufe, Brasília, 2001, p. 23.

os obrigou a se reunirem e decidirem caminhar no sentido de uma *democracia* política e maior abertura do mercado, com menor intervenção estatal.

Foi aí que surgiu o *Consenso de Washington*, que reuniu o Departamento de Estado dos Estados Unidos, o Ministério das Finanças dos demais países do G7 e presidentes dos maiores bancos internacionais. O *Consenso* era um decálogo, que preconizava algumas medidas, e só aqueles países que executassem o programa seriam considerados economicamente corretos.[150]

O problema é que, independentemente do atendimento ou não das *recomendações* do *Consenso de Washington*, a globalização surgiu como um resultado da expansão do comércio, dos investimentos e da liberdade de movimentos de capitais.

As novas tecnologias de comunicação e processamento de dados contribuíram enormemente para a expansão desse processo. Entretanto, o fenômeno adquiriu contornos jamais vistos e ganhou dimensões ainda não devidamente analisadas.

Como reação a esse processo mundial, que libertaria os países dos males do nacionalismo, surgiram agrupamentos, rumo à integração entre países, como o Nafta, a Comunidade Europeia e o Bloco informal do Extremo Oriente, além do Mercosul, com a finalidade de enfrentar os problemas econômicos.

A formação de blocos permitiria o aumento da produtividade, o surgimento de economias de escala, a redução de custos, facilidades que levariam a uma maior competitividade e, consequentemente, à inserção das economias nacionais no mundo globalizado.

A competição entre as empresas se espalha por todo o mundo, causando a absorção de empresa tradicionais por gigantescos conglomerados transnacionais e multinacionais.

As crises econômicas, conflitos armados, ataques especulativos, devastações ambientais ocorridas num determinado país projetam efeitos em todos as demais nações. As economias dos diversos países do globo tornaram-se interdependentes.

Há os que enxergam a globalização com naturalidade, como Antonio Delfim Neto:

> A globalização é um produto da própria tecnologia. Seria inútil brigar contra a globalização. É preciso entender o que está acontecendo e compreender que o Estado, como conhecemos hoje, sofrerá limitações importantes nesse processo. Essas limitações precisam ser bem avaliadas. A globalização não será a 'pax romana', porque nem sequer existiam países naquela época. Não será a 'pax britânica' com seus exércitos e seu império. Será, na verdade, a 'pax americana', imposta por uma ideologia mercadista. Este é

---

[150] DELFIM NETO, A. "A Globalização e as Economias Nacionais", *Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais*, Ajufe, Brasília, 2001, p. 26. O *Consenso* recomendava: a) disciplina fiscal, devendo país manter a relação dívida/PIB mais ou menos constante; b) priorização de despensas, de modo que saúde e educação não eram consideradas despesas, mas investimentos; c) reforma tributária, que diminuísse a tributação mais aumentasse a base de recolhimento; d) liberação financeira da taxa de juros, deixando-a ser fixada pelo mercado; e) uma taxa de câmbio relativamente flexível; f) redução tarifária e não-tarifária; g) tratar de forma mais amigável possível o investimento estrangeiro direto; h) privatizar para aumentar a eficiência, utilizando os recursos para pagamento das dívidas; i) desregulamentar e criar agências reguladoras nas áreas de energia elétrica e petróleo; j) reforçar o direito de propriedade. Segundo esse economista, que foi ministro do regime militar, o Brasil teria atendido a apenas algumas das recomendações, como a 6ª, 7ª, 8ª e 9ª, apenas.

> um ponto importante. Essa ideologia contrabandeia, como ciência, uma coisa que não é ciência.[151]

Porém, o centro de decisões continuou a ter sede nos países ricos, deixando os países pobres, periféricos, subdesenvolvidos, sem poder de reação diante das regras impostas por aqueles.

A *guerra fria* é sucedida pela *guerra tecnológica*, movimentada pelas grandes empresas.[152]

Nada obstante, por ser um movimento mundial, afeta a todos e também traz benefícios, como a universalização dos conhecimentos e dos meios e processos técnicos capazes de propiciar melhores condições de vida a todos os povos.

Ocorre que, ordinariamente, constituem acréscimos que ficam nas mãos de pequena parcela da população que ostentam melhores condições sociais e econômicas.

8. O neoliberalismo

A doutrina neoliberal caminha paralelamente à globalização e ambos os fenômenos atualmente andam de mãos dadas.

O *neoliberalismo* aqui abordado não é aquele surgido na primeira metade do século XX, proposto por economistas franceses, alemães e norte-americanos, como uma doutrina "*voltada para a adaptação dos princípios do liberalismo clássico às exigências de um Estado regulador e assistencialista, que deveria controlar parcialmente o funcionamento do mercado*".[153]

Não se trata, aqui, do "*corpo de doutrina que admite a intervenção do Estado para equilibrar os interesses sociais com os interesses privados, no jogo político-econômico*".[154]

Na análise David Ibarra:

> O neoliberalismo propugna a redução do intervencionismo estatal e do raio de ação da política, ao criar interferências contrárias à liberdade individual e ser uma fonte de corrupção. Na ordem nacional, o *desideratum* se finca em conseguir o funcionamento automático da economia e dos mercados, livres de toda distorção governamental ou de cidadãos organizados coletivamente. E, na ordem internacional, concebe-se a globalização como o processo capaz de instaurar a ordem cosmopolita (economicamente eficiente), além da política, como se isso fosse possível.[155]

O referido termo traz uma noção de algo que se renova, mas que ao mesmo tempo volta ao passado. Surgido para *combater as ideias do Estado de bem-estar*, busca assegurar a prioridade das decisões do livre mercado, sem intervenção do Estado, que se torna necessariamente enfraquecido.[156]

O movimento de reação ao *Welfare State* é capitaneado pela ideologia neoliberal, para a qual a *democracia é vista como um empecilho*, porque é preciso

---

151 DELFIM NETO, A. "A Globalização e as Economias Nacionais", *Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais*, Ajufe, Brasília, 2001, p. 29.

152 REALE, M. *Questões de Direito Público*, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 78.

153 *DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA,* Objetiva, Rio de Janeiro, 2001.

154 *DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA,* Melhoramentos, São Paulo, 1999.

155 IBARRA, D. "O neoliberalismo na America Latina*", Brazilian Journal of Political Economy*, *Rev. Econ. Polit*. vol.31, no.2, Apr./June 2011.

156 COSTA NETO, N.D.C. "A Ideologia Neoliberal e a Globalização Econômica: O Impacto no Campo dos Direitos Fundamentais", *Boletim dos procuradores da República*, v. 4, n. 44, dezembro 2001, p. 20-31.

despolitizar as relações sociais, à medida que os Estados assistenciais estarão cada vez mais pressionados por demandas sociais e sem lastro financeiro suficiente para atendê-las. O eixo central decisório sai do espaço da cidadania e passa para o espaço da produção.

O Estado é visto como ineficiente, perdulário, contaminado de corrupção, que não permite a *mobilidade do mercado*. O objetivo é *desqualificar o público e exaltar o privado.* Enfim, opera-se com a lógica do enfraquecimento do poder político oficial.

O direito, no Estado liberal, *perde o caráter distributivista, de equidade e finalístico que prepondera no Estado social*. Os conflitos voltam a ser preponderantemente interindividuais.[157]

O direito novamente empenha-se por garantir a *liberdade*, numa sociedade de indivíduos, para conter as *arbitrariedades* do Estado contra os particulares. A tarefa do direito passa a ser a de propiciar a "*auto-solução dos conflitos*".[158]

Passa-se a adotar a *competitividade* como fator preponderante. A solidariedade, fundamento maior da seguridade social, não é enxergada como virtuosa.

Esse neoliberalismo, embalado pelo fenômeno da globalização da economia, prega a transnacionalização dos mercados, a desregulamentação das instâncias decisórias dos conflitos, a perda da certeza e segurança do direito positivo, a interpenetração dos direitos privados e interesses públicos, além da flexibilização dos direitos sociais, o redimensionamento da democracia e a erosão da soberania do Estado, com o deslocamento do seu conceito para o âmbito Privado.[159]

No neoliberalismo, o Estado deve se desocupar de seu dever perante a questão social, entendendo mais do que nunca que tal dever é da sociedade, da família, do cidadão.[160]

A primeira experiência neoliberal terá se dado no *Chile*, durante o governo Pinochet, iniciando aí os programas de desregulamentação, repressão sindical e transformação da previdência de social para privada, projeto ainda em implementação.

Em 1979, o programa neoliberal se instala na *Inglaterra*, no governo Thatcher. Daí seguiu para os *EUA*, no governo Reagan, passando pela *Alemanha* de Khol, espalhando-se por quase todos os países do norte da Europa ocidental.

Na América Latina, o neoliberalismo instalou-se no *México* em 1988, na *Argentina* em 1989, na *Venezuela* em 1989 e no *Peru* em 1990.

9. Efeitos e impactos na seguridade social

O neoliberalismo e a globalização, por um lado, cumpriram a promessa de crescimento em muitos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. Por outro, descumpriram a promessa de desenvolvimento econômico nos países subdesenvolvidos e alguns em desenvolvimento.

Como assevera Paul Singer, a recepção inicial à globalização foi marcada pelo entusiasmo otimista, mas com o passar do tempo o otimismo foi sendo

---

[157] COSTA NETO, N.D.C. "A Ideologia Neoliberal e a Globalização Econômica: O Impacto no Campo dos Direitos Fundamentais", *Boletim dos procuradores da República*, v. 4, n. 44, dezembro 2001, p. 20-31.

[158] COSTA NETO, N.D.C. "A Ideologia Neoliberal e a Globalização Econômica: O Impacto no Campo dos Direitos Fundamentais", *Boletim dos procuradores da República*, v. 4, n. 44, dezembro 2001, p. 20-31.

[159] COSTA NETO, N.D.C. "A Ideologia Neoliberal e a Globalização Econômica: O Impacto no Campo dos Direitos Fundamentais", *Boletim dos procuradores da República*, v. 4, n. 44, dezembro 2001, p. 29.

[160] MESTRINER, M.L. *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social*, Cortez Editora, São Paulo, 2001, p. 21.

substituído pelo temor e pelo desencanto.[161] O desencanto foi causado pelo empobrecimento de enorme parcela da população.

Os efeitos dessas duas *tendências* sobre o desempenho do papel do Estado e seus reflexos na sociedade são importantes.

Até mesmo nos países europeus, o fenômeno é sentido, causando uma **nova pobreza**, segundo a assertiva de Paul Singer. Após assinalar que também na Europa cresceu consideravelmente a pobreza desde 1975, explica que:

> A 'nova pobreza' difere da antiga fundamentalmente por sua origem. Trata-se de pessoas que pertenciam à ampla classe média, que se criara em função de conquistas de anos dourados, e que perderam seus empregos para robôs ou para trabalhadores de países periféricos.[162]

Esse processo – também denominado *nova questão social* – revela um estado de injustiça social, num cenário em que a miséria e a pobreza atingem dois terços da humanidade.

Os sindicatos perdem poder de negociação e os trabalhadores aceitam laborar por salários mais baixos. Em consequência, o trabalho perde força, conforme afirma Maria Luiza Mestriner:

> (...) o trabalho – enquanto referência social, enquanto elemento capaz de formar estruturas e configurar a sociedade, enquanto princípio de integração social e mecanismo de ampliação de direitos e de acesso à cidadania – começa a perder força em grande número de países.[163]

Em vez de a tecnologia propiciar mais horas de lazer e cultura aos trabalhadores, tem causado a eliminação de seus postos de trabalho.

O momento histórico das relações de trabalho ultrapassa a noção da exploração, ingressando o trabalhador na verdadeira *irrelevância* perante o sistema econômico. Yuval Harari assim concebe os que não contam com uma educação suficiente para competir num mercado, onde a Inteligência Artificial (o algoritmo) executa funções complexas, substituindo a mão-de-obra humana:

> A revolução tecnológica pode em breve excluir bilhões de humanos do mercado de trabalho e criar uma nova e enorme classe sem utilidade, levando a convulsões sociais e políticas sem as quais nenhuma ideologia existente está preparada para lidar.[164]

A dimensão da movimentação do capital causa a perda da força do Estado de atuar como locomotiva do desenvolvimento, o que gera a tendência à *revisão* do conceito do Estado como personagem principal do desenvolvimento econômico.[165]

Nessa linha de pensamento, é a sociedade que deve resolver suas próprias pendências, sob a égide do princípio da igualdade formal e da liberdade de contrato.

---

[161] SINGER, P. *Globalização e Desemprego. Diagnóstico e alternativas*, Contexto, São Paulo, 1999, p. 07.

[162] SINGER, P. *Globalização e Desemprego. Diagnóstico e alternativas*, Contexto, São Paulo, 1999, p. 31.

[163] MESTRINER, M.L. *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social*, Cortez Editora, São Paulo, 2001, p. 22.

[164] HARARI, Y.N. *21 lições para o século 21,* Tradução: Paulo Geige, Companhia das Letras, São Paulo, 2018, posição 27 de 355, leitor Kindle.

[165] MORAES, M.V.E. *O Futuro da Seguridade Social*, en Revista de Previdência Social, n. CCXXVI, LTr, São Paulo, setembro de 1999, p. 727.

Enfim, os efeitos são impactantes inclusive no campo da *Democracia*, como alerta Boaventura de Sousa Santos: *"(...) à medida que a democracia perde a sua capacidade para redistribuir riqueza social, estamos a caminhar para sociedades que são politicamente democráticas mas socialmente fascistas".*[166]

Ponderadas são as palavras de Alcebíades Tavares Dantas:

> O Neoliberalismo objetiva dar ao mercado a solução de todos os problemas, mas ao fazê-lo cria uma visão antropológica que não admite outra forma de organização social e uma certa forma de Darwinismo social, no qual prevalece o processo de seleção do mais forte. Enxerga no Estado de bem-estar um obstáculo ao progresso econômico e tem uma estrutura lógica que impede encontrar as raízes das crises econômicas e social no próprio sistema (...).[167]

Os direitos sociais, segundo a doutrina neoliberal, são entraves ao desenvolvimento, o qual só se concretizaria por meio da livre iniciativa e do mercado. As raízes das crises econômicas estariam nas pressões reivindicatórias dos sindicatos e também no aumento dos gastos sociais.

O neoliberalismo volta-se contra o intervencionismo estatal, a regulação social e o igualitarismo promovido pelo Estado de Bem-Estar.[168] O Estado assistencial destruiria a liberdade dos cidadãos, a vitalidade da concorrência e impediria a acumulação capitalista, fatores fundamentais para gerar riquezas e desenvolvimento.[169]

Não obstante a fragilização do trabalhador, para essa corrente, os *encargos sociais* causam inconvenientes de variada ordem, sobretudo porque repercutem desfavoravelmente sobre o mercado de mão-de-obra e reduzem a competitividade no comércio internacional.

O *desemprego* crescente acarreta dois graves efeitos na seguridade: diminuem as receitas (porque tanto o segurado quanto a empresa deixam de contribuir) e aumentam os gastos (assistenciais em alguns casos de pobreza comprovada, previdenciários no caso do seguro-desemprego).

O Estado passa a se responsabilizar "*somente por situações de extremos, num alto grau de seletividade direcionada aos estritamente pobres, isto é, aos indigentes*".[170]

Cabe a referência a alguns países que fizeram reformas previdenciárias[171]: a) **França**: reformas em 2010 e 2013. Principais mudanças: idade mínima para aposentadoria: aumentou de 60 para 62 anos (2010); idade para aposentadoria integral: 65 para 67 anos (2010); tempo de contribuição mínimo: aumento gradual até 43 anos em 2035 (2013); b) **Alemanha**: reformas em 1992, 2007 e 2014. Principais mudanças: Idade mínima para aposentar: aumento de 65 anos para 67 até 2029 (2007); convergência da idade mínima de mulheres e homens (anos

---

166 SANTOS, B.S. "O novo espectro", *Folha de São Paulo*, Opinião, edição de 07.5.2002, (consultado em 14.4.2021). Disponível na World Wide Web: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0705200208.htm.

167 SANTOS, B.S. . "O novo espectro", *Folha de São Paulo*, Opinião, edição de 07.5.2002, (consultado em 14.4.2021). Disponível na World Wide Web: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0705200208.htm.

168 DANTAS, A.T. *O Alcance da Seguridade Social Brasileira: Óbices e Alternativas de Melhoria*, Revista de Previdência Social, n. CLXXXII. LTr, São Paulo, janeiro de 1996, p. 34.

169 DANTAS, A.T. *O Alcance da Seguridade Social Brasileira: Óbices e Alternativas de Melhoria*, Revista de Previdência Social, n. CLXXXII. LTr, São Paulo, janeiro de 1996, p. 34.

170 MESTRINER, ML. *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social*, Cortez Editora, São Paulo, 2001, p. 21.

171 BLUME, Bruno André. *6 países que fizeram uma reforma previdenciária* (consultado em 20.3.2021) Disponível na World Wide Web: https://www.politize.com.br/reforma-previdenciaria-paises-que-fizeram/.

1990); c) **Grécia**: reformas em 2010, 2012 e 2016. Principais mudanças: aumento da idade mínima: 60 anos para mulheres e 65 para homens para 67 (ambos); aumento do tempo de contribuição para aposentadoria integral: de 35 para 40 anos; d) **Suécia**: reformas em 1994 e 1998. Principais mudanças: introdução de contas individuais nocionais e alterações no cálculo dos benefícios; e) **Japão**: reformas em 1994, 2000 e 2016. Principais mudanças: idade mínima: 1994: 60 para 65 anos (pensão básica); 2000: aumento gradual de 60 para 65 anos, entre 2013 e 2025 (pensão de empregado); benefícios: 1994: base de cálculo passou a ser salário líquido (para pensão básica); 2000: redução de 5% do valor do benefício (pensão dos empregados); tempo mínimo de contribuição (2016): redução de 25 anos para 10 anos, a partir de 2017; f) **Chile**: reformas em 1981 e 2008. Principais mudanças: mudança do sistema previdenciário: sai o de repartição e entra o de capitalização; idade mínima para se aposentar: 60 anos para as mulheres e 65 para os homens; contribuição mínima mensal: trabalhadores dependentes devem doar, mensalmente, 10% de sua renda; os empregadores e o Estado não contribuem para o sistema.

As soluções encontradas para a reforma previdenciária em cada um desses países não mudaram muito, via de regra, dificultaram o acesso aos benefícios, aumentando a idade mínima, diminuindo a renda mensal, alterando o regime da repartição para a capitalização, enfim, estabelecendo requisitos mais rígidos para a concessão de aposentadorias.

10. Conclusão

A jornada humana operou significativa evolução na proteção social dos necessitados, partindo da caridade ao próximo para a elaboração de um sistema sofisticado de seguridade social na maior parte dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Mesmo assim, tal proteção ainda se encontra longe de abranger de forma satisfatória os mais desfavorecidos.

Há tempos, o Estado de bem-estar social está em crise, inclusive em países desenvolvidos, ocorrendo a contínua regressão do aparato de medidas de proteção social. Deste modo, neste início da terceira década do terceiro milênio, não se pode mais falar em evolução, mas sim involução dada a gradativa regressão da proteção social à primeira técnica de proteção social: o próprio homem, que cada vez mais, é ele, o indivíduo, que passa a ser o ente responsável pela cobertura das (suas) contingências sociais.

Neste contexto aquele que não possui capacidade de poupança ou de agir com previdência e olhar para o futuro, não possui perspectivas de bem-estar, valendo aqui invocar o alerta de Paulo Bonavides para quem vigora um "intento indissimulável de fundar um novo poder feudal e inaugurar uma nova idade média".

O prognóstico decorrente do triunfo da globalização neoliberal é a exclusão de parcela significativa da humanidade, com consequentes aumento da desigualdade[172] e acesso restrito, quando muito, aos mínimos sociais.

Trata-se de uma era pós-Estado de bem-estar social, num mundo em que a grande maioria dos países sequer atingiu o próprio Estado de bem-estar.

Mostra-se imperiosa, com isso, a redefinição do próprio conceito de Estado social, com uma nova tessitura de seguridade social capaz de operar distribuição de renda aos mais pobres, que por razões sociais ou individuais não conseguem obter o seu sustento e de suas famílias.

Exatamente por conta de problemas estruturais atuais (custeio da seguridade social, aumento da desigualdade social, envelhecimento da população, desemprego tecnológico), é chegada a hora de pensar alternativas à concepção

[172] PIKETTY, T. *O Capital no Século XXI,* Intrínseca, Rio de Janeiro, 2014, p. 252 e seguintes.

tradicional de riqueza, entendida, ainda, como o produto decorrente do trabalho do Homem. É chegado o momento de serem concebidos novos mecanismos de proteção social capazes de operar, dentro da hodierna realidade, efetiva inclusão social dos pobres e miseráveis - sejam elas quais forem, dos possíveis mecanismos de emissão de moeda para a cobertura orçamentária das contingências sociais, até a instituição de renda básica universal ou auxílios de inserção.

11. Referências

ARAUJO, L.A.D. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência,* Ministério da Justiça, Brasília, 1997.

BALERA, W. *O Direito dos Pobres,* Paulinas, São Paulo, 1982.

_____. "Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum'", *Revista da Previdência Social*, n. CXXX, LTr, setembro de 1991.

_____. "Introdução à Seguridade Social", VV.AA. (MONTEIRO, M.L.G. coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998.

_____. "Previdência e Assistência na Constituinte", *Revista de Previdência Social*, n. LXIII, ano X, fevereiro de 1986.

BARROS, C.M. "Organização internacional do trabalho e Mercosul", *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo*, v. 13, n. 21, 1999, p. 57-78.

BASTOS, C.R; MARTINS, I.G. *Comentários à Constituição do Brasil,* Vol. VII, Saraiva, São Paulo, 1990.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol. VIII, Saraiva, São Paulo, 2000.

BEVERIDGE, W. *O Plano Beveridge*. *Relatório sobre o Seguro Social e Serviços Afins Apresentado ao Parlamento Britânico em Novembro de 1942, por Ordem de sua Magestade por Sir William Beveridge*. Tradução Almir e Andrade, Livraria José Oympio, Rio de Janeiro, 1943.

BLUME, Bruno André. *6 países que fizeram uma reforma previdenciária* (consultado em 20.3.2021) Disponível na World Wide Web: https://www.politize.com.br/reforma-previdenciaria-paises-que-fizeram/.

BOBBIO, N; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmen C. Variale et al; coord. trad. João Ferreira; rev. reg. João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais, UnB, Brasília, 1998.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2019.

BOTELHO, C.S. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas,* Almedina, Coimbra, 2015.

CÂMERA, M.C.B. "William Beveridge e a Seguridade Social Britânica", *Revista de Previdência Social*, n. CXLII 142, LTr, setembro de 1992.

COIMBRA, F. *Direito Previdenciário Brasileiro,* Trabalhistas, São Paulo, 1997.

COMPARATO, F.K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos,* Saraiva, São Paulo,1999.

CORREIA, E.P.B.; CORREIA, M.O.G. "Estudo a Respeito do Benefício Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal", *Revista de Previdência Social*, n. CXCI, LTr, outubro de 1996.

_____. *Curso de Direito da Seguridade Social,* Saraiva, São Paulo, 2001.

COSTA NETO, N.D.O., "A Ideologia Neoliberal e a Globalização Econômica: O Impacto no Campo dos Direitos Fundamentais", *Boletim dos procuradores da República*, v. 4, n. 44, dezembro 2001, p. 20-31.

DALLARI, D.A., *Elementos de Teoria Geral do Estado,* Saraiva, São Paulo, 1987.

_____. *A Globalização e seus Efeitos Excludentes: Serão Respeitados os Direitos Humanos nos Próximos 50 Anos?* Artchip, São Paulo, 1999.

_____. *Uma História: Aula Final*. In: Boletim dos Procuradores da República, n. XLIV, ano IV. São Paulo: s.e., dezembro de 2001.

DELFIM NETO, A. "A Globalização e as Economias Nacionais", *Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais*, Ajufe, Brasília, 2001.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, Melhoramentos, São Paulo, 1999.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Objetiva, Rio de Janeiro, 2001.
DINIZ, M.H. *Dicionário Jurídico,* Saraiva, São Paulo, 1998, vol. III.
DURANT, P. *La Política Comtemporanea de Seguridad Social,* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
FALEIROS, V. "Renda mínima: uma avaliação", VV.AA (SPOSATI, A. org), *Renda Mínima e Crise Mundial: saída ou agravamento?*, Cortez, São Paulo, 1997, p. 11.
FARIAS, P.J. "A Seguridade Social Americana: Uma Visão Informativa e Crítica", *Revista de Previdência Social*, n. CXCVIII, LTr, maio de 1997.
FERRARI, F. *Los Princípios de la Seguridad Social*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972.
FERREIRA FILHO, M.G. *Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1999.
FRANCO, A.S. *Sobre Eduardo Galeano,* Boletim do IBCCRIM, n. CVII, ano IX, outubro de 2001
GONÇALVEZ, N.L., *Novo Benefício da Previdência Social*, IBRASA, São Paulo, 1976.
HARARI, Y.N. *21 lições para o século 21,* tradução de Paulo Geige, Companhia das Letras, São Paulo, 2018.
HORVATH JÚNIOR, M. *Direito Previdenciário*, Quartier Latin, São Paulo, 2002.
IBARRA, D. "O neoliberalismo na America Latina*", Brazilian Journal of Political Economy, Rev. Econ. Polit*. vol.31, n. 2, Apr./June 2011.
LEITE, C.B. *A Proteção Social no Brasil*, LTr, São Paulo, 1978.
_____. "A Previdência Social no Mundo", *Revista de Previdência Social*, n. CXCII, LTr, novembro de 1996.
MARTINEZ, M.N. *A Seguridade Social na Constituição Federal,* LTr, São Paulo, 1992.
_____. *Curso de Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1997, vol. I.
MARTINS, S.P. *Direito da Seguridade Social,* Saraiva Jur, São Paulo, 2020.
MARX, K.; ENGELS, F., *Manifesto do Partido Comunista*, L&PM, Porto Alegre, 2001,
MELLO FILHO, J.C. *Constituição Federal Anotada,* Saraiva, São Paulo, 1986.
MESTRINER, M.L, *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social*, Cortez Editora, São Paulo, 2001.
MORAES FILHO, E. *A Ordem Social num Novo Texto Constitucional*, LTr, São Paulo, 1986.
MORAES, M.V.E, *O Futuro da Seguridade Social*, en Revista de Previdência Social, n. CCXXVI, LTr, São Paulo, setembro de 1999.
MONTORO, A.F. "Cem Anos da 'Rerum Novarum': Presença Humanista, Presença Cristã", *Revista Faculdade de Direito da PUC/SP*, n. I., PUC/SP, 1999.
OLIVEIRA, A.C*. Direito do Trabalho e Previdência Social: Estudos,* LTr, São Paulo, 1996.
ONFRAY, M. *Contra-história da filosofia. Vol. 1*: *as sabedorias antigas*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.
PASTOR, J.M.A. *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1977, vol. I.
PIKETTY, T. *O Capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, Editora Intrínseca Ltda., Rio de Janeiro, 2014.
PIOVESAN, F. "Não à Desconstitucionalização dos Direitos Sociais*", Boletim dos Procuradores da República*, vol. 3, n. 25, maio de 2000.
REALE, M. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*, Saraiva, São Paulo, 1998.
REGONINI, G., "Estado do bem-estar', VV.AA. (FERREIRA, J. coord.), *Dicionário de Política*, vol. 1, tradução de Carmen C. Variale et al, UnB, Brasília, 1998, p. 416.
RUPRECHT, A. J., *Direito da Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 1996.
RUSSOMANO, M.V. *Comentários à Consolidação das leis da previdência social: aprovada pelo Decreto 77.077, de 24.1.1976, e atualizada face às normas subseqüentes, inclusive quanto às leis 6.367, de 19.10.1976, 6.439, de 1.º.9.1977, 6.636, de 8.5.1979 e 6.887, de 10.12.1980*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

SANTOS, B.S. "O novo espectro", *Folha de São Paulo*, Opinião, edição de 07.5.2002, (consultado em 14.4.2021). Disponível na World Wide Web: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0705200208.htm.

SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 2002.

SIMÕES, A. *Princípios de Segurança Social*, Saraiva, São Paulo, 1967, p. 76.

SINGER, P. *Globalização e Desemprego. Diagnóstico e alternativas*, Contexto, São Paulo, 1999

SPOSATI, A. *A Assistência Social no Brasil: 1983/1990,* VV.AA. (SPOSATI, A. coord.) Cortez, São Paulo, 1995.

TODESCHINI, R. *Gestão da Previdência Pública e Fundos de Pensão,* LTr, São Paulo, 2000.

VENTURI, A. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social,* tradução de Gregorio Tudela Cambronero, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

VIANA, M.L.T.W. *A Americanização (Perversa) da Seguridade Social no Brasil: Estratégias de Bem-Estar e Políticas Públicas,* Renan, São Paulo, 1998.

VIDAL NETO, P. *Natureza Jurídica da Seguridade Social*, Tese de concurso para Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

_____. "Princípios de Seguridade Social", *Revista de Previdência Social*, n. CLXXI, LTR, São Paulo, fevereiro de 1995.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 478-493
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe2386-5229

A denegación de embarque xustificada no transporte aéreo de pasaxeiros

The justified denied boarding in passenger air transport

Anxo García Ferreiro[1]
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Introdución. 2. O concepto de denegación de embarque en sentido amplo. 3. A denegación de embarque xustificada. 3.1. Non presentación ao embarque a tempo. 3.2. Presentación ao embarque sen os documentos de viaxe adecuados. 3.3. Non contratación do servizo de acompañamento para menores non acompañados cando as condicións xerais da compañía así o determinen. 3.4. Motivos de seguridade operacional (*safety*). 3.5. Motivos de seguridade física (*security*). 3.6. Motivos de saúde física ou mental. 4. Consecuencias da denegación de embarque non xustificada. 5. Conclusións. 6. Bibliografía.

Resumo: A denegación de embarque adoita asociarse exclusivamente coa reserva excesiva de billetes cando en realidade esta figura é moito máis ampla e complexa do que se acostuma a pensar: pode ter a súa orixe noutros motivos diferentes ao arriba indicado e carrexa diferentes consecuencias xurídicas en función de si estes teñen a consideración de xustificados ou non. A normativa non establece unha lista pechada de causas que permitan xustificar unha denegación de embarque pero, dunha análise pormenorizada da normativa europea reguladora do transporte aéreo, a xurisprudencia, as recomendacións do sector e a doutrina podemos concluír que existen seis motivos principais que poden xustificar unha denegación de embarque. O presente estudo trata de analizar en detalle cada un deles.

Palabras clave: denegación de embarque, transporte aéreo, dereitos pasaxeiros.

Abstract: Denied boarding is usually associated with overbooking but, in fact, this legal concept is much broader and more complex than we usually think, being able to have its origin in other reasons different from the above indicated and carrying different legal consequences depending on whether these are considered justified or not. Regulations do not establish a closed list of causes allowing to justify a denied boarding but, from a detailed analysis of the European regulations governing air transport, jurisprudence, sector recommendations and doctrine, we can conclude that there are six main reasons that can justify a denied boarding. The present study aims to analyze each one of them in a rigorous and detailed way.

Key words: denied boarding, air transport, passenger rights.

---

[1] Licenciado en Dereito pola Universidade de Santiago de Compostela e máster en Estudos Internacionais e en Profesorado. Membro do Ilustre Colexio de Avogados de Madrid dende 2016. Durante os últimos anos desempeñou a súa carreira profesional como avogado especialista no sector do dereito aeronáutico, dedicándose paralelamente á investigación e á publicación de diversos artigos e obras relacionados coa materia. Na actualidade exerce como profesor de educación secundaria e formación profesional. Contacto. https://es.linkedin.com/in/anxogarciaferreiro/es

Recibido: 13/12/2020
Aceptado: 07/04/2021

I. Introducción

Cando falamos de denegación de embarque, inmediatamente asociamos esta figura á existencia dun incumprimento contractual por parte do transportista aéreo, e máis concretamente co que se coñece como *overbooking* ou reserva excesiva de billetes, consistente nunha posta a disposición do público de máis prazas das dispoñibles para un determinado voo co obxectivo de completar a capacidade da aeronave incluso se algúns pasaxeiros finalmente deciden non viaxar[2].

En efecto, cando se produce unha reserva excesiva de billetes por parte dun transportista aéreo, se as estatísticas fallan e un maior número de pasaxeiros se presenta en tempo e forma no aeroporto, a compañía verase abocada a denegar o embarque a todos aqueles que excedan da capacidade máxima da aeronave.

Exposto o anterior, é indubidable que toda reserva excesiva de billetes pode desembocar nunha denegación de embarque pero esta última non se asocia exclusivamente ao concepto de *overbooking*. Ao contrario, a denegación de embarque é unha figura moito máis ampla e complexa que pode ter a súa orixe noutros motivos diferentes ao arriba indicado e que en función da súa xustificación ou non xustificación aparellará distintas consecuencias.

Non podemos esquecer que existen outros motivos de denegación de embarque non xustificada ademais da reserva excesiva de billetes, como poden ser as i) causas operativas[3] (unha reorganización dos voos, un cambio imprevisto a unha aeronave de menor capacidade, un fallo no sistema de xestión de reservas, o embarque preferente de pasaxeiros procedentes doutros voos debido a unha perda de conexión, etc.), ii) a non presentación ao embarque nun dos voos contratados, anulando a compañía o resto de traxectos (cláusula *no show*)[4] ou iii) outras circunstancias imputables á actuación da compañía aérea (un erro por parte do persoal de terra á hora de comprobar os documentos de viaxe e impedindo o embarque ao pasaxeiro, a denegación por motivos raciais ou étnicos, excesos por parte do persoal de terra á hora de cualificar a un pasaxeiro como insubordinado ou importantes erros de apreciación ao valorar a súa falta de aptitude para voar en base a motivos médicos, etc.).

Ao igual que sucede coas figuras do retraso e da cancelación dun voo, a denegación de embarque que xera unha responsabilidade do transportista[5] é unicamente a que carece de xustificación[6]. Existen, por tanto, outras situacións nas que é lícito impedir o acceso dun pasaxeiro á aeronave sen que se xere ningunha sorte de dereito cara o mesmo. De aí a importancia de coñecer o alcance exacto de

---

[2] As estatísticas amosan que do total de pasaxeiros que reservan praza nun voo, existe unha determinada porcentaxe deles que finalmente non chegan a presentarse ao embarque. Para maximizar os beneficios, os transportistas determinan cal é o número máximo de prazas que poden poñer á venda baseándose en determinados datos estatísticos, tomando en consideración o número histórico de reservas efectuadas e o número histórico de pasaxeiros que finalmente chegan a embarcar no voo. TULLIO, Leopoldo. "Overbooking, cancellazione e ritardi" en FOLCHI, Mario.O. (dir), *ALADA en Roma. XXVIII Jornadas Latino Americanas de Dereito Aeronáutico y Espacial*, Buenos Aires. ALADA, 2004, p.101.

[3] Ao respecto, *vid*. STXUE de 4 de outubro de 2012 no asunto C-22/11 (Caso Finnair).

[4] Aínda que é preciso matizar que a normativa europea non establece de momento unha prohibición expresa a este tipo de prácticas, polo que existen Estados nos que a denegación de embarque por *no show* se consideraría xustificada e outros nos que a nivel lexislativo ou xurisprudencial se determinou a nulidade deste tipo de cláusulas. A Proposta de modificación do Regulamento 261/2004 presentada en 2013 (COM/2013/0130 final - 2013/0072 (COD)) considera a denegación de embarque por *no show* como non xustificada, pero ata o momento non se prevé a súa entrada en vigor.

[5] A denegación de embarque xustificada tamén pode xerar, nalgúns supostos, dereitos de carácter asistencial. *Vid.* apartados 3.3, 3.4 e 3.6.

[6] Tódolos supostos de feito regulados no Regulamento 261/2004 presentan dúas perspectivas (retraso xustificado/non xustificado, cancelación xustificada/non xustificada, denegación de embarque xustificada/non xustificada) sendo os casos de falta de xustificación os únicos que xeran un dereito de compensación. *Vid*. Conclusións.

cada un dos tipos de denegación de embarque, delimitando e enumerando de maneira nítida cales son os motivos que permiten xustificar este tipo de actuacións por parte dos transportistas.

II. O concepto de denegación de embarque en sentido amplo

O réxime xurídico da denegación de embarque está contido fundamentalmente no Regulamento 261/2004, de 11 de febreiro, polo que se establecen normas comúns sobre compensación e asistencia aos pasaxeiros aéreos en caso de denegación de embarque e de cancelación ou gran retraso dos voos, e se derroga o Regulamento (CEE) nº 295/91, cuxo artigo 2.j se refire a ela como "*a negativa a transportar pasaxeiros nun voo*[7] *pese a presentarse ao embarque nas condicións establecidas no apartado 2 do artigo 3, salvo que haxa motivos razoables para denegar o seu embarque, tales como razóns de saúde ou de seguridade ou a presentación de documentos de viaxe inadecuados*".

É imprescindible sinalar que a definición ofrecida polo Regulamento carece da precisión que sería desexable ao utilizar o cualificativo xenérico de "denegación de embarque" para referirse soamente a aquela que non ten xustificación e que é obxecto de sanción de acordo coas súas disposicións[8]. A definición que se recolle no precepto reproducido correspóndese unicamente coa da denegación de embarque non xustificada, de tal maneira que dunha lectura íntegra do artigo 2.j podería extraerse que a negativa a transportar a un pasaxeiro nun voo por motivos de seguridade ou de saúde, por poñer un exemplo, non se poderían cualificar como tal. Pese a iso, é innegable que ambos casos seguen constituíndo supostos de denegación de embarque, aínda que non carrexen consecuencias xurídicas conforme ao establecido no texto comunitario.

En calquera caso, consideramos que a primeira parte do artigo (*a negativa a transportar pasaxeiros nun voo*) define e nos permite distinguir os dous elementos fundamentais que teñen que concorrer para poder falar de denegación de embarque en sentido amplo: por unha parte i) o suxeito implicado debe de ter a condición de pasaxeiro, é dicir, é imprescindible que exista un vínculo contractual válido entre este e o transportista[9] e, por outra parte, ii) o pasaxeiro debe de ver negado o seu acceso ao interior da aeronave, sexa de maneira voluntaria ou involuntaria[10]. Delimitadas ambas notas comúns, será a xustificación ou a non xustificación da medida a que determinará as consecuencias xurídicas aplicables a cada caso, conforme ao disposto nos arts. 4, 7, 8 e 9.

III. A denegación de embarque xustificada:

Podemos definir a denegación de embarque xustificada como a negativa a transportar pasaxeiros nun voo por existir motivos razoables que impidan a presenza dos mesmos a bordo da aeronave. Derívase sempre dunha actuación, estado ou conduta imputable ou atribuíble ao pasaxeiro ou a un terceiro e allea á actuación do transportista, que cumpre dilixentemente coas obrigacións derivadas do contrato de transporte aéreo, e ten como consecuencia a imposibilidade de

---

[7] Aos efectos do texto comunitario debe de entenderse como voo tanto a realización dun único traxecto como dunha serie de traxectos que transporten a un pasaxeiro dende un aeroporto de saída ata o seu destino final, sempre e cando todos eles fosen obxecto dun único contrato de transporte aéreo, aínda que cada un deles sexa operado posteriormente por un transportista diferente. *Vid*. STXUE de 10 de xullo de 2008 no asunto C-173/07 (Emirates Airlines).

[8] Esta definición será ratificada tamén pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. *Vid*. STXUE de 4 de outubro de 2012 no asunto C-22/11 (Caso Finnair)

[9] Art. 3 do Regulamento 261/2004 de 11 de febreiro.

[10] *Ibíd.* Art. 4.

invocar os dereitos de asistencia e compensación recoñecidos no Regulamento 261/2004[11].

Ata o momento non existe unha lista exhaustiva de motivos xustificados de denegación de embarque, a excepción do disposto no artigo 2.j do texto europeo, pero iso non quere dicir que as compañías aéreas poidan ampliar a mesma a outros supostos de maneira aleatoria por resultar contrario ao obxectivo perseguido pola norma comunitaria: garantir un elevado nivel de protección aos pasaxeiros[12]. Por este motivo haberá que poñer en relación o contido do devandito artigo con outros textos e normas reguladoras do transporte aéreo[13] e coa xurisprudencia e doutrina para poder determinar con claridade os supostos nos que si se pode denegar o embarque de forma xustificada a un pasaxeiro.

En calquera caso, a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE), e máis concretamente a súa sentencia de 4 de outubro de 2012, determinou que as denegacións de embarque xustificadas deben de limitarse exclusivamente a aqueles supostos que gardan relación coa situación individual do pasaxeiro. De esta maneira, e sen ánimo exhaustivo, podemos sinalar como principais motivos de xustificación da denegación de embarque os que se enumeran a continuación:

3.1 - Non presentación ao embarque a tempo:

O artigo 3.2 do Regulamento 261/2004 condiciona a aplicabilidade das disposicións do devandito texto legal a que os pasaxeiros i) se presenten á facturación nas condicións requiridas polo transportista aéreo ou operador turístico, ben á hora fixada previamente e por escrito polos mesmos, ou ben, de non indicarse ningunha hora, con 45 minutos de antelación respecto da hora de saída anunciada, ou ii) fosen transbordados por calquera motivo a outro voo distinto do contratado[14]. O incumprimento desta previsión por parte do pasaxeiro non só xustificaría unha hipotética denegación de embarque, no caso de producirse, senón que directamente excluiría a aplicación do Regulamento no seu conxunto.

O texto europeo fai mención expresa á non presentación á facturación, o cal pode resultar confuso. Na actualidade o máis habitual é que os pasaxeiros realicen a facturación directamente dende o seu domicilio, vía internet, de tal xeito que non necesitan acudir aos mostradores para obter as súas tarxetas de embarque senón que se presentan nas portas. Trala irrupción no mercado das compañías aéreas de baixo custo, tamén é relativamente frecuente que unha gran parte dos pasaxeiros viaxe só coa súa equipaxe de man, evitando facturar para non ter que aboar un suplemento adicional[15]. O feito de que a facturación en mostrador xa non sexa un requisito imprescindible para poder voar fai necesario substituír o concepto de non presentación á facturación en tempo e forma polo de non presentación ao embarque en tempo e forma.

Cando nos encontramos ante un voo que comprende múltiples segmentos, a presentación ao embarque en tempo debe de entenderse con relación a cada un deles. Neste caso, si o pasaxeiro perde o seu voo de conexión por non presentarse puntualmente ao embarque no aeroporto de transbordo, e sempre e cando esa

---

[11] *Vid.* Arts. 4, 7, 8 e 8 do Regulamento 261/2004 de 11 de febreiro.

[12] *Cf.* apartados 29 e 33 da STXUE de 4 de outubro de 2012 no asunto C-321/11 (Rodríguez Cachafeiro e Martínez-Reboredo Varela-Villamor)

[13] Incluíndo aquí normas elaboradas polo propio sector aeronáutico como poden ser as Prácticas Recomendadas nº1724 da IATA, etc.

[14] Por exemplo, no caso de que o voo contratado non puidera operar por calquera motivo e o transportista recolocase aos pasaxeiros noutros voos alternativos para trasladalos ao seu destino final.

[15] Esta práctica é común sobre todo nos voos de corta e media distancia. Nos voos de longa distancia o habitual é que se inclúa dentro da tarifa a posibilidade de facturar unha peza de equipaxe.

perda sexa debida a un motivo imputable ao mesmo e non se derive dun incumprimento por parte do transportista[16], non se xerará un dereito de compensación[17]. Non obstante, a xurisprudencia amósase vacilante no caso de que a perda da conexión sexa debida a una mala planificación do tempo de conexión entre os voos. Se ben algúns xulgados e tribunais se pronuncian no sentido de que a compañía aérea non pode ofrecer combinacións de voos se o tempo de conexión entre eles non permite facer o transbordo de forma segura, outros argumentan que á vista das opcións dispoñibles, o pasaxeiro ten a liberdade de escoller entre unhas ou outras, asumindo os riscos que a súa decisión poida implicar[18].

En calquera dos casos, sempre que o pasaxeiro non se presente coa antelación indicada ao embarque, e aínda que a aeronave aínda se encontre na plataforma, a denegación considerarase xustificada con independencia de que o motivo sexa propio ou alleo á vontade do mesmo. Esta cuestión reviste unha especial complexidade cando o pasaxeiro se presenta a tempo no aeroporto e, por circunstancias alleas tanto ao mesmo como ao transportista non se pode presentar ao embarque (como podería ser una folga do persoal de seguridade do aeroporto ou a paralización das lanzadeiras entre terminais, etc.) pero incluso nestes supostos a denegación de embarque cualificaríase como xustificada e o transportista carecería de responsabilidade algunha conforme ao Regulamento 261/2004. A desprotección dos pasaxeiros nestes supostos é más que evidente ao non existir ningunha normativa específica, á marxe do dereito común, que lles permita no seu caso esixir responsabilidade ao xestor aeroportuario[19].

3.2 - Presentación ao embarque sen os documentos de viaxe adecuados:

O artigo 2.j do Regulamento 261/2004 faculta de forma expresa ás compañías aéreas para impedir o embarque nun voo a todo pasaxeiro que non porte consigo a documentación de viaxe adecuada, entendendo como tal o correspondente billete, a documentación que o identifique e, se o voo non é interno, a documentación requirida para poder ingresar ao Estado de destino. A compañía non pode denegar o embarque pola falta de presentación de outra documentación diferente á indicada[20], excepto que a lexislación vixente así o autorice.

---

[16] STXUE Rodríguez Cachafeiro e Martínez-Reboredo Varela-Villamor

[17] Apartado 4.4.7 *in fine*. Comunicación da Comisión (2016/C 214/04). Directrices interpretativas do Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establecen normas comúns sobre compensación e asistencia aos pasaxeiros aéreos en caso de denegación de embarque e de cancelación ou gran retraso dos voos, e se derroga o Regulamento (CE) nº 2027/97 do Consello sobre a responsabilidade das compañías aéreas en caso de accidente, na súa versión modificada polo Regulamento (CE) nº 889/2002 do Parlamento Europeo e do Consello.

[18] A SAP de Sevilla de 28 de abril de 2008 descarga ás compañías aéreas de toda responsabilidade cando a perda do voo de conexión se deriva dunha mala planificación do transporte por parte do pasaxeiro, con tempos de conexión moi breves. Ao respecto sinala que « *los demandantes no pueden imputarle la responsabilidade de ello a la compañía (…) Esta informa en su página web de todos los vuelos disponibles, sus destinos y sus horarios. Y es la persona que quiere viajar la que elige el o los vuelos que más le convienen. Pero esta elección ha de hacerla siempre siendo consciente de las obligaciones asumidas en el contrato de transporte, fundamentalmente en el caso que nos ocupa de la obligatoria presentación a la aceptación al vuelo con un mínimo de cuarenta y cinco minutos. (…) En el presente caso es manifiestamente claro que la planificación horaria que realizaron los demandantes fue enormemente arriesgada porque con esos horarios era imposible cumplir con las condiciones contractuales y con la normativa del transporte aéreo de personas. No obstante lo cual ellos libremente optaron por ese horario* »

[19] GÓMEZ PINEDA, José Manuel. *Los derechos de los pasajeros y usuarios en los aeropuertos*. CEDAE. 17 de outubro de 2017.

[20] *V. gr*. a obrigación de portar a tarxeta de crédito coa que se fixo a compra, práctica que se consideraría abusiva. Sentencia do Tribunal Rexional de Frankfurt am Main de data

Con relación ao billete de avión, as compañías aéreas poderán denegar o embarque de forma xustificada cando o pasaxeiro non porte a súa tarxeta de embarque ou se presente con un billete falsificado, un billete adquirido por métodos ilegais, cuxa perda ou roubo fose denunciada, billetes danados ou mutilados, etc[21]. O feito de contar cunha reserva válida non impide que o transportista poida denegar xustificadamente o embarque ao pasaxeiro que se presenta na porta sen o correspondente billete. Non obstante, a tarxeta de embarque é un documento privado, de modo que a compañía non está obrigada a denegar o embarque a un pasaxeiro cando se incumpra algún dos requisitos anteriores[22] e sempre e cando estea identificado debidamente e figure nos rexistros, pero si o fai, non tería que render contas por iso[23].

Respecto á demais documentación esixida, será cada Estado quen se encargue de regular os documentos de identificación necesarios para poder embarcar en voos internos e igualmente quen establecerá os requisitos que deben de cumprir os cidadáns do resto do mundo para acceder ao seu territorio[24] (necesidade de pasaporte, visado específico, permiso de viaxe, certificado de vacinación, probas de diagnóstico de enfermidades, etc. e as datas de validez e caducidade) ou incluso nalgúns casos os requisitos que deben de cumprir os seus propios cidadáns para saír ao estranxeiro[25].

Como regra xeral, a documentación que se esixe para poder ingresar a calquera Estado será a posesión dun documento nacional de identidade (por exemplo dentro do Espazo Schengen) pasaporte en vigor ou, en determinados casos, tamén dun visado. Non obstante, cada país pode esixir a presentación adicional de outro tipo de documentación, ben con carácter xeral ou ben de maneira temporal cando concorran de motivos que o xustifiquen. Un exemplo disto podémolo atopar na obrigación de portar unha proba diagnóstica de infección de SARS-Cov2 con resultado negativo para aqueles pasaxeiros que teñan intención de ingresar a España e procedan de países con altos niveis de transmisibilidade desta enfermidade[26], ou na obriga de tramitar unha solicitude no Sistema Electrónico

---

27.01.2011 (*Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27.01.2011, Az. 2-24 O 142/10*).

[21] MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia. *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*. Marcial Pons. Madrid 2013. p. 102.

[22] Será obxecto de regulación por medio das condicións xerais da contratación.

[23] Sempre e cando viaxe nas mesmas condicións que o resto do pasaxe e conte coa documentación esixida para ingresar ao punto de destino. En caso contrario estaríamos ante un suposto de polisonaxe, que no caso de España supón a incursión en responsabilidade penal tanto do polisón como dos tripulantes da aeronave ou persoal do aeroporto que coopere á comisión do delito (Artigo 64 da Lei 209/194 penal e procesual en materia de navegación aérea), ademais dunha posible sanción administrativa ao transportista.

[24]De conformidade co artigo 10 do Regulamento (CE) nº 300/2008 do Parlamento Europeo e do Consello de 11 de marzo de 2008 sobre normas comúns para a seguridade da aviación civil e polo que se derroga o Regulamento (CE) nº 2320/2002, todos os Estados membros teñen que elaborar, aplicar e manter un programa nacional de seguridade para a aviación civil no que, entre outros aspectos, cada Estado ten que concretar a documentación necesaria para o embarque. Neste sentido, e para o caso de España, o capítulo 4, ap. 4.1.4 do Programa Nacional de Seguridade para a Aviación Civil de 16 de xullo de 2012 (PNS) establece a documentación que obrigatoriamente deberán de aportar os pasaxeiros xunto coa súa tarxeta de embarque para acceder á aeronave.

[25] Como exemplo, ata 2019 as mulleres sauditas non podían viaxar ao estranxeiro sen o permiso dos seus titores e China está estudando poñer en marcha un carné por puntos para os seus cidadáns que, entre outras sancións derivadas da perda dos mesmos, podería establecer a de non poder viaxar libremente.

[26] "*Todo pasajero procedente de un país o zona de riesgo de los enumerados en el anexo II, que pretenda entrar en España, deberá disponer de una Prueba Diagnóstica de Infección Activa (en adelante PDIA) para SARS-CoV-2 con resultado negativo, realizada en las setenta y dos horas previas a la llegada a España*." Art. 4 da Resolución de 11 de novembro de 2020,

para Autorización de Viaxes (*Electronic System for Travel Authorization*. ESTA) por parte dos cidadáns daqueles países que participan no Programa de Exención de Visado (*Visa Waiver Program*. VWP)[27] e que pretenden ingresar aos EUA, entre outros moitos exemplos.

Con carácter xeral, as compañías aéreas teñen a obriga de comprobar a documentación de identificación de cada pasaxeiro nos voos internos e igualmente de verificar que todo aquel que embarque nun dos seus voos conte coa documentación requirida para ingresar ao Estado de destino final[28] ou, no seu caso, para saír ao exterior, sen que en ningún suposto se poida esixir a presentación doutros documentos que non estean expresamente previstos na norma. Neste sentido, o artigo 2.j do Regulamento 261/2004 faculta de forma expresa ás compañías aéreas para impedir o embarque nun voo a todo pasaxeiro que non porte consigo a documentación de viaxe requirida[29].

A documentación esixida para poder embarcar amplíase no caso de que o pasaxeiro sexa un menor non acompañado. Con carácter xeral, non existe ningunha restrición específica para esta clase de pasaxeiros á marxe da capacidade que o dereito común de cada Estado lles atribúa[30], aínda que o habitual é que no dereito interno se estableza a necesidade de que o menor conte cunha determinada documentación para poder viaxar só. Especialmente no caso de que o menor non acompañado viaxe ao estranxeiro, e en función da normativa vixente no Estado de orixe e destino, o habitual é que ademais de esixírselle portar un documento de identidade, pasaporte ou visado, necesite tamén contar cunha autorización oficial, firmada polo pai, a nai ou o titor, e expedida ante funcionario público[31] e incluso documentación que probe a filiación e a patria potestade en función do país de destino[32]. O mesmo aplica cando o menor viaxa cun adulto que non exerza a patria potestade.

As compañías non só teñen a capacidade de denegar o embarque xustificadamente aos pasaxeiros que non porten a documentación requirida para a entrada no Estado de destino senón que en moitos casos están obrigadas a facelo ou, do contrario, expóñense a ser sancionadas economicamente. No caso de España, o transporte de estranxeiros por vía aérea ata territorio español sen que se comprobase a validez e vixencia da documentación pertinente para entrar no país considérase unha infracción moi grave aos efectos do disposto na LO 4/2000 de 11 de xaneiro sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social[33] e o transportista pode ser sancionado cunha multa de 5.000 a 10.000 euros por cada viaxeiro transportado, ata un máximo de 750.000 euros[34].

---

da Dirección Xeral de Saúde Pública, relativa aos controis sanitarios a realizar nos puntos de entrada de España.

[27] Sección 1187 do Título 8 do Código Federal dos EUA (*Title 8 - Aliens and nationality. Chapter 12 - Immigration and nationality. Subchapter II - Immigration. Part II - Admission Qualifications for Aliens; Travel Control of Citizens and Aliens. § 1187*)

[28] Para iso contan cunha base de datos chamada TIMATIC, pertencente á IATA e actualizada permanentemente polas embaixadas dos distintos Estados, que teñen que consultar para verificar os documentos de viaxe ou visados esixidos polos países de destino e tránsito e evitar así denegacións de embarque inxustificadas.

[29] Entendendo como tal a solicitada polo Estado de orixe, o Estado ou Estados de tránsito e o Estado de destino.

[30] No caso de España, resultará de aplicación o disposto nos artigos 154 e seguintes do Código Civil. En consecuencia, un menor poderá viaxar só sempre que conte coa correspondente autorización por parte do pai, a nai ou o titor.

[31] En España, coa entrada en vigor da Instrución 10/2019, dende o 1 de setembro de 2019 é obrigatorio que o menor conte co correspondente permiso de viaxe de menores ao estranxeiro para poder abandonar o territorio do Estado.

[32] AENA. *Menores que viajan solos*. Fonte: http://www.aena.es/es/pasajeros/menores-viajan-solos.html. Consultado o 10/11/2020.

[33] Reformada pola LO 14/2003 de 20 de novembro e a LO 2/2009 de 11 de decembro.

[34] Arts. 54.2.b, 55 e 66.3.a da LO 4/2000 de 11 de xaneiro.

Agora ben, no caso de que unha compañía aérea negue o embarque a un pasaxeiro en base á presentación de documentos de viaxe inadecuados, este último ten dereito a opoñerse a esa decisión. Corresponderalle, en todo caso, ao órgano xurisdicional competente determinar en función das circunstancias alegadas o carácter adecuado ou inadecuado da documentación presentada polo viaxeiro e, en definitiva, se a denegación ten carácter xustificado ou non, tal e como se indica no fundamento 95 da STXUE de 30 de abril de 2020[35]. Si se determina o seu carácter inxustificado, o pasaxeiro poderá exercitar os dereitos que lle outorga o Regulamento 261/2004, incluído o de compensación.

Para rematar, non podemos obviar que a tecnoloxía avanza a un ritmo imparable e nalgúns aeroportos xa existen sistemas de identificación biométrica que permiten a identificación dos pasaxeiros sen necesidade de amosar a súa documentación de viaxe. Todo parece indicar que nun futuro próximo xa non será necesario portar todos os documentos en formato físico á hora de utilizar o transporte aéreo[36].

3.3 – Non contratación do servizo de acompañamento para menores non acompañados cando as condicións xerais da compañía así o determinen.

Pese a que legalmente, e tendo en consideración o analizado en liñas anteriores, non existe ningunha restrición específica á viaxe de menores non acompañados que conten con toda a documentación legalmente esixida para viaxar sos, é evidente que o embarque dos mesmos nun voo implica un grado de dilixencia e responsabilidade adicional que non todos os transportistas están dispostos a asumir[37]. Por este motivo, as compañías teñen total liberdade á hora de fixar as condicións necesarias para permitir o embarque de menores non acompañados a bordo da súa flota.

Non existen uns criterios homoxéneos senón que cada transportista, conforme ás súas políticas internas e de acordo coa responsabilidade que estea disposto a asumir, determinará a idade mínima a partir da cal un menor pode viaxar só nas súas aeronaves e os requisitos necesarios para que os nenos cuxa idade sexa inferior poidan viaxar sen a presenza dos seus pais ou titores legais a bordo: xeralmente a presenza dun adulto que se faga responsable do mesmo durante toda a viaxe ou, cando iso non sexa posible, a obrigatoriedade de contratar un servizo de acompañamento[38]. En todo caso, os requisitos especiais para a viaxe de menores non acompañados teñen que informarse de maneira clara e visible na páxina web da compañía e advertirse á hora de realizar a contratación.

Partindo do anterior, unha compañía poderá denegar xustificadamente o embarque a un menor cando, ao momento de presentarse ao embarque, se comprobe que non cumpre cos requisitos contractualmente establecidos para poder viaxar só. En calquera caso, o transportista que denegue o embarque a un menor

---

[35] STXUE de 30 de abril de 2020 no asunto C-584/18 (D. Z. vs Blue Air - Airline Management Solutions SR)

[36] HISPAVIACIÓN. *El futuro de la gestión de identidades en aeropuertos: seguro, confidencial y fácil*. Fonte: http://www.hispaviacion.es/futuro-la-gestion-identidades-aeropuertos-seguro-confidencial-facil/ Consultado o 05/03/2021.

[37] Sobre todo cando o menor realiza voos en conexión ou cando por calquera motivo o voo contratado resulta retrasado ou cancelado. Evidentemente un menor non ten a mesma capacidade de xestión da situación que un adulto e, consecuentemente, o trato que a compañía debe de dispensarlle non pode ser o mesmo que a calquera outro pasaxeiro; a responsabilidade que asume é moito maior. *Vid*. Art. 9.3 do Regulamento 261/2004.

[38] Cada compañía ten flexibilidade á hora de regular esta cuestión. Así, Ryanair non permite o transporte de menores de 16 anos non acompañados nin dispón de servizo de acompañamento. Iberia, Air Europa, Avianca ou LATAM permiten viaxar sos aos nenos de entre 5 e 11 anos si previamente contratan o servizo de acompañamento e, a partir dos 12 anos, poden viaxar sos sen restricións. Vueling emprega o mesmo criterio, pero resérvase a facultade de esixir unha autorización aos menores de entre 12 e 17 anos.

deberá de proporcionarlle toda a asistencia necesaria, podendo incorrer en responsabilidade cando como consecuencia da non prestación da mesma se lle ocasione a este un dano moral ou material.

3.4 - Motivos de seguridade operacional (*safety*):

A seguridade operacional fai referencia a todos aqueles procesos e sistemas tendentes a identificar os perigos e neutralizar os riscos que entraña unha determinada actividade, co obxectivo de minimizar o número de accidentes e de incidentes[39]. Trátase dun obxectivo estratéxico fundamental, por non dicir o de maior relevancia, dentro do sector da aviación[40].

Dada a súa importancia, o concepto de seguridade operacional impregna toda a normativa reguladora da actividade aeronáutica e, ao igual que sucede no dereito comparado[41], o Regulamento 261/2004 habilita ao transportista a denegar o embarque a un pasaxeiro cando coa súa presenza a bordo se poida ver comprometida tanto a súa propia seguridade como a do resto do pasaxe e tripulación[42].

Esta disposición, aínda que na maioría das ocasións poida resultar bastante controvertida, atópase en concordancia coas previsións contidas noutros textos normativos, tanto internacionais como europeos e internos, que habilitan expresamente ao transportista a adoptar todas as medidas necesarias para garantir a seguridade das operacións. Así, se a presenza dun pasaxeiro a bordo ou a súa equipaxe poden comprometer a seguridade operacional do voo, a compañía poderá denegarlle o embarque de maneira xustificada.

O exemplo máis evidente contémplase no Regulamento 1107/2006[43], cuxo artigo 4.1 permite ás compañías aéreas denegar o embarque a unha persoa con discapacidade ou mobilidade reducida[44] i) se a súa presenza a bordo impide que se cumpran os requisitos de seguridade establecidos mediante lexislación internacional, comunitaria ou nacional, ou os requisitos de seguridade establecidos pola autoridade que emitiu o certificado de operador aéreo á compañía aérea en

---

[39] Tamén se podería definir como « *Un estado no que o risco de lesións ás persoas ou danos aos bens se reduce e se mantén nun nivel aceptable, ou por debaixo do mesmo, por medio dun proceso continuo de identificación de perigos e xestión de riscos*" (trad.) Fonte: OACI. *Manual de gestión de la seguridad operacional*. Primeira edición. 2006

[40] OACI. *Informe de seguridad operacional*. Edición 2015.

[41] A modo de exemplo, a lei israelí de compensación e asistencia aos pasaxeiros aéreos de 2012 (*Aviation Services Law. 5772-2012. Versión oficial en lingua inglesa*) si contempla no seu artigo 5(d) os motivos de seguridade operacional como eximentes de responsabilidade en caso de denegación de embarque. *Vid*. GARCÍA FERREIRO, Anxo. "Los derechos de los pasajeros aéreos en la legislación israelí" en VV.AA. *Anuario Jurídico Secciones del ICAM*. Editorial Jurídica Sepín. Madrid 2019.

[42] O artigo 2.j da versión en español do Regulamento 261/2004 fai referencia unicamente a « *razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados*» como motivos xustificables de denegación de embarque, o que pode xerar dúbidas acerca de si o concepto de seguridade engloba tanto a operacional como a física ou unicamente esta última. A versión en inglés do Regulamento permite despexar toda dúbida, xa que o artigo 2.j fai referencia expresa a ambas « *such as reasons of health, safety or security, or inadequate travel documentation* »

[43] Regulamento (CE) nº 1107/2006 sobre os dereitos das persoas con discapacidade ou mobilidade reducida no transporte aéreo.

[44] O Regulamento 1107/2006 define no seu artigo 2 como « persoa con discapacidade » ou « persoa con mobilidade reducida » a toda persoa cuxa mobilidade para utilizar o transporte se atope reducida por motivos de discapacidade física (sensorial ou locomotriz, permanente ou temporal), discapacidade ou deficiencia intelectual, ou calquera outra causa de discapacidade, ou pola idade, e cuxa situación requira unha atención adecuada e a adaptación ás súas necesidades particulares do servizo posto a disposición dos demais pasaxeiros.

cuestión[45] ou, ii) se as dimensións da aeronave ou as súas portas imposibilitan fisicamente o embarque ou transporte da devandita persoa.

Do mesmo xeito, conforme ao texto mencionado, as compañías aéreas poden esixir que o pasaxeiro con discapacidade ou mobilidade reducida teña que ir acompañado por outra persoa que lle poida facilitar a asistencia necesaria[46], pero unicamente cando sexa imprescindible aos efectos de cumprir cos estándares de seguridade operacional establecidos pola normativa aplicable[47]. Polo exposto, tamén podería denegárselle xustificadamente o embarque a un pasaxeiro cando concorrendo os motivos expostos, non conte co acompañamento necesario.

O artigo 4 é unha excepción á regra xeral contida no artigo 3 do devandito Regulamento, que prohibe de maneira taxativa a denegación de embarque a unha persoa alegando a súa discapacidade ou mobilidade reducida, así como calquera tipo de discriminación[48], pero que atopa a súa xustificación na especial relevancia da seguridade nas operacións aéreas. De aí que o Regulamento 1107/2006, para minimizar o número de denegacións de embarque por cuestións de seguridade operacional, obrigue a toda compañía aérea a proporcionar información aos usuarios acerca dos requisitos de seguridade básicos e a accesibilidade da aeronave[49] para garantir que os pasaxeiros que se poidan ver afectados teñan capacidade para decidir se desexan contratar ese voo.

Para rematar, a denegación de embarque xustificada por motivos de seguridade operacional non se circunscribe só aos supostos previstos no Regulamento 1107/2009 senón que, por idénticos motivos aos expostos, excepcionalmente poderíase denegar de maneira xustificada o embarque a calquera pasaxeiro que, sen padecer unha discapacidade ou ter una mobilidade reducida, non poida viaxar a bordo en condicións de seguridade aceptables. Tratarías de aqueles casos nos que o tamaño físico da aeronave ou o seu equipamento non estivesen adaptados ás súas necesidades particulares, ben por motivos de altura, de equipaxe necesaria ou de peso[50], e tal circunstancia puidera poñer en risco a súa propia seguridade e a do resto de pasaxeiros.

En calquera caso, si se denega o embarque a un pasaxeiro amparándose en motivos de seguridade operacional, este terá dereito a que a compañía lle ofreza o reembolso íntegro do importe do billete ou ben un transporte alternativo nas condicións que establece o Regulamento 261/2004[51], sempre e cando neste se cumpran todas as disposicións de seguridade que impedían o embarque no voo inicialmente contratado.

---

[45] Por exemplo, se o pasaxeiro necesita viaxar cun equipo médico que obstaculiza o corredor ou a saída de emerxencia e reduce a velocidade ou capacidade coa que o resto da pasaxe pode utilizar os equipos de seguridade a bordo ou evacuar a aeronave.

[46] Artigo 4.2 do Regulamento 1107/2006

[47] Documento de traballo dos Servizos da Comisión (SWD(2012) 171 final). Directrices Interpretativas para a aplicación do Regulamento (CE) nº 1107/2006 do Parlamento Europeo e do Consello, de 5 de xullo de 2006, sobre os dereitos das persoas con discapacidade ou mobilidade reducida no transporte aéreo.

[48] A denegación de embarque dunha persoa discapacitada ou con mobilidade reducida cando non concorran motivos de seguridade operacional considerarase en todo caso inxustificada. Nese caso, o pasaxeiro poderá exercitar todos os dereitos que o Regulamento 261/2004 lle confire, podendo ademais esixir responsabilidade polos danos materiais ou morais que se lle causasen. A todo iso hai que engadir que a infracción das disposicións do Regulamento 1107/2006 aparella a imposición de sancións á compañía aérea na medida que cada Estado determine (artigo 16).

[49] En especial as dimensións das portas, os asentos, o corredor ou a existencia ou non de aseos accesibles.

[50] As esixencias de seguridade poden limitar o acceso das persoas obesas ao transporte aéreo (por exemplo, debido á falta de dispoñibilidade de asentos adecuados). Así o recollen as Directrices interpretativas do Regulamento 1107/2006 (Documento de traballo dos servizos da Comisión (SWD(2012) 171 final) *op. cit*.).

[51] Artigo 4 do Regulamento 1107/2006 e artigo 8 do Regulamento 261/2004.

3.5 - Motivos de seguridade física (*security*):

A diferenza da seguridade operacional, a seguridade física ten como obxectivo analizar e detectar todas aquelas ameazas externas á propia operación da aeronave e que poden poñer en risco o correcto desenvolvemento do voo. En concordancia co anterior, e conforme ao establecido no Regulamento 261/2004, cando existen indicios claros que apunten que a presenza a bordo dun pasaxeiro pode poñer en cuestión a seguridade física da operación (polo seu carácter indisciplinado ou insubordinado, se está baixo os efectos de drogas ou sustancias alcohólicas, trata de entrar con equipaxe non permitida, entre outros moitos motivos), tanto a tripulación como o persoal de terra poden denegarlle xustificadamente o embarque.

O artigo 2.j do Regulamento alude de forma xenérica a motivos de seguridade como xustificación para denegar o embarque dun pasaxeiro pero nin o mesmo nin ningún outro texto anterior ou posterior definen claramente as condutas que se poden englobar dentro deste concepto. A normativa que existe limítase, basicamente, a tratar os problemas que xorden nas aeronaves en voo[52] pero non aquelas condutas anteriores ao mesmo e que potencialmente puideran comprometer a seguridade da aeronave. Estas últimas, ata o momento só teñen reflexo a nivel xurisprudencial[53].

A Circular nº288 da OACI de 2002 relativa a Aspectos Xurídicos sobre a Problemática dos Pasaxeiros Insubordinados ou Perturbadores recolle no seu capítulo segundo unha lista de condutas que nos permitirían por analoxía determinar qué clase de comportamentos poderían implicar a denegación xustificada do embarque[54].

Deste modo, e sen ánimo exhaustivo, podería considerarse xustificada a negativa a embarcar a pasaxeiros que non respectan as instrucións lexítimas da tripulación ou os ameacen ou ataquen física ou verbalmente, pasaxeiros que adopten comportamentos que comprometan a orde e disciplina de a bordo (atoparse baixo os efectos de sustancias alcohólicas ou estupefacientes, atentar contra a moral e boas costumes, etc.) ou pasaxeiros que comprometan coa súa actuación a seguridade operacional do voo (destrución de elementos da aeronave ou equipos de emerxencia) entre outros.

A inexistencia dunha normativa clara e vinculante que regule a materia, así como a falta dunha lista detallada e específica de motivos de denegación de embarque por causas de seguridade física, outorga á tripulación da aeronave e ao persoal de terra encargado do embarque dos pasaxeiros unha gran marxe de discrecionalidade á hora de cualificar a conduta dun pasaxeiro como ameaza á seguridade do mesmo. Igualmente, a ausencia de normativa específica respecto de esta problemática impulsou ás compañías aéreas a introducir na súas condicións xerais cláusulas polas que se reservan unha ampla marxe de manobra á hora de denegar o embarque a un individuo por motivos de seguridade, contando incluso

---

[52] É o caso do Convenio sobre infraccións e certos outros actos cometidos a bordo de aeronaves, concluído en Tokio o 14 de setembro de 1963, cuxo artigo 1.2 limita o seu ámbito de aplicación ás "*infraccións cometidas e aos actos executados por unha persoa a bordo de calquera aeronave matriculada nun estado contratante mentres se atope en voo, na superficie de alta mar ou na de calquera outra zona situada fora do territorio dun estado*" (trad.), o mesmo se pode predicar da Circular nº288 da OACI.

[53] Un exemplo é o constituído pola SAP de Valencia (sección 7ª) de 17 de maio de 2006, que xustifica a denegación de embarque de varios pasaxeiros que antes de subirse á aeronave "*chillaban, desobedecían, olían a alcohol, andaban mal, recibieron quejas de otros pasajeros en el sentido de que si subían al avión ellos no lo hacían y, en general, mostraron una actitud indicativa de tal consumo y, sobre todo, de que iban a alterar el orden de la nave*", ao entender que, de seren embarcados, a súa conduta alteraría "*el buen régimen de la aeronave*".

[54] MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia. *Op cit*. p. 124 e ss.

con listados de pasaxeiros perturbadores aos que, en base a antecedentes previos, se lles impide o embarque nas súas aeronaves[55].

A liña que separa a denegación de embarque xustificada da denegación de embarque non xustificada é moi estreita nestes supostos e si se demostra que existiu un abuso de autoridade por parte do persoal da compañía ou que a súa decisión de non embarcar a un pasaxeiro foi desproporcionada, podería verse comprometida a responsabilidade do transportista, xa non só aos efectos da aplicación das medidas establecidas no Regulamento 261/2004, senón tamén polos danos materiais e morais ocasionados con motivo da decisión e, incluso a nivel penal[56].

3.6 - Motivos de saúde física ou mental:

Atopámonos ante o último dos grandes motivos polos que un transportista pode impedir o acceso dun pasaxeiro á aeronave pero, novamente, volvemos a constatar a inexistencia dunha normativa clara e vinculante que regule a materia nin se detalla una lista coas patoloxías que poderían xustificar unha denegación de embarque por razóns de saúde física ou mental.

Na práctica, ao igual que sucede coas razóns de seguridade física, é a propia tripulación a que discrecionalmente determinará se un pasaxeiro se atopa en condicións adecuadas para poder embarcar na aeronave. Poderán impedirlle a entrada sempre e cando entendan que o estado físico ou psíquico do pasaxeiro supón un perigo serio e concreto para a tripulación, a pasaxe ou a propia aeronave[57], poida requirir atención médica a bordo ou se considere que o seu estado de saúde se poida ver agravado durante o voo ou a consecuencia do mesmo[58].

Polo exposto, podería denegarse o embarque de forma xustificada a un pasaxeiro que presente síntomas compatibles con algún tipo de enfermidade infecciosa que poida poñer en cuestión a saúde do resto da pasaxe e tripulación, a viaxeiros que manifesten no momento previo ao embarque algún síntoma que poida alertar sobre a presenza dunha patoloxía que, sen ser infecciosa, existan razóns fundadas que indiquen que poida verse agravada durante o traxecto ou a consecuencia da propia viaxe ou a pasaxeiros que manifesten algún trastorno mental de gravidade que poida supoñer un perigo nos termos antes indicados. Tamén se equipararían a este suposto os casos de aqueles pasaxeiros que sofren unha crise nerviosa, un ataque de pánico de gravidade ou calquera clase de incidente médico que se produza no momento do embarque e que lles incapacite para voar, entre outras circunstancias.

Como excepción á anterior regra, debemos de entender tamén que a tripulación podería denegar xustificadamente o embarque a aqueles pasaxeiros que, sen manifestar síntomas aparentes de portar unha enfermidade, teñan o seu acceso restrinxido no país de destino ou de escala por ser residentes ou nacionais de Estados nos que exista unha emerxencia de saúde pública en curso ou ben visitasen as zonas afectadas nos días anteriores á súa presentación ao embarque[59].

---

[55] Todo iso amparado pola IATA, concretamente o art. 7 das Prácticas Recomendadas nº 1724.

[56] A iso hai que sumar a mala reputación que eses acontecementos lle poden xerar á compañía. Non é infrecuente que algunhas denegacións de embarque ou incluso a expulsión de pasaxeiros dunha aeronave por motivos bastante cuestionables ocupen portadas e teñan un impacto xa no só a nivel local senón internacional.

[57] GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *La responsabilidade contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. p.371.

[58] OMS. *International travel and health*. Fonte: https://www.who.int/ith/mode_of_travel/travellers/en/. Consultado el 05/03/2020.

[59] Un exemplo desto atopámolo na prohibición temporal de entrada de estranxeiros que visitasen China nos 14 días anteriores á súa entrada nos EUA como consecuencia da epidemia de coronavirus 2019-nCoV que afectaba ao país nese momento, decretada por

Esta situación produciríase naqueles casos nos que exista un temor razoable a que a enfermidade se puidera chegar a introducir e estender dentro do Estado de destino, dada a súa alta capacidade de infección ou contaxio.

A xustificación da negativa de acceso unicamente será válida sempre e cando conte con respaldo normativo que lle de soporte, entendendo que de non existir este, nin a tripulación nin o transportista deberían de estar facultados para restrinxir unilateralmente o embarque a pasaxeiros que non amosen ningún tipo de síntoma, só por razón da súa residencia ou nacionalidade.

Outro caso particular constitúese pola posibilidade de denegación xustificada de embarque das mulleres embarazadas a partir dun determinado mes de xestación, esixindo en ocasións certificados médicos acreditativos tanto do número de semanas de embarazo como de que non existe risco para voar[60], e todo iso en aras a protexer a saúde da pasaxeira e do fillo que espera. Se ben estas medidas foron fonte de polémica nalgunhas ocasións pola discrecionalidade dos transportistas á hora de fixar o máximo de semanas de xestación a partir das cales unha muller embarazada pode ou non embarcar nos seus voos, o certo é que as mesmas contan con respaldo por parte das autoridades competentes tanto a nivel estatal como europeo[61].

Finalmente, nos casos nos que se denegue o embarque a un pasaxeiro por motivos de saúde, este non terá dereito a recibir unha compensación pero si a que se lle preste a asistencia necesaria e tamén á devolución do prezo do billete[62].

IV. Consecuencias da denegación de embarque non xustificada:

Toda denegación de embarque que teña encaixe nalgún dos seis motivos que acabamos de analizar e cumpra cos requisitos estudados terá a consideración de xustificada e, en consecuencia, non aparellará responsabilidade algunha da compañía fronte ao pasaxeiro máis alá das excepcións que se especificaron nalgúns supostos respecto do dereito de asistencia ou do reembolso do importe do billete.

Sensu contrario, se a compañía denega o embarque a un pasaxeiro sen que concorra algún dos presupostos válidos que facultan ao transportista para levar a cabo esta actuación ou, existindo dúbidas ao respecto, os tribunais determinan a non xustificación da medida, este poderá exercitar todos os dereitos que lle outorga o artigo 4.3 do Regulamento 261/2004, en concreto:

- **Dereito a unha compensación económica de carácter obxectivo** e valorada en 250 euros (voos de ata 1500kms), 400 euros (todos os voos intracomunitarios de máis de 1500kms e todos os demais voos de entre 1500 e 3500kms) ou 600 euros (todos os voos non comunitarios de máis de 3500kms), cunha redución do 50% en determinados supostos previstos no artigo 7.2.
- **Dereito ao reembolso ou a un transporte alternativo**, a escoller polo pasaxeiro e nos termos previstos no artigo 8.
- **Dereito a atención**, con carácter gratuíto, incluíndo en función do tempo de espera i) comida e refrescos suficientes, ii) aloxamento, iii) transporte entre o aeroporto e o lugar de aloxamento e iv) dúas chamadas telefónicas gratuítas, télex, mensaxes de fax ou correos electrónicos, todo iso nos termos previstos no artigo 9.

Proclamación Presidencial de 31 de xaneiro de 2020. Fonte: *Proclamation on Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus. January 31, 2020.* (EUA)

[60] MORILLAS JARILLO, María José; PETIT LAVALL, María Victoria e GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *Derecho aéreo y del espacio*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2014. p. 626.

[61] Directrices Interpretativas para a aplicación do Regulamento (CE) nº 1107/2006… O*p. cit*.

[62] MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia. *Op cit*.

V. Conclusións

Frecuentemente a denegación de embarque é asociada en exclusividade á reserva excesiva de billetes cando realmente esta figura é moito máis ampla e complexa do que se adoita pensar, podendo ter a súa orixe noutros motivos diferentes ao arriba indicado e aparellando distintas consecuencias en función da xustificación ou non xustificación dos mesmos.

Podemos definir a denegación de embarque en sentido amplo como a negativa a transportar pasaxeiros nun voo. En función das causas ou motivos que dan lugar á mesma, a denegación poderase considerar como xustificada ou como non xustificada.

O anterior é común a tódolos supostos de feito regulados no Regulamento 261/2004 de 11 de febreiro (retraso xustificado/non xustificado, cancelación xustificada/non xustificada, denegación de embarque xustificada/non xustificada) sendo os casos de falta de xustificación os únicos que xeran un dereito de compensación. No caso do retraso e a cancelación a xustificación ven dada pola concorrencia de circunstancias extraordinarias (art. 5.3) e no caso da denegación de embarque pola concorrencia dalgún dos motivos que se analizaron ao longo do presente estudo. *Ergo*, non é a constatación dun retraso, unha cancelación dun voo ou unha denegación de embarque a que vai a determinar a existencia de responsabilidade por parte do transportista senón que esta dependerá da xustificación ou non xustificación dese feito.

Ata o momento non existe unha lista pechada de motivos que permitan xustificar unha denegación de embarque, se ben a xurisprudencia do TXUE ditaminou que estes teñen que limitarse en exclusiva a aqueles supostos que garden relación coa situación individual do pasaxeiro. En calquera caso, a falta da mesma atenta contra o principio de seguridade xurídica e o desexable é que a futura reforma do Regulamento 261/2004 se encargue de cubrir esta lagoa.

Dunha análise pormenorizada da normativa europea reguladora do transporte aéreo, a xurisprudencia, as recomendacións do sector dos transportistas aéreos e a doutrina podemos concluír que existen seis motivos principais que poden xustificar unha denegación de embarque por parte da compañía: i) non presentación ao embarque en tempo, ii) presentación ao embarque sen os documentos de viaxe adecuados, iii) non contratación do servizo de acompañamento para menores non acompañados cando así se determine, iv) motivos de seguridade operacional ou v) física e vi) motivos de saúde. Cando concorra un dos motivos sinalados, o transportista quedará eximido de toda responsabilidade, a excepción do reembolso do prezo do billete ou asistencia en casos puntuais.

Finalmente, é importante facer fincapé en que a liña divisoria entre a xustificación e a non xustificación encóntrase diluída en moitas ocasións, sobre todo naqueles supostos nos que a normativa apenas intervén e a discrecionalidade do persoal de terra e da tripulación da aeronave á hora de valorar os feitos maiores. Inevitablemente serán os tribunais de xustiza os que se encargarán de encher as lagoas lexislativas caso por caso en tanto non exista unha regulación máis detallada.

VI. Bibliografía

AENA. *Menores que viajan solos*. Fonte: http://www.aena.es/es/pasajeros/menores-viajan-solos.html. Consultado o 01/11/2020

COMISIÓN EUROPEA. Documento de traballo dos Servizos da Comisión (SWD(2012) 171 final). Directrices Interpretativas para a aplicación do Regulamento (CE) nº 1107/2006 do Parlamento Europeo e do Consello, de 5 de xullo de 2006, sobre os dereitos das persoas con discapacidade ou mobilidade reducida no transporte aéreo.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación da Comisión (2016/C 214/04) Directrices interpretativas do Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establecen normas comúns sobre compensación e asistencia aos pasaxeiros aéreos en caso de denegación de embarque e de cancelación ou gran retraso dos voos, e se derroga o Regulamento (CE) nº 2027/97 do Consello sobre a responsabilidade das compañías aéreas en caso de accidente, na súa versión modificada polo Regulamento (CE) nº 889/2002 do Parlamento Europeo e do Consello.

GARCÍA FERREIRO, Anxo. "Los derechos de los pasajeros aéreos en la legislación israelí" en VV.AA. *Anuario Jurídico Secciones del ICAM*. Editorial Jurídica Sepín. Madrid 2019.

GÓMEZ PINEDA, José Manuel. *Los derechos de los pasajeros y usuarios en los aeropuertos*. CEDAE. 17 de outubro de 2017. Fonte: https://cedaeonline.com.ar/wp-content/uploads/2017/10/los-derechos-de-los-pasajeros-y-usuario-en-los-aeropuertos-razon-legal.pdf. Consultado o 05/03/2021

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005

HISPAVIACIÓN. *El futuro de la gestión de identidades en aeropuertos: seguro, confidencial y fácil*. Fonte: http://www.hispaviacion.es/futuro-la-gestion-identidades-aeroportos-seguro-confidencial-facil/ Consultado o 05/03/2021.

MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia. *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*. Marcial Pons. Madrid 2013

MORILLAS JARILLO, María José; PETIT LAVALL, María Victoria e GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *Derecho aéreo y del espacio*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2014

OACI. *Informe de seguridad operacional*. Edición 2015.

OACI. *Manual de gestión de la seguridad operacional*. Primeira edición. 2006

OMS. *International travel and health*. Fonte: https://www.who.int/ith/mode_of_travel/travellers/en/. Consultado o 05/03/2020

PETIT LAVALL, María Victoria. "El overbooking o sobreventa en el transporte aéreo de pasajeros" en *Derecho de los Negocios*. Nº130-131. Julio-Agosto 2001. pp. 1-16.

TULLIO, Leopoldo. "Overbooking, cancellazione e ritardi" en FOLCHI, Mario. O. (dir), *ALADA en Roma. XXVIII Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, ALADA, Buenos Aires, 2004

Normas citadas:

Estatais:

Aviation Services Law. 5772-2012. Versión oficial en lingua inglesa (Israel).

Instrución 10/2019, de 9 xullo, da Secretaría de Estado de Seguridade, pola que se regula o procedemento para outorgar o permiso de viaxe fora do territorio nacional para menores (España).

Lei 209/194 penal e procesual en materia de navegación aérea (España).

LO 4/2000 de 11 de xaneiro sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social. (España).

Proclamation on Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus. January 31, 2020. (EUA).

Resolución de 16 de xullo de 2012, da Secretaría Xeral de Transportes, pola que se publica o Acordo do Consello de Ministros de 6 de xullo de 2012 polo que se modifica o Acordo do Consello de Ministros de 5 de maio de 2006, polo que se aproba o Programa Nacional de Seguridade para a Aviación Civil (España).

Resolución de 11 de novembro de 2020, da Dirección Xeral de Saúde Pública, relativa aos controis sanitarios a realizar nos puntos de entrada de España (España).
Real Decreto de 24 de xullo de 1889 polo que se publica o Código Civil (España).
Sección 1187 do Título 8 do Código Federal dos EUA (*Title 8 - Aliens and nationality. Chapter 12 - Immigration and nationality. Subchapter II - Immigration. Part II - Admission Qualifications for Aliens; Travel Control of Citizens and Aliens. § 1187)* (EUA)

Europeas:

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello que modifica o Regulamento (CE) nº 261/2004 polo que se establecen normas comúns sobre compensación e asistencia aos pasaxeiros aéreos en caso de denegación de embarque e de cancelación ou gran retraso dos voos, e o Regulamento (CE) nº 2027/97 relativo á responsabilidade das compañías aéreas respecto ao transporte aéreo dos pasaxeiros e a súa equipaxe (COM/2013/0130 final - 2013/0072 (COD).
Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, de 11 de febreiro de 2004, polo que se establecen normas comúns sobre compensación e asistencia aos pasaxeiros aéreos en caso de denegación de embarque e de cancelación ou gran retraso dos voos, e se derroga o Regulamento (CEE) nº 295/91.
Regulamento (CE) nº 1107/2006 do Parlamento Europeo e do Consello de 5 de xullo de 2006, sobre os dereitos das persoas con discapacidade ou mobilidade reducida no transporte aéreo.
Regulamento (CE) nº 300/2008 do Parlamento Europeo e do Consello de 11 de marzo de 2008 sobre normas comúns para a seguridade da aviación civil e polo que se derroga o Regulamento (CE) nº 2320/2002.

Internacionais:

Circular nº288 da OACI de 2002 relativa a Aspectos Xurídicos sobre a Problemática dos Pasaxeiros Insubordinados ou Perturbadores
Convenio sobre infraccións e certos outros actos cometidos a bordo de aeronaves, concluído en Tokio o 14 de setembro de 1963.
Prácticas Recomendadas nº1724 da IATA.

Xurisprudencia:
Estatal:
SAP de Sevilla (Sección 5) 206/2008 de 28 de abril de 2008
SAP de Valencia (sección 7ª) de 17 de maio de 2006
Sentencia do Tribunal Rexional de Frankfurt am Main de 27 de xaneiro de 2011 (*Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27.01.2011, Az. 2-24 O 142/10*)

Europea:
STXUE de 10 de xullo de 2008 no asunto C-173/07 (Emirates Airlines)
STXUE de 4 de outubro de 2012 no asunto C-22/11 (Caso Finnair)
STXUE de 4 de outubro de 2012 no asunto C-321/11 (Rodríguez Cachafeiro e Martínez-Reboredo Varela-Villamor).
STXUE de 30 de abril de 2020 no asunto C-584/18 (D. Z. vs Blue Air - Airline Management Solutions SR)

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 494-520
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La comunidad rohinyá: vulneración de Derechos Humanos y crímenes internacionales

Rohinya's community: Human Rights violation and international crimes

Ricardo Rodríguez Cobos[1]
Instituto Universitario Gutiérrez Mellado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Sumario: 1. Introducción. 1.1 La necesidad de reacción internacional ante presuntos crímenes internacionales. 1.2 La vulneración de derechos humanos de los rohinyá y la presunta responsabilidad estatal. 1.3 Visión: estado de las sedes judiciales ternacionales ante la crisis rohinyá. 2.La defensa de los derechos humanos en la comunidad rohinyá: análisis del problema. 2.1. La comunidad rohinyá y el conflicto. 2.1.1.Perspectiva histórica. 2.1.2. El conflicto rohinyá. 2.2. La vulneración de derechos humanos en la comunidad rohinyá. 2.2.1. Panorama general. 2.2.2. La denegación del derecho a una nacionalidad e identidad. 2.3. La responsabilidad del Estado de Myanmar por hechos internacionalmente ilícitos. 2.4. La proyección jurídica del caso rohinyá ante los tribunales internacionales. 2.4.1. Respuesta de la Corte Penal Internacional. 2.4.2.Respuesta del Tribunal Internacional de Justicia. 2.5. Propuesta de calificación jurídica. 3.Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Los hechos acontecidos en el Estado de Myanmar sobre la población rohinyá en la última década han sido motivo de investigación y análisis de las sedes judiciales internacionales: Tribunal Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional. Tras las oportunas investigaciones de Naciones Unidas y organizaciones internacionales se han alzado sospechas de la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio. El presente artículo aborda la cuestión rohinyá, sus antecedentes en el Estado de Myanmar, la vulneración sufrida en materia de derechos humanos y revisa la situación jurídica en la que se encuentran los procesos judiciales iniciados en la Corte Penal Internacional y Tribunal Internacional de Justicia. Por último, estudia y defiende la calificación jurídica de delito de genocidio cometido por el Estado de Myanmar.

Palabras clave: rohinyá, Tribunal Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, derechos humanos, lesa humanidad, genocidio, minorías.

---

[1] Ricardo Rodríguez Cobos es licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Salamanca, graduado en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja, Máster Universitario en Paz, Seguridad y Conflictos Internacionales en Universidad Santiago de Compostela, Diploma en Derecho Internacional Humanitario por Comité Internacional de Cruz Roja y cursando en la actualidad Máster Oficial en Paz, Seguridad y Defensa por UNED-Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.

Recibido: 11/02/2021
Aceptado: 08/05/2021

Abstract: The events suffered by the Rohingya's minority in the aftermath of Myanmar's mobilisation along the last decade have caused the due investigation by the international judicial courts. As the UN Facts finding reports coupled with others have stated, it seems plausible the suspicion of actual crimes of genocide and against humanity being committed. This document analyses the rohingya's case, its background in Myanmar, the violation in the realm of Human Rights and reviews the current state of judicial processes arranged in both the International Criminal Court and International Court of Justice. Finally, it offers and defends a statement of crime of genocide committed by Myanmar**.**

Keywords: Rohingya community, International Court of Justice, International Criminal Court, Human Rights, genocide, crimes against humanity, minorities.

Principales siglas utilizadas:

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
ARNO	Organización Nacional de Arakan
ASEAN	Asociación de Países del Sudeste Asiático
CONF	Conferencia
CPI	Corte Penal Internacional
CSNU	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
DIP	Derecho Internacional Público
ER	Estatuto de Roma
FCPI	Fiscalía de la Corte Penal Internacional
HRC	Human Rights Council
ICESCR	Pacto Internacional de Derechos Políticos, Sociales, Económicos y Culturales.
NNUU	Naciones Unidas
p	Página
para/s	párrafo/s.
pp	páginas
RES	Resolución
S	Sentencia
S/PV	Sesión Provisional
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia

1. Introducción

El estudio del desplazamiento forzoso que la comunidad rohinyá ha experimentado en la segunda década del siglo XXI en la República de Myanmar muestra de manera drástica la muerte de un gran número de personas a manos de agentes estatales y no estatales -milicias y grupos armados- junto a una crisis de refugiados sobre los Estados limítrofes -India y Bangladesh-.

Las fuentes documentales estudiadas proceden del repositorio de Naciones Unidas y de los numerosos informes presentados por las principales organizaciones internacionales (Amnistía Internacional, *Human Rights Watch*; entre otros). Tras su análisis pretendemos ofrecer dos perspectivas generales de calificación jurídica: genocidio y crímenes de lesa humanidad. Al mismo tiempo, descartamos el tipo penal de crímenes de guerra al no considerar la diada de dos actores armados en condición de conflicto armado.

Recibido: 11/02/2021
Aceptado: 08/05/2021

1.1. La necesidad de reacción internacional ante presuntos crímenes internacionales

Presentamos este estudio con motivo de la consideración de un posible retraso en la reacción de la comunidad internacional ante los presuntos crímenes y vulneraciones a los derechos humanos cometidas en Myanmar. Todo ello a la luz del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional. El contexto en que estos crímenes internacionales se viene produciendo es del siglo XXI. Sin embargo, ya existen claros antecedentes históricos -Ruanda, Bosnia y antes, Tokio y Nuremberg-. En ellos comprobamos que pese a los mecanismos y tratados existentes: la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948[2], el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)[3] y el Estatuto de Roma (ER) que estableció una Corte Penal Internacional Permanente (CPI)[4], el pueblo rohinyá sigue sufriendo políticas, acciones y omisiones de vulneración en derechos humanos. El Estado de Myanmar mantiene esta estrategia y los Estados limítrofes han mostrado cierta pasividad. La comunidad internacional ha reaccionado a través de dos demandas: una ante la CPI (*Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*) y otra ante el TIJ (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar*) el día 11 de noviembre de 2019 en aras a garantizar una efectiva tutela judicial[5]. Teniendo ambos tribunales diferentes competencias, parece a todas luces reseñable la respuesta a las atrocidades cometidas y que se siguen perpetrando contra este pueblo, tanto a fin de declarar la posible responsabilidad internacional de Myanmar, así como la depuración de responsabilidades de los autores de éstas.

1.2. La vulneración de derechos humanos de la comunidad rohinyá y la presunta responsabilidad estatal

La situación presente es que el Estado de Myanmar, con sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ha provocado desplazamientos forzosos de la minoría rohinyá[6]. La repercusión internacional se plasma ante la demanda interpuesta por Bangladesh en la CPI contra Myanmar, el cual no es parte firmante del ER. La cuestión procesal queda abordada en el documento *Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute*[7]. Los desplazamientos forzosos, las crisis de refugiados y los campos de reclusión de rohinyás en la frontera Bangladesh-Myanmar suponen una gravísima vulneración de derechos humanos sobre una minoría de la que conoce el derecho internacional[8] . De hecho, la posible propuesta de calificación de genocidio y crimen de lesa humanidad ya ha sido invocada también por diversas organizaciones[9].

---

[2] Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 y entrando en vigor el 12 de enero de 1951 de conformidad con el artículo XIII.

[3] Creado con la Carta de NNUU como uno de sus órganos principales y regulado en el Capítulo XIV.

[4] En base al documento A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998.

[5] "Fallen rights icon at UN court for Rohingya genocide case". AP News. 10 de diciembre de 2019.

[6] NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. Informe de la Misión Internacional independiente de investigación de Myanmar. A/HRC/42/50, 2019

[7] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"
ICC-RoC46(3)-01/18-37 06 September 2018 | Pre-Trial Chamber I

[8] CANO LINARES, M. *Los Rohinyás. Apátridas perseguidos del siglo XXI. La actuación de la Comunidad Internacional*. 1ª ed. Madrid: Ed. *Dykinson. Universidad Rey Juan Carlos,* 2019

[9] ARASHPUOR, A; ROUSTAEI, A. (2016). "The investigacion of committed crimes against Myanmar's Rohingya and the invoke necessity to The theory of responsibility to protect". *Judicial Tribune. 2016,* vol. 6, Nº2, pp.385-400.

En el estudio nos proponemos mostrar la importancia de las obligaciones *erga omnes* para los Estados a la luz del DIP (incluyendo el consuetudinario), la responsabilidad de los Estados ante actos ilegítimos cometidos cuando éstos son los autores y no aplican su jurisdicción interna en base al principio de complementariedad y la de poner fin a las graves atrocidades cometidas contra esta comunidad. Bangladesh es parte del ER, pero no así Myanmar. Sin embargo, la aplicación *ius cogens* ante derechos *erga omnes* puede motivar una decidida acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) para afrontar dicha problemática. Especialmente significativo es el pronunciamiento anual del presidente del CSNU en noviembre de 2017[10] donde recuerda que el Consejo llama al gobierno de Myanmar a terminar con el uso de la fuerza militar en Rakáin, a restaurar el imperio de la Ley y la administración civil en esa zona además de cumplir con sus obligaciones de preservar los derechos humanos en grupos vulnerables sin tener en cuenta raza, etnia, religión o ciudadanía. Finalmente, como hemos avanzado, la cuestión se ha llevado ante los dos tribunales internacionales mencionados.

1.3. Visión: estado de las sedes judiciales internacionales ante la crisis rohinyá

Nuestra pretensión es que mediante la presentación del estado actual del caso ante los órganos judiciales internacionales se genere un debate sobre la importancia de la dimensión multinacional y del derecho internacional en la cuestión procesal para conocer de asuntos concernientes a la vulneración de los derechos humanos de minorías. Del mismo modo, pretendemos hacer un llamamiento sobre una cuestión tan actual como es la crisis rohinyá y la respuesta de los órganos judiciales supranacionales en aras a la protección de los más básicos derechos humanos. Con la propuesta de calificación jurídica fundamentada conforme a derecho y de los hechos expuestos en los informes de la Comisión creada por NNUU a tal efecto pretendemos evaluar la capacidad de respuesta de los órganos judiciales supranacionales en materia de derecho penal internacional.
Presentamos el estado de la cuestión desde la acción llevada a cabo por el principal órgano encargado de mantener la paz y seguridad internacional según la Carta de NNUU, el CSNU, y las instancias judiciales internacionales: TIJ y CPI. Así, por lo que se refiere a NNUU, con fecha 6 de noviembre de 2017, el entonces presidente del Consejo de Seguridad, Sebastiano Cardi, hizo el llamamiento indicado para poner fin a la violencia reportada por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de Myanmar[11] contra la minoría rohinyá. Además, condenó la violencia y los abusos cometidos y se pidieron medidas que permitieran el regreso de más de 607.000 desplazados de dicha etnia. También se instó a la colaboración bilateral entre Bangladesh y Myanmar para la creación de un marco seguro y digno para el restablecimiento del hogar de la minoría conforme a lo establecido en el Memorándum de Acuerdo entre ambos países[12]. Por lo que respecta a la esfera judicial, se presentaron -como veremos- demandas ante el TIJ y se dio comienzo a la investigación oportuna en la CPI. Unido a ello, la Comisión internacional independiente de investigación de los hechos en Myanmar[13] propuso en 2018 la calificación de los abusos cometidos como crímenes contra la humanidad y de genocidio. A su vez, Amnistía Internacional, en 2018, calificó concretamente los hechos

[10] NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa seguimiento sesiones y resultados. *Security Council Presidential Statement Calls on Myanmar to End Excessive Military Force, Intercommunal Violence in Rakhine State.* Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2017

[11] La denominación Myanmar es frecuentemente sustituida en la literatura académica por Birmania.

[12] NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa seguimiento sesiones y resultados. *Security Council Presidential Statement Calls on Myanmar to End Excessive Military Force, Intercommunal Violence in Rakhine State.* Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2017

[13] Desarrollada por Resolución 34/22 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

de crimen de *apartheid*[14] con respecto a los rohinyá asentados en la región de Rakáin dentro de Myanmar[15].

2. La defensa de los derechos humanos en la comunidad rohinyá: análisis del problema

Sobre la comunidad rohinyá asentada en Myanmar existe una aparente desprotección jurídica por los siguientes motivos: falta de efectiva acción por parte del CSNU, inacción de los actores estatales, los acuerdos de repatriación entre Bangladesh y Myanmar, la deportación forzosa de Rohinyás de India y la búsqueda de asentamiento en una isla remota de sedimentos de Bashan Shar. Por tanto, se vulnera la protección de los refugiados en el Derecho Internacional. Queda así detallado en el documento de Naciones Unidas en su *Fact Finding Report of Detailed Findings*[16].

2.1. La comunidad rohinyá y el conflicto

La comprensión del devenir de la comunidad rohinyá desde una perspectiva es necesaria para entenderla como sujeto activo de derechos inalienables desde el punto de vista individual y desde el tribal o colectivo. A este último punto correspondería el denominado caso de los derechos de los pueblos[17].

2.1.1. Perspectiva histórica

La comunidad rohinyá es una minoría de tipo étnico que ha estado asentada durante siglos en la región occidental de Rakáin, en el Estado de Myanmar. En total, viven más de ciento treinta y cinco distintas. Los rohinyá son mulsumanes y practican una variante sufí del islam. Este hecho ha supuesto una serie de tensiones desde que Birmania adquiriese su independencia del Reino Unido a mediados del siglo XX[18]. Especialmente, ha sido significativa la confrontación entre una suerte de supremacismo budista -practicada por el 80% de los cincuenta y seis millones de habitantes- y el resto de las minorías étnicas: san, *karen*, *rakhine*, chinos, indios y mon[19]. En este sentido, el Estado de Birmania ha desarrollado una política de unificación estatal que minusvaloraba configuraciones de tipo tribal[20].

---

[14] El crimen de *apartheid* es un crimen de lesa humanidad, a tenor del artículo 7, apartado 2, letra h) del ER que estatuye que será crimen todos los actos carentes de humanidad en relación con su apartado 1 pero en el marco de un régimen institucionalizado con el objetivo de la opresión y dominación en el tiempo sobre grupos raciales determinados y con vocación de permanecer en el tiempo.

[15] CANO LINARES, M· *Los Rohinyás. Apátridas perseguidos del siglo XXI. La actuación de la Comunidad Internacional*. 1ª ed. Madrid: Ed. *Dykinson. Universidad Rey Juan Carlos,* 2019. Pág. 24

[16] NACIONES UNIDAS. Informe del Consejo De Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar.* Asamblea General de Naciones Unidas, 2019

[17] Cf. Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. Especialmente ilustrativos son sus artículos 1 y ss, donde constan los derechos de los indígenas ex Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los Derechos Humanos.

[18] En 1948 Birmania obtuvo la independencia del Reino Unido.

[19] IZQUIERDO ALBERCA, J. (2016). "La exclusión de los rohinyás de Birmania: Un viejo desafío para un nuevo gobierno". *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, Nº 26, pág 3

[20] KANTAR, S. "Myanmar Refugees. No Repatriation Without Peace". *World Policy Institute*, 6 abril de 2016. *Disponible en: http://worldpolicy.org/2016/04/06/myanmar-refugees-no-repatriation-without-peace/ (Consultado el 4/01/2021)*

Los rohinyá hablan dialecto bengalí y no son de etnia reconocida, lo que les ha proporcionado en no pocas ocasiones la consideración de apátridas[21]. Esta idea ha sido reforzada con la política birmana de monopolio étnico en las élites en política, economía y educación. Por tanto, la comunidad rohinyá ha visto relegada sus derechos y han sido aislados por razón de su fe musulmán y su lengua.

2.1.2. El conflicto rohinyá

Consideramos necesario detallar los hechos acontecidos sobre el pueblo rohinyá en el Estado de Myanmar desde una perspectiva histórica. Una de las principales razones es poder determinar los elementos volitivos habidos, siendo de importancia clave para la calificación jurídica pertinente. Del mismo modo, las diferencias de trato jurídico sobre los rohinyá se remontan a la época de la independencia del país. Ver lo que sucede en esos puntos es harto necesario para conocer el grado de implicación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Myanmar, sus instituciones y los órganos de gobierno del país en la presunta vulneración de los derechos humanos. Si proporcionamos una visión de los efectos de los movimientos de desplazamiento de esta minoría en los Estados circundantes obtenemos un análisis sobre la dimensión transnacional y de su implicación jurídica tanto para los Estados parte del ER como para los que no lo son.
Como mostramos en este estudio, Myanmar -Birmania en su denominación anterior- es el resultado de una concentración significativa de etnias de entre las cuales surge una predominante -la budista- en cuanto a lo social, cultural y político. En 1978 se desarrolló una operación que trataba de evitar movimientos de inmigración ilegal de extranjeros en zonas fronterizas[22].

En el marco de esta operación ya se mencionó al pueblo rohinyá como emigrante, en especial hacia la zona de Bangladesh. Con la Operación Rey, misión birmana enfocada en terminar con movimientos migratorios, se produjo un desplazamiento masivo de la comunidad de alrededor 250.000 según fuentes bangladesíes y de 150.000 según fuentes birmanas. En cualquier caso, es un número significativamente alto y levanta la atención de la sociedad internacional con base en la principal institución supranacional: NNUU. En este sentido, se logró concluir un acuerdo bilateral que recogía el compromiso para la repatriación de aquellos desplazados rohinyás a Myanmar[23].

El momento más álgido de la exclusión hacia esta minoría se realiza desde un punto de vista estatal y lo es así porque se promulga en base a la Ley de Ciudadanía de 1982. Bajo esta norma se pretendía una mejor definición de los derechos sociales y civiles de sus habitantes. Sin embargo, fue en la definición de los sujetos pasivos y ámbito de aplicación donde se observó dicha exclusión étnica. En concreto, se consideró como nacionales únicamente a aquellos nacidos de padres birmanos, independientemente del lugar de nacimiento. De hecho, se hacía necesario remontarse a aquellos antepasados que residían en Birmania antes de 1948, año de su independencia. Por tanto, se revela un criterio en el Derecho Civil de su ordenamiento jurídico basado en el principio de *ius sanguinis* y no de residencia o nacimiento[24]. Una de las consecuencias fue la negación de

---

[21] CANO LINARES, M. *Los Rohinyás. Apátridas perseguidos del siglo XXI. La actuación de la Comunidad Internacional*. 1ª ed. Madrid: Ed. *Dykinson.* Universidad Rey Juan Carlos, 2019. Pág. 50-55

[22] NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. *La situación de los refugiados en el mundo 2000. La difícil situación de los rohinyá.* Publicaciones Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2016

[23] IZQUIERDO ALBERCA, J. (2016). "La exclusión de los rohinyás de Birmania: Un viejo desafío para un nuevo gobierno". *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, Nº 26, Pág. 5

[24] Id (2016:6-8)

la ciudadanía para el Estado birmano de la comunidad rohinyá y de su denominación como "bengalís" o *kalar*[25][26].

En respuesta a lo anterior, en el año 2014 se dio un paso significativo, bajo los auspicios de Naciones Unidas, para que Myanmar y su gobierna elaborasen un censo que abarcara a toda su población y, por ende, determinara a minorías apartadas del tejido institucional -como era el caso rohinyá- como birmanos. Sin embargo, se elevaron voces que defendían el aislamiento social y político de la minoría. Los principales argumentos esgrimidos se remontaban al año 2012. Tras una violación de una budista y la muerte de un monje, se acusó por parte de grupos de presión a la comunidad mulsumana rohinyá como autora. Así, líderes comunitarios, funcionarios y monjes budistas alentados por el movimiento budista 969 liderado por el religioso Afshin Wirathu, iniciaron altercados en la región de Rakáin -donde tradicionalmente se han asentado- y terminaron con ataques indiscriminados contra personas y pueblos. Se constataron agresiones y muertes ante los cuales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de Myanmar actuaron por omisión al permitir tales actos y por comisión al retirar palos y otros instrumentos de circunstancias empleados por los rohinyá como defensa. Es particularmente gráfico y útil, para la determinación de los hechos en este asunto, el informe de *Human Rights Watch* All You Can Do is Pray': Crimes Against Humanity, en 2013 y Ethnic Cleansing of Rohingya Muslims in Burma's Arakan State, en 2016[27].

2.2. La vulneración de derechos humanos en la comunidad rohinyá

A la luz de los acontecimientos expuestos y de los informes emitidos por los principales organismos internacionales se presentan indicios de la vulneración de los derechos humanos más elementales sobre los rohinyá y se propugna la búsqueda de responsabilidad en el Estado de Myanmar tanto por comisión como por omisión.

2.2.1. Panorama general

En el Informe emitido por la organización *Human Rights Watch* se enuncia cómo hubo al menos 70 muertes de Rohinyás, de los cuales 28 eran niños muertos bajo signos de golpe de machete. Ante estos acontecimientos tuvo lugar un desplazamiento de estos huyendo de la violencia. Una parte lo hizo como refugiados a Bangladesh, pero otra parte lo hizo en embarcaciones precarias y quedó a merced de los mares en las costas de Tailandia, Indonesia y Malasia. Tras semanas de indecisión y de ignorancia por parte de las autoridades birmanas finalmente fueron acogidos por estos países con el Estatuto de Apátrida involuntario[28][29]. Así, quedó patente la actuación de la comunidad internacional en la región con la Asociación de Países del Sudeste Asiático (ASEAN), donde terminaron por acogerlos; pero sin que hubiera un llamamiento a Myanmar reclamando su responsabilidad como Estado frente a dichos individuos. Dentro del país de Myanmar y, con carácter general, se generó un relato que intentó representar a los rohinyá como una amenaza y, por tanto, que legitimaran las actuaciones. En concreto, el movimiento budista liderado por el monje T. Wirathu se refería a dicha comunidad como "la amenaza más importante para Birmania"[30]. Otros actores como *The Diplomat*, señalaba a la

---

[25] Término de connotación despectiva dirigido a determinadas etnias minoritarias. Fuente: *Human Rights Watch.*

[26] BAUCHNER, S. *Myanmar Burma. Explore Asia*. Human Rights Watch, 2020. Pág. 26

[27] HUMAN RIGHTS WATCH. Informe. *All you can do is pray: Crimes against Humanity and Ethnic Cleansing of Rohinyá Muslims in Burma's Arakan State.* Human Rights Watch*, 2016*

[28] KUNDU, S. "The Rohinyas: Security Implications for ASEAN and beyond"*. Manohar Parrikar Institute for Defence Studies and Analyses*. 2015, Nº Issue Brief 2015, pp 1-10

[29] Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General, de 28 de septiembre de 1954.

[30] BOOKBINDER, A. "The Strange Numerological Basis for Burma's Religious Violence"*. The Atlantic.* 9 abril 2013. Disponible en https://www.theatlantic.com/international/archive/2013/04/969-the-

principal organización de ayuda a los rohinyá: Organización Nacional de Arakan Rohinyá -ARNO-, con enlace a organizaciones de base yihadista terrorista. Se mencionaban grupos yihadistas como Jamaat-E-Islami en Pakistán o Jamaah Ansharut Tauhid Red Indonesia en 2014 y que la inteligencia birmana había detectado en el año 2002 varias células con hasta 170 insurgentes armados y 90 miembros preparados para viajar a Libia y Afganistán y ser entrenados y armados[31].

Como resultado de todo ello, se observan hechos que apoyan la vulneración de los derechos humanos a la luz del Derecho Internacional Público, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los principales rasgos observados son:

a) Una minusvaloración histórica de la minoría rohinyá desde la independencia de 1948 de Birmania, que alcanza su mayor auge en 1982 con la promulgación y publicación de la Ley de Ciudadanía, bajo la cual se les excluye de la ciudadanía y de los derechos civiles, políticos y sociales en base al criterio de *ius sanguinus*.

b) Se **generan desplazamientos forzosos** de la minoría étnica sin que el Estado de Myanmar resuelva o proteja su condición. En este sentido, los informes de *Human Rights Watch* apuntan a asesinatos indiscriminados en los cuales funcionarios públicos participaban de los hechos.

c) La población rohinyá ha permanecida excluida de otorgamiento de una nacionalidad y han sido los Estados circundantes, miembros de ASEAN, los que han acogido en condición de Estatuto de Apátridas.

d) Los hechos acontecidos se han basado en una supuesta discriminación racial o étnica -demostrado por el seguimiento del criterio *ius sanguinus* del ordenamiento jurídico birmano- y de tipo religioso -basado en el rechazo a lo musulmán.

e) El análisis jurídico requiere un constante estudio pormenorizado de los hechos y del conflicto rohinyá como fenómeno en su conjunto, ya que, a través del trabajo de campo de las organizaciones y observadores internacionales, se pueden averiguar detalles que actualicen y clarifiquen la depuración de responsabilidades, así como su auténtico alcance. En este sentido, sirva como ejemplo ilustrativo **el descubrimiento de fosas con cuerpos** de rohinyás en un campamento en la frontera entre Tailandia y Malasia en el año 2015.

La situación que ofrece *Human Rights Watch* en su Informe *Open Prison Without End,* junio de 2020, es la de cerca de 131.900 desplazados de etnia Rohinyá en al menos veinticuatro campos o asentamientos en la región de Rakiná: hasta dieciséis en Sittwe, cinco en Pauktaw, uno en Myebon, uno en Kyaukpyu u otro en Kyautktaw[32]. Como dato significativo, junto a los rohinyá el informe seña la presencia de más de mil Kaman: minoría mulsumana. Hasta un 75% son mujeres y niños y todos ellos tienen denegado la libertad de movimiento con medidas físicas como cable de concertina, puntos de control; detenciones arbitrarias y denegación de documentación personal[33].

2.2.2. La denegación del derecho a una nacionalidad e identidad

Entendemos que existe en este caso una grave vulneración de los derechos de determinación de nacionalidad, del principio básico de que "*toda persona tiene derecho a*

---

strange-numerological-basis-for-burmas-religious-violence/274816/. Consultado 20 de diciembre de 2020.

[31] IZQUIERDO ALBERCA, J. (2016). "La exclusión de los rohinyás de Birmania: Un viejo desafío para un nuevo gobierno". *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, Nº 26, Pág. 9-11

[32] HUMAN RIGHTS WATCH. Informe de Human Rights Watch. *An Open Prison without End*. Human Rights Watch, *2020*, Pág. 41

[33] CCMCLUSTER: "Cluster Analysis Report CAR. Central Rakhine and Chin, Myanmar". Central Rakhine and Chin. CCMCLUSTER.ORG. 7 noviembre 2020. Disponible en: http://www.ccmcluster.org/centralrakhine. Consultado 12 de febrero de 2021.

tener una nacionalidad", al quedar excluidos por criterios de sangre que discriminan a minorías étnicas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, la Convención sobre los Derechos de los Niños -donde consta el derecho a adquirir una nacionalidad-, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -donde consta el mismo derecho-, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención de 1961 (artículos 3-4 y 10) estatuyen mecanismos jurídicos para que los Estados actúen ante dicha problemática. Todos los códigos normativos de Derecho Internacional sirven de soporte jurídico para analizar la supuesta vulneración dirigida contra un pueblo que desde mediados del siglo XX ha sido marcado como apátrida en contra de lo recogido en las Convenciones nombradas y que son aplicables ante sede judicial supranacional y nacional por ser de derecho consuetudinario[34].

En un análisis más detallado, se presenta un escenario en el cual el gobierno de Myanmar ha procedido a apartar, aislar y deshumanizar a la comunidad rohinyá, considerándoles como inmigrantes ilegales llegados de Bangladesh, cuya etnia no forma parte de la antigua Birmania y cuya cultura y costumbres son una amenaza para el "carácter nacional" de Myanmar[35]. Este rechazo se ha producido desde dos vectores: uno institucional en base al ordenamiento jurídico birmano y otro de tipo social mediante grupos de presión o lobbies. Prueba de ello es el censo de 2014 antes mencionado en el que se detectaron primera vez intentos eficaces de registrar a toda la población birmana. En este trámite se detectaron obstrucciones y negativas al registro a los que se declaraban como rohinyás. Como legitimación, fue el mismo gobierno el que procedió a argumentar que el pueblo rohinyá no existía como tal, sino que en realidad eran "bengalíes" o "comunidad mulsumana" residiendo en la región de Rakáin, todo ello con carácter temporal[36].

Instituciones como la militar, por su parte, negaron que hubiera una etnia rohinyá. El Jefe en Mando Sr. General Min Aung Hlaing en septiembre de 2017 llegó a denegar su existencia en un pronunciamiento oficial[37] . Del mismo modo, las mismas autoridades que acompañaban a observadores internacionales de Naciones Unidas, Unión Europea y Estados Unidos, así como el Comité asesor de la región de Rakáin, indicaron que no cabía emplear el término rohinyá. A ello siguieron actos de cierre de medios de comunicación en los lugares rurales que no rechazaban la existencia de la comunidad. Fue el caso de *Radio Free Asia* en 2018[38].

Los principales análisis que han contribuido de manera significativa al estado de la cuestión en el asunto rohinyá se centran en la comisión de un posible delito de genocidio conforme a las Convenciones arriba mencionadas. Uno de los matices a resaltar es la posibilidad de actuar *prima facie* cuando el Estado no es parte ni bilateral ni multilateral en ninguna de estos Tratados. Especialmente útil es recurrir a la aplicación de la Subcomisión en la promoción y protección de Derechos Humanos y en la Comisión en Derechos Humanos de Naciones Unidas, aplicable en virtud de la Resolución 60/251 del

---

[34] HUMAN RIGHTS WATCH. Informe. *All you can do is pray: Crimes against Humanity and Ethnic Cleansing of Rohinyá Muslims in Burma's Arakan State.* Human Rights Watch*, 2016.*

[35] HUMAN RIGHTS WATCH. Informe de Human Rights Watch. *An Open Prison without End*. Human Rights Watch, *2020. Pág. 28*

[36] HUMAN RIGHTS WATCH. Burma: Government Plan Would Segregate Rohingya. Forced Resettlement, Discriminatory Citizenship Creates Danger. 3 de octubre de 2014. Disponible en https://www.hrw.org/news/2014/10/03/burma-government-plan-would-segregate-rohingya; Consultado 10 de diciembre de 2020.

[37] NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa seguimiento sesiones y resultados. *Security Council Presidential Statement Calls on Myanmar to End Excessive Military Force, Intercommunal Violence in Rakhine State.* Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2017

[38] KYAW MIN, A. "UN investigator told to avoid controversial terms". *The Heartbeat of the Nation.* 21 de junio de 2016. Disponible en: https://www.mmtimes.com/national-news/nay-pyi-taw/20952-un-investigator-told-to-avoid-controversial-terms.html. Consultado 20 de noviembre de 2020.

15 de marzo de 2016 con base en el Comité de Derechos Humanos[39]. En definitiva, se trata de poner de relieve el existente tejido institucional de expertos en Derechos Humanos para que detecten la vulneración de derechos humanos en diferentes regiones del mundo y sean capaces de velar por la seguridad jurídica y tutela de los derechos en base al sistema de aplicación de la Carta de Naciones Unidas por el llamado procedimiento 1503. Es aplicable en los casos de minorías y se desarrolla en su Documento Nº3 de la Guía de Naciones Unidas para las Minorías[40].

Según estos principios se observa que se vulnera el principio de derecho internacional bajo el cual todo Estado debe procurar la nacionalidad a sus habitantes y no dejar a ninguno en estado de apátrida, tal y como los Convenios indicados vienen marcando. En concreto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 1 y siguientes, marca la prohibición de la discriminación por razones de raza o religión. Precisamente, son dos de los criterios que se han reflejado detalladamente en el presente estudio y en el que se puede percibir cómo las mismas autoridades lo reflejan en mensajes institucionales. El mero hecho de que se aplique esta Declaración por la gran mayoría de los Estados hace que sea de aplicación por Derecho Internacional consuetudinario. Seguidamente, el Pacto Internacional de Derechos Políticos, Sociales, Económicos y Culturales -ICESCR, en sus siglas en inglés- lleva a identificar la necesidad de acceso en igualdad de condiciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Es especialmente reseñable porque *ex* artículo 2 y ss., el Estado es responsable de tomar medidas activas para garantizar que el acceso a estos derechos de manera igual es garantizado para todos los hombres y mujeres. Igualmente, su artículo 11 reza que debe ser garantizado el acceso a niveles de vida adecuados, con derecho a vivienda, comida y vestidos. En contraposición, los campos de Rakáin impiden el cumplimiento de cualquiera de los puntos más elementales de estos convenios. Contradicen cualquier anuncio de progreso o avance por parte de Myanmar como Estado hacia la desaparición de cualquier trato no discriminatorio de esta minoría en la actualidad[41].

Siguiendo la vertiente institucional y la actividad legislativa del gobierno de Myanmar, se destaca la Ley de Ciudadanía birmana de 1982 como un instrumento de vulneración de la protección jurídica de los rohinyás. Éstos pierden su protección jurídica al no ser considerados ciudadanos y, por tanto, sin capacidad de defender sus derechos como pueblo e individuos. En este sentido, el derecho internacional es claro al indicar que son los Estados los que deben evitar cualquier situación apátrida de aquellos que realmente tengan una relación con el Estado. El Tribunal Internacional de Justicia ya se ha pronunciado en el año 1955, significando que la ciudadanía debiera otorgarse a aquellos vinculados con el Estado. El estatus jurídico de ciudadanía debiera establecerse en base a la residencia en el largo plazo, a los lazos familiares, a los descendientes o al lugar de nacimiento. Así quedó dictaminado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*[42]. Sin embargo, la Ley Ciudadana birmana dividía al ciudadano en tres categorías: ciudadanos de derecho, ciudadanos socios y ciudadanos naturales. Todo ello

---

[39] Resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas relativo a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y su asunción al Consejo de Derechos Humanos, adoptado el 15 de marzo de 2006. A/RES/60/251.

[40] Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en Resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992.

[41] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. Disponible en https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx. Consultado 15 de noviembre de 2020.

[42] Caso Nottebohm de 18 de noviembre de 1953. Primera Vista. Tribunal Internacional de Justicia Disponibles en: https://www.icj-cij.org/en/case/18/judgments. Consultado 16 de noviembre de 2020.

se llevaba a cabo mediante la entrega de un sistema de tarjetas de escrutinio, de tal forma que en cada una de ellas se diferenciaba la etnia o nivel social; junto a un color representativo en cada caso y datos de filiación. Únicamente, contaban con la ciudadanía de hecho o completa aquellos cuyos antepasados vivían en la zona de Myanmar antes de 1823[43]. Así, los informes de organizaciones internacionales como *Human Rights Watch* indican que aquellos rohinyás nacidos en suelo birmano siguen en la fecha presente sin capacidad de poder obtener la nacionalidad, perpetuando la denegación de ciudadanía durante décadas.

Del mismo modo, contraviene las obligaciones contraídas en virtud del artículo 7 de la Convención de los Derecho del Niño según el cual el recién nacido deberá tener derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad[44]. Un ejemplo ilustrativo son los actos de rechazo al recién nacido para la entrega de la documentación pertinente para su correcta inscripción[45]. Ello se ha traducido en menores oportunidades para el estudio, formación de una familia y posibilidad de ascenso social. Avances, auspiciados por Naciones Unidas, se han pretendido en este ámbito para culminar en una adecuada tutela jurídica; pero la aplicación legislativa de la Ley de Ciudadanos de 1982 ha dejado su alma normativa en el rechazo sistemático de las nuevas generaciones rohinyás, entre otras minorías.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[46] queda patente y aceptado por la comunidad internacional que la persona ostenta una dignidad dotada de unos derechos inherentes e inalienables previos a cualquier Estado u organización y que, por tanto, deben ser protegidos. Con la Proclamación de Teherán de 1968[47] y el posterior Programa de Acción de Viena de 1993[48] se ha apreciado una diferencia progresiva basada en la sectorialización de la defensa de los derechos y por tanto en la proliferación de más de 70 tratados de derechos humanos. La jurisprudencia internacional la acepta y considera los principios que emanan de la Declaración como derecho internacional consuetudinario[49]. En concreto, especialmente útiles son los artículos 7 y siguientes en los que proclama el rechazo a la discriminación y provocaciones a la misma, protegiendo el derecho a la circulación libremente dentro del territorio de los Estados y el derecho a una nacionalidad -artículo 15- lo que queda contravenido de facto por la Ley de ciudadanía de 1982 birmana.

Partiendo de la base que la comunidad rohinyá sería una minoría dentro del Estado de Myanmar, cabe también enunciar la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en Resolución 1989/13 de 31 de agosto de 1989[50] por la que se plantearon una serie de principios y directrices básicas de las Naciones Unidas para la protección y restauración de las víctimas de violaciones flagrantes o manifiestas en términos de derechos humanos. Así, se habla de la necesidad de la restitución mediante la recuperación de la libertad, goce de sus derechos elementales, de ciudadanía, de regreso al lugar de residencia según el principio 19 y la indemnización en proporción a los daños físicos y morales causados con una estimación económica ex principio 20. Prueba de su eficacia es que el Tribunal Internacional de Justicia ya empleó dichos

---

[43] NACIONES UNIDAS. Informe. *Citizenship Law. Myanmar.* Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2020.

[44] Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

[45] ANNAN, K. *Interim Report and Recommendations.* Naciones Unidas*, 2017.Pág. 5-12*

[46] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 217 A (III)

[47] Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 1968.

[48] Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993.

[49] CANÇADO TRINDADE, A. (2009). Informe de la *Declaración Universal de Derechos Humanos.* Naciones Unidas, 2009. Pág. 2-4.

[50] Resolución 1989/13 de 31 de agosto de 1989, de la Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social.

principios en la decisión sobre la participación de las víctimas en *La Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo*[51] para la evaluación de daños sobre la minoría[52].

2.3. La responsabilidad del Estado de Myanmar por hechos internacionalmente ilícitos

La observación y análisis de los actos cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante una comunidad con base a un criterio étnico y religioso nos lleva a concluir que son aplicables los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*[53]. Su artículo 2 establece que se considerarán hechos ilícitos los atribuibles al Estado y que constituyan obligación internacional según el Derecho Internacional. Para su atribución sirva el tenor literal del artículo 5 que reza que el comportamiento de una persona o entidad que ejerza las funciones de poder público, en caso de incurrir en responsabilidad, ésta será atribuida al Estado. De ahí que se proponga la responsabilidad internacional de Myanmar en lo afirmado en los sucesivos informes de *Human Rights Watch* donde se destacan desde desplazamientos forzosos o privación de libertad, hasta la muerte de niños y mujeres bajo el machete cometidos con la connivencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad[54]. *Human Rigths Watch* apela especialmente los artículos de la *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*[55] de aceptación común por la mayor parte de los Estados aplicable en el Derecho Internacional, por la necesidad de determinar responsabilidad internacional. Los llamados "desplazados internos" por el gobierno de Myanmar son calificados como desplazados forzosos e internacionales por el Informe de *Open Prison without End* y que ha motivado en 2019 el inicio de causa judicial ante la sede del TIJ por Gambia[56].

La Responsabilidad Internacional deviene del derecho consuetudinario en el que tiene a los Estados como únicos sujetos válidos de derecho internacional. Así, apelando a los Estados se podía reclamar el daño causado a nacionales de un Estado en otro. Más tarde se aplicó a los conflictos armados para luego aplicarse a todos los hechos que pudieran ser ilícitos. En la actualidad, también se consideran como sujetos de derecho internacional a actores no estatales. Pero la esencia sigue siendo la misma, de ahí que en 1953 la Asamblea General de NNUU pidiese a la Comisión de Derechos Internacionales codificar estos principios consuetudinarios y buscar a los Estados como responsables internacionales por ser su actuación la más crucial en la sociedad internacional[57].

---

[51] Sentencia relativa a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada Decisión relativa a la solicitud de puesta en libertad provisional de Thomas Lubanga Dyilo. 13 de febrero de 2007.

[52] VAN BOVEN, T. *Informe sobre Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.* Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Maastricht, 2020. Pág. 1-8

[53] Resolución 56/83 de la Asamblea General Naciones Unidas relativo a la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptada en Nueva York el 28 de enero de 2002

[54] WARE, A; COSTAS, L. "Is there no Resolution in Myanmar's Rohingya Conflict?" *Revista Asia Policy*, 2019, Vol. 14, Nº1, pp 177-202.

[55] Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia, de 5 de octubre de 2016, sobre *Dissenting Opinion of Judge Crawford. Pág. 874-879*

[56] HUMAN RIGHTS WATCH. Informe de Human Rights Watch. *An Open Prison without End*. Human Rights Watch, *2020. Pág. 5-6*

[57] DÍAZ CÁCEDA, J. "La responsabilidad internacional de los Estados: Base para la defensa de los Derechos Humanos". *Revista de Derecho PUC. Universidad Pontificia de Chile*, 2008, Nº 61, pp 250-252.

2.4. La proyección jurídica del caso rohinyá ante los tribunales internacionales

En este apartado, pretendemos llevar a cabo un análisis de la respuesta internacional suscitada por la comunidad internacional. El hecho, a nuestro juicio, es que se ha producido un posible crimen internacional sobre una población cuya identidad se caracteriza por raza, religión -musulmán- y lengua, por un Estado -Myanmar- que no ha actuado en aras a una posible reparación. Seguidamente, se analizan las dos principales respuestas en sede de la CPI y el TIJ para después realizar la calificación jurídica. Con el estudio de ambas actuaciones y la calificación jurídica de los hechos obtendremos una visión de la importancia de la acción judicial internacional como signo de solidaridad de la comunidad internacional, actor clave para evitar la impunidad de las partes actoras y el desamparo de víctimas desprotegidas[58]

2.4.1. Respuesta de la Corte Penal Internacional

La CPI es un órgano supranacional que se debe entender en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional. La CPI tiene carácter permanente, respeta, por tanto, el efecto de cosa juzgada al no estar sometido a la temporalidad de una situación jurídica *ex novo*. Se erige, por tanto, como actor de derecho internacional que ofrece las mayores garantías de independencia e imparcialidad en materia de derechos humanos[59]. Pero la CPI no tiene una jurisdicción absoluta: el artículo 4, apartado 2 estatuye que sólo tiene jurisdicción sobre los Estados parte del ER y competencia respecto de los crímenes genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión tal y como reza el artículo 5, apartado 1.

En el caso rohinyá, la primera cuestión que surge es la de que el Estado en el que se han perpetrado estos crímenes no es parte en el ER. Myanmar ha presuntamente promovido el desplazamiento forzoso y la negación de acceso a servicios básicos como la sanidad de la minoría, con la connivencia de sus Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad.

Los Estados tienen la posibilidad de actuar bajo el principio de complementariedad que debe ser respetado[60], pero en nuestra opinión, y en el caso que nos ocupa, no cabe su aplicación, ya que es el propio gobierno, el Estado de Myanmar el responsable de los hechos. Por ello, la CPI ha intervenido en el conflicto rohinyá. La cuestión procesal del inicio del proceso le lleva a ejercer su jurisdicción únicamente en aquellos Estados miembros del Estatuto de Roma de 1948. La Fiscalía entiende que existe competencia de la CPI toda vez que el asunto ha sido llevado por Bangladesh, Estado afectado y parte en el ER. Se hubiera podido solventar este obstáculo, con la actuación del CSNU siguiendo el espíritu de 2018 cuando parecía haber mostrado interés con la sesión provisional S/PV.8381 de 24 de octubre de 2018, reconociendo en la misma que los hechos no son sólo constitutivos de delito de genocidio o lesa humanidad sino de poner en peligro la paz y seguridad internacional. Sin embargo, con el derecho de veto de China y la Federación Rusa la cuestión ya había quedado paralizada en 2007 con el borrador de resolución S/2007/14 y la sesión provisional S/PV.5619 en el cual se impidió cualquier acción.

---

[58] KHAN, M.Z. (2019). "Pathways to Justice for «Atrocity Crimes» in Myanmar: Is there Political Will*?", Global Responsibility to Protect,* 2019, Nº 11, pp 3-41

[59] NOGUEIRA ALCALA, H. (1999). "Consideraciones sobre constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional"*. Revista Ius et Praxis*, 1999, Vol. 5, Nº 2, pp 364-367

[60] Atrás quedaría la idea de soberanía estricta estatal de *suprema potestas superiorem non recognoscens* bajo el que los estados son los únicos que deben de conocer de sus asuntos y litigios (Carrillo Salcedo, J.A., 1995, pp. 25-50)." Más bien cabe volver a enunciar el ius naturalismo de autores como Francisco de Vitoria por el cual habría una suerte de *communista orbis* y un derecho de gentes *ius gentum* a respetar por todos los estados(Brown Scott, J, 1928)

Diferentes autores atribuyen dicha negativa a los posibles intereses de carácter geopolítico que este país pueda tener en suelo birmano[61]..

La Fiscalía de la CPI llevó en abril de 2018 el asunto de Resolución a la Sala de Cuestiones Preliminares para ejercer jurisdicción en base al artículo 12, párrafo 2 punto a. de su Estatuto por posibles delitos de deportación forzosa de civiles y privación de derechos fundamentales. Ha sido en la cuestión de la deportación forzosa de un gran número de miembros del pueblo rohinyá de Myanmar a Bangladesh en la que la Fiscalía pudo dictaminar que se cumplían los criterios jurídicos del Estatuto para iniciar proceso judicial. Así, en septiembre de 2018 se dio paso al estudio de los presuntos crímenes de deportación al contar con la minoría en suelo de Bangladesh, siendo éste parte del Estatuto de Roma[62]. El paso más avanzado y actual es el del 14 de noviembre de 2020 por el que se autoriza la investigación completa de las denuncias de crímenes contra los rohinyá tanto en Bangladesh como en Myanmar en virtud de lo aceptado por los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares III. En esencia, se ha considerado indicio suficiente para investigar crímenes contra la humanidad, deportación y persecución por etnia, religión. Todo ello a lo largo de la frontera Bangaldesh / Myanmar[63]. La calificación dada por la Fiscalía en su solicitud de 2018[64] fue la de comisión de crimen de lesa humanidad del artículo 7 del ER. Respecto al posible crimen de genocidio, según el Epígrafe VI: *The Jurisdiction of the Court in relation to deportation as a crime against humanity* del mismo documento el Alto Representante de Naciones Unidas para la defensa de los Derechos, Zeid Ra'ad Al Hussein, describió el caso como ejemplar de una situación de limpieza[65] en el discurso de apertura de la trigésimo tercera sesión del Consejo de Derechos Humanos de NNUU el 11 de septiembre de 2011. El enviado especial de derechos humanos de NNUU -Ms Yanghee- Lee en Myanmar indicó como la situación se encontraba en el umbral del genocidio. De igual modo, lo hacen el presidente de la Sala de cuestiones preliminares: Antoine Kesia-Mbe Mindua y autores como Ibrahim[66].

Se incluyen todos los presuntos crímenes de desplazamiento forzoso, deportación, persecución y los actos de violencia cometidos en la región de Rakáin. Con fecha 20 de enero de 2020 la Sala de Cuestiones Preliminares Número III emitió la Orden para la investigación sobre la situación de las víctimas desplazadas y sus condiciones de vida[67]. Debido al artículo 23 bis apartado 1 de la regulación de la CPI, el informe tiene tratamiento de confidencial y se generan paulatinamente versiones de uso no limitado[68]. En el periodo julio-diciembre del 2020 el COVID y las restricciones establecidas por el gobierno holandés han impedido un avance en las investigaciones, tal y como indica la versión pública del segundo informe con fecha 18 de diciembre de 2020.

---

[61] ANGIOI, S. Aspetti sostanziali e procedurali della questione rohingya di fronte alla Corte Penale Internazionale*. Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, Nº 4, pp 264-290

[62] Decisión de la Corte Penal Internacional sobre *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute*, de 6 de septiembre de 2018, Corte Penal Internacional

[63] ZAMORA CABOT, F.J; CHIARA MARULLO, M. "El conflicto rohinyá y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados"*. Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani OIDU*. 2020, Nº 5, pp 464-484

[64] The jurisdiction of the court in relation to deportation as a crime against humanity, Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2018, pp. 30-42.

[65] Véase también OHCHR (2017, para 10)*, Brutal attacks on Rohingya meant to make their return almost impossible* Informe de Naciones Unidas sobre derechos humanos, 11 October 2017, para. 10.

[66] IBRAHIM, A *The Rohingyas: Inside Myanmar's Hidden Genocid*e. 2ª Ed. Londres: Ed. C. Hurst & Co. Publishers. 2016. Pág. 200-256

[67] Orden de la Sala Tercera de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, de 20 de enero de 2020, sobre *Order on Information and Outreach for the Victims of the Situation*.(CPI-01/19-28) Corte Penal Internacional.

[68] Registro de Informe de la Corte Penal Internacional, de 6 de julio de 2020, relativo a *Registry's First Report on Information and Outreach Activities*. (CPI-01/19-33-Conf) Corte Penal Internacional

2.4.2. Respuesta del Tribunal Internacional de Justicia

La otra gran acción judicial iniciada ante el conflicto rohinyá es la demanda interpuesta por el Estado de Gambia el 11 de noviembre de 2019 en la *Application instituting proceedings and request for provisional measures*[69] que quedó registrado en sede el 11 de noviembre de 2019. En concreto, se interpuso demanda con solicitud de medidas provisionales ante la presunta vulneración de las obligaciones adquiridas en virtud de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio.
Durante los días 10 y 12 de diciembre se desarrollaron audiencias públicas en sede del Tribunal Internacional de Justicia -TIJ- en relación con la comisión de actos constitutivos de delitos de genocidio, asesinato, violaciones y destrucción[70]. De la actuación de Gambia, se infería la denuncia de que existía un *animus necani* enfocado a la eliminación de la etnia y sus formas de vida. Se observa de manera clara y creemos especialmente ilustrativo la descripción de Gambia sobre los hechos cometidos por Myanmar como indicativos de genocidio intencionado al denegar sistemáticamente los derechos legales del grupo, constantes campañas de odio y deshumanización del pueblo rohinyá como colectivo, expresado en *Application instituting proceedings and request for provisional measures*. Gambia c. Myanmar[71]. También recogido por Zamora[72].

Esta vía de actuación no es meramente anecdótica, sino que presenta antecedentes y muestra una forma muy simbólica de ejecutar la acción judicial en la comunidad internacional. En primer lugar, se trata de un Estado que no es parte pasiva del incidente el que interpone demanda ante sede judicial del TIJ sobre otro Estado entendido como denunciado -Myanmar. Se observa una bilateralidad para resolver una vulneración gravísima de derechos humanos sobre una población que sólo la comunidad internacional en base a su derecho internacional puede deponer -si cabe- en cuanto al daño causado. Esta bilateralidad se traduce, por tanto, realmente en una multilateralidad donde una cuestión procesal con una acción *urbi et monde* trata de suscitar una respuesta internacional ante la problemática rohinyá en base al derecho internacional y a los Convenios Internacionales que protegen derechos *erga omnes inter partes*[73]. En esencia, parece una cuestión multilateral que sin embargo sólo puede ser resuelta por inicio bilateral aun cuando la parte actora no es parte real en el litigio. Los antecedentes se pueden encontrar en el asunto de las *Islas Marshall* o bien en el asunto del *Sudoeste africano* o *Georgia c. Rusia*[74], bajo los cuales, autores como el juez Crawford argumentaban la necesidad de resolver las controversias de tipo multilateral mediante medios genuinamente multilaterales, es decir, mediante la diplomacia, mientras que para litigios que deban resolverse mediante resolución judicial debiera ser realizado en la bilateralidad, sin que ello implicase tratar *ab initio* como bilateral todo caso *Conclusion as to prima facie jurisdiction*[75] .

---

[69] Nota de prensa*. Extension of the time-limits for the filing of the initial pleadings. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*..

[70] Nota de prensa del Tribunal Internacional de Justicia TIJ Nº 2020/14, de 26 de mayo de 2020 Disponible en: https://www.icj-cij.org/en/case/178/press-releases. Consultado 2 de enero de 2021.

[71] Nota de Prensa *(International Court of Justice, The Republic of The Gambia institutes proceedings against the Republic of the Union of Myanmar and asks the Court to indicate provisional measures. (Nº 2019/47), Tribunal Internacional de Justicia, de 11 de noviembre de 2019*). Párrafo 33

[72] ZAMORA CABOT, F.J; CHIARA MARULLO, M. "El conflicto rohinyá y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados"*. Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani OIDU*. 2020, Nº 5, pp 473

[73] HUESA VINAIXA, R. "Una controversia bilateral con dimensión multilateral: Cuestiones de jurisdicción y de ius standi en el asunto Gambia c. Myanmar (Medidas Provisionales) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020, nº 39, pp 1-10.

[74] Caso South West Africa (Ethiopia c. South Africa; Liberia v. South Africa). Vista preliminar. Tribunal Internacional de Justicia, 1962. p. 346

[75] Nota de prensa*. Extension of the time-limits for the filing of the initial pleadings. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v.*

Además, han surgido terceros actores interpuestos que son de gran importancia en el proceso a la hora de recurrir a la cuestión judicial y es la Organización de Cooperación Islámica -OIC- que responde al llamamiento de Naciones Unidas hecha a los Estados para que a partir de los documentos generados como *Fact-Finding Report of Detailed Findings* o *Fortify Rights*[76] se pueda perseguir a los Estados responsables de los delitos perseguidos en el artículo 1 de la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio. Hay una connotación de defensa religiosa musulmana de la comunidad rohinyá frente al predominio no musulmán de Myanmar[77]. Fue tan prolífica la actividad de la OIC que en septiembre de 2018 el presidente de Gambia intervino en la sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas para lograr un mecanismo de rendición de cuentas sobre los presuntos delitos cometidos contra los musulmanes rohinyás. El Consejo de Derechos Humanos, por su parte, emitía la Resolución 39/2 sobre la "Situación de los derechos humanos de los musulmanes rohinyás y otras minorías en Myanmar" por el que se buscaba mecanismos de financiar los posibles enjuiciamientos penales. Más en concreto, el Comité de la Organización Internacional Islámica (OIC) en mayo de 2019 en su 14ª Cumbre Islámica busca solicitar la adopción de medidas cautelares para hacer conocer del asunto al TIJ. Por tanto, la OIC se materializa en el Estado de Gambia que recurre de manera bilateral al TIJ para la tramitación de medidas cautelares

Según este análisis cabe preguntarse cuáles son las partes actoras válidas para iniciar el proceso judicial en materia de derechos humanos. Son numerosos los informes realizados por organizaciones internacionales, así como la misma NNUU, donde se constatan en el caso rohinyá hechos que pudieran ser presuntamente delitos de genocidio y lesa humanidad. Sin embargo, es el Estado de Gambia quién actúa y la OIC -de carácter no estatal- quién genera la necesidad de actuar.

De manera análoga, sucede con el "Consejo de Derechos Humanos y su Informe de la Misión internacional independiente de investigación sobre Myanmar", del 8 de agosto de *2019*[78]por el que cargos lectivos de Canadá y Países Bajos solicitan a sus países emprendan procesos judiciales. Cabe preguntarse si la *actio popularis* es útil y aplicable en este caso. Remontándose al *asunto del Sudoeste africano*, se planteó en 1966 la posibilidad de que cualquier comunidad pudiese emprender acciones judiciales en aras de una efectiva tutela judicial del bien jurídico público. Sería útil plantearlo en tanto en cuanto son varios los colectivos que buscarían la defensa rohinyá y sólo se materializa mediante la cuestión bilateral. Conforme a la doctrina clásica y jurisprudencial no se aplica en la actualidad en derecho internacional; tal y como indica Voeffray[79].

En cuanto al TIJ, conoce del asunto y da una respuesta inmediata en materia de medidas cautelares y de llamamiento a Myanmar para que cese en los hechos constitutivos de delito sobre los rohinyás, pero también a la reparación de aquellas poblaciones deportadas o sostenidas en campos de refugiados donde se restringen derechos fundamentales como es la libertad de movimiento. En este sentido, autores como García Arias ya enunciaban la doble y difícil labor del TIJ en cuanto debía conjugar

---

Myanmar). Nota de prensa del Tribunal Internacional de Justicia TIJ Nº 2020/14, de 26 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.icj-cij.org/en/case/178/press-releases. Párrafo 34 y ss. Consultado 5 de diciembre de 2020.

[76] WARE, A; COSTAS, L. "Is there no Resolution in Myanmar's Rohingya Conflict?" *Revista Asia Policy*, 2019, Vol. 14, Nº1, pp 177-202.

[77] ZAMORA CABOT, F.J; CHIARA MARULLO, M. "El conflicto rohinyá y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados". *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani OIDU*. 2020, Nº 5, pp 468

[78] NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe de la Misión Internacional independiente de investigación de Myanmar*. A/HRC/42/50, 2019.

[79] VOEFFRAY, F. *L'actio popularis ou la défense de l'interêt collectif devant les jurisdictions internationales.* 1ª ed. Ginebra: Ed. Graduate Institute Publications, 2004. Pág. 13-22

la soberanía de cada Estado con la de su calidad de miembro de la comunidad internacional y, por tanto, su sometimiento al derecho internacional y Convenios de los que sea parte o le afecte por tratarse de derechos *erga omnes*. La mera cuestión de su eficacia como órgano judicial, de la aplicación de la *lex ferenda y* de la actuación de los Estados en sus relaciones internacionales no debiera afectar a la condición de instancia jurídica suprema y *universitates* del TIJ[80].

Con fecha 23 de enero de 2020, a través de la Orden número 178, el Tribunal adoptó por unanimidad medidas provisionales para que Myanmar preservé las pruebas de crímenes de genocidio, así como tomar todas las medidas necesarias para evitar la continuación de estos presuntos hechos por sus actores gubernamentales y armados[81]. La presentación de informes periódicos sería una forma de control[82]. Hubo decisión unánime por parte de los jueces por la que se consideraban indicios de que Myanmar había fallado en su obligación de prevenir y sancionar los delitos de genocidio y ante ello el magistrado presidente -Abdulqawi Yusuf- pronunció las cuatro medidas decididas por los 17 jueces.

La primera de ellas estaba encaminada a configurar medidas cautelares que defendiesen a la comunidad. Se trataba de instar, en primer lugar, al gobierno de Myanmar a que se evitarán más muertes de integrantes, o se continuasen provocando daños físicos o psíquicos, así como buscar la destrucción física al impedir las condiciones de vida mínimas para el sostenimiento de las familias. En segundo lugar, se urgió a impedir que sus organismos públicos actuaran con la misma finalidad de cometer genocidio ante situaciones irregulares que lo permiten. En tercer lugar, se pidió su colaboración con Naciones Unidas para mantener y recoger todas las pruebas y evidencias que hay en relación con la denuncia de posible comisión de genocidio. En este sentido, la denuncia de Gambia a instancias de la Organización de Cooperación Islámica es realmente importante. Por último, surgió el pronunciamiento el Secretario General de Naciones Unidas – Antonio Guterres- en el cual se recordó la necesidad de que Myanmar emita un informe en el plazo de un año para demostrar que ha tomado dichas medidas y que por tanto hay una efectiva protección de la comunidad rohinyá[83].

La situación actual es que tras la Orden con fecha 18 de mayo de 2020, el TIJ prorrogó los plazos de acusación y alegación de sendos Gambia y Myanmar. El motivo era la petición realizada por Gambia con fecha 24 de abril en el cual solicitaba aplazamientos con motivo de la crisis causada por la pandemia global COVID-19[84].

2.5. Propuesta de calificación jurídica

Tomando los hechos expuestos, tras el análisis realizado, presentamos una posible calificación jurídica de los hechos entre el crimen de genocidio y el de lesa humanidad. Nos referimos ahora al plano del Derecho Penal Internacional. Para ello partimos de la relación habida entre las categorías jurídicas de genocidio y lesa humanidad.

---

[80] GARCÍA ARIAS, L. Balance y perspectivas del Tribunal Internacional de Justicia. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1972. Pág. 338-350

[81] Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar). Orden de 23 de enero de 2020. Párrafos 12-15.

[82] ZAMORA CABOT, F.J; CHIARA MARULLO, M. "El conflicto rohinyá y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados". *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani OIDU*. 2020, Nº 5, pp 461-484

[83] VAN BREE, W. "La Corte Internacional de Justicia ordena a Myanmar proteger a los rohinyá del genocidio". Noticias de Naciones Unidas. 23 enero de 2020. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2020/01/1468421#:~:text=La%20Corte%20Internacional%20de%20Justicia%20(CIJ)%20emiti%C3%B3%20este%20jueves%20una,Genocidio%2C%20que%20data%20de%201948 (Consultado 15/02/2021)

[84] Nota de prensa*. Extension of the time-limits for the filing of the initial pleadings. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Nota de prensa del Tribunal Internacional de Justicia TIJ Nº 2020/14, de 26 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.icj-cij.org/en/case/178/press-releases, (Consultado 20/02/2021)

Se podría hablar de una relación de progresión, es decir, los crímenes de lesa humanidad implican una seria vulneración de los derechos humanos y cuando éstos revisten una especial gravedad contra un grupo definible por raza, religión o nacionalidad se traduce en un tipo agravado definido como genocidio. El genocidio tiene su origen en el autor Rafael Lemkin[85]. Hasta entonces el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, a raíz de la II Guerra Mundial, había incluido la categoría de crímenes de lesa humanidad para todos los tipos de exterminio y en contexto de guerra. Si analizamos como antecedente los Procesos de Nuremberg, en relación al primer cargo tal y como recoge el "Examen histórico de la evolución en materia de agresión" de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional de 24 de enero de 2002, párrafo 15, tras la masacre de importantes poblaciones en Checoeslovaquia, Austria, Polonia, Dinamarca y Noruega, no se aprecia término de genocidio o similar en la sentencia definitiva con fecha 30 de septiembre de 1946 y sí que se habla de guerra de agresión[86]. De hecho, la Asamblea General de NNUU en 1946 consideró el genocidio como una categoría jurídica distinta y posible en tiempos de paz y además sometido al principio de jurisdicción universal. Por tanto, la primera definición o delimitación se puede encontrar en la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946[87] en el que reza que el genocidio es un delito de derecho internacional opuesto a la razón de ser de Naciones Unidas. El siguiente gran hito que es necesario para sostener una calificación jurídica de genocidio es la aprobación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio por la Asamblea General de las NNUU el 9 de diciembre de 1948[88]. En su artículo II reza que son actos de genocidio todos aquellos cometidos con la finalidad de acabar en su totalidad o en parte con un grupo nacional, étnico, racial o religioso y que se realice mediante asesinatos, daños a la integridad física y psíquica de un grupo, dificultando sus condiciones de vida hasta erradicarlos, medidas supresoras de la natalidad o tomando los descendientes de un grupo a otro. En el artículo IV se observa que la parte actora puede ser un actor estatal o individuos. El artículo VI estatuye que el órgano jurisdiccional para conocer del asunto deberá ser el competente del territorio donde se cometa en virtud del principio de complementariedad. Previamente, en su artículo III, se destaca una nota que sería esencial y es el ámbito preventivo, instando a los Estados -véase artículo V- a legislar para elaborar prevención y sanciones penales. En este sentido, la propia Convención ha sido incluida en el ordenamiento jurídico nacional de no pocos Estados[89].

En el caso de Nuremberg y Ruanda se establecieron Tribunales *ad-hoc*. En el caso *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro, 1993;* se pudo observar cómo tenía lugar una sentencia definitiva de genocidio. La República de Bosnia-Herzegovina presentó demanda ante la Secretaría del TIJ contra la República Federal de Yugoslavia en virtud del artículo IX. Además, el secretario Colin L. Powell, en su pronunciamiento ante la Comisión de Relaciones del Senado de los Estados Unidos de América en 2004 ya apelaba a NNUU en virtud del artículo VIII a actuar en todo caso donde pudiese tener lugar actos de genocidio. Previamente, en 2010 la CPI emitió una orden de arresto contra el presidente de Sudán -Al Bashir- siendo acusado de genocidio ante pruebas de 300.000 sudaneses muertos junto a millones de desplazados en 7 años de lucha. A pesar de todo

---

[85] LEMKIN, R. Axis Rule in Occupied Europe. 2ª ed. Londres: The Lawbook Exchange Ltd, 2008. Pág 20-25

[86] *SCHABAS. A. W. Genocidio. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008. Pág. 8*

[87] Resolución 96 de 11 de diciembre de 1946, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativo a la declaración del genocidio como delito de derecho interno internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas. Disponible en https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/69/323; fecha de consulta 5 de enero de 2021.

88 Con veinte ratificaciones conforme a su artículo XIII entró en vigor el 12 de enero de 1951.

[89] *SCHABAS. A. W. Genocidio. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008. Pág. 4*

ello, siguen existiendo reservas en cuanto a la aplicación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia *ex* artículo IX[90]. En contra de la calificación defendida en este documento puede actuar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia junto a la Comisión Internacional de Investigación para Darfur en 2005. En concreto, se ha rechazado la búsqueda de una interpretación amplia del concepto de genocidio que incluya la depuración cultural y el desplazamiento forzoso en lugar del estricto exterminio físico. También la idea de que los crímenes de lesa humanidad deberán ser calificados únicamente en caso de conflicto armado. Sin embargo, como nota positiva es que los intentos previos de luchar contra el exterminio de poblaciones y los asesinatos en masa han sido perseguidos primero con los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio, luego con el Penal de ex Yugoslavia y Ruanda para luego determinar la necesidad de un Tribunal Internacional de carácter penal permanente[91]

Para la calificación jurídica en un primer estadio citamos al Estatuto de Roma de 1948 en el que abordan los crímenes de lesa humanidad como los actos con intención sistemática de provocar una deportación o traslado forzoso de la población, encarcelación y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia[92]. En el mismo documento se presenta la definición de ataque a la población civil mediante su artículo II, párrafo 1 bajo el cual se entiende toda política de una organización o Estado que tenga como finalidad lograr algunos de los puntos anteriores. La intencionalidad es un punto importante, considerando necesario en la carga de la prueba demostrar el *animus dolus* de ataque contra la comunidad rohinyá por su carácter étnico aun cuando no se haya producido un efectivo exterminio. También cabe preguntar la condición de víctima de un colectivo tan amplio. Para ello, la Resolución 40/34 de la AGNU de 1985 en su apartado A[93] dice que las víctimas pueden ser individuales o colectivas cuando hayan sido sujetos pasivos de lesiones físicas, psíquicas, menoscabo en su bienestar o vulnerabilidad.

Seguidamente, cabe considerar el sujeto activo que sería el Estado de Myanmar por cuanto ha sido encontrado cómplice en las actuaciones de sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en la omisión de intervención ante la agresión de otros grupos que tuvo como consecuencia la huida del país de 725.000 desplazados y 25.000 muertos. El Estado puede ser inculpado en virtud de la Resolución 56/83 de la AGNU 2001[94] en su artículo 2 según el cual se le pueden imputar por la comisión u omisión de actos internacionalmente ilícitos en virtud del artículo 3 y 4. La *competencia ratione personae* y *materiae* hace referencia a la capacidad de inculpar a los responsables penales con carácter individual[95]. En este sentido, sigue quedando en la soberanía del Estado de Myanmar el aceptar ser parte o no del ER y jurisdicción de la CPI. En lo referente a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Myanmar es parte ya del Convenio y además se considera su contenido de *ius cogens* y aplicación *erga omnes*.

---

[90]TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 28 de mayo de 1951. Párrafo 15.d

[91] Resolución 33/14 (XXXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas relativo a la definición de agresión, adoptado en Nueva York el 14 de diciembre de 1974.

[92] NACIONES UNIDAS. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de 15 de junio de 1998, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. *A/CONF183/9*. *Documentación Corte Penal Internacional. Naciones Unidas*, 28 de abril de 1998. Pág. 5

[93] Resolución 40/34 del Consejo de Derechos Humanos sobre la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada el 29 de noviembre de 1985.

[94] Resolución 56/83 de la Asamblea General Naciones Unidas relativo a la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptada en Nueva York el 28 de enero de 2002. Pág. 2

[95] IRIGOIN BARRENE, J. "El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas". Revista Chilena de Derecho, 2018, Número Especial, pp 395-400.

Por tanto, están definidos los sujetos pasivos siendo víctima el pueblo rohinyá asentado en Myanmar sin excepción y activo este Estado y sus organizaciones dotadas de poder público -su Policía y Fuerzas Armadas-.

En cuanto a los hechos, el documento presentado por la Comisión de Derechos Humanos ante Naciones Unidas en su *Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission Report*, establece evidencias de intención de genocidio para exterminar la identidad rohinyá cometida por las fuerzas de seguridad como la *Tatmadaw*, rechazo y exclusión de los servicios sociales y nacionalidad, población rohinyá recluida en campos en la frontera con Bangladesh -zona de *Bazar Cox*-. Añadido a ello, permanecen leyes discriminatorias que se mantienen en vigor como es la Ley de ciudadanía de 1982 y la imposibilidad de movimientos. Todo ello, indica el Informe, genera una base sustentada de que existe un importante estrés físico y mental concentrado en esta población durante décadas por razón de etnia y religión[96]. Además, se argumenta en el presente documento que añadido a ello existen condiciones de imposibilidad de sostener descendencia y de obligar a niveles de vida en los cuales se origine una desaparición física de la etnia en el medio plazo[97]. Consideramos que se ha cometido un crimen de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 por las siguientes razones. El elemento objetivo se ha producido en tanto en cuanto se ha llevado un ataque generalizado pero delimitado a la población de *Rakáin* en base a su etnia y pertenencia. Su atributo decisivo ha sido la consideración de inmigrantes ilegales por parte de las autoridades gubernamentales. El elemento subjetivo ha tenido lugar por ser un ataque cometido por fuerzas policiales y gubernamentales junto a otros grupos, la comisión y omisión de auxilio a esta comunidad constituye el conocimiento y percepción determinante de esta agresión a la comunidad. Inferimos que existe el *dolus specialis* requerido para su concreción. Consideramos que la connivencia de los grupos gubernamentales en los ataques y el desplazamiento forzoso masivo de los rohinyá constituye un crimen de genocidio según el artículo II de la Convención, apartado c.

3. Conclusiones

PRIMERA. La rendición de cuentas y correspondiente juicio ante crímenes de guerra y lesa humanidad no siempre ha tenido lugar con la mayor celeridad en la sociedad internacional. Ante los casos de Ruanda, Darfur o Bosnia-Herzegovina los hechos acontecidos en Myanmar hacia la población rohinyá no han pasado desapercibido en la sociedad internacional.

En 2012 se hizo patente la agresión hacia este pueblo cuando se desplazaron cerca de ciento veinticinco mil rohinyá y tuvo lugar la muerte de setenta de ellos en la localidad de Yan Thei. La comunidad rohinyá constituye una minoría que ha habitado el Estado de Myanmar y se ha visto sometida a desigualdades sistemáticas. La Ley de Ciudadanía de 1982 según la cual quedaba sin acceso la comunidad rohinyá a la nacionalidad birmana y el censo de 2014 en el que quedaron excluidos de nuevo son muestras de ello. Defendemos el principio de que esta población es una minoría conforme a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones o Protección a las Minorías y a la jurisprudencia. En el mismo sentido de la sentencia del caso *Akayesu* la minoría rohinyá es un grupo definido permanentemente por su etnia, nacimiento y religión musulmana en un Estado de predominio budista. Su reclusión en campos de refugiados o

[96] *NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. Informe de la Misión Internacional independiente de investigación de Myanmar. A/HRC/42/50, 2019. Pág. 68-70.*

[97] NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe de la Misión Internacional independiente de investigación de Myanmar*. A/HRC/42/50, 2019. Párrafos 1390-1410.

prisioneros en torno a la frontera de Myanmar y Bangladesh atestiguan la vulneración de sus más elementales derechos humanos, según ONG's y observadores de Naciones Unidas.

SEGUNDA. La lentitud en la reacción de la comunidad internacional en este tipo de delitos que implican la vulneración de derechos humanos de colectividades ha quedado patente. Myanmar ha dado muestras de fallo en la depuración de sus responsabilidades al no actuar contra sus instituciones que han forzado el desplazamiento interno y externo de gran parte de la comunidad rohinyá, prueba de ello han sido sus negativas a permitir las inspecciones de Naciones Unidas a las condiciones de vida en la actualidad o a incluirlos como ciudadanos. Es por ello por lo que creemos fundamental la intervención de los órganos judiciales internacionales en tiempo y forma para no sólo juzgar sino ahondar en la vertiente de prevención que los delitos contra los derechos humanos comportan. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas hubiera podido salvar los problemas de jurisdicción de la Corte Penal Internacional al reconocer el interés para actuar por no sólo ser delitos de genocidio o lesa humanidad; sino poner en peligro la paz y seguridad internacional. La sesión provisional S/PV.8381 de 24 de octubre de 2018 así lo indicaba. Sin embargo, el veto de China y la Federación de Rusia ha impedido la búsqueda de solución en tiempo y forma.

TERCERA. Ante los hechos que se recogen en los diferentes *United Nations fact-finding reports* en los últimos años presentamos dos calificaciones jurídicas posibles:

La primera es la de delito de lesa humanidad. Tal y como estatuye el Estatuto de Roma de la CPI de 1998, en su artículo 7, la persecución constituida como ataque general hacia grupos definidos por atributos como es la etnia y religión y con conocimiento son constitutivos de este delito. El elemento objetivo se ha producido en tanto en cuanto se ha llevado un ataque generalizado pero delimitado a la población de Rakáin en base a su etnia y pertenencia. Su atributo decisivo ha sido la consideración de inmigrantes ilegales por parte de las autoridades gubernamentales. El elemento subjetivo ha tenido lugar por ser un ataque cometido por fuerzas policiales y gubernamentales junto a otros grupos, la comisión y omisión de auxilio a esta comunidad constituye el conocimiento y percepción determinante de esta agresión a la comunidad. Que la consecuencia haya sido el desplazamiento forzoso de una etnia recluida en barcos o en la frontera con el estatus jurídico de apátrida nos lleva a calificar estos hechos como delito de lesa humanidad.

La segunda es la calificación de delito de genocidio. Recogido en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, el genocidio goza de una categoría jurídica independiente y ante el cual las normas que lo regulan y persiguen gozan de carácter *ius cogens*, tal y como pronunció la CPI en su sentencia del caso *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro* en 2006. En este caso, consideramos clave resaltar a los hechos relacionados en el delito de lesa humanidad la nota cualitativa del *dolus specialis* requerido. Esto implica que en el elemento subjetivo exista el carácter volitivo de eliminación parcial o total del grupo definido. En su artículo II específica los atributos de distinción de grupo. Sin duda alguna, la etnia y religión son dos factores. El desplazamiento forzoso de una población, dificultando su existencia e impidiendo el acceso a los más elementales medios de subsistencia de una comunidad entera implica la intención de erradicación de un pueblo. Por ello, la calificación ofrecida de genocidio no es baladí.

CUARTA. En la actualidad se encuentran presentadas dos demandas que persiguen el mismo objetivo: finalizar la situación de desamparo de la comunidad rohinyá y alcanzar su resarcimiento por los daños sufridos. La primera demanda es la presentada por Gambia, como acusación, el 11 de noviembre de 2019 ante el TIJ por la comisión pasada y presente de hechos ilícitos constitutivos del delito de genocidio. Ante ello, el TIJ aprecia indicios suficientes para determinar delito de genocidio. Como avance más importante la CPI en el punto 12, párrafo 37 de su Orden, de 23 de enero de 2020 , de medidas provisionales, declara la jurisdicción *prima facie* de acuerdo con lo establecido en artículo IX de la Convención contra el Genocidio. En definitiva, se trata de reconocer derechos *erga omnes* que son de aplicación *ius cogens*. Añadido a ello, Myanmar sí que es Estado parte en dicha Convención y lo es desde 1956.

La segunda demanda es la iniciada por la CPI para conocer del asunto, aun cuando se encuentra limitada por la imposibilidad de actuar en aquellos Estados no miembros del ER de 1948. Sin embargo, se prospera al entender la Fiscalía competencia para conocer ya que Bangladesh sí es Estado afectado y es parte del ER. Con la deportación forzosa de civiles en suelo de Bangladesh se promueven medidas preliminares y en noviembre de 2020 se logra la autorización para la investigación completa de las denuncias de posibles crímenes cometidos por Myanmar.

QUINTA. Concluimos que de las dos demandas iniciadas la desarrollada por el TIJ presenta mayores probabilidades de prosperar, si bien la variable de tiempo sigue siendo una incertidumbre. El elemento clave para esta consideración es la Orden emitida el 23 de enero de cuestiones preliminares en la cual rechaza la reserva de Myanmar en base al artículo VIII, por la cual Gambia no podía ser parte actora en el proceso judicial por no ser Estado afectado. Con este paso se supera uno de los grandes inconvenientes derivados de la falta de adscripción del país al ER. Como punto controvertido se presenta la dificultad para demostrar válidamente que el *dolus specialis* realmente ha existido. El asunto Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro sienta precedente en esta complejidad, en el cual se acabó confirmando la participación en los hechos; pero no el *dolus*. Por su parte, el proceso en sede de CPI ya tiene la autorización para investigar en plenitud los hechos más fehacientes que son la deportación forzosa de una comunidad por razón de etnia y religión junto a la ausencia de nacionalidad.

SEXTA. Por todo ello, en definitiva, defendemos la calificación jurídica de genocidio. Se trata de una categoría jurídica independiente que es estatuida por Convención propia desde 1948 y en el cual un número significativo de entidades: organizaciones como Amnistía Internacional, enviados para examen judicial por parte de NNUU, la CPI y el TIJ; aducen importantes indicios de delito de genocidio en el transcurso de la investigación. Defendemos que la validez de dichas instituciones en la sociedad internacional debe ser preservada y por ello incorporada al proceso judicial. Con la consideración del *dolus specialis* -como en casos anteriores difícil de distinguir- se sienta precedente en la jurisprudencia y observamos que contribuye de manera significativa a la seguridad internacional y mejor tutela de los derechos humanos de minorías en virtud del artículo II de la Convención.

La vulneración de los derechos humanos en la sociedad internacional no puede pasar desapercibida. En la misión de su defensa se deben erigir mecanismos efectivos de tutela judicial que no dependan de cuestiones procesales concernientes a competencia, sino que haya mecanismos supranacionales estrictamente jurídicos que permitan una acción rápida para conocer del asunto. La acción del TIJ promovida por Gambia es un caso ilustrativo de ello, sólo que los tiempos e investigación llevan a dudar de su efectividad real. Con antecedentes como Ruanda, Darfur y Bosnia Herzegovina la presencia de este tipo de estudios puede suscitar la necesidad de mantener estos procesos que siguen vivos en las fechas actuales.

Bibliografía:

AMANN, D.M. Prosecutor v. Akayesu. *The American Journal of International Law*, 1999, Vol. 93, Nº1, pp 195-199.

ANGIOI, S. Aspetti sostanziali e procedurali della questione rohingya di fronte alla Corte Penale Internazionale*. Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, Nº 4, pp 264-291.

ANNAN, K. *Interim Report and Recommendations.* Naciones Unidas*, 2017.*

ARASHPUOR, A; ROUSTAEI, A. (2016). "The investigacion of committed crimes against Myanmar's Rohingya and the invoke necessity to The theory of responsibility to protect"*. Judicial Tribune. 2016,* vol. 6, Nº2, pp.385-400.

BAUCHNER, S. *Myanmar Burma. Explore Asia*. Human Rights Watch, 2020.

BOOKBINDER, A. "The Strange Numerological Basis for Burma's Religious Violence"*. The Atlantic.* 9 abril 2013. Disponible en

https://www.theatlantic.com/international/archive/2013/04/969-the-strange-numerological-basis-for-burmas-religious-violence/274816/

BROWN SCOTT, J. *El origen español del Derecho Internacional.* 1ª ed Valladolid: Ed. Cuesta, 1928.

CANÇADO TRINDADE, A. (2009). Informe de la *Declaración Universal de Derechos Humanos.* Naciones Unidas, 2009.

CANO LINARES, M. *Los Rohinyás. Apátridas perseguidos del siglo XXI. La actuación de la Comunidad Internacional*. 1ª ed. Madrid: Ed. *Dykinson. Universidad Rey Juan Carlos,* 2019.

CARRILLO SALCEDO, J.A. (1995). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho constitucional contemporáneo.* 1ª ed. Madrid: Ed.Tecnos, 1995.

CCMCLUSTER: "Cluster Analysis Report CAR. Central Rakhine and Chin, Myanmar". Central Rakhine and Chin. CCMCLUSTER.ORG. 7 noviembre 2020. Disponible en: http://www.ccmcluster.org/centralrakhine.

DÍAZ CÁCEDA, J. "La responsabilidad internacional de los Estados: Base para la defensa de los Derechos Humanos". *Revista de Derecho PUC. Universidad Pontificia de Chile*, 2008, Nº 61, pp 249-272.

GARCÍA ARIAS, L. *Balance y perspectivas del Tribunal Internacional de Justicia.* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1972.

HLAING, A. *Entire government institutions and people must defend the country with strong patriostism.* Sr General, , M: Commander-in-Chief of Defense Services web page. 14 de octubre 2020. Disponible en: https://www.seniorgeneralminaunghlaing.com.mm/en/345/entire-government-institutions-and-people-must-defend-the-country-with-strong-patriotism/

HUESA VINAIXA, R. "Una controversia bilateral con dimensión multilateral: Cuestiones de jurisdicción y de ius standi en el asunto Gambia c. Myanmar (Medidas Provisionales) ":. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020, nº 39, pp 1-41.

HUMAN RIGHTS WATCH. Informe de Human Rights Watch. *An Open Prison without End*. Human Rights Watch, *2020.*

HUMAN RIGHTS WATCH. Informe. *All you can do is pray: Crimes against Humanity and Ethnic Cleansing of Rohinyá Muslims in Burma's Arakan State.* Human Rights Watch*, 2016.*

HUMAN RIGHTS WATCH. Burma: Government Plan Would Segregate Rohingya. Forced Resettlement, Discriminatory Citizenship Creates Danger. 3 de octubre de 2014. Disponible en https://www.hrw.org/news/2014/10/03/burma-government-plan-would-segregate-rohingya; Consultado 10 de diciembre de 2020.

IBRAHIM, A *The Rohingyas: Inside Myanmar's Hidden Genocid*e. 2ª Ed. Londres: Ed. C. Hurst & Co. Publishers. 2016

IRIGOIN BARRENE, J. "El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas". *Revista Chilena de Derecho,* 2018, Número Especial, pp 395-400.

IZQUIERDO ALBERCA, J. (2016). "La exclusión de los rohinyás de Birmania: Un viejo desafío para un nuevo gobierno". *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, Nº 26, pp 1-12.

KANTAR, S. "Myanmar Refugees. No Repatriation Without Peace". *World Policy Institute*, 6 abril de 2016*. Disponible en: http://worldpolicy.org/2016/04/06/myanmar-refugees-no-repatriation-without-peace/*

KHAN, M.Z. (2019). "Pathways to Justice for «Atrocity Crimes» in Myanmar: Is there Political Will*?", Global Responsibility to Protect,* 2019, Nº 11, pp 3-41.

KUNDU, S. "The Rohinyas: Security Implications for ASEAN and beyond*". Manohar Parrikar Institute for Defence Studies and Analyses*. 2015, Nº Issue Brief 2015, pp 1-10.

KYAW MIN, A. "UN investigator told to avoid controversial terms". *The Heartbeat of the Nation.* 21 de junio de 2016. Disponible en: https://www.mmtimes.com/national-news/nay-pyi-taw/20952-un-investigator-told-to-avoid-controversial-terms.html

LEMKIN, R. *Axis Rule in Occupied Europe*. 2ª ed. Londres : The Lawbook Exchange Ltd, 2008.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe de la Misión Internacional independiente de investigación de Myanmar*. A/HRC/42/50, 2019.

NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. *La situación de los refugiados en el mundo 2000. La difícil situación de los rohinyá.* Publicaciones Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2016.

NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. *Prevención y reducción de la Convención para reducir los casos Apatrida de 1961.* Publicaciones Alto Comisionado, 2016.

NACIONES UNIDAS. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de 15 de junio de 1998, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. *A/CONF183/9*. *Documentación Corte Penal Internacional. Naciones Unidas*, 28 de abril de 1998.

NACIONES UNIDAS. Informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Compilation of recommendations of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar.* (A/HRC/42/CRP.5). Asamblea General de Naciones Unidas, 2019.

NACIONES UNIDAS. Informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.* Asamblea General de las Naciones Unidas, 2007.

NACIONES UNIDAS. Informe del Consejo De Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar.* Asamblea General de Naciones Unidas, 2019.

NACIONES UNIDAS. Informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Observations by Myanmar on the Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar. (*A/HRC/25/64) Asamblea General de Naciones Unidas, 2014.

NACIONES UNIDAS. Informe tipo *Pamphlet No. 3 of the UN Guide for Minorities.* Oficina del Alto Comisionado del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2020.

NACIONES UNIDAS. Informe. *Citizenship Law. Myanmar.* Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2020.

NACIONES UNIDAS. Nota de Prensa seguimiento sesiones y resultados. *Security Council Presidential Statement Calls on Myanmar to End Excessive Military Force, Intercommunal Violence in Rakhine State.* Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2017

NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos. (1990) Comentarios Generales Nº3 : *The Nature of States Parties' Obligations*. *Convention on Economic, Social, Cultural Rights*.

NOGUEIRA ALCALA, H. (1999). "Consideraciones sobre constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional". *Revista Ius et Praxis*, 1999, Vol. 5, Nº 2, pp 363-387.

SCHABAS. A. W. *Genocidio.* United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2008.*

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 28 de mayo de 1951.

VAN BOVEN, T. *Informe sobre Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.* Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Maastricht, 2020.

VAN BREE, W. "La Corte Internacional de Justicia ordena a Myanmar proteger a los rohinyá del genocidio". Noticias de Naciones Unidas*.* 23 enero de 2020. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2020/01/1468421#:~:text=La%20Corte%20Internacional%20de%20Justicia%20(CIJ)%20emiti%C3%B3%20este%20jueves%20una,Genocidio%2C%20que%20data%20de%201948.

VOEFFRAY, F. *L'actio popularis ou la défense de l'interêt collectif devant les jurisdictions internationales.* 1ª ed. Ginebra: Ed. Graduate Institute Publications, 2004.

WARE, A; COSTAS, L. "Is there no Resolution in Myanmar's Rohingya Conflict?" *Revista Asia Policy*, 2019, Vol. 14, Nº1, pp 177-202.

ZAMORA CABOT, F.J; CHIARA MARULLO, M. "El conflicto rohinyá y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados"*. Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani OIDU*. 2020, Nº 5, pp 461-484.

Legislación citada

1. Convenios Internacionales

Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General, de 28 de septiembre de 1954.

Convención para Reducir los Casos de Apátrida, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 896 (IX), de 30 de agosto de 1961.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General en Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. Disponible en https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 1968.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General en Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada y adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Disponible en https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993.

Convenio de Protección a las Minorías, adoptado por el Consejo de Europa, de 10 de noviembre de 1994.

Orden de la Sala Tercera de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, de 20 de enero de 2020, sobre *Order on Information and Outreach for the Victims of the Situation*.(CPI-01/19-28) Corte Penal Internacional.

Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar). Orden de 23 de enero de 2020.

2. Resoluciones de Naciones Unidas

a) Asamblea General de Naciones Unidas

Resolución 33/14 (XXXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas relativo a la definición de agresión, adoptado en Nueva York el 14 de diciembre de 1974.
Resolución 47/135, relativo a Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General, del 18 de diciembre de 1992.

b) Consejo de Derechos Humanos
Resolución 40/34 del Consejo de Derechos Humanos sobre la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada el 29 de noviembre de 1985.

Resolución 1989/13 de 31 de agosto de 1989, de la Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social, relativo a la Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

Resolución 56/83 de la Asamblea General Naciones Unidas relativo a la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptada en Nueva York el 28 de enero de 2002.
Resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas relativo a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y su asunción al Consejo de Derechos Humanos, adoptado el 15 de marzo de 2006. A/RES/60/251.
Resolución 34/5 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas relativa al Mandato del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, adoptada el 23 de marzo de 2017.
Resolución 39/2 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre la Situación de los derechos humanos de los musulmanes rohinyás y otras minorías en Myanmar, de 27 de septiembre de 2018.

Jurisprudencia
1. Tribunal Internacional de Justicia

Caso Nottebohm de 18 de noviembre de 1953. Primera Vista. Tribunal Internacional de Justicia Disponibles en: https://www.icj-cij.org/en/case/18/judgments
Caso Nottebohm (Liechenstein c. Guatemala) de 6 de abril de 1955. Segunda Vista. Tribunal Internacional de Justicia. Disponibles en: https://www.icj-cij.org/en/case/18/judgments
Caso South West Africa (Ethiopia c. South Africa; Liberia v. South Africa). Vista preliminar. Tribunal Internacional de Justicia, 1962.
Sentencia relativa a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada Decisión relativa a la solicitud de puesta en libertad provisional de Thomas Lubanga Dyilo. 13 de febrero de 2007
Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia, de 5 de octubre de 2016, sobre *Dissenting Opinion of Judge Crawford.*
Request under regulation 46 (3) of the regulations of the Court (TIJ.RoC46(3).01/18). Tribunal Internacional de Justicia*. p. 21*
Demanda Nº 2019/47 interpuesta por Gambia, el 11 de noviembre de 2019 relativa a *The Republic of the Gambia institutes proceedings against the Republic of the Union of Myanmar and aks the Court to indicate provisional measures.* Iniciación de procedimientos ante Tribunal Internacional de Justicia.
Nota de prensa*. Extension of the time-limits for the filing of the initial pleadings. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Nota de prensa del Tribunal Internacional de Justicia TIJ Nº 2020/14, de 26 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.icj-cij.org/en/case/178/press-releases.

2. Corte Penal Internacional

Decisión de la Corte Penal Internacional sobre *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19 (3) of the Statute*, de 6 de septiembre de 2018, Corte Penal Internacional.

The jurisdiction of the court in relation to deportation as a crime against humanity, Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2018, pp. 30-42.

Registro de Informe de la Corte Penal Internacional, de 6 de julio de 2020, relativo a *Registry's First Report on Information and Outreach Activities*. (CPI-01/19-33-Conf) Corte Penal Internacional.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15 Núm. Ordinario (2021), pp. 521-563
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Crimes tributários em contextos de normalidade e de calamidade pública no Brasil: a necessidade de sistematização constitucional do Direito Penal Tributário em prol das garantias individuais

Tax crimes in contexts of normality and public calamity in Brazil: the need for constitutional systematization of Tax Criminal Law in favor of individual guarantees

Victor Augusto Estevam Valente [1]
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Sumário: 1. Introdução. 2. Bem-jurício penal tributário na perspectiva constitucional. 3. Crimes tributários: classificações e bases dogmáticas. 3.1. Art. 1º da Lei nº 8137/90. 3.1.1. Acordo de não persecução penal (ANPP) e extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário: diferenças e a reparação do daño no contexto de crise econômica. 3.2. Art. 2º. 3.2.1. Interpretações judiciais e inconsistências na sistematização constitucional do direito penal tributário. 3.3. Contrabando e descaminho. 4. Das denúncias genéricas e da insuficiência de provas: o melhor interesse do réu (*in dubio pro reo*) em tempos de calamidade e no pós-pandemia. 5. Sistema tributário nacional e garantias individuais em períodos de normalidade, de calamidade pública e no pós-pandemia. 5.1. Dosimetria da pena em tempos de calamidade. 6. Conclusões. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo analisa os crimes tributários em tempos de normalidade e de calamidade pública no Brasil, com a finalidade de demonstrar que os efeitos econômicos e financeiros provocados pela pandemia da COVID-19 (SARS-CoV-2 ou "Novo Coronavírus") demandam uma reinterpretação das decisões judiciais no âmbito do direito penal tributário em prol das garantias individuais dos contribuintes e dos responsáveis tributários. Avalia-se a importância do bem jurídico-penal como limite crítico à intervenção criminal no sistema tributário nacional, tanto em tempos de normalidade como nos contextos de calamidade e de crises econômicas. Discorre-se sobre a necessidade de sistematização constitucional do direito penal tributário no âmbito das interpretações judiciais, no intento de assegurar o respeito à dignidade humana e à intervenção mínima. Para tanto, utiliza-se na presente perquirição de referências bibliográficas tanto em nível nacional, como no âmbito estrangeiro, além dos métodos multidimensional, dialético e silogístico.

Palavras chave: Crimes tributários; sistematização constitucional; garantias liberais; calamidade pública.

---

[1] Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordenador do curso de Especialização de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal e dos Cursos de Extensão em *Compliance Digital* da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Advogado, parecerista e consultor jurídico.

Recibido: 06/01/2021
Aceptado: 23/05/2021

Abstract: This article analyzes tax crimes in times of normality and public calamity in Brazil, in order to demonstrate that the economic and financial effects caused by the COVID-19 pandemic (SARS-CoV-2 or "New Coronavirus") demand a reinterpretation of judicial decisions within the scope of criminal tax law in favor of the individual guarantees of taxpayers and those responsible for tax. The importance of the legal-criminal is evaluated as a critical limit to criminal intervention in the national tax system, both in times of normality and in the contexts of calamity and economic crises. The need for constitutional systematization of criminal tax law is discussed in the context of judicial interpretations, in an attempt to ensure respect for human dignity and minimal intervention. To this end, it is used in the present investigation of bibliographic references both at national level and abroad, in addition to multidimensional, dialectical and syllogistic methods.

Keywords: Tax crimes; constitutional systematization; liberal guarantees; public calamity.

1. Introdução

Esse artigo tem por objeto a análise dos crimes tributários em tempos de normalidade e de calamidade pública no Brasil, com o escopo de avaliar até em que medida as decisões judiciais sobre os ilícitos penais tributários deverão ser objeto de reinterpretação constitucional, máxime em tempos de pandemia e pós-pandemia da COVID-19, tendo por causa a SARS-CoV-2 ou "Novo Coronavírus".

A necessidade de realizar estudo desse cariz diz respeito aos impactos econômicos desencadeados pela pandemia da COVID-19, sugerindo a compreensão do sistema tributário nacional a partir de três perspectivas distintas: (i) em estado de normalidade; (ii) no contexto de calamidade; e (iii) em tempos de pós-pandemia, cuja expectativa é de reequilíbrio da ordem econômica, conquanto seja indispensável a reavaliação das interpretações judiciais sobre crimes tributários em prol das garantias individuais dos contribuintes.

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 163.334/SC[2], entendeu pela criminalização do tributo declarado e não pago ("criminalização do recolhimento não intencional de ICMS"). Em período antecedente à pandemia do "Novo Coronavírus", decretou a Suprema Corte que o contribuinte que deixar de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) cobrado de adquirente de mercadoria, produto ou serviço, incidirá no tipo penal de apropriação indébita tributária (artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90), antes concebido meramente ilícito administrativo.

Observa-se, destarte, que os julgados e posicionamentos jurisprudenciais dessa natureza causam drásticos impactos nas liberdades públicas dos contribuintes e dos responsáveis tributários, valendo-se do direito penal tributário como subterfúgio para a arrecadação tributária em detrimento das gerantias liberais, tais como a intervenção mínima, a fragmentariedade, a responsabilidade subjetiva (não-culpabilidade), a capacidade contributiva e a isonomia tributária.

Urge ponderar, criticamente, sobre a *ratio decidendi* incutida nas interpretações judiciais sob o viés da concepção metodológica[3] do bem jurídico-

---

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 163.334/SC. Min. Rel. Luiz Roberto Barroso. Plenário. Julgado em: 18 dez. de 2019.

[3] A concepção metodológica do bem jurídico não se confunde com a *ratio* da norma incriminadora, eis que, conforme apregoado por Estellita, a última " [...] subtrai as possibilidades de operar com função limitadora do ´ius puniendi´ e crítica do Direito posto". Assim, a concepção metodológica facilita o trabalho hermenêutica na limitação do preceito incriminador do tipo penal (ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 205-206).

penal tributário, sejam nos fatos cometidos mediante fraude, sejam nos desprovidos de tal elementar como meio de execução, com o objetivo de limitar, sob uma linha sistemicamente constitucional, o âmbito de incidência do poder punitivo (*ius puniendi*) na área tributária.

Visando a alcançar os resultados esperados, a presente pesquisa é consubstanciada no método multidimensional, ou seja, em consulta criteriosa a referências bibliográficas e a decisões judiciais que versam sobre os crimes tributários tanto no cenário nacional, como no estrangeiro, permitindo o conhecimento dos diversos entendimentos acerca da temática em comento.

Busca-se, ao final, um posicionamento a partir da análise de dados opostos, sendo que os métodos dialético e silogístico têm o condão de conduzir a caminhos apropriados para o alcance dos resultados esperados, quais sejam, a leitura dos crimes tributários a partir de uma sistematização constitucional e em conformidade com os direitos e garantias individuais, quer em tempos de normalidade, quer nos contextos de calamidade pública e de pós-pandemia.

2. Bem jurídico-penal tributário na perspectiva constitucional

Na presente incursão, cabe a análise das principais correntes que se voltam à fundamentação do bem jurídico-penal na perspectiva dos crimes tributários, com o escopo de conferir ao bem jurídico uma linha crítica ao poder punitivo no sistema tributário nacional. Essencialmente, esses entendimentos não giram em torno só do bem jurídico, senão também do objeto jurídico dos delitos fiscais, exsurgindo, de um lado, a corrente patrimonialista e, de outro, a funcionalista[4].

A primeira corrente, que é predominante na doutrina e na jurisprudência tanto da Espanha como da Alemanha, perfilha que o bem jurídico penalmente tutelado é o patrimônio público. Cabe dizer, o objeto jurídico é o patrimônio da Fazenda Pública, compreendendo a sua atividade e a arrecadação tributária[5].

Sob o ângulo do Direito português, o mesmo entendimento é defendido por Susana Aires de Sousa, para a qual os crimes fiscais têm como objeto de tutela o patrimônio fiscal do Estado, isto é, o complexo das receitas fiscais que é de titularidade estatal. Por conseguinte, o bem jurídico-penal é a obtenção das receitas fiscais, sendo que tais, embora sejam administradas pelo Estado, pertencem a todos os indivíduos em sociedade e se destinam ao atendimento dos objetivos econômicos e sociais constitucionalmente consagrados[6].

Em igual sentido, preleciona Manoel Pedro Pimentel que o direito penal tributário se dedica à salvaguarda dos interesses do Estado ligados à arrecadação dos tributos, sobretudo se houver ofensa a tais interesses, constituindo-se em um ramo do direito penal financeiro[7].

Da mesma sorte, Heloisa Estellita tece críticas à vagueza conceitual da ordem tributária, havendo dificuldades na definição sobre os limites do poder punitivo nesse viés. Assim, o objeto jurídico digno de proteção penal é a arrecadação

---

[4] Análise meticulosa sobre as diversas correntes é feita por MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. "El delito de defraudación tributaria". *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 55-66, jan. 1998, p. 55-56. Já no Brasil: BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 679.

[5] O crime de fraude fiscal é previsto no § 370 da *Abgabenordnung*, sendo que a doutrina alemã reconhece que, além do patrimônio público, tutela-se o interesse do Estado no ingresso integral e tempestivo do imposto. Há quem sustente, ainda, que, além da arrecadação integral dos tributos, protege-se o patrimônio dos contribuintes honestos. Cf. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. "El delito de defraudación tributaria". *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 55-66, jan. 1998, p. 56; ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 111.

[6] Cf. SOUSA, S.A. *Os Crimes Fiscais*: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 288-300.

[7] PIMENTEL, M.P. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17-18.

tributária, consistente em instrumento de formação da receita pública mediante a obtenção dos tributos criados e cobrados segundo os valores constitucionais e que têm por finalidade o atendimento das metas socioeconômicas contempladas na Lei Fundamental. Trata-se de valor dotado de relevância constitucional e "[...] indiretamente reconduzível à pessoa humana, apto, portanto, a ser tutelado com o emprego da sanção penal, ou seja, sob o ângulo do merecimento de pena"[8].

Complementa Estellita que, a partir desse entendimento, assegura-se a concretude e o melhor contorno existencial do bem jurídico-penal, sendo que a arrecadação tributária é apta a exercer as funções de limite do poder punitivo (*ius puniendi*), justificando o merecimento da pena. Paralelamente, essa tutela penal também tem sua legitimidade na necessidade da pena, haja vista que, pela danosidade social da conduta – ou seja, a gravidade do ataque ao bem jurídico-penal -, outras espécies de sanção são insuficientes para a salvaguarda da arrecadação tributária enquanto bem jurídico-penal[9].

A hipótese de incidência do fato gerador (fato típico) é descrita na lei, vinculando o credor ao devedor com vista à arrecadação tributária[10]. Exsurgem, assim, as obrigações principais e acessórias, que guardam relação umbilical com a arrecadação tributária e devem ser tomadas em conta para definir o âmbito de incidência do direito penal nas relações tributárias.

Cabe a análise, em um primeiro momento, acerca das obrigações tributárias principais, que contam como objeto o pagamento de tributo e surgem com a ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico. A obrigação principal implica na exigibilidade do crédito tributário correspondente, que depende de apuração a ser realizada, na maior parte das vezes, a partir de elementos de informação fornecidos pelo contribuinte mediante o cumprimento das obrigações acessórias[11].

Essa obrigação tributária é indispensável para a arrecadação tributária, motivo pelo qual não pode ser objeto de ofensas e de ameaças desde o seu nascimento, principalmente pelo fato de seu perecimento prescindir da vontade do sujeito passivo da relação tributária. Logo, essa obrigação é pressuposto para a ocorrência da ofensa ao bem jurídico arrecadação tributária[12].

A exigibilidade do crédito tributário é indispensável para se aferir a ocorrência de lesão ou não ao bem jurídico-penal, servindo de parâmetro para a danosidade social. Por esse motivo, a construção dos tipos penais tributários compreende "[...] a inserção de elementos que impliquem juízos normativos acerca da existência da obrigação principal de pagar tributo, sem os quais não se poderá dizer que se está diante de um tipo penal orientado à tutela daquele bem [...]"[13].

Contudo, as seguintes hipóteses são desprovidas de relevância penal, a saber: (i) as obrigações tributárias principais que têm por objeto o pagamento de penalidade pecuniária, vez que esta é uma sanção em decorrência de ato ilícito e não assume as mesmas características constitucionais do tributo, não se confundindo com este; e (ii) antes da apuração do crédito tributário, estar-se-á no campo das obrigações acessórias e, via de consequência, em estados de

---

[8] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 187-188.

[9] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188-189.

[10] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

[11] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

[12] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

[13] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

periculosidade para a arrecadação tributária, não havendo que se falar em dignidade penal[14].

Por outro lado, as obrigações tributárias acessórias, que também são instituídas legalmente, têm por objeto prestações, positivas ou negativas, que visam a garantir o controle de fiscalização e o interesse de arrecadação dos tributos, envolvendo a escrituração de livros, emissão de notas fiscais, manutenção de registros e informações, aceitação de fiscalização, prestação de informações, entre outros. Para Estellita: "[...] Trata-se de obrigações, como se vê, destinadas a permitir ao contribuinte e ao ente tributante o conhecimento, determinação e cumprimento da obrigação tributária principal de pagar tributos"[15].

Contudo, a corrente patrimonialista é objeto de controvérsias, mormente para fundamentar a criminalização do excesso de exação. Por exemplo, sustenta essa corrente que o dever de pagar tributo é pressuposto fático do crime tributário, embora, a nosso ver, tal dever não seja encontrado no crime de excesso de exação.

Com efeito, o excesso de exação é um crime contra a ordem tributária e, ao mesmo tempo, praticado contra funcionário público contra a Administração em geral, a despeito de a sua conduta ser diferente em relação às demais tipologias dos crimes tributários[16].

Trata-se de proteção penal ao contribuinte para que este não pague o tributo indevido, tampouco sofra cobrança vexatória ou gravosa para o pagamento do tributo, mesmo que este seja devido. Caso fosse admitida a arrecadação tributária como bem jurídico, haveria um contrassenso intrassistêmico na tipologia do excesso de exação, qual seja: ao mesmo tempo em que seria tutelado o direito de o contribuinte pagar somente aquilo que é devido, haveria uma violação à arrecadação tributária.

Para Hugo de Brito Machado, essa distinção entre o excesso de exação e os demais delitos tributários é essencial para evidenciar certos descompassos da corrente patrimonialista na definição do bem jurídico-penal tributário[17]. E, segundo Rodrigo Ziembowicz, na concepção puramente patrimonialista o Estado assume uma relação predominantemente contratual com o cidadão, isto é, "[...] um direito de crédito perante o contribuinte inadimplente, sem levar em conta outros deveres jurídico-tributários, como o dever de apresentar declarações e dados, submeter-se a fiscalizações e prestar informações"[18]. Assim, a relação entre Estado Fiscal e contribuinte seria meramente contratualista e, consequentemente, de natureza civil, sem a capacidade de justificar a gravidade, o alcance e os fundamentos das incriminações correspondentes, que transcendem aos prejuízos patrimoniais.

Noutro viés, as teses funcionalistas rechaçam a concepção patrimonialista, sob a alegação de que os delitos fiscais não atingem o patrimônio da Administração

---

[14] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

[15] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 193.

[16] Nos termos do artigo 316, §1º, do Código Penal, pune-se a seguinte conduta: "Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza [...]" (BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 24 fev. 2021).

[17] Segundo Hugo de Brito Machado: "Nota-se que a lei penal, ao definir o crime de excesso de exação, protege tanto o direito do contribuinte de não pagar o tributo indevido como o direito de não sofrer cobrança de tributo, mesmo sendo este devido, por meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza. Resta claro, portanto, que a lei penal protege, isto sim, a ordem jurídica tributária e não o interesse na arrecadação" (MACHADO, H.B. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22).

[18] ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 112.

Pública, mas, acima de tudo, as funções que o tributo deve cumprir dentro de dada sociedade[19]. A corrente funcionalista se divide em diversas vertentes, conquanto todas elas tenham como nota característica em comum a desconsideração do patrimônio como objeto jurídico dos crimes tributários, defendendo uma noção de bem jurídico vinculada às funções dos tributos[20].

Tendo em vista que parcela expressiva dos Estados assume objetivos sociais, o tributo desempenha a função de atendimento aos direitos sociais constitucionalmente consagrados – v.g., alimentação, trabalho, educação, moradia, entre outros -, e, acima de tudo, ao mínimo existencial, com baluarte na dignidade humana[21]. O objeto jurídico se relaciona a interesses concretos, motivo pelo qual a função social do tributo seria a forma funcionalista de se chegar ao bem jurídico tutelado nesses crimes.

Adepto a essa corrente, afirma Klaus Tiedemann que os delitos econômicos tutelam, primordialmente, a ordem econômica estatal em seu conjunto e, consequentemente, o fluxo da economia nacional. Assim, o direito penal econômico se distingue do direito penal patrimonial à medida que aquele se volta à salvaguarda de bens jurídicos supraindividuais[22].

Por consequência, os crimes tributários geram impactos no próprio sistema econômico, atingindo a finalidade extrafiscal ou regulatória. É dizer, a política fiscal do Estado não abrange somente a função arrecadatória, senão também a finalidade extrafiscal, estimulando a produção, a circulação e o desenvolvimento, além de controlar a inflação e promover a redistribuição de renda e de assistência social[23].

Também defensor da corrente funcionalista, assinala Hugo de Brito Machado que o bem jurídico consiste nas funções que o tributo deve exercer em conformidade com a Constituição, sobretudo para garantir a existência do Estado, dando azo à ordem tributária. Para o predito autor, a ordem tributária não se confunde com a arrecadação ou interesse da Fazenda Pública, eis que consiste no "[...] conjunto de normas que constituem limites ao poder de tributar e, assim, não pode ser considerado instrumento do interesse exclusivo da Fazenda Pública como parte das relações de tributação"[24]. Apenas em plano secundário é que se tutela a arrecadação tributária, cujo interesse é da Fazenda Pública.

Dentro da corrente funcionalista, há entendimentos de que os crimes fiscais envolvem tão somente a tutela do dever de obediência, isto é, o dever formal de obediência às regras estatais de arrecadação tributária, sem qualquer conteúdo material e, com isso, inexistindo outros bens jurídico-penais. Ocorre que esse posicionamento é próprio de Estados autoritários, nos quais o dever de obediência significa a vontade estatal de regular, em demasia, comportamentos e atitudes internas, tal como se verificou no regime nacional-socialista alemão[25].

---

[19] Bitencourt é adepto à corrente patrimonialista, sob o fundamento de que ela é mais coerente e compatível com os princípios regentes do direito penal mínimo, ao passo que a corrente funcional se caracteriza por sua abstração e generalidade, colocando em risco as bases garantistas. Cf. BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 680.

[20] Cf. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. "El delito de defraudación tributaria". *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 55-66, jan. 1998, p. 56.

[21] Cf. ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 112.

[22] TIEDEMANN, K. "El concepto de delito económico y de derecho penal económico". *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*: revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p. 461-475, 1975, p. 471.

[23] TIEDEMANN, 2010 *apud* ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 113.

[24] MACHADO, H.B. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

[25] Bem assim, "[...] atualmente esta corrente não encontra legitimidade jurídica, pois qualquer incriminação penal deve ser respaldada pelas previsões constitucionais e pelos valores mais caros de uma sociedade em um Estado Democrático de Direito, e não pelo puro arbítrio do Estado". (ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 114).

Regis Prado também é profitente da corrente funcionalista, sustentando que a ordem tributária é bem jurídico supraindividual, sendo que os recursos, que são obtidos das receitas tributárias, se destinam à realização das atividades que se voltam ao atendimento das necessidades sociais, cuja proteção constitucional é a mesma decorrente da ordem econômica (art. 170, CF)[26].

Posicionando-se contra a corrente funcionalista, obtempera Bitencourt que a concepção patrimonialista é mais coerente e compatível com os princípios regentes do direito penal mínimo, ao passo que a corrente funcionalista se caracteriza por sua abstração e generalidade, colocando em risco as bases garantistas[27].

Invocando o entendimento de Susana Aires de Sousa, preconiza Ziembowicz que a corrente funcionalista é a que melhor se coaduna com o Estado Social e Democrático de Direito, embora o critério por ela utilizado para definir o bem jurídico seja vago e impreciso. Ademais, a conduta individual não é suficiente de causar lesão às funções do tributo no Estado Social, "[...] o que somente poderia ser caracterizado se o montante global de sonegações alcançasse valores tão altos que pudessem limitar a capacidade financeira do Estado [...]"[28].

A nosso ver, a corrente funcionalista também apresenta pontuais inconsistências, pois é dificultoso de se estabelecer uma relação direta entre tributo a ser recolhido e a afetação de obras ou serviços públicos, por exemplo. É problemática a definição dessa relação de forma concreta, razão qual o objeto jurídico sugerido por essa corrente é demasiadamente amplo e genérico. Ilustrativamente, as funções desempenhadas pelo tributo num contexto de normalidade econômica devem se inclinar, em grande parte, ao atendimento das funções constitucionalmente consagradas, envolvendo os direitos sociais e os benefícios assistenciais, ao passo que, em situações de calamidade, é possível o inverso, geralmente destinando-se a incentivos fiscais, auxílio emergencial, programas de suporte ao emprego, entre outros[29].

Assim, entendemos que o tributo pode exercer as mais diversas funções a depender do contexto econômico e social, tornando o objeto da corrente funcionalista nebuloso e indeterminado.

A nosso sentir, prospera o entendimento de que os crimes tributários são caracterizados por sua pluriofensividade, pois nem sempre o bem jurídico-penal terá a mesma roupagem entre as mais diversas espécies delitivas, sugerindo a conjugação entre a arrecadação fiscal e as funções desempenhadas pelo próprio tributo no Estado de Direito. Corroborando do entendimento de Ziembowicz, "[...] os crimes tributários são pluriofensivos, tendo como bem jurídico imediatamente protegido o Erário Público e, como bem mediatamente tutelado, as funções cumpridas através dos recursos arrecadados"[30].

---

[26] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 346.

[27] Segundo Bitencourt: "Com esse ponto de partida, os crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/90, devem ser necessariamente interpretados e aplicados também com vistas à proteção subsidiária de um bem jurídico determinado, neste caso, a ordem tributária enquanto atividade administrada pelo Estado, personificado na Fazenda Pública dos distintos entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), dirigida à arrecadação de ingressos e à gestão de gastos em benefício da sociedade; atividade que, por sua importância para o desenvolvimento das finalidades do Estado, é instituída e sistematizada nos arts. 145 a 169 da Constituição Federal de 1988, assumindo o caráter de bem jurídico supraindividual." (BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 679).

[28] SOUSA, 2009 *apud* ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 115.

[29] Por exemplo, a necessidade de incentivos fiscais às empresas e de auxílio emergencial aos empregados demandou a adoção de um regime tributário especial em função pandemia causada pela COVID-19.

[30] Cf. ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 116.

Por exemplo, os crimes contra a ordem tributária preceituados no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, salvaguardam bens jurídicos com certas distinções em cotejo com as hipóteses previstas no artigo 2º da lei de regência e, até mesmo, ao descaminho e ao contrabando.

No que toca ao crime de descaminho, o artigo 334 do Código Penal outorga proteção penal não só ao erário e às ordens econômica e financeira, mas também ao controle das importações e das exportações, pois, a despeito de os tributos internos serem objeto de exação no momento da importação para impedir a discriminação inversa – como nos casos do IPI-Importação, ICMS-Importação, PIS/COFINS-Importação -, "[...] o Imposto Importação tem finalidade marcadamente extrafiscal, funcionando como instrumento para induzir ou inibir o comércio internacional, conforme razões de política econômica e monetária"[31].

Sob as perspectivas constitucional e dinâmica, a fiscalidade é indissociável da extrafiscalidade, pois a Constituição prevê a incidência de cada um dos tributos de acordo com certas finalidades nela disciplinadas.

O patrimônio público deve ser compreendido sob o prisma da fiscalidade, sendo que a sua acepção dinâmica não é suficiente para abranger toda a dimensão da arrecadação tributária disciplinada constitucionalmente. Quer dizer, o patrimônio público não é composto somente por receita pública, mas também é formado por outros elementos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade da sociedade.

Insta salientar que a nota característica dos crimes tributários em geral é ordem tributária, ou seja, um bem jurídico supraindividual, cuja matiz também é onipresente nos crimes econômicos em geral. Cabe dizer, a ordem tributária é o conjunto de normas que limita o poder estatal de tributar, cujas condutas delituosas recaem sobre os seguintes objetos jurídicos: (i) interesse e expectativas da Fazenda Pública na arrecadação e no ingresso do tributo; e (ii) proteção das funções que o tributo deve exercer de acordo com os dispositivos constitucionais e a depender das peculiaridades do contexto econômico, servindo de atendimento às finalidades do Estado, personificado pela Fazenda Pública nos níveis da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios[32].

Dentro desse bem jurídico-penal ("ordem tributária"), as receitas tributárias servem de base para a consecução das necessidades sociais, daí justificando que o objeto jurídico é a proteção das funções que o tributo deve exercer em conformidade com a Constituição e as necessidades de dado contexto econômico[33].

Essa sistemática pressupõe a seguinte divisão do bem jurídico-penal: (i) imediato ou tecnicamente protegido, que é objeto de lesão ou exposição a perigo por meio de conduta dolosa individual; e (ii) mediato, imaterial ou genericamente protegido, ou seja, um bem que, em função do seu grau de generalidade e

---

[31] PAULSEN, L. *Crimes Federais*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 354.

[32] Diante das controvérsias envolvendo o bem jurídico-penal, entendemos que é mais apropriado, tecnicamente, o emprego da nomenclatura (*nomen iuris*) crimes tributários, que melhor designa tanto a arrecadação fiscal como as funções desenvolvidas pelo tributo, em detrimento de "crimes contra a ordem tributária".

[33] Com efeito, os princípios gerais da ordem tributária, consagrados no Título VI ("*Da Tributação e do Orçamento*"), Capítulo I ("*Do Sistema Tributário Nacional*"), Seção I ("*Dos Princípios Gerais*") e Seção II ("*Das Limitações do Poder de Tributar*"), regem a atividade tributária do Estado, possibilitando, por meio da exação de tributos – leia-se, impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais -, a obtenção de recursos necessários para suprir seus gastos, além de atender às necessidades sociais e arcar com o orçamento público. Ao mesmo tempo, busca-se a proteção do patrimônio da Fazenda Pública em um sentido dinâmico, envolvendo desde o controle até a arrecadação tributárias. Há, destarte, uma conjugação entre os distintos objetos jurídicos, tendo em vista que a arrecadação fiscal, consubstanciada na obrigação tributária principal, é necessária e constitucionalmente legítima para atender aos interesses coletivos e aos direitos sociais, no intento de assegurar uma vida digna a todos.

abstração, não é violado pelo comportamento delituoso individual, mas é exposto (abstratamente) em perigo devido à reiteração das condutas individuais[34].

Em sentido semelhante, Martínez-Bujan Pérez sustenta que o bem jurídico imediato ou em sentido técnico é o patrimônio da Fazenda Pública, concretizada na arrecadação tributária, enquanto que o bem jurídico mediato ou imaterial é representado pelas funções do tributo em sociedade[35].

Para José Paulo Baltazar Júnior, o bem jurídico imediato penalmente tutelado é a integridade do erário, a arrecadação ou a ordem tributária, consistente no interesse do Estado de arrecadação dos tributos para a consecução dos seus fins. De forma mediata, destina-se à proteção da Administração Pública, fé pública, trabalho e livre concorrência, que são consagrados como princípios da ordem econômica (art. 170, inc. IV, da CF)[36].

Certo é que a natureza coletiva dos bens jurídicos afetos aos delitos fiscais requer uma política criminal criteriosa, tanto sob o viés da atividade legislativa, como da dogmática jurídica (atividade científica), a fim de que seja delineado minuciosamente o objeto jurídico a ser salvaguardado. Em atenção à necessidade de um padrão de política criminal, preleciona Anabela Rodrigues que os crimes fiscais envolvem como bem coletivo a arrecadação fiscal, compreendendo não só o pagamento de imposto, como também a punição de declarações fraudulentas dos impostos e que atingem a coletividade. A exemplo da legislação portuguesa, justifica-se, sob a perspectiva constitucional, o princípio da necessidade ou da intervenção mínima em matéria penal, sob o fundamento de que sacrificam direitos fundamentais com o objetivo de proteger outros bens jurídicos de índole constitucional[37].

Essa é a lógica do artigo 18, n. 2, da Constituição portuguesa, sendo que a doutrina penal aponta que, nesse dispositivo constitucional, consagra-se, implicitamente, o princípio constitucional do bem jurídico-penal, que tem o condão de determinar a extensão e os limites da intervenção criminal. Em miúdos, trata-se do princípio da necessidade em matéria penal, no sentido de que os bens devem possuir uma dimensão constitucional para que sejam reputados bens jurídico-penais[38].

Nesse prisma, a política criminal deve ser lastreada na conjugação dos princípios da legalidade e da exclusiva proteção de bem jurídico, a fim de afastar qualquer direito penal de índoles puramente simbólica, eticizante e de satisfação a necessidades de psicologia social[39].

---

[34] Cf. ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 115.

[35] Cf. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. "El delito de defraudación tributaria". *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 55-66, jan. 1998, p. 56.

[36] Analisando o merecimento e a necessidade na tutela penal da ordem tributária: BALTAZAR JUNIOR, J.P. *Crimes Federais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 799.

[37] Discorrendo com precisão sobre a política criminal e a importância do princípio da necessidade na criação dos crimes econômicos: RODRIGUES, A.M. "Direito penal económico: é legítimo? é necessário?". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 15-38, jan.. 2017, p. 18 – destaques do original. No mesmo sentido: RODRIGUES, A.M. *Direito penal económico*: uma política criminal na era do *compliance*. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 24-29

[38] Assim, "[...] em matéria de válida restrição de direitos, liberdades e garantias, deve esta restrição subordinar-se à exigência de ´limitar-se ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos´" (RODRIGUES, A.M. "Direito penal económico: é legítimo? é necessário?". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 15-38, jan.. 2017, p. 18-19, nota de rodapé, item 20).

[39] Nesse diapasão: SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximação do direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 450-463. E a propósito da função simbólica nos crimes econômicos: VALENTE, V.A.E. *Direito Penal de empresa & criminalidade econômica organizada:* responsabilidade penal da pessoa jurídica e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015, p. 101.

Comungando dos entendimentos de Walker Júnior e Fragoso, a atividade legiferante lança mão, na maior parte das vezes, da coercitividade da intervenção criminal para uma política arrecadatória de tributos, privilegiando os tipos penais abertos e os crimes de perigo na criação dos delitos tributários; enfim, confirma-se a ideia de que os mecanismos do Estado Fiscal são insuficientes para satisfazer às obrigações tributárias. *In pari passu*, as normas penais em branco possibilitam uma ampla interpretação judicial das normas penais tributárias, geralmente em contrassenso às garantias constitucionais do contribuinte[40].

É necessário que seja garantida a legitimidade do direito penal tributário a partir desse equilíbrio, máxime entre a limitação dos direitos fundamentais e a proteção ou garantia de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais e o direito constitucional devem justificar a criminalização no âmbito do direito penal tributário, conferindo-lhe legitimidade sob a égide da Constituição, tanto em tempos de normalidade, quanto nos contextos de calamidade e pós-pandemia.

3. Crimes tributários: classificações e bases dogmáticas

O crime tributário tem como pressuposto o dever de pagar tributo, ou seja, é necessário que, antes de se cogitar acerca da tipicidade penal, seja constatado se houve ou não uma infração fiscal.

Nesse prisma, o direito penal tributário se encarrega dos crimes tributários, isto é, infrações engendradas por pessoas físicas contra a ordem tributária e que sujeitam seus infratores a uma sanção penal. Esses delitos são preceituados tanto no Código Penal como em legislações penais esparsas.

Com efeito, o Código Penal prevê os crimes de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), sonegação de contribuições previdenciárias (CP, art. 337-A), de contrabando (CP, art. 334-A), descaminho (CP, art. 334) e excesso de exação (art. 316, §1º e 2º, CP)[41], ao passo que os crimes contra a ordem tributária em geral são disciplinados na Lei n. 8.137/90.

Ao direito penal tributário são aplicados os mesmos princípios regentes do direito material e processual nucleares, incluindo a legalidade, a irretroatividade, a responsabilidade subjetiva e a vedação à dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), bem como o contraditório e a ampla defesa e a possibilidade de impetração de *habeas corpus* seja para o indiciamento ilegal ou a revogação ou relaxamento de prisões cautelares, seja para o trancamento do inquérito policial ou do processo criminal por ausência de justa causa[42].

O artigo 1º da Lei n. 8.137/90, em todos os seus incisos, prevê modalidade na forma de crime próprio, pois somente o sujeito passivo da obrigação tributária pode figurar como autor do crime, ou seja: (i) o contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; ou (ii) o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei, nos termos do artigo 121, parágrafo único, do CTN.

Ademais, os crimes tributários são classificados em dois grupos, quais sejam: (i) aqueles que envolvem a fraude como elementar do crime, geralmente perpetrados mediante a escrituração incorreta ou sua falta, o uso de documentos falsos, entre outros meios, com a consequente supressão ou redução do valor do tributo – leia-se, lesão às expectativas de incorporação do tributo à Administração

---

[40] WALKER JR., J.; FRAGOSO, A. *Direito Penal Tributário: Uma visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário*. 2 Ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019, p. 431.

[41] Mesmo que o dever de pagar tributo seja pressuposto fático do crime contra a ordem tributária, tal dever não é encontrado no crime de excesso de exação. Essa distinção entre o excesso de exação e os demais delitos tributários é essencial para explicar qual é a corrente que se revela apta a melhor fundamental o bem jurídico-penal tributário, conforme será analisado oportunamente.

[42] PAULSEN, L. *Curso de Direito Tributário Comentado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 521.

Fiscal; e (ii) os que têm por injusto penal o desconto do contribuinte e o não pagamento dos valores tributários correspondentes ao Fisco, tais como a contribuição previdenciária e o imposto de renda retido na fonte.

Na primeira categoria, o contribuinte oculta do Fisco, mediante fraude, o fato gerador com a intenção de não recolher o tributo ou pagá-lo a menor, cujo comportamento pode caracterizar os seguintes crimes: (i) artigo 1º da Lei nº 8.137/90, em todas as suas modalidades; (ii) artigo 2º, inc. I, da Lei nº 8.137/90; e (iii) artigo 334-A do Código Penal, que preceitua o crime de descaminho.

Esses crimes tributários não se confundem com o mero inadimplemento no pagamento de tributo, haja vista que a diferença entre ambos radica na fraude[43]. Ou seja, o ilícito penal fiscal pressupõe, em regra, o meio fraudulento com a finalidade de reduzir ou suprimir o valor do tributo, como nos casos de uso de documento falso, omissão de receitas, entre outros. Em razão disso, prevalece o entendimento de que os crimes tributários não envolvem a criminalização de débitos, mas a criminalização das fraudes empregadas para o não pagamento ou recolhimento à menor do tributo.

Caracterizam-se, assim, pela evasão (economia ilegal)[44], pressupondo o emprego de fraude com a finalidade ede reduzir ou omitir o pahamento de tributos, diferentemente da elisão (economia lícita)[45], que confere ao contribuinte o direito de, nos limites legais, evitar ou reduzir a tributação que lhe implica maior gravame.

Em regra, os crimes tributários são materiais, eis que dependem da efetiva ocorrência do resultado, é dizer, a frustração na expectativa de recolhimento do tributo ao Fisco, com o consequente lançamento definitivo do crédito tributário (Súmula Vinculante nº 14 do STF) tal como nas espécies delitivas previstas nos incisos I a IV do artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Em caráter excepcional, o artigo 2º da aludida legislação preceitua crimes formais, sujeitando seus infratores à pena de detenção de seis meses a dois anos e multa, cujos patamares são inferiores às sanções cominadas aos crimes materiais e comportam, a depender das circunstâncias, suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) ou acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP)[46].

Corroborando do entendimento de Estellita, o artigo 1º da Lei nº 8.137/90 possui redação com imprecisão técnica, cujos elementos devem ser alçados a uma leitura constitucional, em particular à luz do princípio de determinação-taxatividade, a fim de que não haja o risco de ampliação em demasia da *fattispecie* legal[47].

---

[43] Porém, críticas são endereçadas ao parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.137/90, no sentido de que é criminalizado o mero inadimplemento: ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

[44] FÜHRER, M.R.E. *Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro*. 1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91.

[45] ANDRADE FILHO, E.O. *Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social*. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105.

[46] PAULSEN, L. *Crimes Federais*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 366.

[47] "Já a obrigação tributária (que, à mingua de qualquer rigor terminológico, poderia se ver chamada de ´tributo´) também não se suprime ou reduz pelas condutas elencadas nos incisos do art. 1º. É que, nascendo do fato imponível, só a não ocorrência deste poderia suprimir aquela, ou a ocorrência de fato imponível diverso poderia reduzi-la. No entanto, fazer com que o fato imponível não aconteça é direito sagrado do cidadão. A segunda conclusão, pois, é no sentido de que a norma em exame não se referir nem a ´tributo´ sentido técnico, nem com essa palavra quis significar ´obrigação tributária´. O mesmo se poderá dizer, ainda, quanto ao emprego do termo ´tributo´ no sentido de ´crédito tributário´, onde se dá o mesmo fenômeno [...] Parece fora de dúvida – e não só por exclusão – que ao utilizar a palavra ´tributo´ no ´caput´ do art. 1º, a Lei nº 8.137/90 quis se referir ao valor do crédito tributário constituído pelo lançamento. Porém, na prática, o dispositivo se torna inaplicável, além de ter sua exclusão determinada pelo inc. I do art. 2º,

Com relação à segunda categoria de delitos tributários, o autor é, a rigor, o responsável que não pratica o fato tributário – leia-se, não tem capacidade contributiva -, mas é legalmente responsável de recolher o valor do tributo junto ao contribuinte e de repassá-lo ao Estado Fiscal. Quer dizer, há duas etapas: (i) na primeira, o responsável desconta do contribuinte - seja este empregado, seja qualquer outro contribuinte de ICMS - o valor a ser pago a título de tributo; (ii) o responsável, na posse do valor, deixa de recolher aos cofres públicos.

Nesse ponto, a tipologia do artigo 2º da Lei nº 8.137/90 se difere daquela do artigo 1º da mesma legislação, porquanto naquela as condutas são descritas de forma individualizada em cada um dos incisos respectivos, enquanto que, na última (artigo 1º da Lei nº 8.137/90), as condutas estão situadas no *caput*. Isto reforça que os crimes previstos no artigo 1º são, a rigor, crimes materiais – exceto a figura do inc. V -, ao passo que os crimes previstos no artigo 2º são crimes formais.

Uma vez analisadas as características tipológicas dos crimes preceituados na Lei nº 8.137/98, cabe o estudo minucioso sobre os delitos tributários de maior incidência e que geralmente são submetidos a dissensões jurisprudenciais, com destaque para as hipóteses previstas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, além dos crimes de contrabando e descaminho.

Assinala-se, outrossim, que certas categorias jurídicas do Direito Constitucional Tributário podem influir diretamente na tipicidade penal, tais como a decadência, prescrição, anulação do pagamento, garantia do crédito em execução fiscal e impugnação do crédito na esfera cível.

Primeiramente, a decadência (art. 173, CTN) do crédito tributário afasta a tipicidade penal do fato, haja vista que o crédito não foi definitivamente constituído no prazo legal de 5 (cinco) anos. Isto porque a decadência consiste na perda do direito da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal de constituir, mediante lançamento, o crédito tributário no prazo quinquenal, não havendo a incidência da interrupção ou suspensão.

Contudo, a prescrição tributária (art. 174, CTN) não afasta a tipicidade penal, pois, uma vez constituído o crédito tributário, a Fazenda Pública não ajuiza a ação de cobrança do crédito tributário no prazo de 5 (cinco) anos, sobre o qual incidem as causas de interruptivas e suspensivas.

A anulação do lançamento, por seu turno, afasta a tipicidade penal, vez que não haverá mais a constituição definitiva do crédito tributário.

A garantia do crédito em execução fiscal não se equipara ao pagamento do crédito tributário e, em razão disso, também não elide a tipicidade penal, tampouco tem o condão de suspender ou extinguir a ação penal.

A impugnação do crédito na esfera cível, via de regra, não gera reflexos no processo penal, exceto se houver decisão transitada em julgado de desconstituição do crédito tributário.

Porém, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de que, em sede de liminares ou decisões ainda sem o trânsito em julgado, é possível a suspensão da ação penal até que seja resolvida a questão prejudicial heterogênea (art. 93, CPP).

Como se sabe, a questão prejudicial é o impedimento ao desenvolvimento regular do processo penal, eis que afeta a decisão da causa principal na esfera criminal. Vincula-se à causa principal e diz respeito ao direito material, ou seja, é questão que se liga ao mérito da causa principal e que merece ser decidida antes da própria causa.

As questões prejudiciais se dividem em homogêneas e heterogêneas, cabendo a análise da última categoria na presente incursão. As questões prejudiciais heterogêneas, também denominadas impróprias ou imperfeitas, são questões de

---

que é lei especial e, simultaneamente, lei mais benigna. É que o lançamento tributário pode ser revisto de ofício, constituindo, assim, o crédito tributário na medida arbitrada pelo Fisco." (ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 208-209).

natureza distinta em relação à causa criminal, malgrado sejam fundamentais para o julgamento desta causa.

Prevê o Código de Processo Penal unicamente as questões prejudiciais heterogêneas, que se dividem em obrigatórias e facultativas, embora seja importante observar que o referido *Codex* faça referência unicamente a questões heterogêneas de natureza civil. Por exemplo, o artigo 93 do CPP prevê disciplina acerca da questão prejudicial de competência do juízo cível, versando sobre questão diversa do estado civil das pessoas, não se referindo, ao menos explicitamente, à causa que ainda está sob pendência de julgamento na esfera administrativo-fiscal.

Entendemos, nada obstante, que é possível a suspensão da ação penal – particularmente em crimes tributários materiais -, que tenha por objeto a resolução de questão prejudicial heterogênea facultativa na área administrativo-fiscal, com a consequente suspensão do prazo prescricional na área criminal (art. 116, inc. I, CP), aplicando-se a analogia "*in bonam partem*". Analisando essa questão, assinala Edmar Oliveira Andrade Filho:

> Se existem dúvidas acerca da ocorrência do resultado, não há como levar adiante a ação penal, sob pena de haver castigo sem crime, em prejuízo da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Assim, em tais circunstâncias, a solução a ser dada pelo juízo criminal é a suspensão do processo, de ofício ou a requerimento da parte na forma do art. 94 do Código de Processo Penal, a funda-se na analogia. E não se alegue que o julgamento da questão prejudicial antes da prejudicada, como quer o art. 93 do Código de Processo Penal, pode servir aos interesses dos criminosos que apostam na demora demasiada do julgamento para obter vantagem, porquanto a prescrição da pretensão punitiva não corre durante o tempo da suspensão, na forma do inciso I do art. 116 do Código Penal[48].

Pretende-se, a partir da compreensão de cada uma dessas espécies delitivas e da interseção necessária entre o Direito Constitucional Tributário e o Direito Penal Tributário, sugerir uma sistematização constitucional dos tipos penais correspondentes, sobretudo em tempos de pandemia e pós-pandemia, a fim de que sejam resguardadas as garantias individuais e, acima de tudo, a determinação-taxatividade das condutas delituosas.

3.1. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90

Prevê o artigo 1º da Lei n. 8.137/1990 que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (i) omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias (inc. I); (ii) fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal (inc. II); (iii) falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável (inc. III); (iv) elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato (inc. IV); (v) negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

---

[48] ANDRADE FILHO, E.O. *Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social.* 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 187.

A pena cominada a essa modalidade delitiva é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, comportando a concessão de acordo de não persecução penal se atendidos aos requisitos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, cuja redação foi inseria pela Lei nº 13.964/19 ("Lei Anticrime").

A objetividade jurídica do artigo 1º é arrecadação tributária, frustrando os interesses e as expectaticas da Fazenda Pública no ingresso do tributo e, ao mesmo tempo, as funções que este deve exercer de acordo com os preceitos constitucionais. Para Regis Prado, é erário, ou seja, o patrimônio da Fazenda Pública na perspectiva de bem jurídico supraindividual. Objetiva-se, assim, proteger a política socioeconômica do Estado e, via de consequência, assegurar a obtenção de recursos necessários à realização das atividades estatais[49].

O objeto material é o tributo, a despeito da redação imprecisa do tipo penal, já que o adequado é a supressão ou redução do valor do tributo, pressupondo a exigibilidade do crétido tributário mediante o esgotamento da via administrativa.

Considerando que a doutrina majoritária perfilha da teoria pentapartite ou quinquipartite, sustentamos que a Constituição brasileira prevê, taxativamente, as seguintes espécies tributárias: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais[50].

Salienta-se que os juros e a multa possuem natureza jurídica distinta do tributo e, por isso, não podem ser incluídos para tipificação de crime tributário, eis que constituem meramente consectários civis decorrentes do pagamento extemporâneo.

Cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça entende que o valor a ser considerado como objeto material dos crimes contra a ordem tributária é aquele decorrente unicamente do tributo supostamente sonegado, e não o total do crédito tributário, que compreende o aquele montante acrescido de juros e multa[51]. No mesmo sentido, entende Baltazar Júnior que as multas e a correção monetária não são, a rigor, objeto do crime[52].

Por outro lado, a doutrina diverge sobre o sentido e alcance da expressão "qualquer acessório". Para Baltazar, não há de se falar de crime mediante o mero descumprimento de obrigação tributária acessória, ainda que se converta em principal em razão do descumprimento (art. 113, §3º, CTN)[53].

Em entendimento semelhante, afirma Estellita que essa expressão deve ser dividamente delimitada, a ponto de envolver tão somente as quantias "as quantias

---

[49] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 346.

[50] No mesmo sentido: ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108. Porém, a Lei nº 8.137/90 não prevê expressamente os empréstimos compulsótios (art. 148, CF), havendo dissensões doutrinárias se tal espécie tributária poderia ser abarcada no tipo penal. Há quem defenda que não seria viável a incidência do crime em caso dos empréstimos compulsórios, sob o risco de "analogia in malam partem". Ademais, importante salientar que o tipo penal pode abranger as contribuições sociais, que se dividem em previdenciárias (art. 195, CF), sociais gerais (arts. 212, §5º, e 240, CF) e especiais (art. 149, CF). Contudo, a supressão ou redução das contribuições previdenciárias caracteriza crimes previdenciários, tais como a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) ou a sonegação previdenciária (art. 337-A, CP), eis que tais modalidades são crimes especiais.

[51] "**PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JUROS E MULTA. NÃO INCLUSÃO NO DÉBITO TRIBUTÁRIO PARA FINS DE CONSIDERAÇÃO DA ATIPICIDADE MATERIAL.** 1. O dolo do agente, conforme se extrai do art. 168-A do Código Penal, direciona-se à ausência de repasse ou de recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social. E os juros e a multa não podem ser incluídos em tal conceito, para fins penais, pois constituem meros consectários civis decorrentes do pagamento extemporâneo. Precedentes. (...) 5. Recurso especial improvido." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1226719/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Julgado em: 5 mar. 2013, DJe 1º jul. 2014).

[52] BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Crimes Federais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 805.

[53] BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Crimes Federais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 805.

devidas a título de recomposição do valor de moeda, isto é, devidas a título de correção monetária do valor do tributo devido e dos juros."[54]. Acrescenta a predita autora, no entanto, que não compreende nessa expressão as obrigações tributárias principais que têm por objeto a penalidade pecuniária, vez que esta é uma sanção em decorrência de ato ilícito e não assume as mesmas características constitucionais do tributo[55]. Já para Regis Prado:

> *Acessório*, para os efeitos desse artigo, deve ser entendido o decorrente do não cumprimento de obrigação tributária acessória, ou seja, aquela que não possui conteúdo pecuniário e que se traduz em prestações de fazer ou não fazer algo, no interesse da fiscalização ou arrecadação de tributos. Em outros termos: é a obrigação oriunda do inadimplemento de deveres instrumentais ou formais estabelecidos em lei tributária, entendida esta última não apenas como lei em sentido formal, mas também a que emane de ato de autoridade, de modo a facilitar a fiscalização, o controle e o recolhimento de tributos. Descumprida uma obrigação tributária acessória, converte-se esta em principal no tocante à penalidade pecuniária[56].

Entendemos, de todo caso, que o descumprimento de obrigação acessória melhor se amolda na figura do artigo 2º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, que é considerado uma espécie de tentativa do delito previsto no inciso I do artigo 1º da mesma lei.

Em todos os incisos do artigo 1º, trata-se de crime próprio, pois somente o sujeito passivo da obrigação tributária pode figurar como autor do crime, ou seja: (i) o contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; ou (ii) o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei, nos termos do artigo 121, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Admite-se, no entanto, concurso de pessoas, pois, conforme o disposto no artigo 11 da Lei n. 8.137/1990, quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nessa lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Em regra, o autor que sonega tributos se utiliza da fraude ou falsidade ideológica, além de complexos expedientes que contam com a atuação de terceiras pessoas, tais como "testas de ferro" e "laranjas".

Os sujeitos passivos são, diretamente, o Estado, compreendendo a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, e, mediatamente, a coletividade, podendo, em alguns casos, a conduta também atingir o particular.

A supressão ou redução do tributo ou contribuição social e qualquer acessório é alcançada por meio das condutas fraudulentas descritas em cada um dos incisos, sem as quais não há a configuração delitiva.

"Suprimir" significa omitir, ou seja, não recolher o débito tributário, caracterizando evasão ou descumprimento total da obrigação fiscal. "Reduzir" é diminuir a quantia de tributo a ser recolhida, configurando descumprimento parcial ou incompleto da obrigação tributária[57].

---

[54] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

[55] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

[56] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 358, Grifo do original.

[57] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 357.

Trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado (tipo misto alternativo), pois, ainda que praticada mais de uma das condutas fraudulentas previstas em cada inciso, configura-se um único crime (crime autônomo)[58].

Dessa forma, o artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/1990, prevê como crime a supressão ou redução do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante a conduta de negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação[59].

"Negar" significa não fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, caracterizando-se como uma conduta comissiva. "Deixar de fornecer" é omitir-se à ordem, ou seja, abster-se de entregar nota fiscal ou documento, configurando conduta omissiva[60].

Da expressão "quando obrigatório", depreende-se que a obrigação decorre de uma imposição da lei destinada à autoridade fazendária ou ao consumidor direto, pois, em consonância com o princípio da legalidade, alguém só será obrigado a fazer algo por conta da lei.

A conduta de "fornecer" é comissiva, pois ocorre, de fato, a entrega, quando obrigatório, da nota fiscal ou documento equivalente, mas em desacordo com a legislação. Essa hipótese pode verificar-se de duas formas: (i) entrega de nota fiscal com preenchimento dos elementos materiais em discordância com a legislação, como alíquota, base de cálculo, entre outros; ou (ii) entrega da nota fiscal com elaboração e aspectos estruturais em desconformidade com a lei, como no caso de impressão de notas fiscais sem autorização da Fazenda municipal, estadual ou do Distrito Federal.

Em todas as modalidades previstas nos incisos, salvo a do inciso V - que constitui crime formal -, o crime é material, pois, para a consumação delitiva, o tipo penal exige a prática da conduta fraudulenta e, ao mesmo tempo, a efetiva ocorrência do resultado, qual seja, a supressão (evasão total) ou redução (evasão parcial) de tributo, contribuição social ou qualquer acessório, a teor da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal. Por fim, admite-se a tentativa.

A fraude do inciso I consiste na omissão de informações (conduta omissiva) ou na declaração de informações falsas (conduta comissiva) ao Fisco. "Omitir" singifica silenciar informações que deveria prestar. Se ausente o dolo de suprimir ou reduir tributo, configura-se, em caráter subsidiário, o crime de falsidade ideológica (art. 299, CP).

O objeto material é a declaração apresentada ao Fisco, enquanto que, no inciso II, é o documento ou livro de contabilidade fiscal. Bem assim, a fraude do inciso II consiste na inserção de informações falsas (conduta comissiva) ou na omissão de operações de qualquer natureza (conduta omissiva) em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Trata-se de norma penal em branco, pois o conceito de livros fiscais é previsto em vários diplomas, ora se referindo a registro de entradas e de saídes de mercadorias, ora a livros de apuração do IPI e do ICMS ou livros do ISSQN. E, se ausente o dolo de supressão ou redução, configura-se falsidade ideológica.

Diferentemente das hipóteses anteriores, a fraude do inciso III envolve a falsidade documental ou material – e não ideológica -, consistente em falsificar ou alterar documento relativo a uma operação tributável. Há, com isso, uma contração do documento verdadeiro ou alteração em sua forma, tais como: (i) a "nota fiscal fria", que não corresponde a qualquer venda ou serviço; (ii) fatura falsificada; (iii) "nota sanfona", ou seja, mesma nota usada mais de uma vez; (iv) "nota fiscal calçada", isto é, vias com valores diversos, sendo que a nota fiscal de posse da

---

[58] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 358.

[59] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 365.

[60] PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 365.

empresa é registrada com valor inferior à nota fiscal verdadeira entregue ao cliente. E, se ausente o dolo de supressão ou redução, aperfeiçoa-se o crime previsto no artigo 172 do Código Penal.

A fraude do inciso IV também se refere à documento falso ou inexato utilizado para suprimir ou reduzir tributo, responsabilizando quem elabora, distribui, fornece, emite ou utiliza aquele documento. Contudo, entendemos que os verbos "elaborar" e "emitir" são despiciendos, pois quem os pratica necessariamente "falsifica". Admite-se o dolo, além do dolo eventual ("deva saber").

Por fim, a fraude do inciso V consiste em recusar (conduta omissiva) ou deixar de fornecer (conduta comissiva) documento relativo à compra de mercadoria ou prestação de serviço, ou fornecê-lo da maneira incorreta. Exemplificativamente, entendemos que caracteriza esse crime a negativa de entrega da nota fiscal ao consumidor, eis que o agente atua com a intenção de suprimir ou reduzir o valor do tributo, e não de violar as relações de consumo.

Interessante questão diz respeito ao parágrafo único do artigo 1º, que responsabiliza criminalmente quem deixar de atender à exigência do Fisco, no em 10 (dez) dias, cujo prazo poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência. Por exemplo, incidirá no parágrafo único quem é regularmente intimado a atender a determinada exigência do Fisco, a exemplo da entrega de documentos, porém se mantém inerte. Porém, se ausente o dolo de suprimir ou reduzir tributo, caracteriza-se o crime de desobediência (art. 330, CP)[61].

3.1.1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: DIFERENÇAS E A REPARAÇÃO DO DANO NO CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA

Na prática forense, tem prevalecido o entendimento acerca da possibilidade de concessão de acordo de não persecução penal (art. 28-A, do CPP) aos crimes tributários, eis que a maioria destes delitos não envolve o emprego de violência ou grave ameaça, além da pena mínima cominada ser inferior a 4 (quatro) anos de prisão, contanto que os agentes sejam primários[62].

Como condições de cumprimento do ANPP em delitos dessa natureza, exige-se a confissão formal e circunstancial - sem significar assunção de culpa e

[61] Há discussões se parágrafo único do artigo 1º equipara-se ao crime do inciso V, ou seja, se aquele é tipo penal autônomo ou mero preveito relativo ao próprio inciso V. Prevalece que consiste em tipo penal autônomo, particularmente em crime de mera conduta, pois tem por objetivo proteger a dignidade da Administração e o respeito às ordens por esta emanadas. Logo, basta o desatendimento de uma exigência para a consumação, à semelhança do crime de desobediência (art. 330, CP).

[62] A propósito da possibilidade de ANPP em processos penais que estavam curso no advento da Lei nº 13.964/19, vide Enunciado nº 98 da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: "É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão." (BRASIL. Ministério Público Federal. Enunciado nº 98 da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados >. Acesso em 21 mar. 2021).

prescindível dos detalhes do fato penal[63] -, além de ser geralmente imposta a reparação do dano cumulada com o pagamento de prestação pecuniária, em salário mínimo, a entidade pública ou de interesse social ou prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas à razão de horas semanais.

Primeiramente, a confissão é meramente extrajudicial e desprovida de detalhes acerca do fato penal, atentando-se tão somente ao tipo penal do crime imputado e sem implicar assunção de culpa. Difere-se da confissão judicial espontânea (art. 65, inciso III, "d", do CP), esta sim considerada um meio de prova, nos termos do artigo 197 do Código de Processo Penal. Quer dizer, é um meio apto a servir, diretamente, no convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática. Essa confissão possui as seguintes características: (i) espontaneidade, pois deve a confissão partir do próprio agente e ser livre de qualquer interferência externa; (ii) fornecimento perante a autoridade judicial, pois deve ser oferecida na presença do juiz.

Certo é que a confissão formal e circunstancial do ANPP não gerar reflexos em outros ramos jurídicos, tampouco se confundir com uma denúncia espontânea na área fiscal.

Embora seja um importante instituto em tempos de pandemia e pós-pandemia para melhor resguardar os contribuintes, a denúncia espontânea é instituto diferente à confissão do ANPP, eis que tem o condão de afastar a responsabilidade tributária, envolvendo o pagamento do tributo devido e dos juros de mora ou, a depender do caso, do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, se o montante do tributo ainda estiver sob apuração (art. 138, CTN). Porém, não será considerada a denúncia espontânea oferecida após o início do procedimento administrativo ou medida fiscalizatória que sejam relacionados com a infração tributária (art. 138, parágrafo único, CTN).

Ademais disso, a tendência na prática penal é a de inserir como reparação do dano somente o montante principal do tributo previsto no auto de infração, não incluindo os juros moratórios e a multa, que podem ser exigidos pela Receita Federal na órbita fiscal. Porém, antes de propor o ANPP, é salutar que o *Parquet* solicite ao juízo para que seja oficiado junto à Receita Federal se o acusado chegou a realizar o pagamento ou o parcelamento do crédito tributário.

Também sustentamos que o ANPP seja cabível independentemente de qualquer reparação do dano, visto que o Estado possui condições de alcançá-la mediante execução fiscal, não devendo atribuir plenamente esta função arrecadatória ao Ministério Público. Ademais, é possível a sua formalização mesmo que o acusado só tenha condições de parcelamento ou que não possa reparar integralmente o dano por dificuldades financeiras, tal como se verifica em tempos de pandemia e pós-pandemia, cujas causas não podem servir de óbice à celebração do acordo, principalmente nas situações em que ele se revelar mais benéfico ao acusado.

E, nos casos de questionamento quanto ao elevado valor do tributo fixado a título de reparação do dano, é salutar que, por prudência, seja solicitado ao juízo a fim de que se oficie a Receita Federal para o fornecimento do valor atualizado, posto que somente o Fisco teria legitimidade constitucional para exigir o pagamento do tributo.

Na maioria das vezes, o ANPP é, em regra, mais vantajoso ao acusado, pelos seguintes motivos: (i) extingue-se a punibilidade; (iii) não gera antecedentes criminais, sendo que as anotações permanecem registradas no sistema dos órgãos públicos tão somente para, em caso de necessidade, possa o Ministério Público analisar se o acusado fará jus a novo benefício dentro do prazo de 5 anos, se

[63] Acerca da necessidade de filtragem constituição da confissão extrajudicial em ANPP, sobretudo em crimes tributários, sem que implique em qualquer assunção de culpa, cf: VALENTE, V.A.E. "A Reparação do Dano e Os Reflexos da Confissão Pré-Processual no Acordo de Não Persecução Penal". *Acordo de Não Persecução Penal*. BEM, L. S. MARTINELLI, J.P. p. 405-447. Belo Horizonte: D´Plácido, 2021, p. 415-417 e 425-426

envolver o cometimento de novo delito ou o descumprimento das condições estabelecidas no ANPP; (iii) põe fim à causa criminal, que provoca um desconforto e uma estigmatização do acusado ao longo do tempo, eis que, independentemente do valor da reparação do dano na área fiscal, livra-se de uma acusação criminal.

Consigna-se, outrossim, que o pagamento integral do crédito tributário ou o seu parcelamento não impedem a celebração de ANPP, sobretudo se este for mais benéfico ao acusado[64].

Quanto aos crimes tributários que pressupõem a fraude, o ANPP será mais benéfico que o pagamento ou parcelamento do crédito tributário à medida que a reparação do dano seja fixada em patamar inferior àquele na área fiscal. Isto porque o pagamento integral do crédito tributário ou o seu parcelamento pressupõe a satisfação integral do crédito tributário, que se compõe da seguinte forma: (i) tributo devido; (ii) juros moratórios; e (iii) multa moratória e, eventualmente, multa qualificada que pode chegar até 150% (cento e cinquenta por cento).

Entendemos, entrementes, que nem sempre o ANPP será mais benéfico ao agente, eis que ele envolve a confissão, diferentemente da suspensão condicional do processo e do pagamento do crédito tributário com a consequente extinção da punibilidade. Em outros casos, pode ser que as desvantagens seham as seguintes: (i) em *due diligence* seja identificado por um contratante a existência do ANPP em nome do acusado (contratado); e (ii) ante à possibilidade de sentença favorável ao acusado no final do processo, culminando na sua absolvição.

Asseveramos, outrossim, que o ANPP pode se revelar mais prejudicial à medida que o acusado encara a sua confissão formal e circunstancial como ainda mais constrangedora em seu ciclo social ou profissional e no mundo jurídico, optando por arcar com o pagamento a maior do tributo. Neste caso, a extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário se revelará como uma das medidas mais benéficas ao infrator, eis que cabível em todos os crimes tributários, exceto no crime de descaminho em razão da sua pluriofensividade e por se tratar de um crime formal afeto à falsidade ideológica tributária, não podendo ser equiparado aos demais crimes tributários perpetrados mediante fraude[65].

No decorrer do tempo, diversas legislações trataram acerca dos efeitos do pagamento e do parcelamento do crédito tributário sobre a ação penal, a saber: (i) artigo 14 da Lei n. 8.137/1990; (ii) Lei n. 8.383/1991, inserida pelo artigo 34 da Lei n. 9.249/1995; (iii) 1º Refis, instutído pela MP 2.004-05 de 11/02/2000, após o que foi convertida na Lei n. 9.964/2000; (iv) Lei n. 10.684/2003; (v) Lei nº 11.941/09; e (vi) Lei n. 12.382/2011, que alterou o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996.

De todo caso, o panorama atual é o seguinte: (i) o pagamento do crédito tributário a qualquer tempo extingue a punibilidade, com base na Lei n. 11.941/09; e (ii) o parcelamento do crédito tributário, se ocorrido até o recebimento da denúncia, suspende a pretensão punitiva e, uma vez quitado, extingue a punibilidade, nos termos do art. 6º da Lei n. 12.382/11.

Registra-se que o artigo 6º da Lei n 12.382/11 é nova norma mais gravosa - em relação à Lei n 11.941/09 -, eis que exige o parcelamento do crédito tributário até o recebimento da denúncia – não o viabilizando a qualquer tempo, tal como previsto para pagamento integral pela Lei n 11.941/09. Assim, esse dispositivo tem natureza penal e, em sendo prejudicial ao acusado, não deve retroagir para alcançar os créditos tributários constituídos antes da sua vigência, aplocando-se exclusivamente aos créditos tributários constituídos após a sua vigência.

---

[64] SCALISSE SILVA, Amanda. "A Reparação do Dano e A Restituição da Coisa Como Condição Para a Celebração do Acordo de Não Persecução Penal Para Crimes de Natureza patrimonial e Tributária". *Acordo de Não Persecução Penal*. BEM, L. S. MARTINELLI, J.P. p. 405-447. Belo Horizonte: D´Plácido, 2021, p. 415-417 e 425-426.

[65] Quanto à inviabilidade do pagamento ou parcelamento do crédito tributário em crime de descaminho: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RHC 43.558-SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 5 fev. 2015. Publicado no Informativo 555.

Caso o crédito tributário seja constituído antes da Lei n 12.382/11, segue-se a sistemática da legislação anterior – leia-se, Lei n 11.941/09 -, cujo parcelamento poderá ser realizado a qualquer tempo, ou seja, antes ou depois do recebimento da denúncia. Prevalece, assim, o seguinte espectro: (i) aos créditos tributários que sejam constituídos a partir da Lei n 12.382/11, incidirá o disposto no artigo 6º da mencionada legislação, sendo possível o o parcelamento do crédito tributário até o recebimento da denúncia; e (ii) aos Créditos tributários constituídos antes da Lei n 12.382/11, segue-se a Lei nº 11.941/09, cujo parcelamento poderá ser realizado a qualquer tempo – entende-se, antes e após ao recebimento da denúncia -, posto que a Lei nº 12.382/11 é mais prejudicial e, por ela possuir natureza penal, não poderá retroagir.

E, independemente da modalidade de acordo na área criminal e com reflexos na esfera fiscal, é certo que o valor ou a reparação do dano devem ser fixados de forma proporcional e justa, observando a capacidade contributiva e a dignidade humana do contribuinte, mormente em razão da crise econômica então desencadeada pela pandemia do novo "Coronavírus".

3.2. ART. 2º

Os crimes do artigo 2º consumam-se meramente com a prática da conduta típica, não se exigindo a efetiva produção do resultado, leia-se, o dano ao erário. Assim, basta a ocorrência da conduta, independentemente do exaurimento da via administrativa, ao contrário das hipóteses disciplinadas no artigo 1º, nas quais há um maior desvalor da ação em razão da fraude, além de exigirem, a rigor, o dano ao erário, justificando a cominação de patamar mais elevado da pena.

Entendemos, no entanto, que essa tipologia também possui a descrição imprecisa de elementos e, consequentemente, também deve ser alçada a uma filtragem constitucional. Segundo Estellita: "No que diz respeito ao art. 2º, cujo ´caput´ foi igualmente mal redigido, é preciso analisar cada uma das hipóteses ali elencadas, já que, apesar da redação delituosa do ´caput´, a tutela penal do bem jurídico se fez de forma diferente em cada uma delas"[66].

Os crimes capitulados no artigo 2º se destinam à proteção subsidiária da ordem tributária, entendida como atividade administrada pelo Estado e personificada na Fazenda Pública dos entes estatais, a saber, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa atividade se dirige à arrecadação de ingressos, bem como à gestão de gastos em benefícios da sociedade, razão pela qual ela se revela de suma importância para atendimento das finalidades do Estado (arts. 145 a 169, CF) e, portanto, assume a característica de bem jurídico supraindividual[67].

Para Bitencourt, além da salvaguarda da ordem tributária, o tipo penal também tem por objeto a proteção específica e imediata do patrimônio administrado pela Fazenda Pública, eis que os crimes tributários atingem a administração do erário e, via de consequência, prejudicam a arrecadação dos tributos e a gestão dos gastos públicos[68]. Assim, a tutela penal concedida pelo artigo 2º é mais ampla e difusa que aquela do artigo 1º, eis que abarca a proteção

---

[66] Uma vez mais, no aporte de Estellita: "No que diz respeito ao art. 2º, cujo ´caput´ foi igualmente mal redigido, é preciso analisar cada uma das hipóteses ali elencadas, já que, apesar da redação delituosa do ´caput´, a tutela penal do bem jurídico se fez de forma diferente em cada uma delas" (ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 210).

[67] BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 749.

[68] Elucida Bitencourt: "[...] E isso porque, repetindo, o sentido da proteção da ordem tributária, enquanto bem jurídico, justifica-se, justamente, pelas funções que os tributos desempenham, para cujo efeito é necessário assegurar tanto o cumprimento das expectativas de ingresso quanto a boa gestão dos gastos" (BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 749).

imediata do patrimônio administrado pela Fazenda Pública e, mediatamente, a ordem tributária na perspectiva de atendimento às finalidades do Estado[69].

Destarte, o artigo 1º da Lei nº 8.137/90 possui técnica de tipificação distinta em relação àquela do artigo 2º. Com efeito, os incisos I a IV do artigo 1º são da mesma natureza, porquanto exigem, em regra, a produção do resultado material para a consumação do crime, qual seja, a supressão ou redução do tributo. Quer dizer, a supressão ou redução do tributo é prevista no *caput* do artigo 1º e, por isso, constitui o núcleo essencial do tipo penal, estendendo-se às hipóteses elencadas nos incisos I a IV do mesmo artigo.

Por outro lado, o artigo 2º não descreve o núcleo essencial no *caput*, deixando para indicá-lo em cada um dos seus incisos. Logo, sustenta Bitencourt que cada um dos incisos constitui "[...] uma norma incriminadora com preceito primário autônomo, independentemente, com a peculiaridade de que todos os incisos compartem o mesmo preceito secundário, isto é, a mesma cominação de pena"[70].

Assim, para Bitencourt as hipóteses elencadas no artigo 2º sequer consistem em crimes formais, mas em crimes de mera conduta, acrescentando que a norma penal correspondente abrange não só a proteção da legítima expectativa de arrecadação do Estado, mas também compreende a boa gestão dos gastos públicos. Ademais, essa tipificação, ao ampliar as possibilidades de punição, opera com a antecipação da tutela penal, caracterizando os crimes do artigo 2º como de mera conduta[71].

E, se não bastasse a inconsistência da redação do artigo 2º, recentes julgados e entendimentos jurisprudências têm alargado a tipologia correspondente para viabilizar não só a arrecadação fiscal, mas também o caráter puramente simbólico e de prevenção geral do direito penal, distanciando-se da intervenção mínima e da taxatividade legal, como no caso da apropriação indébita tributária, figura prevista no artigo 2º, inciso II, da lei de regência. Contudo, antes de analisarmos minuciosamente o inciso II, é indispensável a compreensão das figuras previstas nos demais incisos.

O inciso I é uma espécie falsidade ideológica e, via de consequência, uma tentativa do delito previsto no inciso primeiro do artigo 1º da mesma lei, posto que se refere ao descumprimento de obrigações acessórias com o potencial de expor a risco a arrecadação tributária. Por exemplo, o inciso I do artigo 2º incidirá nas hipóteses de lançamento por declaração do contribuinte, como no caso do imposto de renda em que o contribuinte inclui falso dependente ou falsas despesas médicas.

Impende salientar que as obrigações acessórias não são previstas constitucionalmente, conquanto assumam caráter instrumental indispensável à arrecadação tributária. Bem assim, a modalidade do inciso é crime de perigo concreto e direto ao bem jurídico-penal, operando-se com a antecipação da tutela penal e, por isso, a cominação de pena privativa de liberdade em patamar inferior aos limites fixados para as modalidades do artigo 1º[72].

O inciso III prevê conduta semelhante à corrupção, concussão e à extorsão, consistindo em exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário,

---

[69] BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 749.

[70] BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 749.

[71] Esclarece Bitencourt: "[...] para constatar o desvalor da ação não é necessário demonstrar a aptidão do comportamento do agente para a produção de um determinado resultado material, sendo suficiente constatar a ´idoneidade da conduta do agente para produzir um potencial resultado ofensivo à preservação do bem jurídico ordem tributária, visto sob a perspectiva genérica´" (BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 750).

[72] A depender das circunstâncias, as condutas do inciso III do artigo 2º podem ser absorvidas pelo crime do artigo 1º se resultar na supressão ou redução do valor do tributo.

vantagem referente à percentagem sobre um incentivo fiscal. Essa modalidade consuma-se com a mera exigência, sendo que o recebimento do valor é mero exaurimento, por força do desdobramento natural dos fatos (*id quod plerumque accidit*)[73].

As condutas de exigir, pagar ou receber não envolvem, em sua essência, o descumprimento de obrigações tributárias, deixando de se referir a qualquer ofensa à ordem tributária, sobretudo à arrecadação fiscal, tendo em vista que o contribuinte tem direito ao benefício concedido. Segundo Estellita, parece que essa figura típica melhor se enquadraria nos crimes contra a Administração Pública, não cabendo a sua análise no âmbito dos crimes tributários[74].

O inciso IV consiste em deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estabelecido em lei, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento, cuja conduta coloca em risco a arrecadação tributária em seu sentido dinâmico, ou seja, a extrafiscalidade da exação tributária[75].

Por exemplo, restará caracterizado esse crime se uma empresa receber isenção fiscal para instalar-se e gerar certa quantida de empregos ou para investir em um determinado programa social, porém não gerar a quantidade de empregos ou não aplicar os recursos naquele programa social.

A obrigação de aplicar recursos pode advir de lei ou contrato, cujo descumprimento implica na responsabilidade criminal do contribuinte, substituto ou o responsável tributário que recebe o benefício e não o aplica ou o aplica em desacordo com o estatuído, perfazendo, assim, desvio de finalidade.

O incentivo fiscal significa a redução da carga tributária, na forma de isenção, desconto, compensação ou outros modelos, com o objetivo de atender a certa finalidade de relevância constitucional, máxime para estimular determinado setor ou atividade econômica. Por essa razão, a aplicação indevida do incentivo fiscal implica no inadimplemento da obrigação principal de pagamento do tributo, havendo merecimento de pena apto a justificar a criminalização dessa conduta. Complementa Estellita: "O mesmo se diga quando, gozando de capacidade para ser agente do cumprimento da finalidade, não a cumpre, lesando, da mesma forma, o bem jurídico da arrecadação tributária mediante o descumprimento da obrigação tributária principal de pagar tributo"[76].

Para a caracterização dessa figura típica, não se exige o efetivo descumprimento da obrigação tributária acessória, tampouco a fraude, razão pela qual é menor o seu desvalor da ação em cotejo com a das hipóteses do artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Já em caso de lesão por meio fraudulento, caracterizar-se-á uma das hipóteses preceituadas no artigo 1º, com a consequente cominação da pena em patamar superior.

O inciso V, por sua vez, compreende duas modalidades de conduta, ou seja, utilização ou divulgação de programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Por exemplo, esse crime pode ser praticado nos casos de "contabilidade paralela" com uso de *software*, envolvendo tanto o responsável pela empresa ou contribuinte pessoa física, como também quem criou o programa e o divulgou ou o utilizou, como no caso do contador.

Entendemos, nessa linha, que é crime subsidiário ao capitulado no inciso I do artigo 1º, eis que, por meio do programa, o agente logra omitir informações ao Fisco, com a consequente redução ou supressão do tributo.

---

[73] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211.

[74] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211.

[75] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211.

[76] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211.

No que concerne à conduta de utilizar, trata-se de crime de perigo indireto e, por isso, revela-se excessiva a punição na área criminal e, por isso, desproporcional a pena privativa de liberdade, cabendo a incidência de penas não restritivas de liberdade ou sanção administrativa. E, "Quanto à hipótese de divulgação de tais programas, não há ofensa ao bem jurídico da arrecadação tributária e a norma incriminadora é, sob esse ângulo, inadmissível"[77].

Por fim, o inciso II do arigo 2º prevê tipo penal especial de apropriação indébita, que consiste em deixar de recolher tributo ou contribuição social que tenha sido descontado ou cobrado na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária[78].

Não há a necessidade de fraude ou clandestinidade para a prática desse delito, vez que, ainda que o agente tenha feito declaração regular do tributo descontado ou cobrado, haverá a apropriação em caso de o próprio tributo não ser repassado ao sujeito ativo da relação tributária.

Exige-se o dolo, não havendo previsão para a modalidade culposa. O empresário que, por esquecimento ou circunstâncias alheias a sua vontade, deixa de recolher o tributo na data do vencimento, não incorrerá no crime em tela[79].

Por "descontado", entende-se como a conduta do responsável tributário por substituição que, nesta qualidade, retém o valor correspondente ao tributo da quantia repassada pelo contribuinte de direito. Exemplificativamente, caracteriza-se esse crime nas seguintes hipóteses: (i) se o gestor desconta o imposto de renda da remuneração do servidor, mas deixa de repassá-lo à Receita Federal; e (ii) se um empresário deduz o imposto de renda dos valores pagos a um prestador de serviços, porém também deixa de repassá-los à Receita Federal.

Nada obstante, há dissensões sobre o sentido e alcance da expressão "cobrado", ou seja, se restará caracterizado o crime somente em caso de responsabilidade por substituição ou se, além desta situação, também alcançaria o contribuinte de direito – em tributo cobrado em operações próprias.

Para parte da doutrina e da jurisprudência, a expressão "cobrado", apta a configurar o crime em questão, ocorre apenas na responsabilidade por substituição. Isto porque a apropriação indébita fiscal guarda relação umbilical com a chamada substituição tributária. É dizer, o substituto tributário (contribuinte substituto) é responsável, por determinação legal, pela retenção ou recolhimento do tributo devido próprio contribuinte (substituído[80]), embora deixa de repassar o montante aos cofres públicos, descumprindo com a sua obrigação legal. Complementa Paulsen: "[...] Ou seja, retém do contribuinte em nome do Fisco e se apropria dos valores em vez de dar-lhe a destinação legal [...]"[81].

Ademais, o tipo penal ora analisado constitui norma genérica, eis que se refere a tributo de qualquer espécie ("valor de tributo ou de contribuição social") que comporta a substituição tributária por força da lei, exceto no caso da apropriação indébita previdenciária, que é tipo penal especial que envolve as contribuições previdenciárias (art. 168-A, caput e §1º, inc. I, do CP).

---

[77] ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 212.

[78] "**Art. 2°** Constitui crime da mesma natureza: **II -** deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

[79] STOCO, R.; STOCO, T.O. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

[80] O contribuinte substituído é a pessoa física ou jurídica que, nas operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, se beneficia pelo diferimento no pagamento do imposto, a despeito de sofrer a retenção do montante correspondente nas operações ou prestações subsequentes.

[81] PAULSEN, L. *Curso de Direito Tributário Comentado.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 540.

Em regra, tanto a apropriação indébita tributária como os crimes tributários que têm a fraude como meio de execução não são compatíveis com a tese de dificuldades financeiras alegada seja pelo contribuinte, seja pelo responsável tributário, embora tal defesa seja aceita para a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP)[82].

Nada obstante, é certo que os entendimentos judiciais e jurisprudenciais, sobretudo em momentos de pandemia e pós-pandemia, deverão abrandar a criminalização no intuito de considerar as teses de dificuldades financeiras aos demais delitos tributários.

Em suma, entendemos que a maioria dos crimes tributários, notadamente o tipo penal do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, deve ser objeto de leitura atenta na prática forense, a fim de que seja melhor conformado com a taxatividade penal e a sistematização constitucional do direito tributário, conforme será analisado a seguir.

3.2.1. INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS E INCONSISTÊNCIAS NA SISTEMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

Uma parcela das decisões e interpretações judiciais em crimes tributários, máxime em nível de tribunais superiores, revelam certas inconsistências na sistematização constitutional do direito penal tributário no Brasil. Diversos julgados e entendimentos pretorianos têm ampliado o espectro do tipo penal, em evidente descompasso com a legalidade penal e a intervenção mínima.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, firmou o entendimento de que é inconstitucional e, com isso, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), não se aplicando o disposto no artigo 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. Vale dizer, decidiu-se que o PIS/COFINS integram a receita do contribuinte e, consequentemente, são incorporados em seu patrimônio, ao passo que o ICMS não pode ser cobrado como imposto indireto que compõe o faturamento[83], devendo ser excluído da base de cálculo respectiva[84].

Nessa linha, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento no *Habeas Corpus* nº 399.109[85], consolidou a tese de que responderá por crime de

---

[82] Prevalece o entendimento de que a apropriação indébita previdenciária é crime material e, para a sua caracterização, aplica-se o teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF, além de ser possível a extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário, tal como também se verifica no crime de sonegação previdenciária (art. 337-A, CP). Na apropriação indébita previdenciária, é possível a demonstração de dificuldades financeiras tanto por prova testemunhal (v.g., contadores, fornecedores, empregados, entre outros), como por prova documental, tais como a existência de títulos protestados, processos trabalhistas e de execução, desativação da empresas ou de filiais, venda de bens da empresa ou do sócio, falecimento do administrador da empresa e a assunção do cargo por parente inexperiente, atraso no pagamento de salários e de fornecedores, mudança cambial, greves, casos fortuitos com prejuízos financeiras significativos, entre outros.

[83] Alguns conceitos técnicos são elucidados pelo STF, tal como na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, que tinha por finalidade declarar a constitucionalidade do artigo 3º, §2º, da Lei nº 9.718/98, cujo dispositivo exclui do conceito de faturamento, para a base de cálculo do PIS/CONFINS, o ICMS cobrado pelo vendedor de bens ou prestador dos serviços na qualidade de substituto tributário. Por faturamento, entende-se, segundo a jurisprudência do Pretório Excelso, "[...] como sinônimo de receita bruta, ou seja, o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços, considerando os elementos que compõem o custo e influenciam na formação do preço." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 18/DF. Min. Menezes Direito. Julgado em: 12 fev. 2008. Data de Publicação: 18 fev. 2008, p. 5).

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 574706/PR. Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia. Julgado em: 1 agos. 2013. Data de Publicação: 06 agos. 2013.

[85] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 399.109/SC. Min. Rel. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 22 agos. de 2018. Data de publicação: 31 agos. 2018.

apropriação indébita tributária o agente que deixar de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS declarado da DIME (Declaração de Informações do ICMS e Movimento Econômico), e não realizar o pagamento correspondente. Criou-se, assim, "[...] uma tipologia, por analogia, ao artigo 168-A (apropriação indébita previdenciária), do Código Penal, leia-se, a figura típica da apropriação indébita tributária de ICMS próprio declarado e não pago"[86].

No julgamento do HC nº 399.109, o voto do Relator foi de que o crime de apropriação indébita tributária resta caracterizado nas duas situações acima mencionadas, ou seja, quer nas situações de recolhimento do ICMS em operações próprias, quer nos casos de substituição tributária. De acordo com esse posicionamento, trata-se de crime omissivo doloso, em que o sujeito passivo da obrigação tributária, violando o seu dever jurídico, deixa de recolher, no prazo legal, o valor de ICMS descontado ou cobrado, pressupondo a incidência dos seguintes elementos para a configuração delitiva: situação típica, omissão de uma conduta imposta por lei para evitar o resultado, a capacidade físico-real de praticar o comportamento e o dolo[87].

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 163.334, firmou o entendimento de que o contribuinte, de forma contumaz[88] e com dolo de apropriação, que deixar de recolher o ICMS cobrado de adquirente de mercadoria, produto ou serviço, incidirá no crime de apropriação indébita fiscal, previsto no artigo 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90.

Assim, é crime a conduta do contribuinte de declarar que realizou o fato gerador da obrigação tributária, embora não tenha recolhido o tributo. Pela lógica utilizada nesse julgamento, essa decisão se volta à exação de ICMS, mas também se estende a todos os tributos que são cobrados com base na declaração prévia do contribuinte, tal como no imposto de renda, no ISS (Imposto Sobre Serviços) ou em qualquer outro tributo que tenha repercussão econômica no preço do produto.

Importante assinalar que o julgamento do RHC 163.334 pelo STF foi, em agosto de 2020, flexibilizado em uma importante decisão do STJ, no julgamento do Agravo em HC nº 97903/SC, que fixou critérios para a tipificação da apropriação indébita fiscal, sobretudo para a definição: (i) da frequência ou contumácia; e (ii) o dolo de apropriação.

Em resumo, a 6ª Turma do STJ entendeu, por unanimidade, que, para a configuração do crime de apropriação indébita tributária, é necessário que a conduta seja dolosa e reiterada. Essa decisão passou a diferenciar, portanto, duas condutas extremamente diferentes, ou seja: (i) de um lado, a conduta daquele que não paga tributo por circunstâncias alheias a sua vontade – ou seja, por dificuldades financeiras, equívoco ou erro no preenchimento de guias, entre outros, hipótese em caberá a execução fiscal; e (ii) de outro, daquele que, dolosamente, não paga ou recolhe o tributo motivado por interesses pessoais – isto é, o interesse e a possibilidade de reinvestir esse dinheiro em novos negócios ou adotar qualquer outra medida visando a aumento os seus lucros, situações em que será possível a intervenção criminal.

Entendemos, no entanto, que os contextos de pandemia e pós-pandemia demandam que as decisões judiciais sejam esmeradamente fundamentadas na sistematização constitucional do direito denal tributário. Sustentamos, com a *devida vênia*, que a *ratio decidendi* desses posicionamentos deve ser revisitada para melhor compatibilização com a Constituição brasileira de 1988, sugerindo a leitura dos crimes tributários em observância às bases liberais, com destaque para

---

[86] WALKER JR., J.; FRAGOSO, A. *Direito Penal Tributário: Uma visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário*. 2 Ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019, p. 432.

[87] Cf. WALKER JR., J.; FRAGOSO, A. *Direito Penal Tributário: Uma visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário*. 2 Ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019, p. 434.

[88] A definição de contumácia em um estado federativo e sua ausência em outro pode acarretar na distorção do tipo penal, aviltando o princípio da legalidade.

a intervenção mínima, a fragmentariedade, a responsabilidade subjetiva, a capacidade contributiva, a isonomia tributária e, acima de tudo, a dignidade humana.

3.3. CONTRABANDO E DESCAMINHO

Antes da alteração da Lei n. 13.008/14, tanto o contrabando como o descaminho eram tipificados em um único dispositivo legal, qual seja, o artigo 334 do Código Penal, razão pela qual possuíam a mesma pena, além da forma equiparada e majorante.

Porém, a partir dessa alteração legislativa, o contrabando não mais se confunde com o descaminho, sendo que ambos não são considerados de mesma gravidade. Vale dizer, a Lei n. 13.008/14 alterou o artigo 334 do Código Penal, cindindo-o em tipos penais autônomos e com penas próprias, de sorte que o descaminho é previsto no artigo 334 do Código Penal, ao passo que o contrabando é preceituado no artigo 334-A do mesmo diploma legal.

É bem de ver que a reprimenda do contrabando foi elevada, tornando-se de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, enquanto que o descaminho permaneceu com pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, embora ambos os crimes comportam acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP)

De todo caso, ambos os tipos penais guardam certa similitude quanto à sua estrutura, eis que cada qual tem a mesma estrutura normativa, sendo está dividida em três parágrafos, com previsão na modalidade simples, equiparada e causas de aumento de pena.

O crime de descaminho também é chamado de falsidade ideológica tributária, caracterizando-se pela conduta de iludir, ou seja, de enganar, burlar ou fraudar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou impostos devidos pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, denotando o subfaturamento. Segundo Baltazar Júnior:

> A conduta do descaminho consiste em ´iludir´, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, ou seja, respectivamente, o imposto de importação, o imposto de exportação [...] e o IPI, o antigo imposto de consumo, cujo nome é a razão pela qual o tipo penal faz menção a direito ou imposto devido pela entrada, saída, ou consumo de mercadoria. Desse modo, o ICMS não é objeto material de descaminho [...] O verbo iludir tem aqui o sentido de deixar de pagar o tributo devido pela importação, frustrando a fiscalização mediante ação ou omissão [...]”[89].

Complementa Regis Prado:

> **Tipicidade objetiva e subjetiva:** o delito de descaminho está expresso pelo verbo ´iludir´ (núcleo do tipo), que denota a ideia de enganar, de burlar, de fraudar. Verifica-se, assim, no tipo de injusto, que a conduta incriminada consiste em fraudar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devidos pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria[90].

[89] BALTAZAR JUNIOR, J.P. *Crimes Federais.* 11. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 356.
[90] PRADO, R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 409, Grifo do autor.

Embora previsto no artigo 334 do Código Penal, esse delito também é considerado um crime tributário. O sujeito ativo é o contribuinte na qualidade de importador, isto é, qualquer pessoa que realize a entrada de mercadoria estrangeira em território nacional, com base no artigo 22, inc. I do CTN, combinado com o artigo 31, inc. I, do Decreto-lei nº 37/66[91].

Para a sua caracterização, exige-se o dolo, ou seja, a consciência e vontade de iludir e fraudar, todo ou em parte, o recolhimento de impostos.

Não é possível falar em concurso de crimes entre o descaminho e a falsidade ideológica, sob pena de a persecução criminal ser considerada demasiadamente excessiva e desproporcional. Cabe dizer, eventual falsidade ideológica é absorvido pelo descaminho.

De acordo com o entendimento consolidado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada, por força do princípio da consunção[92]. Contudo, se o falso não exaurir seu potencial lesivo no crime-fim, será considerado de modo autônomo, configurando concurso de crimes[93].

Além disso, salienta-se que, para a configuração dos crimes de contrabando e descaminho, não se exige, ao contrário dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90, o esgotamento da via administrativa, pois basta, para a caracterização de tais crimes, a prática dos verbos nucleares. Ou seja, ambas as modalidades são crimes formais, não se aplicando o teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF.

No caso do descaminho, basta a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, independentemente do efetivo prejuízo econômico ao Fisco, para a configuração delitiva.

O §1º do artigo 334 do Código Penal prevê modalidade equiparada de descaminho. Cabe dizer, incorre na mesma pena do "*caput*" quem: (i) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei (inc. I); (ii) pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho (inc. II); (iii) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no país ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem (inc. III); (iv) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos (inc. IV).

Equipara-se às atividades comerciais, para efeitos do artigo 334, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências (CP, art. 334, §2º).

E, nos termos do artigo 334, §3º, do Código Penal, a pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. Impende salientar que é possível a aplicação da causa de aumento de pena prevista no §3º do artigo 334 do Código Penal, somente em caso de utilização de embarcação ou aeronave privada ou em vôo clandestino, não incidindo essa majorante se for utilizado vôo de carreira ou regular ou embarcação de transporte coletivo regular. Enuncia Regis Prado:

---

[91] PAULSEN, L. *Curso de Direito Tributário Completo.* 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 422.

[92] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.378.053-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 10/8/2016, publicado no Informativo 587.

[93] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região**,** Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus. Quarta Seção Enul 0012893-32.2005.404.7200, Juldado em ago. 2013.

> **Causa de aumento de pena:** a pena é aplicada em dobro quando o descaminho é praticado em transporte aéreo, fluvial ou marítimo (art. 334, §3º). O aludido do transporte alcança aquele efetuado através de aviões, helicópteros, embarcações etc. No entanto, a agravante só alcança os delitos perpetrados em aeronaves e embarcações clandestinas, já que os voos regulares, de carreira, não são incluídos aqui, posto serem objeto de fiscalização alfandegária permanente[94].

No mesmo sentido, o entendimento de Baltazar Júnior, sob o argumento de que não incidirá essa causa de aumento de pena quando utilizado voo de carreira ou regular ou embarcação de transporte coletivo regular[95].

Assinala-se, outrossim, que o descaminho é compatível com a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. No plano da realidade fática, o resultado do descaminho – leia-se, frustração na expectativa de arrecadação tributária -, pode ou não ocorrer por circunstâncias alheias ou não à vontade do agente.

Tecnicamente, a importação de mercadoria subfaturada no exterior ocorre da seguinte forma: (i) o importador registra a DI (Declaração de Importação) no SISCOMEX (Sistema de Comércio Exterior), realizando uma falsa declaração à autoridade alfandegária acerca da classificação fiscal e/ou do valor das mercadorias importadas, com a intenção de sonegar os impostos incidentes sobre a importação; (ii) em seguida, compete ao importador recolher os impostos correspondentes, tomando como base suas informações registradas na DI; e (iii) após a fiscalização e a verificação da documentação por parte do agente fiscal, ocorre o desembaraço aduaneiro, entendido como ato final ao despacho aduaneiro, ou seja, a liberação pela alfândega para entrada da mercadoria no país (importação).

Caso a mercadoria subfaturada passe inteiramente pelo crivo da fiscalização ao ponto de ludibriá-la, considera-se consumado o crime de descaminho, eis que houve a liberação da mercadoria pela autoridade alfandegária e, consequentemente, sua incorporação na economia.

Por outro lado, há casos em que a fiscalização da autoridade fazendária identifica o suposto subfaturamento, determinando a apreensão e perdimento[96] da mercadoria, não chegando a mercadoria a sequer ser incorporada na economia do país.

Certo é que, no último caso, o crime não alcança a consumação por circunstâncias alheias à vontade do importador, configurando descaminho na forma tentada (Art. 334, c./c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal).

Ainda assim, o importador não praticará crime de descaminho sequer na forma tentada nas seguintes situações: (i) se ele, voluntariamente, desistir da importação antes do registro da DI, deixando de iniciar o desembaraço das mercadorias e, com isso, não praticando a conduta de iludir, configurando hipótese de desistência voluntária (CP, art. 15, primeira parte[97]); (ii) se ele, antes do desembaraço aduaneiro, retificar, também de forma voluntária, a DI anteriormente apresentada, sendo o caso de arrependimento eficaz (CP, art. 15, segunda parte).

---

[94] PRADO, R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 416.

[95] BALTAZAR JUNIOR, J.P. *Crimes Federais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 367.

[96] Em se tratando de descaminho, o perdimento de bens é disciplinado nos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/66, 23 e 27 do Decreto-Lei n. 1.455/76 e 675 e seguintes do Decreto-Lei n. 6.759/09.

[97] "O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados". (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 mar. 2021).

O crime de contrabando (art. 334-A, CP), por seu turno, consiste na conduta de importar ou exportar mercadoria proibida. Compreende a importação clandestina de mercadorias, sendo que a entrada ou saída da mercadoria no país é absoluta ou relativamente proibida; quer dizer, o agente, por qualquer meio, importa ou exporta mercadoria absoluta ou relativamente proibida, cominando-se a pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Importante salientar que a mercadoria objeto de importação ou exportação deve ser coisa móvel. Além disso, não configurará o crime em questão se o produto tiver importação temporariamente suspensa.

Para a configuração desse delito, exige-se uma lesão "bifronte", ou seja, uma conduta que visa a atingir a atividade de arrecadação do Estado e, ao mesmo tempo, interesses públicos protegidos por outros bens jurídicos de relevância, como no caso, por exemplo, da segurança pública diante da importação de cigarros.

Nada obstante, aplica-se a pena em dobro, nos termos do artigo 334-A, §3º, do Substantivo Penal, se o contrabando for praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial, cuja pena poderá chegar a 10 (dez) anos de reclusão.

Ademais disso, o §1º do artigo 334-A prevê modalidade equiparada de contrabando, incorrendo na mesma pena do *caput* quem: (i) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando (inc. I); (ii) importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente (inc. II); (iii) reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada á exportação (inc. III); (iv) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira (inc. IV); e (v) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria oribida pela lei brasileira.

Por exemplo, configura crime assimilado a contrabando a conduta de promover a saída de mercadorias de Zona Franca sem autorização, nos termos do artigo 334-A §1º, inciso I, do Código Penal. Também é a previsão do artigo 39 do Decreto-Lei n. 288/67, que assim dispõe: "Será considerado contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes" [98].

Assim, caracteriza contrabando a simples saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes, independentemente do emprego de manobras para iludir, no todo ou em parte, o pagamento de tributos.

Por fim, equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos do artigo 334-A, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

Certo é que diversas empresas, sobretudo as do setor farmacêutico, enfrentam diversos encargos tributários no Brasil, inclusive em tempos de normalidade econômica. Discorre Karolina Gomes da Silva:

> A carga tributária sobre os medicamentos de uso humano no Brasil é considerada a mais alta do mundo, sendo que em média 33,9% do valor do medicamento obtido pelo consumidor final corresponde a tributos. Por meio da análise de quais são incidentes sobre os medicamentos; de benefícios fiscais já existentes e de proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional, busca-se observar, criticamente, o panorama desta tributação no Brasil com o objetivo de ampliar o acesso a estes produtos essenciais para concretização do direito à saúde e à vida. A observação da

[98] BRASIL. Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0288.htm >. Acesso em: 19 mar. 2021.

> justiça fiscal, do princípio da capacidade contributiva, da seletividade e da extrafiscalidade para garantir tais medidas ficou demonstrada pela necessidade de instituir tributos que não deixam de ser justos socialmente, tendo em vista a capacidade econômica dos consumidores finais, a partir do reconhecimento da essencialidade destes produtos à própria sobrevivência. Contudo, apesar de haver planos de melhoria neste sentido, existem inúmeros pontos a serem aperfeiçoados e debatidos. Dois deles são focos de estudo [...]: (I) o impacto da redução de tributos na competitividade de empresas no setor farmacêutico e (II) a importância de reconhecer os benefícios concedidos ao setor hospitalar público também ao privado. No que se refere ao primeiro ponto, é possível verificar que a redução de tributos na indústria farmacêutica incentiva novos investimentos, ampliando a concorrência e possibilitando a redução de preços ao adquirente final, ou que medidas políticas podem obrigar o repasse da redução ao consumidor e, quanto ao segundo, mostra-se que o setor hospitalar privado presta atividades de caráter essencial, devendo gozar também dos benefícios[99].

Para Marcelo Ernesto Liebhardt, a questão tributária dos medicamentos no Brasil retrata a grande dificuldade que o país enfrenta em desenvolver políticas integradas nos três níveis, ou seja, federal, estadual e municipal, em função dos diversos dispositivos legais criados pela Constituição Federal de 1988 e a ulterior legislação infraconstitucional.

Em se tratando de medicamentos, a carga tributária não está em conformidade com uma série de preceitos legais e intenções manifestadas nas políticas públicas de saúde, contrariando o disposto no artigo 196 da Constituição Federal[100]. Complementa Liebhardt:

> A questão tributária dos medicamentos no Brasil retrata a grande dificuldade que o país enfrenta em desenvolver políticas integradas nos três níveis, federal, estadual e municipal, em função dos diversos dispositivos legais criados pela Constituição Federal de 1988 e a ulterior legislação infraconstitucional. No caso específico dos medicamentos, a carga tributária não combina com uma série de preceitos legais e intenções manifestas nas políticas públicas de saúde. Começando por nossa lei maior, o artigo 196 da Constituição Federal brasileira prevê que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao seu acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Desde esse ponto de vista, não se concebe a proteção da saúde, e o tratamento de qualquer doença, sem o uso de medicamentos. Segundo os preceitos do eminente jurista Júlio César Ballerini Silva (2009), que "nem se pretenda excluir dessa proteção o acesso da população não

[99] SILVA, K.G. *Tributação do Setor Farmacêutico no Brasil*: Panorama Legislativo e Análise Crítica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2012, p. 5.

[100] LIEBHARDT, M.E. "As Complexidades do Sistema Tributário Brasileiro e a Tributação Sobre o Consumo de Medicamentos". *Tributos e Medicamentos*. 1 Ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012, p. 116.

> só ao atendimento médico e hospitalar, como também aos medicamentos, em face da correlação com o tema". O Estado brasileiro reconhece, e as estatísticas internacionais comprovam que, apesar dos avanços ocorridos nos últimos anos, o Brasil continua um dos dez países mais desiguais do mundo. Tomando como medida o coeficiente de Gini, que mede a desigualdade na distribuição da renda, o Brasil é o país mais desigual dos Brics e com o dobro da desigualdade dos países da OCDE (OECD, 2011)[101].

Nota-se que os medicamentos e produtos farmacêuticos não são bens supérfluos, mas bens essenciais ao cidadão, embora o Estado sempre tenha demonstrado a pretensão de aumentar a arrecadação tributária sobre tais bens, onerando as empresas e deixando de ampliar o acesso de medicamentos à população, a ponto de se distanciar do disposto no artigo 196 da Lei Fundamental.

E, em razão da pandemia e de crises econômicas, sustentamos que os impostos de importação devem contar com a redução de suas alíquotas, envolvendo produtos que são indispensáveis para o combate do Coronavírus, tais como medicamentos, equipamentos hospitalares, insumos para a fabricação de equipamentos, álcool em gel, máscaras, aventais médicos, entre outros[102]. Consequentemente, não é possível a configuração automatizada do crime de descaminho envolvendo produtos que sejam objeto de importação e sobre os quais incida a redução das alíquotas devido à pandemia.

4. Das denúncias genéricas e da insuficiência de provas: o melhor interesse do réu (*in dubio pro reo*) em tempos de calamidade e no pós-pandemia

Nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.137/1990, quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos na aludida lei, incidirá nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade, por força da responsabilidade subjetiva.

É despiciendo que o legislador trouxesse expressamente essa previsão, pois o concurso de pessoas, por si só, já é previsto no artigo 29 do Código Penal, ou seja, em sua Parte Geral, cujos institutos são aplicados a todo e qualquer crime, seja previsto no Substantivo Penal, seja em legislações extravagantes.

Se sabe, na perspectiva do direito tributário, que a responsabilidade é, via-de-regra, objetiva, nos termos do artigo 136 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe: "Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato"[103]. Sem prejuízo, em se tratando de responsabilidade criminal e sua relação com o direito tributário, a legislação penal deve ser interpretada conjuntamente com o artigo 137 do CTN.

Nesse sentido, contribuinte é aquele que paga o tributo, suporta o seu encargo financeiro porque realiza o fato gerador (tem relação direta com o fato gerador), enquanto que responsável é aquele que, embora não tenha praticado o fato gerador e na maioria das vezes não suporta o encargo financeiro do tributo,

---

[101] LIEBHARDT, M.E. "As Complexidades do Sistema Tributário Brasileiro e a Tributação Sobre o Consumo de Medicamentos". *Tributos e Medicamentos*. 1 Ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012, p. 116.

[102] Essas medidas foram adotadas pela Resolução GECEX nº 104/2020, embora não tenha alcançado os demais impostos que incidem sobre a importação, a saber, ICMS, Cofins-Improtação, Pis-Importação e IPI.

[103] BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm >. Acesso em: 19 mar. 2021.

deve responder pelo adimplemento da obrigação tributária. Por exemplo, em uma relação de emprego qualquer, o empregado recebe o seu salário com o imposto de renda já descontado na fonte e transferido para os cofres públicos pelo próprio empregador, pois se este não fizer dessa maneira, poderá responder pelo imposto devido sobre o salário do empregado. Nesse exemplo, o empregado é o contribuinte, enquanto o empregador é o responsável.

Em se tratando de crimes tributários, configura-se a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado se eles agirem com a intenção de causar dano ao Fisco (art. 137, inc. III, "c", CTN), garantindo o consequente benefício à pessoa jurídica por meio da infração penal. Caso contrário, o dano causado por pessoa física contra a própria empresa ou *interna corporis* não configura crime contra a ordem tributária, pois ausente qualquer lesão aos interesses do Fisco[104].

Nada obstante, corre-se o risco de denúncias genéricas serem oferecidas com a imputação de crime tributário aos mais diversos integrantes da estrutura empresarial, sobretudo ante ao inadimplemento fiscal de diversas empresas diante das crises econômicas em larga escala geradas pela COVID-19.

Em regra, entendem os tribunais superiores que é dificultoso de se identificar a autoria na estrutura empresarial ("irresponsabilidade organizada"[105]), motivo pelo qual é possível o abrandamento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, admitindo as chamadas denúncias genéricas.

Isto porque há determinadas condutas delituosas que, em virtude das circunstâncias, são difíceis de serem individualizadas nos crimes empresariais, nos quais diversos agentes (sócios, diretores, gerentes, etc.) concorrem para o mesmo fato, sem que seja possível estabelecer minuciosamente em que consistiram suas condutas.

Nesses casos, aplicar a regra estrita da individualização significaria impedir a persecução penal em praticamente todos os casos em que, embora clara a prática de fatos delituosos em concurso de pessoas, não fosse possível apurar com precisão cada ato praticado por cada uma delas.

Contudo, há casos em que sequer é suficientemente demonstrado o elemento subjetivo do acusado, tampouco o suposto liame subjetivo a caracterizar suposto concurso de pessoas, razão pela qual a denúncia é inepta. Quer dizer, não há a narrativa precisa do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias e características e na qual deve apontar, objetiva e subjetivamente, o fato delituoso em si, bem como a pessoa que o praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o mal que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira por que o praticou (*quo modo*), o lugar onde o praticou (*quando*).

---

[104] Arremata Edmar Oliveira Andrade Filho: "Em linha com o que a esse respeito dispõe o Código Penal, o art. 137 do Código Tributário Nacional, em matéria de responsabilização por penalidades, determina que será sempre pessoal a responsabilidade do agente quando a conduta praticada for considerada crime ou contravenção. A exclusão da responsabilidade do agente, prevista na segunda parte do inc. I, antes transcrito, só pode ser entendida em relação aos crimes que sejam praticados com simples culpa, eis que, no caso de dolo específico, a regra que incide é a do inc. II, além da legislação superveniente, pelo princípio da especificidade. Na forma do transcrito art. 137, inciso III, alínea ´c´, a responsabilidade somente será pessoal do agente quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico, no caso em que sejam praticadas pelos diretores contra as pessoas jurídicas de direito privado. Quer dizer, a pessoa jurídica não poderá, efetiva ou potencialmente, beneficiar-se da infração, sob pena de o ato ilícito não ser contra ela e sim contra terceiros, inclusive o Fisco. Nesse sentido, a jurisprudência coleciona diversos casos em que a evasão tributária foi configurada, mas a responsabilidade penal dos dirigentes não se inscrevia no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, porquanto o dano era contra a pessoa jurídica." (ANDRADE FILHO, E.O. *Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social.* 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 101).

[105] Trata-se de expressão cunhada por SCHÜNEMANN, B. *Delincuencia empresarial*: cuestiones dogmáticas e de política criminal. Buenos Aires: Fábian J. di Plácido, 2004, p. 25-26.

Em caso de fundada dúvida sobre a existência dos crimes tributários e da ausência de prova suficiente para a condenação, impõe-se a absolvição dos agentes, principalmente em tempos de calamidade e no pós-pandemia, com fundamento no princípio do melhor interesse do réu ou *in dubio pro reo* (CPP, art. 386, inc. VI, *in fine*, e inc. VII).

Prevalece, neste viés, o estado de inocência do acusado, que tem como corolário o princípio do melhor interesse do réu, também chamado de *in dubio pro reo*, *favor rei, favor libertatis* ou *favor inocentiae*, segundo o qual, em caso de dúvida, é imperioso o julgamento em favor do acusado.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 2005.35.00.013367-0/GO, firmou o entendimento de que, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, se impõe a absolvição do acusado, com fundamento no *in dubio pro reo* (CPP, art. 386, inc. VI), diante da insuficiência probatória referente ao elemento subjetivo, ou seja, se for inviável de se apontar, efetiva e cabalmente, a existência de dolo na conduta dos réus, tornando insustentável eventual decreto condenatório.

É cediço, outrossim, que seja mencionado o domínio do fato para fundamentar as autorias em crimes tributários. Entendemos, no entanto, que essa interpretação é tecnicamente equivocada, contrariando os fundamentos científicos do domínio do fato.

Come feito, registra-se que Claus Roxin aprimorou os contornos do domínio do fato, sendo responsável pelo elevado desenvolvimento dessa teoria no Direito Penal alemão.

Segundo Roxin, essa teoria considera o autor como a "figura central do sucesso da ação" ou que está no "centro do acontecimento", tendo finalisticamente em seu domínio o curso do crime e a decisão de sua prática, nas seguintes formas: (i) domínio da ação (autoria imediata), no qual o autor imediato é aquele que realiza pessoalmente o tipo de injusto com mãos próprias; (ii) domínio funcional do fato (coautoria), no qual a autoria coletiva consiste na realização conjunta do tipo, cujo domínio caracteriza-se por uma contribuição relevante de cada autor para a prática de um plano em comum, perfazendo-se uma imputação recíproca, de modo que os coautores não precisam necessariamente praticar o tipo de mão de própria; e (iii) domínio da vontade (autoria mediata), no qual é autor mediato aquele que realiza o tipo de injusto com a utilização de terceiro como instrumento, subordinando-o ao seu controle[106].

Se não bastasse, conforme já sustentado pelo próprio Roxin na Europa, entende-se que o domínio do fato, particularmente o domínio da organização, não tem o condão para o enfrentamento da criminalidade de empresa, pois apresenta critérios incompatíveis para o tratamento dessa delinquência.

Com efeito, é incorreta a transposição da autoria mediata às empresas pelos mais diversos motivos, máxime pela impossibilidade de conformá-la com o princípio da autorresponsabilidade e pelas características destoantes entre as organizações empresariais (criminalidade de empresa) e os aparatos organizados de poder (empresas ilícitas).

Isto porque essa teoria, para que seja adequadamente aplicada, tem como dois de seus elementos a fungibilidade de membros e a existência de aparato organizado, cujas características existem somente em organizações criminosas, mas não em empresas regularmente constituídas.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concedeu ordem em *habeas corpus* para trancar ação penal

---

[106] A propósito do domínio do fato: ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 147; GRECO, L.; ASSIS, A. "O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa". *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, L. LEITE, A. TEIXEIRA, ASSIS, A. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

envolvendo ex-diretores de empresa de telefonia por crimes contra a Fazenda Pública (art. 1º, II, da Lei 8.137/1990 c/c. o art. 71 do Código Penal).

De acordo com essa denúncia, os impetrantes, com domínio dos fatos na administração da sociedade anônima, teriam fraudado a Fazenda Pública de Pernambuco por meio da inserção de elementos inexatos em livros fiscais.

Assim, créditos tributários supostamente inexistentes teriam sido destacados em notas fiscais de aquisição de serviços de telecomunicações para reduzir o valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Além disso, os acusados não apenas detinham poder para decidir sobre a ilicitude, como também para persuadir os funcionários contratados a executarem o ato, sendo responsáveis pela ocorrência da redução do tributo.

O ministro Ricardo Lewandowski, sob a relatoria do caso, asseverou que não se pode invocar a teoria do domínio do fato, pura e simplesmente, sem nenhuma outra prova, citando de forma genérica os diretores estatutários da empresa, espalhados pelo Brasil, para lhes imputar um crime fiscal que teria sido supostamente praticado no Estado-membro.

O Colegiado pontuou que, em matéria de crimes societários, a denúncia deve apresentar, suficiente e adequadamente, a conduta atribuível a cada um dos agentes, de modo a possibilitar a identificação do papel desempenhado pelos denunciados na estrutura jurídico-administrativa da empresa.

Ressaltou que, no caso, a acusação feita aos pacientes deriva apenas dos cargos por eles ocupados na empresa de telefonia, estando ausente descrição mínima dos supostos ilícitos por eles praticados[107].

Entendemos, nessa esteira, que a estrutura empresarial apresenta uma cadeia complexa, composta por diversas obrigações e responsabilidades previamente definidas e confiadas entre todos os funcionários e a terceiros prestadores de serviço, com fundamento na divisão de trabalho e no princípio da confiança. Analisando as novas e necessárias perspectivas de imputação dos crimes econômicos, preleciona Cezar Roberto Bitencourt:

> Dessa forma, na valoração dos casos é preciso assumir duas premissas básicas: de um lado, a mera realização de atos de execução não é suficiente para identificar o autor de um crime; e, de outro, a mera condição de sócio, gerente, diretor ou gestor de uma empresa tampouco é suficiente para identificá-lo como autor de um crime contra a ordem tributária[108].

Portanto, é indispensável a delimitação dos âmbitos de competência na empresa, máxime no que diz respeito a serviços terceirizados, sob pena de responsabilidade objetiva e, via de consequência, de a acusação ser inepta[109], demandando um maior esmero na análise desses balizamentos no contexto de crises econômicas, tais como as desencadeadas pela COVID-19.

5. Sistema tributário nacional e garantias individuais em períodos de normalidade, de calamidade pública e no pós-pandemia

O desarranjo do sistema tributário em tempos de crise econômica, a exemplo do colapso em escala mundial pela pandemia de COVID-19, impõe uma urgente análise da dignidade humana tanto sob o ângulo do direito tributário como do direito penal tributário.

---

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 136250/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23/05/2017, publicado no Informativo 866.

[108] BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 806.

[109] LOPES JR., A. *Direito Processual Penal.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 207.

No direito tributário, é certo que a Receita Federal tem assumido, nos últimos anos, ampla atuação na fiscalização dos ilícitos fiscais, possuindo troca de informações e bases para a obtenção de dados de acesso *online* sobre a disponibilidade de recursos ou do patrimônio do contribuinte[110].

E, no que toca às situações de dificuldades financeiras, predomina o entendimento jurisprudencial de que o crime de apropriação indébita tributária não comporta a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, sobretudo na "[...] hipótese de omissão no recolhimento de IPI cobrado, pois o delito implica efetivo pagamento por parte do comprador e, em consequência, disponibilidade do dinheiro"[111].

Por outro lado, entendemos que, em períodos de crise econômica ou de calamidade, esses posicionamentos terão que ser reavaliados sob a perspectiva do sistema constitucional. Em primeiro lugar, o sistema tributário nacional foi melhor lapidado no decorrer do tempo, desde o Código Tributário Nacional, guiando-se por uma série de valores que permitem ao contribuinte demonstrar as condições de impossibilidade de recolhimento do tributo, no intento de evidenciar a ausência do seu dolo na área criminal.

Primeiramente, a Constituição brasileira de 1988 estabelece limites ao poder de tributar, sob a premissa de que os tributos só podem ser instituídos em conformidade com as próprias disposições constitucionais. Paralelamente, existem as limitações ao poder de tributar, pressupondo a análise integrada entre a exação de tributos e a capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF[112]), visando a assegurar o necessário equilíbrio entre o sistema financeiro nacional (Capítulo I do Título VI da CF) e a dignidade humana (art. 1º, inc. III, CF) à luz do Estado Fiscal democrático. Vale dizer, a instituição do tributo deve ser moderada e justa, resguardando o mínimo existencial do contribuinte, notadamente o seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas[113].

Ademais, o sistema tributário brasileiro tem conferido uma maior abertura para compreender a boa-fé do contribuinte, a exemplo da transação tributária de débitos tributários de baixo valor, cujo patamar é de 60 salários mínimos, com base

---

[110] Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região firmou o entendimento de que é legítimo o compartilhamento de dados financeiros pela Receita Federal ao Ministério Público Federal para a persecução dos crimes tributários, independentemente de reserva de jurisdição (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Criminal Nº 5016942-62.2018.4.04.7107. Rel(a). Des(a). Cláudia Cristina Cristofani. 7ª Turma. Julgado em: 4 fev. 2020).

[111] Nesse sentido: BALTAZAR JUNIOR, J.P. *Crimes Federais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 799.

[112] "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 jan. 2021).

[113] "O princípio da capacidade contributiva possui dois conteúdos que se complementam. O primeiro deles, de cunho objetivo, opera em nível pré-jurídico no momento em que o legislador seleciona eventos que reflitam signos de riqueza como requisito fático para o nascimento da obrigação que tenha por objeto o pagamento de tributo. O segundo deles, de caráter subjetivo, é efetuado pelo legislador no exercício da competência tributária e lhe permite estabelecer a proporcionalidade entre as dimensões do evento escolhido (base de cálculo) e o grau de contribuição dos que dele participam (alíquota)" (ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141).

no artigo 23, inciso I, da Lei 13.988/20[114]. Também é possível a realização de negócios jurídicos processuais com a substituição de garantias[115].

Não paira dúvidas de que o contribuinte tem a autonomia de procurar o Fisco como um suporte para a reestruturação das suas dívidas tributárias, no intento de superar as adversidades em razão do estado de calamidade pública.

Ainda assim, há riscos de o contribuinte ainda incorrer em crimes tributários em tempos de crise, perfazendo o seguinte quadro: (i) tenha ele se utilizado de verbas rescisórias para, em situação de extrema necessidade, suportar com demissões em massa para assegurar a manutenção de sua atividade empresarial; (ii) tenha a inadimplência de seus consumidores ou tomadores de serviços, entre outros.

Revela-se salutar, dessarte, que seja analisada a aplicação do sistema tributário a partir de três realidades distintas: (i) antes da pandemia; (ii) no momento de estado de calamidade; e (iii) no pós-pandemia.

É indispensável, a nosso sentir, o abrandamento dos julgados quer no direito tributário, quer no direito penal tributário, priorizando por interpretações menos drásticas aos contribuintes e aos responsáveis tributários, com baluarte na dignidade humana e na capacidade contributiva.

Deve-se ter em contar, a rigor, que a medida ou iniciativa que o contribuinte ou responsável tributário adotar na área fiscal deverá ser proporcional a sua conduta de não recolher tributo ao final. Primeiramente, lhe compete buscar medidas que não sejam tão agressivas como o simples não pagamento, tais como nos casos da adesão a parcelamento especial em tempos de calamidade. É viável, outrossim, que manifeste a sua adesão à programa específico para empresas que tenham dificuldades no recolhimento de tributos. E, somente em situação extrema, é que será caracterizado algum crime tributário[116].

Pressupondo que a conduta é típica, ainda há uma área nebulosa para se comprovar a sua responsabilidade criminal no contexto de crise econômica, dando azo às seguintes teses defensivas: (i) atipicidade subjetiva, restando o fato atípico, máxime se demonstrado que o contribuinte sempre prezou pelo recolhimento efeitvo dos tributos e não incorreu em delito fiscal a não ser naquele momento de calamidade[117]; (ii) estado de necessidade (arts. 23, inc. I, e 24, CP), sob a justificativa do "perigo atual ou iminente", permitindo o reconhecimento do perigo

---

[114] "Observados os princípios da racionalidade, da economicidade e da eficiência, ato do Ministro de Estado da Economia regulamentará: I - o contencioso administrativo fiscal de pequeno valor, assim considerado aquele cujo lançamento fiscal ou controvérsia não supere 60 (sessenta) salários mínimos; II - a adoção de métodos alternativos de solução de litígio, inclusive transação, envolvendo processos de pequeno valor." (BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm >. Acesso em: 21 fev. 2021).

[115] As Portarias 985/16, 565/17, 360/18 e 515/18 estenderam o negócio jurídico processual (art. 190 do Código de Processo Civil) à área fiscal, podendo abranger: (i) calendarização referente à execução fiscal; (ii) plano voltado à amortização do crédito fiscal; (iii) avaliação, aceitação, liberação e substituição de garantias; e (iv) modo de alienação ou constrição de bens.

[116] Por exemplo, há leis que, em tempos de calamidade, permitem diferir o pagamento de certos tributos. Porém, se algum programa federal, estadual ou até mesmo municipal autorizar, mediante certas condições - v.g., o cumprimento de obrigações acessórias em tempos de calamidade ou o não recolhimento de tributo ou o seu pagamento a menor -, tais condições deverão ser a primeira via a ser buscada pelo contribuinte ou responsável tributário. Se não houver essa possibilidade, daí não restará ao contribuinte outra conduta senão buscar todas as oportunidades que a legislação admite para a recuperação econômica da empresa, tais como a denúncia espontânea, a transação tributária, o negócio jurídico processual. E, somente em último caso, considera-se que o contribuinte incorreu em não pagamento, caracterizando o crime de apropriação indébita fiscal.

[117] A nosso ver, é mais razoável alegar a falta do dolo que propriamente adentrar no árduo terreno de demonstração do estado de necessidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.

atual em razão do estado de calamidade, com a consequente exclusão da ilicitude[118]; (iii) inexigibilidade de conduta diversa[119].

Noutro viés, os crimes tributários que têm a fraude elaborada e sofisticada como elementar não são alcançados, aprioristicamente, por certo abrandamento na área criminal. Isto porque o meio fraudulento pressupõe maior danosidade social, não podendo ser alegado para elidir qualquer responsabilidade tributária ou criminal, nem mesmo no contexto de crise econômico-financeira.

Percebe-se, no entanto, entendimentos judiciais pontuais sobre o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa até mesmo ao crime de sonegação fiscal que envolva fraude. Em situação análoga, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de um empresário, imputando-lhe os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, §1º, inc. I, CP) e sonegação de contribuições previdenciárias (art. 337-A, incs. I e III), além de um crime contra a ordem tributária, devido à supressão de contribuição social para terceiros mediante omissão em livros fiscais (art. 1°, inciso II, da Lei 8.137/90). O empresário foi condenado, embora, no julgamento de recurso de apelação interposto a seu favor (Apelação Criminal nº 5010322-95.2017.4.04.7001/PR), a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a inexigibilidade de conduta diversa em razão das graves dificuldades econômicas enfrentadas no contexto de atividade empresarial, desde que suficientemente comprovado, absolvendo o acusado em relação ao crime único de sonegação de contribuições, ainda que praticado em conexão com crime contra a ordem tributária que tem a fraude como seu elemento[120].

Porém, nessa mesma decisão não foi reconhecido o estado de necessidade por dificuldades financeiras, com fundamento no julgamento do REsp 499.442 pelo STJ[121], no sentido de que "A dificuldade econômica, inclusive com miserabilidade do agente, não constitui estado de necessidade".

Entendemos que é insustentável, portanto, a sobreposição do direito penal tributário meramente como um instrumento de coercitividade para a exação tributária, sob o temor de conferir-lhe carga puramente simbólica e de valor ético-social, com o consequente desvirtuamento da fragmentariedade (exclusiva proteção de bem jurídico).

Ganha importância, nesse quadrante, a dignidade da pessoa humana, consistente em norma hipotética fundamental e de cunho antropológico que deve nortear a ordem econômica no Estado de Direito, notadamente o sistema tributário e seus reflexos criminais tanto em tempos de normalidade, como em períodos de calamidade, servindo de fundamento para a filtragem constitucional dos crimes tributários.

A política arrecadatória do Estado mediante a intervenção criminal esvaece de sentido o *status dignitatis* do contribuinte e, por conseguinte, as suas garantias e direitos fundamentais, em nítida expansão do direito penal[122]. Assim, a dignidade

---

[118] Antes não se reconhecia o estado de necessidade para crimes tributários devido ao sentido de "perigo atual", que não comportava, apropriadamente, o momento de crise econômica do contribuinte.

[119] No âmbito da crise de 2008, a jurisprudência afastou a exigibilidade de conduta diversa em crimes tributários com base em ações de execução movidas contra o contribuinte, protestos de títulos, ações trabalhistas, demissão em massa de empregados, a necessidade de tomada de empréstimos e até mesmo os sócios colocarem dinheiro próprio para a manutenção da atividade empresarial.

[120] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5010322-95.2017.4.04.7001/PR. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. Oitava Turma. Julgado em: 9 out. 2019.

[121] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 499.442. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em: 12 agos. 2013.

[122] Complementam Walker Júnior e Fragoso: "Seria importante indagar: O que vale mais: a arrecadação tributária a qualquer preço ou a dignidade do cidadão contribuinte? Por que o

da pessoa humana deve servir de balizamento da ordem jurídica, garantindo o equilíbrio necessário no cumprimento das diretrizes da ordem econômica (art. 170, *caput*, CP) e, com isso, assumindo preponderância sobre o direito penal tributário de linha arrecadatória.

Ronald Dworkin, cujo entendimento é invocado por Eros Grau, sustenta que os aplicadores do direito devem se utilizar, em casos de elevada complexidade, de pautas (*standards*) que não funcionam como regras, mas como princípios ou diretrizes (*policies*). Os princípios não se confundem com as diretrizes, pois aqueles são pautas que devem ser observadas para a garantia da justiça, da honestidade ou qualquer outra dimensão moral, e não para estabelecer objetivos de ordem econômica, política, social, entre outros. As diretrizes, por sua vez, são as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, envolvendo geralmente certa questão econômica, política ou social.

À luz da Constituição de 1988, Eros Grau exemplifica esse panorama da seguinte forma: (i) princípios, tais como os contemplados nos arts. 1º, *caput* e incisos, 2º, 4º, 5º, *caput* e incisos, 170, *caput* (parcialmente) e seus incisos; e (ii) diretrizes, estampadas no art. 3º, parágrafo único do art. 4º e art. 170, *caput* (parcialmente)[123].

Nessa esteira, a Ciência Jurídica deve ser sistemicamente coerente com o seu objeto, ou seja, o Direito posto, sobretudo na perspectiva do Direito Constitucional Tributário e seus reflexos em outras searas, tal como na esfera criminal. Segundo Paulo de Barros Carvalho, não só a ciência do direito, como também o direito posto assumem o caráter de sistema, eis que este é um conjunto de enunciados prescritivos que se projetam sobre a região das condutas inter-humanas, cabendo-lhe possuir um mínimo de racionalidade para ser recepcionado pelos sujeitos destinatários.

Para Barros Carvalho, o sistema é o objeto composto por porções que se vinculam sob de um propósito unitário, ou seja, é a aglutinação de partes orientadas por um vetor comum, exsurgindo, entre as diversas classificações, os sistemas nomoempíricos, que são formados por proposições com referência empírica, desmembrando-se em sistemas (nomoempíricos) descritivos (ou teoréticos) e prescritivos.

Os descritivos, como o próprio nome sugere, são constituídos de proposições descritivas, como no caso dos sistemas de enunciados científicos, tal como na ciência do direito, que se destina a descrever o direito posto. Já os prescritivos constituem-se de proposições prescritivas, como normalmente ocorre nos sistemas que se voltam à conduta social, ou seja, nos sistemas das regras morais, religiosas e jurídicas, sendo que no último está alocado o Direito positivo[124].

Em suma, as dogmáticas penal e tributarista têm o encargo de contribuir para o melhor balizamento do direito posto, em particular das legislações e entendimentos pretorianos pertinentes, sempre com base na dignidade humana. Da mesma sorte, os crimes tributários, a exemplo da apropriação indébita fiscal, devem ser objeto de filtragem constitucional, a fim de que seja assegurada a sua coerência sistêmica à luz da dignidade humana, dos fundamentos dogmáticos do Direito Constitucional Tributário e dos princípios penais constitucionais.

Estado fiscal não dota a Procuradoria Geral da Fazenda de estrutura suficiente que permita a celeridade e a efetividade nos processo de execução fiscal, a fim de assegurar a redução do passivo tributário atual?" (WALKER JR., J.; FRAGOSO, A. *Direito Penal Tributário: Uma visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário*. 2 Ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019, p. 440).

[123] Elucida Eros Grau que a dignidade da pessoa humana é consagrada no artigo 1º como um princípio, enquanto que, no *caput* do art. 170, desponta como uma diretriz. (GRAU, E.R. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155-156 e 159).

[124] CARVALHO, P. B. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 38-57.

5.1. DOSIMETRIA DA PENA EM TEMPOS DE CALAMIDADE

A culpabilidade é um elemento definidor do delito, constituindo juízo de censura que deve incidir em diferentes etapas da fixação da pena. Com efeito, deve o artigo 59 do Código Penal ser levado em conta não apenas na fixação da pena, como também na análise de concessão de diversos benefícios, tais como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, *sursis* da pena, concessão de regime aberto, dentre outros.

Nesse sentido, ganham relevo os critérios específicos referentes ao autor, denominadas circunstâncias subjetivas, que ocupam posição de maior relevo que as circunstâncias objetivas, que dizem respeito ao fato delituoso (culpabilidade pelo fato); ou seja, as circunstâncias subjetivas devem sempre prevalecer sobre as objetivas, consoante o disposto no artigo 67 do Substantivo de 1940.

Assinala-se, no que toca à matéria de circunstâncias judiciais, que o Código Penal de 1940 deixou de prever um modo especial de dosimetria de penas a certas espécies de infrações, a exemplo da culpabilidade nos crimes econômicos, em especial nos crimes contra a ordem tributária, cujos critérios já se apresentam controversos sob o prisma do Código 1940 e das legislações extravagantes[125].

Conforme já salientado, geralmente os crimes contra a ordem tributária são crimes-fim, envolvendo como crime-meio a falsidade documental ou a falsidade ideológica, motivo pelo qual o crime-meio será absorvido pelo crime-fim, por força do princípio da consunção. Porém, a existência do crime-meio não será desprezível, podendo ser considerada da seguinte forma: (i) afastamento da possibilidade da insignificância; e (ii) será reputada como circunstância judicial desfavorável na fixação da pena-base, nos termos do artigo 59 do Código Penal[126].

E, em tempos de calamidade, discute-se se é viável a incidência ou não agravante do artigo 61, inc. II, "g", do Código Penal.

A nosso sentir, essa agravante não deve ser aplicada no atual momento para os crimes tributários, subsistindo somente a outros delitos perpetrados em casos extremos, tais como roubo e furto no contexto de calamidade, nos quais o agente se vale da situação de desordem e fragilidade sociais para atingir aos seus interesses econômicos ou de qualquer natureza.

Em síntese, entendemos que a dosimetria da pena em tempos de calamidade pública e pós-pandemia demanda uma filtragem constitucional dos crimes tributários à luz do princípio da humanização das penas.

6. Conclusões

Os efeitos econômicos e financeiros provocados pela pandemia da COVID-19 sugerem uma necessária reinterpretação das decisões judiciais no âmbito do direito penal tributário em prol das garantias individuais dos contribuintes e dos responsáveis tributários.

Conforme demonstrado, uma parcela considerável das interpretações judiciais em crimes tributários apresenta inconsistências na sistematização constitutional do direito penal tributário no Brasil. Vale dizer, certos julgados e entendimentos jurisprudenciais têm ampliado demasiadamente o âmbito de incidência do tipo penal, em nítido descompasso com as garantias e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, tais como a intervenção mínima e a legalidade penal.

Nessa senda, o sistema tributário nacional deve ser compreendido a partir de três realidades distintas: (i) antes da pandemia, na qual prevaleceram as decisões

[125] BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 580.
[126] PAULSEN, L. *Curso de Direito Tributário Comentado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 526.

então mencionadas em nível dos Tribunais Superiores; (ii) a realidade no momento de estado de calamidade; e (iii) a realidade pós-pandemia.

É indispensável o abrandamento dos julgados tanto no viés do direito tributário, como na área do direito penal tributário, buscando interpretações menos drásticas aos contribuintes e aos responsáveis tributários, em harmonia com a dignidade humana e a capacidade contributiva. Pretende-se evitar, pois, que a interpretação *ultra legem* tenha como consequência tratamento mais severo ao contribuinte.

Pela intervenção mínima (*ultima ratio legis*), busca-se elidir a administrativização do direito penal tributário, velando-se pela autonomia de grau dos crimes tributários em relação aos ilícitos fiscais.

Nesse sentido, a concepção metodológica do bem jurídico-penal é indispensável para limitar, criticamente, o poder punitivo no sistema tributário nacional. A nosso sentir,a ordem tributária é o conjunto de normas que limita o poder estatal de tributar, cujas condutas delituosas recaem sobre os seguintes objetos jurídicos: (i) interesse e expectativas da Fazenda Pública na arrecadação e no ingresso do tributo; e (ii) proteção das funções que o tributo deve exercer de acordo com os dispositivos constitucionais e a depender das peculiaridades do contexto econômico, servindo de atendimento às finalidades do Estado, personificado pela Fazenda Pública nos níveis da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios.

E, conforme evidenciado nessa incursão, o merecimento e a necessidade de pena estão onipresentes na maioria dos crimes tributários, sobretudo naqueles em que a fraude é elemento ou meio de execução, como nas hipóteses do artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, assim como no contrabando e descaminho.

Em outras categorias delitivas, a fraude não é elemento do crime tributário, posto que o autor, em regra, não tem capacidade contributiva, embora seja legalmente responsável de recolher o valor do tributo junto ao contribuinte e de repassá-lo ao Estado Fiscal.

Assim, a tipologia do artigo 2º da Lei nº 8.137/90 é distinta ao do artigo 1º da mesma legislação, eis que, naquela, as condutas são descritas de forma individualizada em cada um dos incisos, ao passo que, na última, as condutas são narradas no *caput*. Os crimes previstos no artigo 1º são, a rigor, crimes materiais – exceto a figura do inc. V -, enquanto que os crimes previstos no artigo 2º são crimes formais ou, a depender da corrente doutrinária a ser perfilhada, de mera conduta.

Em regra, a consumação dos crimes do artigo 2º ocorre simplesmente com a prática da conduta típica, deixando de se aplicar à hipótese o teor da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não há a exigibilidade do crédito tributário mediante procedimento administrativo fiscal e, consequentemente, não se exige dano ao erário.

A nosso sentir, essa tipologia possui uma redação imprecisa de elementos e deve ser objeto de uma acurada leitura constitucional, haja vista que a tutela penal do bem jurídico é diferente em cada um dos incisos do artigo 2º.

Se não bastasse essa inconsistência tipológica, recentes julgados e entendimentos jurisprudências têm alargado a tipologia correspondente, sob o fundamento de que o tributo declarado e não adimplido é conduta caracterizadora do crime de apropriação indébita tributária, outrora considerada meramente ilícito fiscal.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 399.109, decidiu que o crime de apropriação indébita tributária resta caracterizado nas duas situações acima mencionadas, ou seja, quer nas situações de recolhimento do ICMS em operações próprias, quer nos casos de substituição tributária.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 163.334, entendeu que o contribuinte que deixar de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS (Imposto Sobre Circulação

de Mercadorias e Serviços) cobrado de adquirente de mercadoria, produto ou serviço, incidirá no tipo penal do artigo 2º, inciso II.

É necessária a integração entre o direito penal tributário e o direito administrativo sancionador, tendo como filtros a proporcionalidade e a necessidade, com a avaliação em etapas acerca das consequências do ilícito fiscal, até que se chegue ao ilícito penal. Em se tratando do crime de apropriação indébita fiscal, a vedação da dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) tem o condão de resguardar a dignidade humana e a capacidade contributiva, cujos fundamentos devem ser tomados em conta não só pelo legislador, como também pelo julgador a fim de que ele não transcenda aos limites da legalidade penal.

E, a depender do contexto fático, a tendência é a de que seja reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa nos crimes tributários que sejam objeto de persecução criminal em tempos de pandemia e pós-pandemia, contanto que suficientemente demonstradas as dificuldades financeiras do contribuinte ou do responsável tributário.

Além disso, a autoria dos crimes tributários pressupõe o respeito irrefragável à responsabilidade subjetiva, pressupondo uma avaliação acurada sobre o elemento subjetivo dentro do sentido e alcance da tipologia penal, a fim de que seja rechaçada qualquer interpretação além dos limites legais (*ultra legem*), além de denúncias genéricas e tratamentos não-isonômicos em matéria tributária.

Essa responsabilidade subjetiva também deve ser analisada no âmbito da dosimetria da pena, mormente em tempos de calamidade pública e no pós-pandemia, reforçando a necessidade da uma filtragem constitucional dos crimes tributários à luz do princípio da humanização das penas.

Bibliografia

ANDRADE FILHO, E.O. *Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social*. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, J.P. *Crimes Federais*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal Econômico*. V 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0288.htm >. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm >. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm >. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Enunciado nº 98 da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados >. Acesso em 21 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 399.109/SC. Min. Rel. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 22 agos. de 2018. Data de publicação: 31 agos. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.378.053-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 10/8/2016, publicado no Informativo 587.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1226719/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Julgado em: 5 mar. 2013, DJe 1º jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 499.442. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em: 12 agos. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RHC 43.558-SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 5 fev. 2015. Publicado no Informativo 555.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 430. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula430.pdf >. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 18/DF. Min. Menezes Direito. Julgado em: 12 fev. 2008. Data de Publicação: 18 fev. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 136250/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23/05/2017, publicado no Informativo 866.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 574706/PR. Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia. Julgado em: 1 agos. 2013. Data de Publicação: 06 agos. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 163.334/SC. Min. Rel. Luiz Roberto Barroso. Plenário. Julgado em: 18 dez. de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região**,** Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus. Quarta Seção Enul 0012893-32.2005.404.7200, Juldado em ago. 2013.BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5010322-95.2017.4.04.7001/PR. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. Oitava Turma. Julgado em: 9 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Criminal Nº 5016942-62.2018.4.04.7107. Rel(a). Des(a). Cláudia Cristina Cristofani. 7ª Turma. Julgado em: 4 fev. 2020.

CARVALHO, P. B. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESTELLITA, H. *Tutela Penal e As Obrigações Tributárias na Constituição Federal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

FÜHRER, M.R.E. *Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro*. 1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, E.R. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, L.; ASSIS, A. "O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa". *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*.* GRECO, L. LEITE, A. TEIXEIRA, ASSIS, A. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LIEBHARDT, M.E. "As Complexidades do Sistema Tributário Brasileiro e a Tributação Sobre o Consumo de Medicamentos". *Tributos e Medicamentos*. 1 Ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal.* São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, H.B. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. "El delito de defraudación tributaria". *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 55-66, jan. 1998.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. "El delito de defraudación tributaria". *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 55-66, jan. 1998.

PAULSEN, L. *Crimes Federais*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PAULSEN, L. *Curso de Direito Tributário Comentado.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIMENTEL, M.P. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, L.R. *Direito Penal Econômico*. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, A.M. "Direito penal económico: é legítimo? é necessário?". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 15-38, jan.. 2017.

RODRIGUES, A.M. *Direito penal económico*: uma política criminal na era do *compliance*. Coimbra: Quarteto, 2003.

ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

SCALISSE SILVA, Amanda. "A Reparação do Dano e A Restituição da Coisa Como Condição Para a Celebração do Acordo de Não Persecução Penal Para Crimes de Natureza patrimonial e Tributária". *Acordo de Não Persecução Penal*. BEM, L. S. MARTINELLI, J.P. p. 405-447. Belo Horizonte: D´Plácido, 2021.

SCHÜNEMANN, B. *Delincuencia empresarial*: cuestiones dogmáticas e de política criminal. Buenos Aires: Fábian J. di Plácido, 2004.

SILVA, K.G. *Tributação do Setor Farmacêutico no Brasil*: Panorama Legislativo e Análise Crítica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximação do direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUSA, S.A. *Os Crimes Fiscais***:** análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

STOCO, R.; STOCO, T.O. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TIEDEMANN, K. "El concepto de delito económico y de derecho penal económico". *Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales*: revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p. 461-475, 1975.

VALENTE, V.A.E. "A Reparação do Dano e Os Reflexos da Confissão Pré-Processual no Acordo de Não Persecução Penal". *Acordo de Não Persecução Penal*. BEM, L. S. MARTINELLI, J.P. p. 405-447. Belo Horizonte: D´Plácido, 2021.

VALENTE, V.A.E. *Direito Penal de empresa & criminalidade econômica organizada:* responsabilidade penal da pessoa jurídica e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015.

WALKER JR., J.; FRAGOSO, A. *Direito Penal Tributário: Uma visão Garantista da Unicidade do Injusto Penal Tributário*. 2 Ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

ZIEMBOWICZ, R.L. *Crimes Tributários: Extinção da Punibilidade e Sonegação.* São Paulo: Almedina, 2020.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 564-588
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La consideración de la vulnerabilidad económica en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

The consideration of economic vulnerability in the Jurisprudence of the Inter-american Court of Human Rights

María Soledad Casazza[1]
Universidad Católica Argentina

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La vulnerabilidad como categoría de especial protección. 3. Una aproximación a la noción de "vulnerabilidad económica" o "pobreza". 4. Tratamiento de la pobreza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos. 5. Diferentes criterios de consideración de la pobreza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de sistematización: 5.1. Pobreza asociada a otros grupos vulnerables que impidieron la realización de una vida digna. 5.2. Pobreza como causal de discriminación: 5.2.a) discriminación interseccionada; 5.2.b) discriminación por posición económica. 5.3. Pobreza considerada de forma aislada. 6. Reflexiones finales. 7. Referencias bibliográficas.

Resumen: El propósito de este trabajo es hacer una revisión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que fue analizada la pobreza o vulnerabilidad económica, e identificar qué tratamiento le fue dispensada en la decisión final. Del relevamiento realizado surgió que aquel Tribunal consideró la pobreza de distintas formas y que pueden agruparse en tres categorías: i) la pobreza considerada conjuntamente con otras causas de vulnerabilidad y como impedimento de una vida digna; ii) la pobreza entendida como causa de discriminación, ya sea interseccionada o por posición económica y iii) la pobreza considerada de forma aislada.
Para comprender el tratamiento brindado por la Corte IDH al tema objeto de este trabajo, procuramos, en primer lugar, aproximarnos a una idea sobre qué debe entenderse por pobreza, dado que es un concepto que presenta sus aristas para determinar su contenido.
Las sentencias seleccionadas permitieron observar que si bien la Corte IDH, al tratar la cuestión de la vulnerabilidad económica, no declaró la violación directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, muchos de ellos han sido fundamentos para declarar la violación de otros derechos civiles y políticos.

Palabras clave: Vulnerabilidad económica; vida digna; discriminación.

Abstract: The purpose of this work is to review the judgments of the Inter-American Court of Human Rights in which poverty or economic vulnerability was

---

[1] Abogada, Universidad de Buenos Aires; Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Comercial; Doctoranda del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina; Especialista en Asesoramiento Jurídico de Empresas, Universidad de Buenos Aires; Adjunta regular de la Universidad Nacional de José C. Paz, Argentina; Jefe de Trabajos Prácticos de la Universidad de Buenos Aires, autora de artículos de revistas y capítulos de libros.

analyzed, and to identify the treatment dispensed in the final decision. From the survey carried out, it emerged that that Court considered poverty in different ways and that they can be grouped into three categories: i) poverty considered jointly with other causes of vulnerability and as an impediment to a dignifying life; ii) poverty understood as a cause of discrimination, whether intersected or due to economic position and iii) poverty considered in isolation.
To understand the treatment provided by the Inter-American Court of Human Rights to the subject (that is the subject) of this work, we try, firstly, to get closer to an idea of what it should be understood as poverty, since it is a concept that presents different edges to determine its content.
The selected judgments allowed to observe that, although the Inter-American Court, when dealing with the issue of economic vulnerability, did not declare the direct violation of economic, social, cultural and environmental rights, many of them have been grounds to declare the violation of other civil and political rights.

Keywords: Economic vulnerability; dignifying life; discrimination.

1. Introducción

En el derecho internacional de los derechos humanos, la noción "vulnerabilidad" ha ocupado en los últimos años un lugar relevante.

El objetivo de este trabajo[2] es analizar el tratamiento dispensado a la condición especial de vulnerabilidad económica en que puedan encontrarse determinadas personas, o grupos de personas, por parte de la Corte IDH en los casos contenciosos sometidos a su consideración e identificar posibles criterios de sistematización.

Las sentencias de la Corte IDH analizadas para este trabajo en los casos contenciosos abarcan desde el año 1987 hasta el 2018, inclusive. Dentro de ese período han sido seleccionadas las sentencias en las que ese Tribunal alude a "derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCA)", "pobreza", "miseria", "pobreza extrema".

Desde la fecha de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[3] (en adelante, CADH) y del establecimiento de la Corte IDH[4], esta ha formado una jurisprudencia que ha abordado la cuestión de los sujetos vulnerables.

La vulnerabilidad económica no fue tratada de manera uniforme por parte de la Corte IDH. Sin embargo, con el transcurso de los años, puede observarse una línea jurisprudencial que cada vez más considera y analiza las situaciones de pobreza o miseria como un elemento de gravitación en la decisión final y en la atribución de responsabilidad a los Estados.

---

[2] Este trabajo se enmarca en el PICTO-UCA 2017-0032 "El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas", cofinanciado por ANPCyT y UCA (Argentina). El proyecto de investigación indaga en la multiplicidad semántica que reviste el término "dignidad" en los casos contenciosos y en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Dicho proyecto de investigación se orienta a contribuir con una sistematización de los distintos significados que recibe la expresión "dignidad humana" en los usos que hace la Corte IDH y la realización de una propuesta hermenéutica superadora que dé unidad a su utilización argumentativa. Para un desarrollo de este tema ver LAFFERRIERE, J.- LELL, H. "Hacia una sistematización de los usos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria", *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 43, julio-diciembre 2020, disponible en http//www.juridicas.unam.mx DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.43.15181

[3] La Convención fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, en San José Costa Rica. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978 (art. 72.4).

[4] La Corte IDH fue establecida el 22 de mayo de 1979.

Con ese objetivo abordaremos, en primer lugar, qué debe entenderse por vulnerabilidad económica, seguidamente señalaremos los casos contenciosos en que esa temática ha sido abordada por la Corte IDH para luego proponer una sistematización de los criterios hallados en la jurisprudencia que permiten observar que la pobreza ha sido considerada por ese Tribunal en la argumentación de sus sentencias.

2. La vulnerabilidad como categoría de especial protección

La situación de vulnerabilidad no debe entenderse como una condición de ser, sino de estar, ya que no es la característica natural de la vida misma, sino la consecuencia de una forma de organización jurídica, política y social que hace vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer ciertos caracteres identitarios, al provocarles un daño, lesión o discriminación, que permiten pensar en que no son vulnerables sino que están vulnerables[5].

La vulnerabilidad ha sido definida como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (la exposición) de una persona o de un grupo a una amenaza, incluido el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso. La vulnerabilidad en ese contexto depende del conjunto de elementos que derivan de la situación o de la condición de una persona o grupo[6].

El universo de personas o grupos en situación de "vulnerabilidad", conforme las Reglas de Brasilia[7], comprende a quiénes por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o cultura, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Se ha dicho que existen dos tipos de vulnerabilidad: una es la intrínseca, propia de las condiciones personales o del grupo de personas de que se trate, tales como la enfermedad; la falta de capacitación o educación; y la otra es la extrínseca que deriva de los contextos sociales, económicos o culturales en los que viven las personas[8].

La vulnerabilidad es un concepto que ha sido tildado de ambiguo y que puede ser utilizado en forma descriptiva, por un lado, para identificar una situación; es decir, para determinar cómo las instituciones o, más en general, las estructuras,

---

[5] RIBOTTA, S. "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de la persona en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad pobreza, y acceso a la justicia". *Revista Electrónica Iberoamericana,* 6, 2, 2012, p. 8, disponible en https://www.cijc.org/es/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Documento%20de%20estudio%208_Comentarios%20a%20las%20Reglas%20de%20Brasilia_Silvina%20Ribotta_entregable.pdf. Ver también BELOFF, M.- CLÉRICO, L. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, 1, 2016, p.139-178 ISSN 07180195. Las situaciones de vulnerabilidad devienen de los efectos acumulativos de nuestras acciones y de los otros, de las instituciones, de las prácticas y arreglos institucionales, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito global. Estas situaciones producen en ocasiones desigualdad. Esa desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una estructuración social dada. Esto ha llevado a hablar del carácter relacional y contextual del concepto y, a su vez, ha conducido a la discusión de formas de responsabilidad colectiva para dar respuestas transformadoras a esas vulnerabilidades.

[6] ROSMERLIN ESTUPIÑAN-S. "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf

[7] Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia en personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Del 4 al 6 de marzo de 2008. Disponible en: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf

[8] GELLI, M. "Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, *Revista La Ley*, 30 de julio de 2020, T. 2020-D.

originan, mantienen y refuerzan vulnerabilidades. Por el otro, se lo usa en forma prescriptiva. Es la base de un argumento que, junto con otros, justifica que se debe hacer algo para revertir ese estado o situación de vulnerabilidad[9].

En el presente contexto cuando se habla de "pobreza" se alude a la vulnerabilidad involuntaria a aquella que se sufre sin quererla, porque se carece -o existen insuficiencias- de oportunidades para abandonar por los propios medios o por dificultades intrínsecas[10].

En el estudio particular de las situaciones de vulnerabilidad económica ha sido dicho que las condiciones de pobreza[11] o incluso de indigencia o miseria que padecen amplios sectores de la sociedad favorecen la vulneración de derechos humanos, además de la violación que aquellas condiciones entrañan, por sí mismas, en tanto impiden o reducen la calidad de vida o desarrollo de quienes la padecen[12].

Lo anterior no es solo una cuestión teórica sino que también ha sido receptado por la Corte IDH para analizar la responsabilidad estatal ya que la primera vez que ese Tribunal abordó la cuestión de la vulnerabilidad fue en el año 1997[13].

En tiempos más recientes, la Corte IDH se ha referido a la vulnerabilidad como una categoría de protección especial, en razón de los deberes particulares cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario, para satisfacer las obligaciones generales de respecto y garantía de los derechos humanos[14]. No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre[15], como la extrema pobreza o marginación[16].

En relación a la pobreza, esta última ha sido considerada por la Corte IDH por primera vez en el año 1999[17].

---

[9] BELOFF, M.- CLÉRICO, L. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales,* Año 14, 1, 2016, p.139-178 ISSN 07180195.

[10] GELLI, M. "Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, en *La Ley*, 30 de julio de 2020, Año LXXXIV NRO. 140, T. 2020-D.

[11] La CIDH ha determinado que "la pobreza constituye un problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en esa situación. La situación de pobreza trae consigo una exposición acentuada a violaciones de derechos humanos; vulnerabilidad incrementada por las restricciones derivadas de la situación socioeconómica de las personas". CIDH, Pobreza y derechos humanos, disponible en OEA/Ser.L./V/II.164, Doc. 147,7 de septiembre de 2017, párr. 92

[12] GARCÍA RAMÍREZ, S. "Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia "transformadora" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 41, junio-diciembre 2019, disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php.cuestiones-constitucionales/issue/archive

[13] Corte IDH. Caso Loaysa Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Allí se hizo referencia a la vulnerabilidad de las personas detenidas.

[14] Corte IDH. Caso Ximénes López vs. Brasil, Sentencia de 4 de junio de 2006, párr. 103, entre otros.

[15] Corte IDH. Caso Ximénes López vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr.103.

[16] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 154. Caso Ximénez López vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr.104.

[17] Corte IDH. Caso de los Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia Fondo de 19 de noviembre de 1999.

3. Una aproximación a la noción de "vulnerabilidad económica" o "pobreza"

Una cuestión a considerar es tratar de delimitar, con un fin meramente expositivo, qué podemos interpretar cuando aludimos en el presente trabajo a "vulnerabilidad económica" o "pobreza".

Tal propuesta es necesaria en virtud de que el concepto de vulnerabilidad es muy amplio y determinar quién es vulnerable depende de los múltiples escenarios que pueden considerarse. Por ello, en este apartado nos concentraremos en aproximarnos a delimitar aquel concepto.

El combate de la pobreza y la generación de mejores estadios de vida tiene que ser una de las directrices del quehacer del Estado, solo así es posible enfrentar la vulnerabilidad de quienes por su estado de marginación sufren más o son más vulnerables[18].

El Comité DESCA ha sostenido que la pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales[19].

En los Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos (PREPDH), se considera que "la pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez es causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones.

Las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente -como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud-, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de importancia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación, materia que se alimentan mutuamente"[20]

Los PREPDH han señalado que la pobreza extrema es una situación creada, propiciada y perpetuada por acciones y omisiones de los Estados y otros agentes.

---

[18] URIBE ARZATE, E.- González Chávez, M. "La protección jurídica de las personas vulnerables". *Revista de Derecho*, 27, julio de 2007, p.205-229. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102709.

[19] ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10 de mayo de 2001, EC/C.12/2001/10, párr.8, citado en el voto razonado de Ferrer Mc Gregor Poisot, E. en el Caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil". Sentencia del 20 de octubre de 2016, dictada por la Corte IDH.

[20] ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 2012, Resolución 21/11, principios 3 y 4, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf

PAZ, J. "Vulneración de derechos materiales de niñas y niños en la Argentina. Nivel, estructura y brechas entre unidades subnacionales", *Ensayos de política económica.* Año 2018, ISSN: 22313-9781, XII, Vol. II, 6, p. 93-125. Allí fue dicho que puede incorporarse la noción de privación como una violación o incumplimiento de uno o más derechos humanos. Esto implica otorgar a las personas pobres (o personas privadas en alguna o varias dimensiones de la pobreza), el poder para reclamar a los gobiernos políticas que mejoren sus vidas. La política antipobreza aparece entonces como una obligación legal de los Estados, más que como una ayuda o caridad; y la persona pobre, como titular de un (más de uno) derecho. Desde esta perspectiva conceptual, la idea de pobreza o privaciones puede ser construidas sobre el principio de acceso a un número específico de derechos económicos, sociales y culturales.

Al dejar de lado a las personas que vivían en la pobreza extrema, las políticas públicas del pasado han transmitido la pobreza de generación en generación. Las desigualdades estructurales y sistemáticas, de orden social, político, económico y cultural, que a menudo no se abordan, profundiza más la pobreza[21].

El derecho de las personas vulnerables económicamente a participar plenamente en la sociedad y en la adopción de decisiones, tropieza con una gran cantidad de obstáculos que agravan la situación, obstáculos de tipos económico, social, estructural, jurídico y sistémico[22]. Por otro lado, aun cuando existan mecanismos participativos, las personas que viven en esa condición tienen serias dificultades para usarlos o ejercer su influencia a través de ellos por la falta de información, una información escasa o por analfabetismo[23].

Circunscripto el concepto de pobreza, abordaremos a continuación el alcance dispensado por la Corte IDH en los casos seleccionados.

4. Tratamiento de la pobreza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos contenciosos

La cuestión de la vulnerabilidad económica ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte IDH en muchas ocasiones en que la violación de derechos humanos se producía en un contexto de exclusión derivada de la situación de pobreza en que se encontraban las víctimas (conforme la terminología de la Corte IDH).

Del relevamiento efectuado en las sentencias dictadas por la Corte IDH, en el período señalado al inicio de este trabajo, pudo observarse que la pobreza es considerada un factor de vulnerabilidad que agudiza el impacto que sufren las personas, víctimas de violaciones de derechos humanos o resulta ser un contexto favorable a que esa violación se produzca.

Los casos en el que la vulnerabilidad económica, pobreza o pobreza extrema fueron analizadas por la Corte IDH se exponen a continuación en el orden cronológico en que han sido dictadas las sentencias:

i) Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (1999)

En este caso, se trató de prácticas de violencia (secuestro, tortura y asesinato) imputadas a agentes de seguridad, contra varias personas (5), entre ellas niños, que vivían en situación de calle.

Señaló la Corte IDH, como fundamento para responsabilizar al Estado de Guatemala, que el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna[24].

Y agregó que cuando los Estados violan los derechos de los niños en situación de riesgo impidiendo que sean lanzados a la miseria, los privan de las

[21] ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 2012, Resolución 218/11, principio 5, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf

[22] ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr.13, disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/77/PDF/G1403377.pdf?OpenElement

[23] ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr.43, disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/77/PDF/G1403377.pdf?OpenElement

[24] Corte IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad[25].

ii) Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay (2004)

Aquí el Tribunal se pronunció sobre la responsabilidad que le cupo al Estado por la muerte de varios internos, y por las heridas e intoxicaciones sufridas por niños que se encontraban en el Instituto de Reeducación del Menor "Coronel Panchito López", dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo del Paraguay[26].

De los antecedentes de la sentencia surge que el Instituto era un establecimiento para internar a niños en conflictos con la ley, el cual estaba integrado mayormente por niños que provenían de sectores marginados[27].

La Corte IDH allí se pronunció sobre la obligación de garante que pesa sobre el Estado y el deber de tomar medidas especiales, cuya omisión causa consecuencias más serias cuando las personas detenidas son niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna"[28].

iii) Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005)

Los hechos de este proceso consisten en que los miembros de la comunidad N`djuka Maroon de Moiwana fueron atacados por fuerzas armadas, la comunidad fue arrasada y los que lograron escapar, huyeron a bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados.

La Corte IDH sostuvo que los miembros de la comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales y que sufrieron pobreza y privaciones desde su huida de la aldea de Moiwana, dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se vio limitada drásticamente[29].

iv) Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)

Aquí fue analizado por la Corte IDH la responsabilidad que le cupo al Estado con relación a la comunidad Yakye Axa y sus miembros por violación al derecho de propiedad ancestral lo que implicó mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria que amenazaba la supervivencia de sus integrantes.

---

[25] Sostuvo allí la Corte, que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. La Convención Americana de Derechos Humanos debía interpretarse conjuntamente con la Convención de los Derechos del Niños y de esta última surgen normas que pueden enmarcarse en las "medidas de protección" a que alude el art. 19 de la Convención Americana. Entre ellas destacó las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 196. En la sentencia de Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 60 la Corte IDH afirmó que "al efectuar esa estimación del daño moral, ha tenido también presentes las condiciones generales adversas de abandono padecidas por los cinco jóvenes en las calles, quienes quedaron en situación de alto riesgo y sin amparo alguno en cuanto a su futuro".

[26] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 septiembre de 2004, párr. 134.1

[27] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 septiembre de 2004, párr. 134.4

[28] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 septiembre de 2004, párr. 152

[29] Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr.186.

Los miembros de esa comunidad habían permanecido al costado de la carretera, enfrente de sus tierras tradicionales en condiciones de miseria extrema, sin servicios básicos mínimos ni tenían acceso al agua[30] ni vivienda adecuada[31].

La Corte IDH en este caso fue categórica al sostener que el derecho a la vida "comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna", en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad. "[32]

v) Caso Masacre de Mapiripián vs. Colombia (2005)

Los hechos del presente caso enmarcan en una situación generalizada de desplazamiento forzado causada por un conflicto armado interno que afectó a Colombia. En ese escenario, casi medio centenar de personas en el Municipio de Mapiripián fueron privadas de la libertad, torturadas, asesinadas por parte de fuerzas paramilitares.

Las características de la masacre ocurrida en Mapiripián, las vivencias de los días en que sucedieron los hechos, los daños sufridos por las familias, el temor a que los hechos se repitan y a las amenazas por parte de paramilitares, provocó el desplazamiento interno de muchas familias. Muchas de esas personas han enfrentado graves condiciones de pobreza y la falta de acceso a muchos servicios básicos[33].

vi) Caso de las Niñas Yean y Bosio vs. República Dominica (2005)

La Corte IDH tuvo por probado que muchas personas haitianas en la República Dominicana sufrían condiciones de pobreza y marginalidad derivado de su estatus legal y su falta de oportunidades[34].

vii) Caso Servellón García vs. Honduras (2005)

La Corte IDH consideró que los Estados tenían la obligación de asegurar la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados. El Tribunal destacó que si los Estados tenían elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden conducirlos a cometer actos ilícitos, debe extremar las medidas de prevención del delito. El Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño[35].

viii) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006)

La Corte IDH se pronunció sobre la responsabilidad que le cupo al Estado por la omisión de garantizar la propiedad ancestral de la comunidad indígena y sus miembros dado que la solicitud de reivindicación, luego de varios años (más de 15), seguía sin resolverse.

En ese contexto, la Corte IDH explicó que la mayoría de los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa decidieron salir de las estancias en las que se encontraban y al momento del fallo vivían al borde de la carretera en condiciones de pobreza extrema sin ningún tipo de servicios a la espera de que los organismos

[30] Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas, párr. 50.93; 50.94; 50.95

[31] Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 164.

[32] Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 161 y 162.

[33] Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripián vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr.180.

[34] Corte IDH. Caso Niñas Yean y Boscio vs. República Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr.109.

[35] Corte IDH. Caso Servellón García vs. Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006, párr. 116.

competentes resuelvan su solicitud de reivindicación de tierras[36] y destacó que las condiciones en las que vivían eran inadecuadas para una existencia digna[37].

ix) Caso Ximénes López, Damián vs. Brasil (2006)

En este caso fue la primera vez[38] que la Corte IDH analiza la responsabilidad que le cupo al Estado, en su calidad de garante, en virtud de tratos inhumanos y degradantes en la hospitalización de Damián Ximénes López, persona con discapacidad mental, quien termina falleciendo luego de tres días de internación.

La Corte sostuvo que "los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales (…). Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y exclusión social, por otro"[39].

x) Caso Comunidad Indígena Xákmok Káser vs. Paraguay (2010)

La Corte IDH consideró que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo y post embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna. Por ello, el Estado debía brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia pertinente con personal entrenado para la atención de nacimientos y políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales, posparto e instrumentos legales y administrativos que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna[40].

xi) Caso Rosendo Cantú vs. México (2010)

Destacó la Corte IDH en este caso que el Estado debía prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de las niñas y los niños, en condición particular de vulnerabilidad y que debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no solo durante la denuncia penal, sino durante todo el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado (violación sexual y tortura)[41], máxime por tratarse de una mujer indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.[42]

xii) Caso Furlán y Familiares vs. Argentina (2012)

En este precedente la Corte IDH se pronunció sobre la responsabilidad del Estado en ocasión del accidente que sufriera Sebastián Furlán, en un predio del Ejército Argentino que le dejara con una discapacidad irreversible y por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades argentinas en la acción civil contra el Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico.

Ese Tribunal consideró que las autoridades judiciales que tuvieron a cargo el proceso civil debieron tener en cuenta la condición de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima, pues, además de ser un menor de edad y posteriormente un adulto con discapacidad, contaba con pocos recursos económicos para llevar a cabo una rehabilitación apropiada. Al respecto, la Corte IDH recuerda que "es directo y

---

[36] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas, párr. 73.62.

[37] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas, párr. 156.

[38] Corte IDH. Caso Ximénes Lópes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr.123.

[39] Corte IDH. Caso Ximénez Lópes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr.104.

[40] Corte IDH. Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 233.

[41] La aclaración no está en el original.

[42] Corte IDH. Caso Cantú vs. Méjico. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 201.

significativo el vínculo existente entre discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro"[43].

Indicó la Corte IDH que las personas con discapacidad y sus familias que viven en situaciones de pobreza tienen el derecho a que se les preste atención para sufragar gastos relacionados con la discapacidad, incluido la capacitación, el asesoramiento, la asistencia financiera y los servicios de cuidados temporales[44] y que correspondía al Estado adoptar las medidas adecuadas para paliar la situación de vulnerabilidad que padeció Sebastián Furlán por ser un menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos económicos.

xiii) Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela (2012)

Este caso se refiere a la ejecución extrajudicial de Néstor J. Uzcategui, la persecución de su hermano y los allanamientos ilegales realizados y la integridad personal de demás familiares.

En ese contexto, sostuvo la Corte IDH que "por las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos y, muy especialmente, por la condición socio económica y de vulnerabilidad de la familia Uzcategui, los daños ocasionados a su propiedad con motivo de su allanamiento, tuvieron para aquella un efecto y magnitud mayores que los que hubiesen tenido para grupos familiares en otras condiciones". En este sentido, estimó ese Tribunal "que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menores recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad"[45].

xiv) Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012)

La Corte IDH ha considerado que las personas en situación de pobreza dada su condición socioeconómica y vulnerabilidad enfrentan de diferente manera (en mayor magnitud) la violación de derechos humanos que los que hubieren enfrentado otras personas o grupos en otras condiciones. En este caso, la Corte IDH tuvo por probado que después de que los pobladores de Santo Domingo tuvieran que abandonar sus hogares y desplazarse, como consecuencia de los hechos violentos de los cuales habían sido objeto, se produjeron saqueos en algunas de las viviendas y tiendas así como los daños y destrucciones de muebles e inmuebles[46].

xv) Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (2015)

Aquí se analizó la responsabilidad internacional del Estado por el contagio con VIH de una niña de tres años en una transfusión de sangre.

La Corte IDH consideró que confluyeron de forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza[47], y persona con VIH. La

---

[43] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 201.

[44] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 254.

[45] Corte IDH. Caso Uzcategui y otros vs. Venezuela. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Fondo y reparaciones, párr. 204.

[46] Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr.273/274.

[47] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. párr 193. En ese precedente la Corte IDH también destacó la situación de vulnerabilidad en que se encontraban la madre y el hermano de la víctima al ser discriminados, aislados de la sociedad y estar en condiciones económicas precarias (v. párr. 216). Y agregó que los daños y el sufrimiento provocado por el hecho de que el hermano de la víctima no pudiera continuar con sus estudios y tuviera que trabajar siendo un adolescente, la pérdida de trabajo y capacidad económica para sostener a su familia por parte de la madre, así como la constante discriminación a la que se vieron sometidos, fueron resultado de la negligencia en el procedimiento que ocasionó el contagio de la víctima. Indicó también la Corte que la familia

discriminación que padeciera la víctima no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de esos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

En suma, a criterio de la Corte, el caso de la víctima ilustraba como la estigmatización relacionada con el VIH no impactaba en forma homogénea en todas las personas y que resultaban más graves los impactos en los grupos que por sí son marginados[48].

En ese contexto, la Corte IDH concluyó que la víctima sufrió discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza [49].

xvi) Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (2016)

En este caso la Corte IDH analizó la pobreza dentro del trabajo esclavo en Brasil. Allí la Corte IDH señaló que los trabajadores rescatados de la Hacienda de Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzosos y que existían factores que potencializaban su vulnerabilidad[50]. En este precedente, la Corte IDH consideró por primera vez a la "pobreza" como un componente de la prohibición de discriminación por "posición económica", categoría expresamente reconocida en el art. 1.1. de la Convención Americana[51].

El reconocimiento de la discriminación estructural que efectúa la Corte IDH tiene una característica particular: las personas que eran captadas para la realización de ese trabajo en condiciones de esclavitud eran personas que vivían en la pobreza y era un factor crucial de vulnerabilidad.

5. Diferentes criterios de consideración de la pobreza en la jurisprudencia de la Corte IDH. Propuesta de sistematización

La pobreza no ha sido reconocida como una categoría de especial protección de forma expresa, sin embargo, ello en modo alguno impidió su ponderación por la Corte IDH, resultando un agravante de las condiciones sociales en las que viven las personas o determinado grupo de personas (por ejemplo los menores, personas con discapacidad, detenidos, personas internadas con discapacidad, etc.) y no excluye que a las personas en situación de pobreza no se las vincule con otra categoría[52].

Del relevamiento realizado en la jurisprudencia de la Corte IDH, puede observarse que la vulnerabilidad económica o pobreza ha sido considerada de diferentes maneras. De las sentencias seleccionadas pueden observarse las siguientes líneas jurisprudenciales: i) una primera caracterización se advierte cuando la Corte IDH identifica la pobreza o condición económica asociada a otros grupos vulnerables (niños[53], niñas[54], mujeres[55], comunidades indígenas[56], personas

---

no fue orientada y acompañada debidamente para contar con un mejor entorno familiar y superar la precaria situación en la que se encontraban, tampoco recibieron apoyo para superar la discriminación de la que eran objeto en diferentes áreas de su vida. (v. párr. 225)

[48] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia den1 de septiembre de 2015, párr 290.

[49] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia den1 de septiembre de 2015, párr 291.

[50] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016, párr.110.

[51] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016, párr.110

[52] Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr. 23.

[53] Corte IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999.

con discapacidad[57]) y, en muchos de esos casos, ello fue asociado al impedimento para la consecución de una vida digna; ii) una segunda caracterización puede observarse cuando la Corte IDH alude a la posición económica como una forma de discriminación que puede ser, en algunos casos, interseccionada con otras categorías; y iii) una tercera caracterización cuando la pobreza o vulnerabilidad económica ha sido considerada por la Corte IDH de manera aislada según las circunstancias del caso sin estar relacionadas con una categoría en particular de protección.

En función de lo antes expuesto, analizaremos cada una de las categorías que conforman la sistematización aludida:

5.1. Pobreza asociada a otros grupos vulnerables que impidieron la realización de una vida digna

Es doctrina reiterada de la Corte IDH que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos[58].

En las sentencias analizadas se advierte una línea jurisprudencial que permite considerar que las personas que se encuentran en situación de pobreza constituyen un grupo vulnerable diferenciado de otros grupos que tradicionalmente eran identificados como una categoría autónoma y gravita esa situación de forma conjunta con otras categorías de protección.

Así, las personas que se encontraban en una situación de pobreza además eran niños[59], niños detenidos[60], niños con discapacidad[61], adultos con discapacidad[62], comunidades indígenas[63], mujeres[64]. Esa situación de

---

[54] Corte IDH. Caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas.

[55] Corte IDH. Caso Rosendo Cantú vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

[56] Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 202; Corte IDH Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 63.

[57] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 133. En dicho caso la Corte IDH sostuvo que las mencionadas Convenciones (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contras las Personas con Discapacidad-Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas. Ver también Corte IDH. Caso Ximénes López vs. Brasil. Sentencia de 4 de junio de 2006.

[58] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 134.

[59] Corte IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999.

[60] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 septiembre de 2004.

[61] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012

[62] Corte IDH. Caso Ximénes López vs. Brasil, Sentencia de 4 de junio de 2006.

vulnerabilidad económica en la que se encontraban fue un factor adicional que permitió la vulneración de sus derechos. Ello se advierte, entre otros, con nitidez en el caso "Furlán vs. Argentina".

Allí la Corte IDH señala que la posición económica de la familia de la víctima, sumado a las demoras en la percepción de la indemnización impidió la realización de tratamientos que hubiesen disminuido el grado de incapacidad que padeciera Sebastián Furlán. También se advirtió en el Caso "Rosendo Cantú vs. México"[65] donde destacó que la víctima era una mujer indígena, niña, pobre, que no contó con intérpretes en el proceso porque no hablaba español.

La Corte IDH consideró en sus decisiones a la pobreza, si bien no lo hizo en todos los casos de la misma manera y comenzó a trazar una línea jurisprudencial que asocia, en la sistematización propuesta, como un impedimento a la consecución de una vida digna. Cuestión no exenta de complejidades.

El Tribunal no ha definido el alcance ni contenido del vocablo "dignidad". Tal como sostienen Lafferriere y Lell[66], existen diversas formas de entender la dignidad en la práctica jurídica, es decir, ya sea en la normativa general o en las sentencias de los casos concretos en los que tuvo que intervenir la Corte IDH.

Tampoco la Corte IDH se ha pronunciado sobre qué debe entenderse por "vida digna" o cuál es su contenido.

Entendemos pertinente, a los fines aquí propuestos, la sistematización brindada por Lafferriere y Lell en cuanto a los usos semánticos del vocablo "dignidad", entre los que mencionamos aquel que pondera la implementación de los derechos con un uso ampliatorio. Ese concepto sirve para potenciar, fortalecer o respaldar el derecho que acompaña. Por ejemplo, la mención a "vida digna"[67].

En los casos mencionados, la Corte IDH coloca en cabeza de los Estados, la obligación de remover los obstáculos que impidieron a las víctimas llevar una vida digna, en cuanto a su rol de garante frente a las situaciones de vulnerabilidad de determinados grupos.

La Corte IDH en el caso "Niños de la Calle vs. Guatemala" analiza la pobreza y su relación con la vida digna al sostener que "el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna"[68].

---

[63] Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005; Corte IDH Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas.

[64] Caso Rosendo Cantú vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH. Caso González LLuy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

[65] Caso Rosendo Cantú vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

[66] LAFFERRIERE, J.- LELL, H. "Hacia una sistematización de los usos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria", *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 43, julio-diciembre 2020, disponible en http//www.juridicas.unam.mx DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.43.15181.

[67] LAFFERRIERE, J.- LELL, H. "Hacia una sistematización de los usos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria", *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana De Derecho Constitucional,* 43, julio-diciembre 2020, disponible en http//www.juridicas.unam.mx DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.43.15181

[68] Corte IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C nro. 63, párr. 144.

En el sentido que venimos analizando la cuestión, en el caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay" la Corte IDH impone al Estado la obligación de generar condiciones mínimas a las personas detenidas compatibles con su dignidad, dado que esa situación les impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas para el desarrollo de una vida digna[69]. Existe en cabeza del Estado, en su rol de garante, un deber de mayor cuidado y responsabilidad, dado que se trababa de niños que estaban detenidos en condiciones de hacinamiento y falta de acceso a servicios mínimos en las que transcurre la detención.

Por otra parte, reitera esa concepción de la pobreza señalada anteriormente, en los casos "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay" y "Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay" donde desarrolla los alcances del derecho a la vida digna en función de la particular situación de marginación y pobreza en que se encontraban las comunidades indígenas y su privación de acceso a tierras ancestrales, en las que su falta de reconocimiento ocasionó situaciones de vulnerabilidad.

Señaló expresamente la Corte IDH en el Caso "Yakya Axa vs. Paraguay" que el Estado había violado el art. 4 de la CADH, "por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna"[70], imponiendo de esa forma en cabeza del Estado una obligación de hacer.

Mary Beloff y Laura Clérico destacan que el derecho a la vida digna y las consecuentes obligaciones positivas del Estado siempre estuvieron en la jurisprudencia de la Corte IDH en estrecha relación -en forma expresa o implícita- con el concepto de grupos vulnerables o con el concepto de situación de vulnerabilidad[71].

Explican las autoras citadas que la Corte IDH comenzó a desarrollar el contenido al derecho a una "vida digna" desde el Caso "Niños de la Calle vs. Guatemala", como el derecho a que se generen condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una existencia digna. Esas condiciones fueron interpretadas como aquellas que permiten llevar adelante un plan de vida singular entendido como el aseguramiento del "núcleo duro" de derechos de prestación, aquellos que le permiten a cada persona llevar adelante la vida que elija vivir. Así, el desarrollo del derecho a condiciones de existencia digna ocurre en dos grupos de casos. El primer grupo de casos se refiere a la situación de vulnerabilidad dada por la edad de la persona (niños) y el estado de pobreza o indigencia, o por la pertenencia a un grupo históricamente discriminado que se encuentra en estado de pobreza por haber sido desplazado de sus tierras y territorios (comunidades indígenas). El segundo grupo de casos se refiere a las personas bajo custodia estatal (reclusos, personas internadas en hospitales[72], centros de rehabilitación, entre otros)[73].

El contenido del derecho a la vida, conforme la línea jurisprudencial antes mencionada, se viola también cuando se omite generar condiciones que posibiliten

---

[69] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152.

[70] Corte IDH. Caso "Comunidad indígena Yakya Axa vs. Paraguay. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, párr.176.

[71] BELOFF, M.- CLÉRICO, L., "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales,* Año 14, 1, 2016, p.139-178 ISSN 07180195.

[72] Corte IDH. Caso Ximénez López vs. Brasil. Sentencia de 4 de junio de 2006. Allí la Corte IDH señaló que los Estados deben tomar en consideración los grupos de personas que se encuentran en condiciones adversas y que todo tratamiento de personas que padece discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar la dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad y a mejorar su calidad de vida.

[73] BELOFF, M.- CLÉRICO, L., "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, 1, 2016, p.139-178 ISSN 07180195.

la existencia digna, por ejemplo, cuando las personas viven en un contexto social y familiar en el que esas condiciones no estén dadas[74].

Resulta oportuno destacar la argumentación desarrollada por la Corte IDH en la que analiza si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna y si realizó medidas positivas para satisfacer esa obligación, que tomaron en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados los miembros de una comunidad indígena, afectando su forma de vida diferente y proyecto de vida[75].

Ese análisis es realizado por la Corte IDH teniendo en consideración el deber de desarrollo progresivo contenido en el art. 26 de la Convención Americana[76] de los Derechos Sociales, Económicos, Culturales y Ambientales, entre los que mencionó el art. 10 (Derecho a la salud); art. 11 (Derecho a un medio ambiente sano); art. 12 (Derecho a la alimentación); art. 13 (Derecho a la educación) y art. 14 (Derecho a los beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana y lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[77]

Excede el propósito de este trabajo analizar el debate doctrinario [78] en torno a la "justiciabilidad directa o indirecta"[79] de los Derechos Económicos, Sociales,

---

[74] BELOFF, M.- CLÉRICO, L., "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, 1, 2016, p.139-178 ISSN 07180195.

[75] Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, párr.163.

[76] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 163. Ver también BELOFF, M.- CLERICO, L. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Estudios Constitucionales,* Año 14,1, 2016, pp.139-178 ISSN 07180195.

[77] Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 167. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.

[78] El juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor sostiene que no habría que interpretar el art. 26 de la CADH de forma restrictiva y limitativa para asumir que tales derechos no justiciables a la ley de la Convención (v. FERRER MAC- GREGOR, E. "Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Constitución de un Ius a la luz de la Corte IDH*, México, IIJ- UNAM- Max Planck Institute, 2016, pp.195-198 citado por CALDERON GAMBOA, J. "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo", disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/9.pdf). Por su parte el juez de la Corte IDH Eduardo Vio Grossi sostiene que el art. 26 de la Convención establece obligaciones de comportamiento de los Estados, no reconocimiento de derechos de los seres humanos, norma que, por lo demás, se remite a la Carta de la OEA, la que, a su vez, tampoco lo hace, sino más bien estipula "metas" o "finalidades" o "principios o mecanismos" que los Estados se comprometen a alcanzar o a implementar (v. Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Voto parcialmente disidente de Eduardo Vio Grossi, párr. 5). En igual sentido el juez Humberto Sierra Porto sostuvo que intentar construir un catálogo de DESC a partir de la Carta (OEA) es una tarea interpretativa compleja, entrar a utilizar cuanto tratado de derechos humanos existe para llenar de contenido al art. 26 de la CADH, lo único que puede generar es una dinámica de "vis expansiva" de la responsabilidad internacional de los Estados. Es decir que al no tener presente un catálogo definido de los DESC cuya infracción general responsabilidad de los Estados, estos no pueden prevenir ni reparar internamente las posibles infracciones porque históricamente la Corte IDH puede modificar el catálogo de casos (v. Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Voto parcialmente disidente de Humberto Sierra Porto, párr. 13).

ABRAMOVICH, V.-ROSSI, J., "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" *Derecho Internacional*

Culturales y Ambientales, y la jurisprudencia más reciente[80] de la Corte IDH que declaró vulnerado de manera directa el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin perjuicio de ello, es oportuno destacar los casos en que el Tribunal Interamericano ha invocado, en las sentencias aquí analizadas, los DESCA como desarrollo argumental de su decisión, ya sea para imputar responsabilidad al Estado por la violación de otros derechos civiles y políticos o por considerar vulnerado algún derecho contenido en el Protocolo de San Salvador.

La Corte IDH hasta la sentencia dictada en el Caso "Lagos del Campo"[81] aludió a una protección indirecta de algunos DESCA, a través de la interpretación de derechos civiles y políticos. En otros casos la Corte IDH declaró su competencia para conocer sobre el alcance del art. 26 de la Convención, en el sentido de que prevé obligaciones legales vinculantes y no como simple formulación de objetivos programáticos, pero sin declarar su violación especifica[82].

La Corte IDH para determinar el contenido del derecho a las condiciones de existencia digna[83] y el alcance de las obligaciones estatales correspondientes, se vale de derechos sociales que surgen de otros tratados de derechos humanos[84], si bien no evalúa la violación de los derechos sociales en forma directa, la construcción del alcance del derecho a las condiciones de existencia digna bajo el manto del derecho a la vida no ocurre en clave de los llamados derechos civiles y

---

de los Derechos Humanos. (Martin, C.; Rodríguez-Pinzon, D.; Guevara B., J. comps), Fontamara- American University-Universidad Iberomericana; México 2004, p. 457-480), sostienen, en una postura intermedia, que el intento de privar al art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de todo carácter operativo, al considerarla una mera expresión de principios para la acción futura de los Estados no es acertada como tampoco lo es la tentación de introducir mediante este artículo un catálogo completo de derechos sociales que evidentemente los Estados no tuvieron intención de incorporar en el sistema Convención, diseñado principalmente para la tutela de derechos civiles y políticos.

[79] La justiciabilidad se refiere a la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho. Es decir, los derechos en cuestión adquieren vigencia real al ser vinculantes para quien tiene el deber de cumplirlos y exigibles para su beneficiario. CALDERON GAMBOA, J. en "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo, disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/9.pdf.

[80] Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Cotas.. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

[81] Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

[82] Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Acevedo Buendía vs. Perú. Sentencia del 1 de julio de 2009 Fondo, Reparaciones y Costas. Esa sentencia fue criticada por Abramovih y Rossi al sostener que "la interpretación del art. 26 de la Convención fue desacertada en cuanto dispuso que el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (v. ABRAMOVICH, V.-ROSSI, J., "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Martin, C.; Rodríguez-Pinzon, D.; Guevara B., J. comps), Fontamara- American University-Universidad Iberomericana; México 2004, p. 457-480).

[83] Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (caso "Niños de la calle"). Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Sentencia de Fondo, párr.144; Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas.

[84] Corte IDH. Caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, se valió de la Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador.

políticos, sino de los derechos sociales, siempre en forma elíptica e indirecta. Esa tendencia se acentúa en el caso del derecho a condiciones de existencia digna de las comunidades indígenas[85].

Las situaciones de vulnerabilidad, entre ellas la económica, fueron consideradas como una desigualdad para enfrentar la distribución de los bienes económicos y luego de los casos sobre comunidades indígenas se señala la vulnerabilidad por falta de reconocimiento de esas comunidades. Los DESCA fueron analizados en los casos antes mencionados como fundamento para desarrollar el contenido de los derechos[86], y no para imputar responsabilidad al Estado por su violación.

5.2. Pobreza como causal de discriminación

En su labor interpretativa, la Corte IDH ha expresado que la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación" ni de qué grupos "son sometidos a discriminación"; sin embargo, el Tribunal ha señalado que la discriminación se relaciona con "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"[87].

Debemos mencionar que cuando además de la situación de pobreza media otra categoría de protección como la raza, género, el origen étnico, etc, dispuestos en el art. 1.1. de la Convención Americana, se estará ante una situación múltiple (o compuesta), o interseccional de discriminación.

5.2.a) Discriminación interseccionada

El primer fallo en el que la Corte IDH se expide sobre el concepto de "interseccionalidad" para el análisis de la discriminación fue "Gonzales Lluy vs. Ecuador". Allí aludió a las condiciones que permitieron la discriminación padecida por la víctima y su familia en tanto su condición de mujer, niña, pobre y persona con VIH[88]. Allí también declaró por primera vez la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13, Derecho a la educación)

El concepto de interseccionalidad permite profundizar los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el caso antes aludido hubo una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación -mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, menor de

---

[85] Por ejemplo, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia del 26 de marzo de 2006. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

[86] BELOFF, M.- CLÉRICO, L. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, 1, 2016, pp.139-178 ISSN 07180195.

[87] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones premilinares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr.253.

[88] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. En este caso la Corte IDH no invocó la violación directa del art. 26 de la Convención, pero subsume el derecho a la salud en el derecho a la integridad física y en el derecho a la vida, en cambio sí señaló que había sido vulnerado el art. 13 del Protocolo de San Salvador que alude al derecho a la educación en relación con la obligación de igualdad y no discriminación.

edad, y su estatus socioeconómico-. Estos aspectos hicieron que fuera más vulnerable y agravaron los daños que padeciera. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccionada.

Destacó la Corte IDH en el caso antes mencionado que la discriminación padecida por la víctima resultó de la intersección de varios factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio de VIH. La situación de pobreza también impactó en el acceso inicial a una atención de salud que no fuera de calidad y por el contrario, generó el contagio de VIH y en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna[89].

Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió la víctima en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar estereotipos de género. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a la interseccionalidad[90].

En efecto, respecto a la discriminación múltiple o compuesta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla. Para que sea posible considerar una discriminación como "múltiple" es necesario que existan varios factores que motiven esa discriminación[91].

La interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple será discriminación intersectorial. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas

[89] Corte IDH. Caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 290. Y agregó que posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, la víctima había señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

[90] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr.7.

[91] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr.8. Ver también Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Este caso se trataba de un menor con discapacidad, luego un adulto con discapacidad y pobre.

causas de discriminación. Ello activa o visualiza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos[92].

La discriminación interseccionada se refiere a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando para esos afectados formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación[93].

Por ello, la interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferentes a las discriminaciones valoradas por separado.

5.2.b) Discriminación por posición económica.

Siguiendo la línea jurisprudencial que la Corte IDH venía transitando en la ponderación de la vulnerabilidad económica y discriminación en sus sentencias, en el Caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", la pobreza fue analizada, por primera vez, como una forma de discriminación por la posición económica y, en consecuencia, ese Tribunal declaró la violación del art. 1.1. de la CADH.

La Corte IDH destacó allí que, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la "posición económica" de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1. de la Convención Americana"[94] y que la situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas … caracterizó un trato discriminatorio. Fue dicho que la Corte IDH, luego del fallo antes aludido, pareciera ir en la misma dirección que el Sistema Universal al reconocer que las personas que viven en situación de pobreza son personas que se encuentran protegidas por el artículo 1.1. de la CADH por su posición económica. De esta forma, el Tribunal Interamericano, adiciona una forma más de entender la pobreza, como parte de una categoría de protección especial[95].

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la CADH, no son un listado taxativo, ni literal o limitativo sino meramente enunciativo[96]. A diferencia de otros casos en los cuales la Corte IDH ha ampliado el catálogo de categorías de especial protección dispuesto por el art. 1.1. del Pacto de San José, incorporando por ejemplo, la identidad de género o la orientación sexual, o la discapacidad; en la sentencia del caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde" la Corte IDH delimitó el alcance y el contenido de la

---

[92] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr.10.

[93] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr.11.

[94] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016, párr.335

[95] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot.

[96] La Corte ha referido que la redacción del artículo 1.1. deja abiertos los criterios con la inclusión de los términos "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, Así, la expresión "cualquier otra condición social" del art. 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. Crf. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr.85.

prohibición de discriminar por "posición económica" mediante el análisis de las circunstancias de pobreza en las cuales se encontraban 85 de las víctimas de ese caso[97].

Así, la pobreza forma parte del contenido de la prohibición de discriminar por la posición económica de una persona o grupo de personas.

El artículo 24 de la CADH prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el art. 1.1. de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino que consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respectar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguarda de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.[98]

La pobreza puede ser abordada desde diferentes categorías de protección al ser un fenómeno multidimensional como lo puede ser la posición económica, el origen social o bien mediante otra condición social, pudiendo darse de manera separada o interseccionada la protección de estas categorías de protección.

5.3.Pobreza considera de forma aislada.

El tema de la pobreza en la jurisprudencia de la Corte IDH se ha identificado como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos sometidas a esa condición; muchas violaciones de derechos humanos traen aparejadas situaciones de exclusión y de marginación por la propia situación de pobreza de quienes la padecen.

Tal como fuera antes mencionado y surge de los casos reseñados, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de considerar la pobreza o situación de vulnerabilidad económica en que se encontraban las víctimas de los casos sometidos a su consideración, ya sea como una situación concomitante o concausa facilitadora de la violación de sus derechos o como una consecuencia directa de aquella vulneración.

En el Caso "Comunidad Moiwa vs. Suriname" la Corte IDH destacó que la huida de los miembros de la comunidad y sin posibilidad de utilizar sus tierras ancestrales importó que se vieran enfrentados a condiciones de pobreza. Aquí se advierte que la pobreza fue considerada por la Corte IDH como una consecuencia de los hechos fundantes de la responsabilidad del Estado. Igual tratamiento se advierte en el Caso "Masacre de Mapiripián vs. Colombia", donde el desplazamiento interno vivido por los familiares de las víctimas de la masacre ocurrida en Mapiripián ocasionó que debieron enfrentar, en esa situación, graves condiciones de pobreza y la falta de acceso a muchos servicios básicos.

En los Casos "Niñas Yean y Bosio vs. República Dominicana" se advierte que la pobreza en la que vivían los descendientes de haitianos fue considerada por la Corte IDH como situación que dificultó el ejercicio de determinados derechos y permitió la conculcación del derecho a la nacionalidad e igualdad ante la ley[99]. Por su parte en el Caso "Uzcategui y otros vs. Venezuela", la situación económica, o pobreza, fue un agravante en la afectación de sus derechos (saqueos y destrucción

[97] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot.

[98] Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 186.

[99] En este caso, al ser las niñas privadas del acceso a la nacionalidad y por ende a la educación, en su condición de descendientes de personas haitianas. Allí Corte IDH reconoce la privación de ese derecho, pero no declara la violación del derecho a la educación y solo cita el Protocolo de San Salvador a los fines de interpretar el deber de especial protección de las víctimas.

de sus viviendas). Igual consideración fue realizada en el Caso "Masacre de Santo Domingo vs. Colombia".

Por su parte en el Caso "Servellón García y otros vs. Honduras" la Corte enfatizó el rol de garante que pesa sobre el Estado y la obligación de proteger a niños que se encuentran en situación de pobreza, es decir, aquí esa especial situación de vulnerabilidad ha sido considerada para agravar la obligación y las medidas de acción que debía realizar el Estado.

De lo antes expuesto se deduce que el Tribunal ponderó la pobreza como una situación agravante de la vulneración de otros derechos destacando que los Estados debían realizar acciones positivas para evitarla.

6. Reflexiones finales

En los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente, la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y se actúe en consecuencia para facilitar la identificación de actores sobre los cuales recae la responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligada a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye una "masiva, flagrante y sistemática violación de derechos humanos", en un mundo crecientemente interdependiente[100].

La Corte IDH en las sentencias antes mencionadas se ha pronunciado acerca de una de las facetas de la pobreza: la falta de acceso a servicios básicos y al agravamiento de situaciones de discriminación. Así, la falta de acceso a la alimentación, agua, salud[101] y educación[102], la necesidad de obtener medios de subsistencia hasta aceptar trabajos en condiciones de esclavitud[103] como la precariedad de los servicios en centros de reclusión[104], padecer una enfermedad que fuera adquirida por carecer de medios para gozar de un sistema de salud adecuado[105]; la imposibilidad de afrontar tratamientos pertinentes que agravaran la discapacidad[106]; constituyen violaciones de derechos humanos relacionadas con la situación económica de las personas.

Podemos observar que la jurisprudencia de la Corte IDH en cuestiones de vulnerabilidad económica o pobreza ha estado siempre presente en las decisiones de aquel Tribunal si bien ha cobrado más relevancia su consideración con el avance del tiempo.

En varias oportunidades la Corte IDH ha analizado la pobreza como una variable que agravaba la responsabilidad del Estado o era una condición facilitadora de la vulneración de otros derechos humanos, también fue considerada como un impedimento para la consecución de una vida digna.

---

[100] Corte IDH. Voto del Juez Ad Hoc Ramón Foguel Pedroso al Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 36

[101] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr.233.

[102] Corte IDH. Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr.161-176; Caso Comunidad Indígena Xokmok Kasek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr.268-274.

[103] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016.

[104] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 159-163.

[105] Corte IDH. Caso González Lluy vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

[106] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

En esa línea jurisprudencial la Corte IDH utiliza como fundamento argumental de muchas de sus decisiones a la pobreza como causa de especial vulneración de los DESCA.

En ese sentido, la Corte IDH ha considerado la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello[107].

La jurisprudencia de la Corte IDH analizada permite observar que el sistema de derechos humanos tuvo en cuenta los principios generales del derecho internacional de los Derechos Humanos para no frustrar la vigencia de los DESCA, y que ha encontrado contextos como el de vida digna para insertar un número de DESCA que integrarán, seguramente, el orden público internacional y tiene un esquema de análisis de la regresividad de las medidas adoptadas por el Estado[108].

Dentro de ese catálogo de derechos la Corte IDH aún no se ha expedido sobre la violación directa del art. 26 de la Convención en relación a las obligaciones que tienen los Estados de evitar la desigualdad, discriminación y pobreza estructural, entre otros[109].

En una similar línea argumental, más recientemente la Corte IDH avanza y considera a la pobreza como una discriminación interseccionada, conforme detalláramos anteriormente, para luego identificarla como una categoría especial de discriminación como es la posición económica.

Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH es relativamente reciente en cuanto al reconocimiento de la pobreza como parte de la categoría de discriminación "por posición económica"[110], ello no ha sido impedimento para justificar la obligación que pesa sobre los Estados para la erradicación de la pobreza, considerada ésta última como una situación agravante de las condiciones sociales en las que viven las personas, y que pueden variar caso a caso[111]. De esa manera adicionó una forma de entender la pobreza como parte de una categoría especial de protección que no había sucedido hasta ese momento.

A partir del caso "Gonzalez Lluy vs. Ecuador" en el cual se señala la interseccionalidad de la discriminación, se abrió, sin lugar a dudas, una línea jurisprudencial muy interesante para casos futuros. Allí la Corte IDH fue muy explícita al visualizar las particularidades que sufren grupos que han sido históricamente discriminados por más de uno de los motivos prohibidos en varios tratados de derechos humanos. Así, la interseccionalidad constituye un daño distinto y único.

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de vulnerabilidad económica o pobreza ha ido transitando un cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento de DESCA, si bien de forma indirecta a través de la condena por la violación de derechos civiles y políticos. Resta aún definir el contenido de las obligaciones inmediatas y directas de los Estados en aquellos casos que no realicen medidas de acción positiva que importen el agravamiento o vulneración de situaciones de pobreza, es decir los derechos humanos a la

[107] Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009, excepción preliminar, fondo reparaciones y costas, párr.101; Caso Gonzalez Lluy vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr.172.

[108] PINTO, M. "Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales", disponible en http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/56/pr/pr15.pdf

[109] Arts. 12/18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[110] Corte IDH. Caso Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016

[111] Corte IDH. Caso Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr. 7

alimentación, educación, agua, y a la salud cuyo desconocimiento es facilitado por la situación de pobreza y de pobreza extrema.

A modo de síntesis, del análisis efectuado de las sentencias mencionadas, surge de la jurisprudencia de la Corte IDH que las personas que se encuentran en situación de pobreza constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad diferenciado de los grupos tradicionalmente identificados.

Las líneas interpretativas de la CADH deben estar dirigidas a atacar de la manera más efectiva y urgente posible el panorama de la pobreza, pobreza extrema, desempleo y exclusión social de vastos sectores de la población latinoamericana[112], en tanto América Latina sigue siendo el continente más desigual[113].

Tal como fuera sostenido por el juez Ramírez, incumbe al Estado, cuando la desigualdad de hecho coloca al titular de derechos en situación difícil -que pudiera conducir al absoluto inejercicio de los derechos y libertades-, proveer los medios de corrección, igualación, compensación o equilibrio que permitan al sujeto acceder a tales derechos, así sea en condiciones relativas, condicionadas e imperfectas, que la tutela del Estado procura aliviar. Esos medios son otras tantas "protecciones" razonables, pertinentes, eficientes, que se dirigen a ensanchar las oportunidades y mejorar el destino, justamente para alcanzar la expansión natural de la persona, no para reducirla o evitarla so pretexto de asistencia y protección[114].

7. Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, V.-ROSSI, J. "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* (Martin, C.; Rodriguez-Pinzon, D.; Guevara B., José comps), Fontamara- American University-Universidad Iberomericana; México 2004, p. 457-480)

ANDREU- GUZMN, F.- COURTIS, C., en "Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf

BELOFF, M.- CLERICO, L. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, 1, 2016, p.139-178 ISSN 07180195. Disponible en https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000100005

BRUGNONI, C. "La interpretación del término dignidad humana en contextos de vulnerabilidad en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: casos "Ximenes López" y "Furlán", presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires, disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/respositorio/ponencias/interpretacion-dignidad-humana-brugnoni.pdf

---

[112] ROSSI, J. "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de "Lagos del Campo" a "Asociación Lhaka Honhat", disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf

[113] América Latina es una de las regiones más desiguales del mundo, con muy elevados niveles de pobreza y de pobreza extrema, donde esos niveles se agravan entre las mujeres, los niños y jóvenes, las personas adultas mayores, los pueblos indígenas, los afrodescendientes y las personas con discapacidad (v. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Panorama Social de América Latina 2019, diciembre de 2019, disponible en https://repositorio.ce`pal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S190113_es.pdf)

[114] Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4

CALDERON GAMBOA, J. "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo", disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/9.pdf)

CALERO, A., "Social protection policies, economic vulnerability and righ approach", Universidad de Buenos Aires, CLACSO-CROP, May 2013, disponible en https://mpra.ub.uni-muenchen.de/51152/MPRA Paper no 51152, posted 18 Nov 2013

CANCADO TRINDADE, A.- BARROS LEAL, C., "El respecto a la dignidad de la persona humana". *Instituto Brasileño de Derechos Humanos*, Fortaleza, 2015, disponible en http://idbh.org.br/wp-content/uploads/2016/10/2015f-book.pdf

COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), Panorama Social de América Latina 2019, diciembre de 2019, disponible en https://repositorio.ce`pal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S190113_es.pdf

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

FERRER MAC- GREGOR, E. "Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Constitución de un Ius a la luz de la Corte IDH,* 2016, p.195-198

FERRER MAC- GREGOR, E; MORALES ANTONIZZI, M.; FLORES PANTOJA, R. (coordinadores), "Inclusión, Ius Commmune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos". *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro,* México, 2018, ISBN: 978-607-7822-39-4.

GARCIA RAMIREZ, S. "Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia "transformadora" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* num, 41, junio-diciembre 2019, disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php.cuestiones-constitucionales/issue/archive

GELLI, M. "Vulnerabilidad y pobreza. Relectura en tiempos de pandemia, *Revista La Ley*, 30 de julio de 2020, T. 2020-D.

GONZALEZ ANDRADE, S.- OLICIA AYALA, E. "Análisis de la vulnerabilidad y resiliencia económica de Baja California en el contexto de la crisis internacional", disponible en file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-AnalisisDeLaVulnerabilidadYResilienciaEconomicaDeB-6140058.pdf

LAFFERRIERE, J.- LELL, H. "Hacia una sistematización de los usos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria", *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 43, julio-diciembre 2020, disponible en http//www.juridicas.unam.mx DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.43.15181

MAURINO, G. "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", eb VVAA, Alegre, M. y Gargarella, R. (coords), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 265-295.

ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 2012, Resolución 21/11 disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf

ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36 disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/77/PDF/G1403377.pdf?OpenElement

PAZ, J. en "Vulneración de derechos materiales de niñas y niños en la Argentina. Nivel, estructura y brechas entre unidades subnacionales", *Ensayos de política económica*. Año 2018, ISSN: 22313-9781, Año XII, Vol. II nro. 6, p. 93-125

PINTO, M. "Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales", disponible en http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/56/pr/pr15.pdf

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia en personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, disponible en: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf

RIBOTTA, S. "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de la persona en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad pobreza, y acceso a la justicia". *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6. Num. 2, 2012, p. 8, disponible en https://www.cijc.org/es/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Documento%20de%20estudio%208_Comentarios%20a%20las%20Reglas%20de%20Brasilia_Silvina%20Ribotta_entregable.pdf.

ROSMERLIN ESTUPIÑA, S. "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamaricana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf?

ROUSSET SIRI, A. "La protección de grupos vulnerables a través del control de constitucionalidad: reflexiones a parte de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Furlan vs. Argentina", *Revista RYD República y Derecho*, I, 2016.

ROSSI, J. "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de "Lagos del Campo" a "Asociación Lhaka Honhat", disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf

STERINER C.-FUCKS, M., *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentada*, Konrad Adenauer Stiftun, Bogotá, 2019, ISBN 978-958-351210-0 2992 20190113810

URIBE ARZATE, E. – GONZAEZ CHAVEZ, M. "La protección jurídica de las personas vulnerables", *Revista de Derecho,* 27, julio de 2007, p.205-229. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102709.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 589-599
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A extensão do manto da cláusula pétrea do pacto federativo: um estudo sobre o federalismo fiscal e reforma tributária.

The extension of the mantle of the stony clause of the federative pact: a study on fiscal federalism and reform of taxation.

Jorge Eduardo Braz de Amorim[1]
Universidade de Oviedo

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves linhas sobre o federalismo fiscal brasileiro; 3. A autonomia financeira como critério objetivo para a métrica da extensão da imutabilidade do federalismo fiscal (?); 4. O federalismo fiscal e as reformas tributárias; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: No presente trabalho, por via de um estudo dogmático, buscaremos compreender, no âmago do modelo constitucional eleito pelo constituinte originário de 1988, quais os elementos que compõe o federalismo fiscal, bem como, as características que tornam o modelo brasileiro particular. O objeto nuclear do nosso trabalho é aventar um critério objetivo para a métrica da extensão da cláusula pétrea do federalismo, no que se refere aos intentos de reforma tributária do constituinte derivado, melhor dito, buscaremos neste trabalho compreender o que é imutável no federalismo fiscal em função da cláusula de eternidade do pacto federativo e se é possível encontrar uma linha divisória, clara, e que tenha o poder de nortear as propostas de reforma, ao nível constitucional, do nosso sistema tributário.

Palavras-chaves: Federalismo; Federalismo Fiscal; Autonomia Financeira; Reforma Tributária.

Abstract: In this paper, through a dogmatic study, we will seek to understand, at the core of the constitutional model elected by the original constituent of 1988, which elements make up the fiscal federalism, as well as the characteristics that make the Brazilian model particular. The nuclear object of our work is to put forward an objective criterion for the metric of the extension of the stony clause of federalism, with regard to the tax reform intentions of the derivative constituent, better said, we will seek in this work to understand what is immutable in fiscal federalism due to the eternity clause of the federative pact and if it is possible to find a clear dividing line, and that has the power to guide reform proposals, at the constitutional level, of our tax system.

Keywords: Federalism; Fiscal Federalism; Financial Autonomy; Tax Reform.

[1] Doutorando em Direito na Universidade de Oviedo; Mestre em Direito pela Universidade do Porto, MBA em Direito Tributário pela FGV-RJ; Advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Portugal e do Brasil.

Recibido: 04/02/2021
Aceptado: 30/04/2021

1. Introdução

Os temas que se relacionam com a reforma tributária, nos últimos anos, ganharam um aporte em sua relevância. A necessidade de uma reforma tributária apresenta-se cada vez mais urgente e, certamente, seguirá entre as maiores necessidades do Brasil para um avanço no desenvolvimento económico. Com efeito, tramitam no Congresso Nacional três importantes propostas de alteração de nosso sistema tributário, cada qual em um grau distinto[2].

Nos diversos estudos e escritos sobre as recentes propostas de reformas tributárias, a discussão entorno do federalismo repete-se sempre com elevado grau de importância. É evidente o nexo que vincula o pacto federativo às propostas de reforma tributária, qual seja, a cláusula pétrea do federalismo e o grau de imutabilidade que esta incorre na constituição fiscal.

Nas linhas seguintes, no breve estudo que nos propusemos a fazer, tentaremos identificar um critério objetivo que nos auxilie a definir a extensão do manto da cláusula pétrea do federalismo, que se faz incidir em nosso sistema financeiro e tributário. Para, a partir desta tentativa auxiliar, tanto na análise das propostas existente, quanto na elaboração de propostas futuras de alterações ao nível constitucional do nosso sistema tributário.

Neste trabalho não cotejaremos os elementos objetivos que balizam a extensão da cláusula pétrea à nenhuma das propostas de reformas em trâmite. Tampouco, a partir destes mesmos critérios, tentaremos elaborar o que seria uma proposta de reforma ideal. Cumpre ainda ressaltar que nosso estudo também não pretender avaliar a eficácia e a eficiência do modelo de Federalismo Fiscal. O que pretendemos, é um estudo do federalismo fiscal e da autonomia financeira, a fim de extrair um critério objetivo para a métrica da extensão da cláusula pétrea do pacto federativo.

Nosso objetivo é entender a extensão desta cláusula de eternidade. E para alcançá-lo buscaremos dar respostas para os seguintes questionamentos: Para a proteção da imutabilidade do sistema federativo bastaria garantir os requisitos essenciais para a existência da autonomia financeira? Ou, de outra parte, a cláusula pétrea carece de uma interpretação mais extensiva, para que se garanta a imutabilidade do modelo de federalismo fiscal cunhado pelo constituinte originário?

Através de um estudo dogmático, iniciaremos por compreender o federalismo fiscal esculpido pela Constituição vigente, em seguida, buscaremos definir os conceitos e os elementos essências para a garantía da autonomia financeira, analisando também a sua função de fiadora do sistema federativo e, por fim, a partir de um estudo da relação entre o federalismo fiscal e a cláusula pétrea do pacto federativo, buscaremos formar um critério objetivo para a métrica da imutabilidade do desenho constitucional do sistema tributário.

2. Breves linhas sobre o Federalismo Fiscal Brasileiro.

Nestas linhas introdutórias não nos aprofundaremos sobre a evolução histórica, os conceitos e os elementos do federalismo brasileiro, pois trata-se de matéria de Direito Constitucional, amplamente trabalhada por farta doutrina nacional e internacional.

Nestas breves linhas iniciais, saltaremos para uma abordagem direta sobre o federalismo fiscal brasileiro, retomando apenas alguns elementos e características do federalismo pátrio, na medida em que forem fundamentais para a compreensão do modelo de federalismo fiscal desenhado pela constituição de 1988.

Entende-se por federalismo fiscal, o conjunto de previsões constitucionais que definem as diretrizes do sistema de financiamento das pessoas políticas da Federação. Conforme José Marcos Domingues: "... é instrumento de ordenação das finanças

[2] PEC 45/2019 (Câmara dos Deputados); PEC 110/2019 (Senado); e o PL 3.887/2020 (De autoria do governo Federal e que segue termos na Câmara dos Deputados).

públicas de molde a ensejar a realização do federalismo político"[3]. Nele estão contidas as regras, definidas pela "Constituição financeira", que discriminam as fontes de rendas das pessoas políticas, que no caso pátrio se dá pela repartição discriminada da competência tributária e distribuição da receita fiscal entre os entes da Federação[4].

Dada sua função dentro do sistema federativo, o que se espera do federalismo fiscal, em último grau, é que o mesmo garanta a autonomia financeira e orçamentária dos entes da federação; uma vez que sem autonomia não há federalismo[5].

O federalismo pode apresentar-se sob diversos modelos. Não se caracteriza sempre e necessariamente como um modelo totalmente descentralizado. Há modelos de federalismo mais, e outros menos descentralizados, assim como, há modelos que fomentam mais, e outros menos, a cooperação entre os Estados Membros.

Historicamente, o federalismo brasileiro sempre oscilou entre o modelo clássico e o modelo moderno de federalismo. O modelo clássico caracteriza-se por ser um federalismo mais descentralizado, baseado no federalismo dos Estados Unidos da América. Já o modelo moderno, que surgiu na Alemanha com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, caracteriza-se por um federalismo com um grau maior de centralização do poder em um ente federado supranacional.

Essa oscilação do federalismo pátrio entre os modelos mais e menos descentralizados se dá em função do regime de governo vigente no momento de sua instituição. Ao longo de nossa história, em períodos de regimes ditatórias, o federalismo sempre pendeu para o modelo mais centralizado; e, em sentido contrário, quando se dava a ruptura do regime ditatorial, aflorando-se um novo regime democrático, o modelo do federalismo também sofria alterações passando a pender para um modelo mais descentralizado em relação a um poder central, com uma maior distribuição de competências entre os entes, aumentando a autonomia de cada qual em relação aos demais[6].

Assim, seguindo este guião, com a Constituição de 1988 (que nasce em consequência da ruptura de um período ditatorial anterior), por vontade do constituinte originário, o modelo do federalismo nacional moldou-se descentralizado, objetivando uma Federação de equilíbrio[7], pautada na cooperação entre os seus pares.

Seguindo o modelo do Federalismo eleito pelo constituinte originário, a Constituição adoptou igualmente um modelo de federalismo fiscal diferenciado pela descentralização e pela cooperação, marcado por um sistema de descentralização fiscal caracterizado pela distribuição discriminada de competência tributária de forma a que os entes pudessem possuir autonomia financeira por via do produto da arrecadação de tributos próprios, porém, reforçado por uma repartição da arrecadação fiscal entre os membros, mitigando assim os efeitos negativos das diferenças regionais de desenvolvimento económico. Desta forma, o modelo eleito visa garantir não só a autonomia dos entes federados previsto no art.º. 18 da CF, mas, também, almeja cumprir com um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no art.º. 3º, III, da CF, qual seja, reduzir as desigualdades regionais.

Neste sentido Heleno Torres[8] afirma que é na "constituição financeira" que se estabelece o âmbito material do federalismo fiscal. E segue o autor em seu magistério afirmando que a "constituição financeira" adoptou o "federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio", cuja expressão máxima afirma-se na composição entre: 1º - o "sistema

---

[3] DOMINGUES, J. M. "Federalismo fiscal brasileiro", *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 26, p. 137–143, 2007, p. 138.

[4] TORRES, H. T. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro", *R. Fórum Dir. Fin. e Econômico - RFDFE*, Belo Horizonte, v. Ano 3, n. 5, p. 25–54, 2014, p. 25.

[5] *Ibid*., p. 34.

[6] GABARDO, E.; MIRANDA RIBEIRO, M. "Individualismo fiscal e solidariedade: A difícil harmonia no federalismo competitivo brasileiro.", *in*: *Estado Federal e Guerra Fiscal*: uma pespectiva jurídico-filosófica, 2ª, rev. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 53–59.

[7] *Ibid*., p. 51.

[8] TORRES, H. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro, op. cit., p. 25–41.

tributário de competências", que possibilita que a pessoa política garanta recursos por tributação própria, promovendo o equilíbrio de força e unidade de tratamento; e 2º - a "distribuição do produto arrecadado", que estimula a cooperação entre os entes da federação.

Cabe frisar que, desafortunadamente, na prática, não ocorre desta forma. É inegável que diversas incongruências e imperfeições do sistema fazem com que, em alguns casos, a autonomia de Estados e Munícipios não passem de uma ilusão. É clara a dependência dos repasses da União que padecem grande parte dos municípios e mesmo alguns Estados, para fazerem frente às suas despesas correntes[9].

Um dos principais fatores que contribui para este cenário é a chamada "brecha vertical", que se caracteriza pela concentração de recursos nos entes supranacionais e a manutenção de encargos nos entes subnacionais, o que torna necessária transferências verticais[10]. Outro importante fator que impede uma efetiva autodeterminação dos entes no federalismo brasileiro, é a gritante desigualdade regional. Sem um desenvolvimento económico mais igualitário entre as regiões do Brasil, de nada vale a distribuição de competência tributária como instrumento de garantia da autonomia financeira.

Dito isto, cabe aqui reforçar que apesar de não negarmos a importância de um estudo quanto à eficácia e eficiência do modelo de federalismo fiscal como instrumento de garantia da autonomia financeira, neste estudo, nossa análise se prenderá nos elementos e características do modelo de federalismo fiscal proposto pelo constituinte originário, e não em seus defeitos e imperfeições, com o desígnio específico de encontrar um critério objetivo com o qual se possa medir a extensão do manto da cláusula pétrea do Pacto Federativo, servindo de norte para as propostas de reformas tributárias. Ficando, portanto, o estudo da eficácia do Federalismo Fiscal para um futuro trabalho.

A Constituição de 88 adoptou um sistema de descentralização onde cada ente possui soberania fiscal. A soberania fiscal é composta pela competência tributária (instituir o tributo), competência legislativa (instituir normas gerais de tributação)[11], competência administrativa (arrecadação e fiscalização dos tributos) e a competência de dispor da Receita Fiscal.

A partir do art.º. 145 da CF se desenha o modelo de repartição discriminada de competência tributária aos entes da Federação. Nos art.ºs 145, 147, 153, 154, 155 e 156 da CF se estabelecem as competências privativas da União, dos Estados e dos Municípios para instituir impostos, bem como, a competência cumulativa, extraordinária e residual da União, também para a instituição de impostos. O art.º 145, dispõe também sobre a competência comum dos entes da Federação para a instituição das taxas e contribuições de melhoria. Já o art.º. 148 da CF dispõe sobre a competência privativa da União para a instituição do empréstimo compulsório. Os art.ºs 149 e 195 da CF dispõem sobre a competência privativa da União para instituir as contribuições sociais e as contribuições especiais de intervenção no domínio econômico e interesse de categoria profissional ou econômica. E, por fim, o art.º. 149-A da CF estabelece a competência privativa dos Municípios para a instituição da contribuição de iluminação pública.

Assim, em resposta ao regime ditatorial que precedeu a Constituição de 88, claramente se pode observar que o constituinte originário elegeu um Federalismo Fiscal caracterizado pela descentralização, promovendo uma discriminação da competência tributária a fim de se garantir uma autonomia e uma capacidade de autodeterminação das pessoas políticas que compõem a Federação.

A cooperação entre os entes é outra característica do federalismo fiscal brasileiro que não pode ser desprezada em nossa análise. A mesma se reflete na obrigação

---

[9] BERNARDES, F. C.; FONSECA, M. J. "Reforma tributária dos Impostos incidentes sobre o consumo e o Pacto Federativo no Estado Democrático de Direito.", in: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010, p. 2526.

[10] QUINTELA, G. C. "A necessária re-significação do federalismo brasileiro na modernidade líquida", *in*: *Estado Federal e Guerra Fiscal: uma pespectiva jurídico-filosófica*, 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, v. Vol. 4, p. 16.

[11] Parte da doutrina separa competência tributária de competência de legislar sobre Direito Tributário. A primeira garante o poder de instituir um tributo e a segunda de legislar sobre regra geral. Vide SCHOUERI, L. E., *Direito tributario*, São Paulo: Saraiva, 2011.

constitucional de repartição de receitas fiscais entre as pessoas políticas[12], com o objetivo de mitigar os efeitos negativos das desigualdades regionais que impõe um desenvolvimento económico desigual, cuja consequência mais importante é a diminuição, ou mesmo o impedimento, da capacidade de autofinanciamento dos entes afetados. Facto que leva grande parte da doutrina afirmar que no Brasil nunca existiu um "federalismo real", existindo apenas um "federalismo formal e material". Mas, essa mesma doutrina, defende muito mais um aprimoramento do sistema tributário para corrigir os defeitos e incongruências da aplicação prática do federalismo fiscal desenhado na CF de 88, do que a alteração do próprio modelo de federalismo fiscal esculpido pelo constituinte[13].

Deste apartado pretendemos destacar que em função do modelo de federalismo definido por nossa carta magna, moldou-se um modelo igualmente singular para o federalismo fiscal pátrio. Desta forma, entender sua composição, características e função é o primeiro passo para a análise que nos propomos a fazer. Nas linhas finais deste trabalho ficará clara a importância de se ter presente qual foi o modelo de federalismo fiscal eleito pelo constituinte originário, por ora, ficamos por destacar suas características.

No presente trabalho não negamos a necessidade de uma mudança no sistema tributário brasileiro, porém, ao mesmo tempo que concordamos com a necessidade de uma alteração do sistema, chamamos atenção para a imperiosa necessidade de se promover esta alteração com estrita observância aos modelos de federalismo e de federalismo fiscal esculpidos pelo constituinte originário.

3. A autonomia financeira como critério objetivo para a métrica da extensão da imutabilidade do Federalismo Fiscal (?).

A autonomia financeira é condição imprescindível para a garantia da autonomia político-administrativa das pessoas políticas que compõem a Federação e, por sua vez, a autonomia político-administrativa é condição para a existência da própria Federação[14]. Logo, em última análise, sem autonomia financeira, não pode haver sistema federativo.

Conforme José Afonso da Silva, para que exista autonomia político-administrativa o ente federativo dever possuir, no mínimo, um governo próprio e aparelhamento estatal próprio para prover bens e serviços públicos de forma independente, consoantes suas próprias políticas públicas; devendo ainda, possuir competência legislativa exclusiva[15]. Mas para isto, como forma de garantir o funcionamento de todo este aparato, o ente necessita de uma fonte de sustentação financeira, igualmente própria e livre de interferência das demais pessoas políticas que compõem uma federação, ou seja, deve possuir autonomia financeira.

Assiste razão José Maurício Conte quando afirma que: "... a autonomia financeira é de fundamental importância. Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação"[16].

Portanto, como vimos, a autonomia financeira é um elemento fundamental para a autonomia político-administrativa prevista no art.º. 18 da CF, sem a qual torna-se impossível a manutenção do próprio pacto federativo.

Dito isto, selamos aqui a importância da autonomia financeira para o federalismo. Cumpre-nos nas linhas seguintes, incialmente, discorrer sobre quais os elementos que a caracteriza e a resguarda, para, por fim, reflexionarmos se a garantia de tais elementos é o fim último da cláusula de eternidade do pacto federativo, ou se a imutabilidade se estende para além destes.

---

[12] Cfr. Art.s 157 e seguintes da CF/88.
[13] QUINTELA, G. C. "A necessária re-significação do federalismo brasileiro na modernidade líquida", op cit., p. 17–20.
[14] Cfr. Art.º 18 da CF/88.
[15] SILVA, J. A. "Participação do Município na arrecadação da União e do Estado". *Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais*, n.10, 1969, p.2.
[16] CONTI, J. M. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001, p. 14.

No ponto anterior, observou-se que o constituinte originário, no desenho do Federalismo Fiscal, claramente optou por fazer uma exaustiva e taxativa discriminação da competência tributária. Ante a este fato questionamos: Esta forma de distribuição de competência presente em nosso federalismo fiscal, é imprescindível para a garantia da autonomia financeira e, por via de consequência do federalismo?

Segundo Luís Eduardo Schoueri, a discriminação de competência não é requisito para a existência do sistema Federativo. Para o autor, o elemento imprescindível para o sistema federativo é a autonomia financeira e que esta, a rigor, pode ser garantida sem uma discriminação de competências tributárias, bastando, para tanto, a discriminação de rendas, de forma a assegurar a existência de orçamentos compostos por recursos próprios e independentes de repasses[17]. Porém, o autor não deixa claro se deve existir necessariamente uma manutenção de competência tributária de cada ente, ainda que não discriminada; ou, se bastaria qualquer forma de garantia de recurso próprio, como por exemplo, uma partilha automática (sem interferências).

Ainda segundo a doutrina de Luís Eduardo Shoueri, embora não sendo necessária a discriminação de competência tributária, esta foi claramente uma opção do constituinte. E, seguindo em sua análise, chegou à conclusão de que o objetivo do constituinte originário, ao eleger o caminho da discriminação da competência, foi resolver um problema na distribuição de competência dentro dos princípios de justiça tributária, resguardando o contribuinte de eventuais exageros de tributação, evitando que entes diversos tributem um mesmo fenômeno económico[18].

No mesmo sentido, para Sacha Calmon, a técnica de repartição discriminada de competência tributária em nosso federalismo fiscal (que tem como base doutrinária a teoria dos fatos geradores vinculados e não vinculados), foi o caminho encontrado para se resolver o problema de repartir entre os três níveis de governos (União, Estados e Municípios) a competência para instituir as diferentes espécies tributárias. Desta forma, através da teoria dos fatos geradores vinculados e não vinculados, para os tributos vinculados a uma atuação estatal, tem competência para o instituir o ente que possui a respectiva competência político-administrativa para realizar o ato estatal que dá base à tributação. Para os tributos não vinculados, outro caminho não teve o legislador a não ser discriminar os atos tributáveis e os respectivos tributos distribuindo-os privativamente a cada ente da Federação, de modo a evitar conflitos e sobreposições de competências que pudessem prejudicar os contribuintes e as próprias pessoas políticas tributantes[19].

Contudo, apesar de coincidir em reconhecer que a repartição discriminada é uma técnica e não um elemento essencial, Sacha Calmon é explicito em listar a competência tributária de cada ente da federação, como instrumento necessário para garantia da autonômica financeira. Vejamos: "... a autonomia resguarda-se mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na Federação e, também, pela discriminação constitucional das fontes de receitas tributárias..." [20].

Portanto, para o autor, existem dois elementos necessários para a garantia de uma autonomia financeira: o primeiro é a preservação da competência tributária e o segundo a discriminação ao nível constitucional das fontes de receitas tributárias.

Entendemos que o que defende Sacha Calmon, é uma necessária discriminação na carta magna, das fontes de receitas e que uma das fontes deve refletir-se na competência tributária própria, do ente, para que este possa auferir receita por via de tributação própria, mas, que esta pode ser conjugada com outras fontes, desde que pré-estabelecidas no texto constitucional.

---

[17] SCHOUERI, E. *Direito tributario*, op. cit., p. 238.
[18] *Ibid*., p. 240.
[19] NAVARRO COELHO, S. C., *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 16ª. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 50–53.
[20] *Ibid*., p. 45.

Desta forma o autor aproxima-se do entendimento de Gerd Rothmann[21], que citando Haller, expõe que os dois sistemas, ou seja, a discriminação da competência tributária (*trennsystem*) e a repartição de receitas entre os entes federados (*verbundsystem*), podem ser conjugados, sem ameaçar a racionalidade da Federação.

Sendo a "distribuição discriminada" da competência tributária, técnica, e não o elemento essencial para a existência de autonomia financeira, cabe-nos nas linhas seguintes definir o que é e como se resguarda a autonomia financeira. E neste mister, pela clareza e objetividade, trazemos a colação a doutrina espanhola.

Apesar de não possuir um sistema federativo, em Espanha, a partir da Constituição 1978, houve uma descentralização de poder, criando-se distintos níveis administrativos dotados de governos autônomos, os quais, também necessitam de uma efetiva autonomia financeira para o seu reconhecimento. Assim sendo, o art.º. 156 da Constituição espanhola estabeleceu o princípio da autonomia financeira das Comunidades Autônomas, que é definido pela doutrina daquele país, como a liberdade de realizar gastos e de obter recursos, ou seja, a capacidade de decidir quais os meios serão utilizados para arrecadar as receitas e a faculdade de destiná-las segundo critérios e políticas próprias[22] [23].

A liberdade de dispor da receita auferida, também é defendida na doutrina nacional como elemento de garantia da autonomia financeira. Neste sentido vale recordar a doutrina que reforça que autonomia financeira não se traduz somente na garantia de recursos próprios de forma independente em relação às demais pessoas políticas. Para além da disponibilidade de fontes próprias de recursos, também é necessário manter a possibilidade do ente definir livremente a realização dos gastos, ou seja, é necessária a existência de autonomia financeira e orçamentária[24].

A partir deste estudo doutrinário sobre o conceito e os elementos que integram e garantem a autonomia financeira, propomos a enumeração objetiva de três requisitos mínimos, sem os quais não é possível a existência de uma efetiva autonomia financeira. São eles: 1- autonomia para instituir fontes de recursos; 2- autonomia para dispor das receitas segundo políticas pública próprias; e 3º - autonomia para o exercício de políticas fiscais, visando dar eficiência e eficácias às fontes de recursos próprios instituídas. Entendemos, portanto, que a reunião destas três liberdades, garante a manutenção de uma plena autonomia financeira.

Uma vez definido os requisitos que garantem a autonomia financeira (elemento fundamental para a existência do federalismo) cabem-nos os seguintes questionamentos: É suficiente que o constituinte derivado observe tais requisitos, para afastar a inconstitucionalidade das propostas de reforma tributária? Ou, por outro lado, deve o constituinte derivado, nas propostas de reforma tributária, observar também os demais elementos que compõem o modelo de federalismo fiscal eleito pelo constituinte originário?

Mas para alcançarmos estas respostas, temos que responder antes qual é a verdadeira extensão do manto da cláusula de imutabilidade. Se entendermos que a

---

[21] ROTHMANN, G. W. "Tributaçao do consumo: Reflexoes sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável.", *in*: *Estado Federal e Guerra Fisca*l: uma *perspectiva jurídico-filosófica*, 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, v. Vol. 4, p. 23.

[22] MERINO JARA, I.; LUCAS DURÁN, M.; CALVO VÉRGEZ, J.. *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Madrid: Tecnos, 2019, p. 192–193.

[23] É de frisar que ambas as liberdades que formam a autonomia financeira em Espanha possuem limitações. A liberdade de determinação de fontes de receitas tributárias é limitada pelo princípio constitucional da coordenação (art.º. 157, nº 3 da Constituição de Espanha), que garante a manutenção de um sistema tributário minimamente coordenado; assim como, a liberdade de dispor do produto de sua arrecadação está limitada pelo princípio da solidariedade interterritorial (art.º. 40 da Constituição de Espanha), que obriga/garante uma distribuição solidária da renda.

[24] Neste sentido: GOLDEBERG, D. K. "Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar", *Federalismo Fiscal*, CONTI, José Maurício (Org), p. 28

mesma pretende resguardar um sistema federativo[25] como forma de Estado; sim, bastaria manter intactos os elementos essenciais da autonomia financeira para se cumprir com a cláusula de eternidade. Mas, se por outro lado, entendermos que a cláusula pétrea pretende resguardar o "modelo" de Federalismo Fiscal (reunião de técnicas definidas pelo constituinte para garantir a autonomia financeira), não bastará garantir os requisitos essenciais da autonomia financeira, devendo garantir-se, também, a fórmula (o modelo) de federalismo fiscal, ou seja, a técnica que o constituinte originário elegeu como a melhor para se promover a garantia da autonomia financeira.

Nas linhas seguintes estudaremos o Federalismo Fiscal e sua relação com a cláusula pétrea do pacto federativo. Somente a partir desta análise poderemos alcançar uma resposta a contento, para os questionamentos supra referidos.

4. O federalismo fiscal e as reformas tributárias

Como vimos, o federalismo fiscal nasce a partir da relação entre o Federalismo, como forma de Estado, e a "Constituição Financeira", que é composta pelos dispositivos constitucionais que cria e organiza os meios necessários para um eficiente e suficiente financiamento de toda a estrutura estatal (observando sua divisão político-administrativa), sempre integrada com os fins do Estado, previstos na própria constituição[26].

Cumpre-nos neste apartado questionar se todo o Federalismo Fiscal se encontra resguardado pela cláusula pétrea, ou, se em sua composição, existem elementos que não estão alçados a este patamar.

A problematização da questão que se impõe no deslinde do nosso estudo é, de certa forma, simples, podendo estruturá-la da seguinte forma: O que efetivamente assegura a cláusula pétrea do pacto federativo? Somente os elementos essenciais para a garantia da autonomia dos entes da federação? Ou, sua proteção estende-se também ao "modelo de federalismo fiscal cooperativo de equilíbrio", adotado pela constituição financeira?

Para Sacha Calmon, a autonomia político-administrativa dos estes da Federação é a garantia do pacto de igualdade das pessoas políticas, base de nosso sistema federativo. Para o autor, a autonomia financeira é a única forma de se garantir a autonomia político-administrativa. Diante desta constatação, arremata o autor que, por força do art.º. 60, § 4º, I da CF de 88, qualquer ofensa a estes "dogmas" será considerada inconstitucional[27].

Paulo de Barros Carvalho ao analisar a possiblidade de alteração da discriminação das competências tributárias pelo constituinte derivado, esclarece que somente outros limites constitucionais poderiam ser levantados, e, ainda sim, objetivamente os delimitam entre os binómios "federação e autonomia dos municípios"[28].

Para Heleno Torres, e extensão da cláusula pétrea do pacto federativo deve ser definida segundo os valores próprios do "federalismo brasileiro", quais sejam, a solidariedade dos entes e a garantia do bem-estar, valores que o transforma em um modelo descentralizado e, sobretudo, cooperativo. Desta forma, para o autor, a cláusula pétrea do pacto federativo "... assegura igualmente que nenhum dos seus requisitos de identidade (igualdade, autonomia e solidariedade) possam ser eventualmente suprimidos ou substancialmente alterados"[29].

No mesmo sentido Misabel Derzi assevera que qualquer modificação do sistema tributário deve observar os princípios constitucionais pétreos, tais como o princípio

---

[25] Quando uso a expressão "um sistema federativo" é no intuito de se destacar que o quê se resguarda é qualquer um dos modelos possíveis; o que, a contrário senso, difere do que seria a necessidade de resguardar o "modelo do sistema federativo" eleito pelo constituinte.

[26] TORRES, H. T. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro"..., op. cit., p. 25–26.

[27] NAVARRO COELHO, S. C. *Curso de Direito Tributário Brasileiro...,* op. cit., p. 45.

[28] CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 248.

[29] TORRES, H. T. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro"..., op. cit., p. 47.

federativo e o Estado Democrático de Direito, com o objetivo de resguardar a segurança jurídica, a liberdade, a justiça social e o desenvolvimento[30].

Portanto, em nossa doutrina temos posicionamentos diversos que nos levam a conclusão de que não há uma resposta simples para nossa problematização. Parte da doutrina analisa o alcance da cláusula pétrea do federalismo por via de um exame extensivo de toda a Constituição, por entender que a cláusula pétrea não deve proteger somente a autonomia dos entes da federação, mas sim, em complemento, deve proteger a identidade do Estado brasileiro e o modelo de federalismo eleito pelo constituinte originário. Outra parte da doutrina, em uma interpretação mais restritiva e nuclear da cláusula pétrea do pacto federativo, faz uma separação clara entre a garantia da autonomia financeira, como objetivo último da cláusula pétrea, e a técnica (ou modelo) para se garantir tal autonomia, que por sua fez, não seria imutável, estando o constituinte derivado, livre para alterar o modelo pelo qual se garante a autonomia financeira, desde que se observe todos os requisitos mínimos para existência desta última.

Eis o que torna o tema da Reforma Tributária tão espinhoso entre a doutrina. Majoritariamente a doutrina concorda que existem dois objetos distintos no Federalismo Fiscal. Um representa a necessidade de garantir a autonomia financeira dos entes da federação, como única forma de se garantir a autonomia político-administrativa dos membros. O outro representa o modelo eleito pelo constituinte originário para se resguardar essa autonomia financeira, modelo que se caracteriza pela técnica de discriminação de competência tributária e repartição da receita fiscal, moldando o Federalismo Fiscal como cooperativo e de equilíbrio. A divergência doutrinária está exatamente no alcance da cláusula pétrea, se a mesma se cinge apenas aos requisitos mínimos para existência da autonomia financeira ou se alcança também a técnica (ou o modelo) que o constituinte originário elegeu para garantir tal autonomia.

Entendemos que ante aos fundamentos e valores constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito (assegurar o desenvolvimento, erradicar a pobreza e promover a redução de desigualdades regionais), valores que esculpiram o modelo de federalismo descentralizado e de cooperação adoptado pelo constituinte originário, o alcance da cláusula de eternidade do pacto federativo, deve estender-se a todos os elementos que compões o federalismo fiscal, devendo proteger não só os elementos essenciais da autonomia financeira, mais também, a técnica pela qual se pretende garantir a existência de tais elementos, ou seja, o modelo de federalismo fiscal cooperativo e de equilíbrio.

Desta forma, entendemos que não são os requisitos essenciais que garantem a autonomia financeira o objetivo último da proteção constitucional de imutabilidade do Federalismo Fiscal. A cláusula de eternidade também deve proteger a composição formada pela discriminação de competência tributária, como fonte principal de receita fiscal, e a distribuição das receitas fiscais entre os entes da Federação, como fonte complementar. Por ser este o modelo de federalismo fiscal eleito pelo constituinte originário.

Portanto, este deve ser o critério objetivo para se definir o limite do constituinte derivado no intento de se promover uma reforma tributária. As propostas de reformas tributárias não devem observar somente os elementos essenciais para a garantia da autonomia financeira como fim último, mas sim, devem observar também a imutabilidade do modelo que o constituinte originário elegeu para se alcançar aquela autonomia. O manto da cláusula pétrea se estende para além de se garantir de qualquer modo os elementos objetivos da autonomia financeira; ele estende-se e abriga também, o modelo eleito e desenhado pelo constituinte originário.

Logo, seguindo Heleno Torres[31], entendemos que deve ser afastada qualquer proposta de reforma tributária que altere consubstancialmente o sistema de

[30] MACHADO DERZI, M. A. "Federalismo, Estado Democrático de Direito e imposto sobre consumo." *In: Direito Público: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, vol. 1, n.1, janeiro/junho 1999, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 29.

discriminação de competência tributária privilegiando uma unidade central em prejuízo da descentralização, bem como, qualquer alteração que ataque a distribuição das receitas fiscais entre os membros da Federação, prejudicando a redução de desigualdades regionais.

5. Conclusão

Partindo do estudo a que nos propusemos concluímos que para se lograr uma reforma tributária em linha com o espírito de nossa carta magna é necessário um trabalho prévio de pacificação de entendimentos quanto à extensão do manto da cláusula de eternidade do pacto federativo no que tange ao nosso sistema tributário.

Reforma constitucional não significa o mesmo que revisão constitucional. Está já não cabe mais em nosso ordenamento, restando ao constituinte derivado somente o poder de promover a reforma, que, por sua vez, possui um campo menor de abrangência. A reforma constitucional deve ser proposta em observância aos valores e objetivos do Estado e jamais pode ferir cláusula pétrea.

Assim sendo, entender a extensão da cláusula pétrea do sistema federativo e a ligação que esta possui com a autonomia financeira dos entes da Federação, e com o próprio federalismo fiscal, é o passo inicial para a formulação de qualquer proposta de alteração da "constituição fiscal".

Por mais que a reforma tributária seja inegavelmente necessária, esta não pode ocorrer a qualquer preço e menos ainda sob qualquer forma, sem guardar respeito ao que não pode sofrer alteração.

É sabido que o sistema federativo, por força do art.º. 60, §4º, I da CF, é cláusula pétrea. E vimos que a autonomia financeira dos entes da federação é condição imprescindível para a manutenção do federalismo. Logo, aqui nasce a relação entre o sistema financeiro e tributário e o pacto federativo, uma vez que a função daquele é estruturar a forma de financiamento dos entes da Federação, de modo a que seja garantida a necessária autonomia financeira.

Desta relação triangular entre Federação, autonomia financeira e a "constituição financeira", em uma análise superficial, poderíamos precipitadamente concluir que qualquer alteração à "constituição financeira" estaria permitida desde que se resguardem os elementos essenciais para existência de uma autonomia financeiras das pessoas políticas que compõe a Federação.

Posição que poderia ser reforçada pelo facto de que grande parte da doutrina diferencia, de forma muito clara, o que é o objetivo do federalismo fiscal (resguardar a autonomia financeira) e o que é a técnica que o modelo de federalismo fiscal, desenhado pelo constituinte originário, utiliza para alcançar tal objetivo.

Todavia, a partir de uma análise mais profunda, surge a dúvida: O que a cláusula de eternidade do pacto federativo pretende que seja imutável na "constituição financeira"? Somente a garantia dos elementos essenciais para a existência da autonomia financeira ou também a técnica como esses elementos são garantidos?

O constituinte originário, quando da formalização do pacto federativo definiu, ou melhor, elegeu um modelo de federalismo; assim como, em função da junção do modelo do federalismo formalizado à constituição financeira cunhada, o constituinte originário modulou também o federalismo fiscal, cuja a expressão máxima revela-se na distribuição discriminada da competência tributária como fonte principal de receitas fiscais e a redistribuição do produto da arrecadação fiscal entre os entes da federação, como fonte complementar de receitas, formatando um modelo de federalismo fiscal cooperativo, descentralizado e de equilíbrio.

Portanto, velando pela vontade do constituinte originário e ante aos valores e objetivos do Estado brasileiro, entendemos que o manto da cláusula pétrea do pacto federativo deve se estender para além da garantia dos elementos essenciais para a existência da autonomia financeira, devendo garantir a imutabilidade do modelo do

---

[31] TORRES, H. T. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro"... op. cit., p. 53.

federalismo e do modelo de federalismo fiscal eleito pelo constituinte. O que obriga o constituinte derivado, em qualquer proposta de reforma tributária, observar e preservar o estabelecido pela "constituição financeira", ou seja, a discriminação de competência tributária como fonte principal de receita fiscal e a distribuição de receitas fiscais entre os entes como forma de mitigar as desigualdades regionais; não por ser elementos essenciais para a garantia de autonomia financeira, pois já vimos que não são; mas sim, por ser a técnica (o modelo) eleito pelo constituinte para garantia daquela. Toda e qualquer proposta que privilegie a centralização e prejudique a instituição de tributos próprios, bem como, não preveja mecanismo para dirimir as desigualdades regionais, flerta com a inconstitucionalidade.

6. Referência Bibliográficas

CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Sacha C. N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 16ª. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CONTI, J. M. *Federalismo fiscal e fundos de participação*, 2001

DERZI, M. A. M. "Federalismo, Estado Democrático de Direito e imposto sobre consumo". *In: Direito Público: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, vol. 1, n.1, janeiro/junho 1999, Belo Horizonte: Del Rey, 1999

DOMINGUES, J. M. "Federalismo fiscal brasileiro." *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 26, p. 137–143, 2007.

GABARDO, E.; MIRANDA RIBEIRO, M. "Individualismo fiscal e solidariedade: A difícil harmonia no federalismo competitivo brasileiro." *In*: *Estado Federal e Guerra Fiscal:uma perspectiva jurídico-filosófica.* 2ª, rev. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 43–67. (Federalismo e tributação, V. 4).

MERINO JARA, I.; LUCAS DURÁN, M.; CALVO VÉRGEZ, J. *Derecho financiero y tributario. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2019.

QUINTELA, G. C. "A necessária re-significação do federalismo brasileiro na modernidade líquida." *In*: *Estado Federal e Guerra Fiscal: uma perspectiva jurídico-filosófica*. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, v. Vol. 4, p. 3–20. (Coleção Federalismo e Tributação).

ROTHMANN, G. W. "Tributação do consumo: Reflexões sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável." *In*: *Estado Federal e Guerra Fiscal: uma perspectiva jurídico-filosófica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, v. Vol. 4, p. 21–42.

SCHOUERI, L. E. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. "Participação do Município na arrecadação da União e do Estado". *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.10, 1969

TORRES, H. T. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro." *R. Fórum Dir. Fin. e Econômico - RFDFE*, Belo Horizonte, v. Ano 3, n. 5, p. 25–54, 2014.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 600-601
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

SUÁREZ BILBAO, FERNANDO, *La Historia en la pantalla: hechos, propaganda y manipulación. El caso de Felipe II*, Dykinson, 2020 (255 páginas).

José Enrique Anguita Osuna[1]
Universidad Rey Juan Carlos

La presente obra tiene por objeto mostrar la relación existente entre la Historia y el cine y concretamente la visión que el cine puede llegar a ofrecer sobre diferentes acontecimientos históricos. Nos encontramos en un nuevo marco educativo dominado por el uso de las tecnologías de la información y comunicación, que permiten la incorporación de nuevas metodologías docentes de carácter digital que contribuyen a mejorar la docencia y acercar el aprendizaje de las ciencias históricas a los estudiantes, ya sea mediante el uso de los videojuegos, los audios, los documentales, series o el cine.

Los medios audiovisuales constituyen una gran herramienta docente tanto para enseñar Historia en las aulas como para que muchas personas interesadas en la Historia decidan profundizar sus conocimientos históricos por sí mismos, adentrándose en una educación autodidacta a través del visionado de películas. Asimismo, el cine puede llegar a ser un medio muy interesante para que los estudiantes puedan llegar a sentir, ver y comprender mucho mejor un contexto histórico que han estudiado previamente en los libros de texto, de modo que, en base a sus conocimientos adquiridos previamente, puedan llegar a comprobar si una determinada película, serie o documental son fieles a los hechos históricos concretos que se exponen.

El tema central de esta obra es la figura de Felipe II, monarca español que ha sido objeto de estudio y análisis en una gran cantidad de series, documentales y películas en las que se han llegado a mostrar diferentes facetas de su vida, que han podido ser más o menos fieles a la realidad. En este sentido, se pretende mostrar cómo los medios audiovisuales y concretamente el cine han acercado esta figura al público, mostrando sus aspectos más positivos y al mismo tiempo aquellos más negativos, por lo que se ofrece una información sobre este personaje que la audiencia debe valorar si se ajusta o no a la realidad.

Esta obra se compone de dos grandes capítulos y finaliza con un epílogo. El capítulo primero se titula "Cine e Historia, la Historia en el cine" y el capítulo segundo "Conocer a Felipe II en el cine".

El primer capítulo ("Cine e Historia, la Historia en el cine") constituye una interesante parte de esta obra, que se desarrolla con el objeto de realizar una contextualización sobre la importancia de la relación existente entre el cine y la Historia. A lo largo de su contenido se desarrollan premisas básicas necesarias para analizar la presencia de las ciencias históricas en el cine, de modo que en este capítulo se explica el significado de un documental y en concreto el documental de propaganda, se aborda la importancia del cine histórico y la recreación de la Historia, el necesario aprendizaje de las ciencias históricas para tener un mayor conocimiento de lo que acontece en la actualidad o la utilización de la manipulación como una herramienta para ofrecer una visión errónea de la Historia, llegando a provocar en muchas ocasiones una enorme distorsión histórica. Finalmente, se plantea la gran utilidad que puede llegar a suponer la utilización de los medios audiovisuales en los entornos educativos.

---

[1] Doctor, Máster y Licenciado en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Historia del Derecho y las Instituciones en la Universidad Rey Juan Carlos.

Recibido: 16/02/2021
Aceptado: 06/05/2021

El segundo capítulo ("Conocer a Felipe II en el cine") se centra en analizar la figura de Felipe II, tal y como ha sido mostrada en una multitud de producciones audiovisuales extranjera y nacionales, así como antiguas y otras más recientes, entre las que se pueden destacas las siguientes: *En el palacio del Rey* (1915) de Fred E. Wright; *Der Richter von Zalamea* (1920) de Ludwig Berger; *Carlos and Elisabeth* (1924) de Richard Oswald; *Willem van Oranje* (1934) de Jan Teunissen; *Fire over England* (1937) de William K. Howard; *The Sea Hawk* (1940) de Michael Curtiz; *Jeromín* (1953) de Luis Lucía; *El Alcalde de Zalamea* (1954); *La princesa de Éboli* (1955) de Terence Young; *Don Carlos* (1961) de Alfred Stoger; *El Greco* (1966) de Luciano Salce; *Cervantes* (1967) de Vincent Sherman; la serie *Elisabeth R* (1971) producida por la BBC; *La leyenda del alcalde de Zalamea* (1973) de Mario Camus; la serie *Willem van Oranje* (1984) de Walter van der Kamp; *Elizabeth* (1998) de Shekar Kapur; *Elizabeth: La edad de oro* (2007) de Shekar Kapur; *La Conjura del Escorial* (2008) de Antonio del Real; la serie *La princesa de Éboli* (2010) de Belén Macias; *Bill* (2015) de Oriol Ferrer, Salvador García Ruiz, Jorge Torregrossa, Joan Nogueravemos; *El Ministerio del Tiempo* (2015 y 2020) de Javier Olivares; la serie *Reinas* (2017) de José Luis Moreno.

A lo largo de este capítulo se abordan algunos de los sucesos más importantes de Felipe II: su infancia y juventud, su vida amorosa y sus matrimonios, las enseñanzas sobre el gobierno, el desarrollo del largo viaje que tuvo que organizar para conocer los dominios italianos, alemanes y flamencos que algún día tendría que gobernar, su faceta como estratega militar y su desempeño en la batalla, la violenta relación que tuvo Felipe II con su hijo don Carlos, su vida en corte y palacio, la relación con algunos de sus enemigos entre los que se destaca a Guillermo de Orange, así como con personajes importantes de la corte como don Juan de Austria.

En definitiva, he de resaltar la importancia de esta obra y su interesante planteamiento para abordar el conocimiento de la Historia desde el cine, puesto que permite profundizar los conocimientos sobre acontecimientos y personajes históricos relevantes, como Felipe II, por otras vías de aprendizaje diferentes a las habituales. El cine y la Historia constituyen unos elementos muy importantes en nuestra sociedad que se complementan y que cada vez están más presentes en los centros educativos, puesto que establecen vías de aprendizaje más atractivas para acercarse aún más al conocimiento de la Historia a través de un medio de entretenimiento como es el cine.

José Enrique Anguita Osuna
Profesor de Historia del Derecho y las Instituciones
Universidad Rey Juan Carlos

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 602-604
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Reseña del Libro: "La autorregulación publicitaria", Anxo Tato Plaza, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, ISBN 9788413468419

David López Jiménez[1]
EAE Business School

En la actividad empresarial, la publicidad ocupa un destacado lugar, ya que representa una suerte de eslabón que pone en estrecha relación a la empresa con la gran masa de consumidores. En virtud de las comunicaciones comerciales, el público destinatario podrá tomar conciencia de cuáles son los caracteres de los productos y/o servicios que se ofertan por parte del empresario. Aunque la publicidad ostenta un carácter informativo, existe una faceta persuasiva. En efecto, desde antaño, muchos empresarios adoptan cierta actitud agresiva, anticipándose a la demanda que, en cierta medida, buscan configurarla y atraerla para sí. En cualquier caso, el ordenamiento jurídico cuenta con un importante elenco de normas que disciplinan la misma. Junto a las mismas, con carácter complementario, el fenómeno de la autorregulación coadyuva a que la publicidad sea veraz, legal, honesto y leal. Lo que, en última instancia, se persigue es la máxima protección del consumidor. La responsabilidad corporativa no constituye una mera cuestión de marketing, sino que se integra, de manera transversal, en la gestión diaria de las compañías.

Respecto a la sistemática de la obra, cuyo autor es Anxo Tato Plaza -catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo y Secretario Técnico de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial-, la misma cuenta con una presentación -realizada por Martínez Gistau-, un prólogo -a cargo de Gómez Castallo-, cuatro grandes capítulos, así como tres anexos. En estos últimos se incluye: el código de conducta publicitaria; el Reglamento del Jurado de la Publicidad; y la actividad de Autocontrol -respecto a la cantidad de casos resueltos y clasificación por materias de los mismos-. Cabe hacer alusión al prestigio de la editorial en la que se incluye la obra. Thomson Reuters, en el ámbito jurídico, según el ranking SPI -Scholarly Publishers Indicators- de 2018 -último disponible-, ocupa la primera posición de la tabla.

El primer capítulo versa sobre el concepto, clases y delimitación del fenómeno de la autorregulación publicitaria. El autor define este último como la observancia de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objetivo. Como bien se apunta, la actividad promocional representa la actividad empresarial en la que con más frecuencia y éxito se han implementado sistemas de autorregulación. Se distingue entre autorregulación individual y colectiva en base a si es un sistema instaurado en una única empresa o si es un sistema en el que colaboran varias empresas. Asimismo, los sistemas de autorregulación colectivos pueden ser nacionales o transnacionales, según el ámbito territorial al que se extiendan. De igual forma, los de carácter colectivo pueden, a su vez, ser sectoriales, centralizados y mixtos. El capítulo incluye un sugerente análisis de las analogías y diferencias que la autorregulación ostenta, por un lado, respecto a la función jurisdiccional y la aplicación de las normas legales y, por otro lado, el arbitraje. Finaliza con el examen de la autorregulación y la

[1] Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos. Acreditado al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad (ANECA). Correo electrónico: dlopez@eae.es

Recibido: 07/04/2021
Aceptado: 03/06/2021

corregulación. Este último se refiere a aquellos supuestos en los que los poderes públicos colaboran con los sistemas de autorregulación.

Los presupuestos que necesariamente deben concurrir en los sistemas de autorregulación, el código de conducta y el organismo de control, se tratan en el capítulo siguiente. Por lo que respecta a la naturaleza de las normas de conducta, el autor concluye que presentan carácter ético o deontológico. Asimismo, se abordan un elenco de cuestiones de interés en relación a los códigos de buenas prácticas, a saber: ámbito de aplicación; consecuencias derivadas de su inobservancia; y su relación con las prácticas honestas del mercado. Por su parte, el organismo de control es el segundo pilar sobre el que debe apoyarse el sistema de autorregulación. Existen diversas clasificaciones, en base a distintos criterios, de los órganos de control. Aunque en el Derecho español, se contempla la posibilidad de que concurran mecanismos de control previo, es necesario que sean a posteriori y además independientes. En cuanto al ámbito de acción, se distingue la actuación frente a empresas sometidas a los sistemas de autorregulación y las que no lo están. En este último supuesto, el autor se refiere a la posibilidad de pronunciarse en virtud de dictámenes no vinculantes -con valor o fuerza estrictamente moral-. Naturalmente, el valor de las resoluciones e informes diferirá en función de si la empresa correspondiente esté o no sometida al sistema de autorregulación. Para las empresas sometidas, las resoluciones serán vinculantes, debiendo el sistema contemplar las consecuencias de su inobservancia.

El tercer capítulo se ocupa del régimen jurídico de la autorregulación publicitaria. Tal y como se apunta, podemos discernir tres grandes fases o etapas. En la primera, el legislador español y europeo introducen normas que implican el reconocimiento de aquellos sistemas. En una segunda etapa, ciertas normas sectoriales reconocen la validez de los sistemas de autorregulación, imponiendo a los poderes públicos el deber de fomentarlos. En la tercera fase se regulan los presupuestos que necesariamente deben concurrir en los sistemas de autorregulación. Tal tendencia, en el caso concreto de España, se refuerza con la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

La autorregulación publicitaria en España, representada por Autocontrol, es objeto de examen en el último capítulo de la obra. Después de abordar su evolución histórica, se ocupa de los objetivos y composición para, a continuación, referirse a la organización interna. Por lo que respecta al análisis del funcionamiento del sistema, se examina tanto el código de conducta publicitario (de índole general) como los sectoriales. En cuanto a los mecanismos de control, además de analizar la verificación previa realizada por el copy advice, se refiere al procedimiento desarrollado en virtud del Jurado de la Publicidad. La resolución extrajudicial de reclamaciones a través de este último es el mecanismo de control más significativo para controlar de que se cumplen los códigos de conducta tras la difusión de la publicidad. Procede destacar dos caracteres del Jurado de la Publicidad: la especialización y el alto prestigio de sus miembros; y la celeridad con la que está actuando -en un plazo aproximado de catorce días se cuenta con una resolución-. Junto al mismo, interesa poner de manifiesto que el código de conducta publicitaria -de carácter genérico- incluye un instrumento posterior de control ex post de la observancia de los códigos de conducta: el denominado "monitoring". En virtud de este último, se acomete el análisis global, por el Gabinete Técnico de Autocontrol, de los anuncios o mensajes publicitarios relativos a un determinado sector y un concreto período de tiempo. En base a todo ello, y gracias a un elenco de indicadores, se fija el nivel de observancia de las normas aplicables al sector respectivo.

Autocontrol realiza otras actividades que son complementarias a las que se han esbozado. En efecto, en el ámbito del asesoramiento previo, cabe citar las actividades de Cookie Advice, Data Advice, y Web Advice. En materia de resolución extrajudicial de conflictos, debe listarse la mediación en reclamaciones sobre

protección de datos en el ámbito de las telecomunicaciones, la resolución de conflictos sobre la publicidad basada en el comportamiento, y la resolución de demandas sobre nombres de dominio.

En definitiva, la obra que es objeto de reseña, a cargo de uno de los mejores especialistas en Derecho de la Publicidad, efectúa un examen pormenorizado del fenómeno de la autorregulación publicitaria con carácter general. Asimismo, se refiere al análisis del paradigma de referencia en España: Autocontrol que, como queda patente, a lo largo de la monografía, goza de un éxito muy relevante. La actividad desarrollada, su impacto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la multitud de convenios celebrados con la Administración Pública, y su acreditación como sistema de resolución extrajudicial de conflictos, lo ponen de manifiesto.