

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO  
ROGÉRIO GESTA LEAL  
HANDEL MARTINS DIAS  
Organizadores

# COLETÂNEA DO V SEMINÁRIO INTERNACIONAL

## TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 1



**COLETÂNEA DO V SEMINÁRIO  
INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO  
DE DIREITOS INDISPONÍVEIS**

**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS  
VOLUME 1**



**DIALÉTICA**  
EDITORA

## CONSELHO EDITORIAL

---

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Luiz Carlos de Souza Auricchio
André Luís Vieira Elói	Marcelo Campos Galuppo
Bruno de Almeida Oliveira	Marcos Vinício Chein Feres
Bruno Camilloto Arantes	Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral
Bruno Valverde Chahaira	Marilene Gomes Durães
Cintia Borges Ferreira Leal	Rafael Alem Mello Ferreira
Flavia Siqueira Cambraia	Rafael Vieira Figueredo Sapucaia
Frederico Menezes Breyner	Rayane Araújo
Jean George Farias do Nascimento	Régis Willyan da Silva Andrade
José Carlos Trinca Zanetti	Renata Furtado de Barros
José Luiz Quadros de Magalhães	Robson Araújo
Leonardo Avelar Guimarães	Rogério Nery
Ligia Barroso Fabri	Vitor Amaral Medrado

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO  
ROGÉRIO GESTA LEAL  
HANDEL MARTINS DIAS  
Organizadores

# COLETÂNEA DO V SEMINÁRIO INTERNACIONAL

## TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 1

Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2020 by Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal e Handel  
Martins Dias.

**Capa e diagramação:** Giovana Acciarini  
**Revisão:** Responsabilidade do autor

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

C694s Coletânea do V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de  
Direitos Indisponíveis – Volume 1 / organização Anizio Pires Gavião  
Filho, Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias. – Belo Horizonte:  
Editora Dialética, 2020.  
436 p. = (Coletânea; v. I)

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-5956-299-2

1. Coletânea. 2. Direitos Indisponíveis. 3. Direito. I. Organizadores.  
II. Título. III. Série.

CDD 340


CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



**DIALÉTICA**  
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)



CONSELHO ADMINISTRATIVO

**Fábio Roque Sbardello** - Presidente

**Luciano de Faria Brasil** - Vice-Presidente

**Gilberto Thums** - Secretário

**Alexandre Lipp João** - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

**Gilberto Thums**

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**Anizio Pires Gavião Filho**

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Luis Augusto Stumpf Luz**

CONSELHO EDITORIAL

**Anizio Pires Gavião Filho**

**Fábio Roque Sbardello**

**Guilherme Tanger Jardim**

**Luis Augusto Stumpf Luz**



# APRESENTAÇÃO

Com o apoio da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC), do Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos (CAPL), da Universidad Libre de Colombia (UNILIBRE), da Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH) e da Universidad Nacional de Asunción (UNA), o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveu, entre os dias 20 e 21 de outubro deste ano, o **V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**, consolidando no cenário internacional um espaço próprio para a comunidade acadêmica apresentar, debater e publicar pesquisas sobre tutelas à efetivação de direitos indisponíveis, tema que ao qual se volta o Mestrado Acadêmico em Direito da FMP.

Durante o evento houve intensas e profícuas discussões entre os participantes nos painéis e grupos de trabalho, realizados por conta da pandemia da COVID-19 integralmente em ambientes virtuais com transmissão ao vivo pelo canal da FMP no YouTube. Observando o recorte epistemológico da área de concentração do Mestrado Acadêmico em Direito e das atividades de pesquisa em geral da FMP, o **V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** organizou-se a partir de dois eixos temáticos: *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*.

Em cada painel participaram três juristas convidados na qualidade de panelistas, sob a moderação de um professor do PPGD da FMP. Sob a moderação do Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto (FMP), o painel *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* teve como panelistas a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Flávia Novera Loureiro (Universidade do Minho), a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luz María Puente Aba (Universidade da Coruña) e o Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (FMP/UNISC). Já o painel *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* foi moderado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias (FMP) e teve como panelistas o Prof. Dr. Eduardo Andrés Velandia Canosa (Universidad Libre), o Prof. Dr. Edgar Andrés Quiroga Natale (Universidad Libre) e a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tula Benites Vásquez (Universidad Privada Antenor Orrego).



Nos grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos previamente que obtiveram nota igual ou superior a 8,0 (oito) pontos na média aritmética atribuída por dois avaliadores no sistema *double blind peer review*. De caráter público, as sessões de comunicação oral ocorreram sob a coordenação conjunta de dois professores: um docente externo estrangeiro e um docente integrante do PPGD da FMP. Além de introduzir o tema do grupo de trabalho, definir a ordem das comunicações orais, apresentar os participantes, gerir os tempos das comunicações orais etc., cumpriu aos coordenadores organizar e fomentar os debates sobre as pesquisas.

O grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* foi coordenado pelo Prof. Dr. Juan Marcelino González Garcete (Universidad Nacional de Asunción) e o Prof. Dr. André Machado Maya (FMP). Neste grupo foram apresentadas as seguintes pesquisas: *A cooperação interinstitucional no controle da Administração Pública brasileira: perspectivas no contexto pandêmico* (Rogério Gesta Leal e Chaiene Meira de Oliveira); *Educación y su garantía en México en el contexto del Covid-19* (José Luis Valles López Núñez e Roberto Leonardo Cruz Núñez); *La democracia como derecho público incondicionado y la agenda interdisciplinar pendiente* (Jorge Isaac Torres Manrique); *Democracia en Latinoamérica: jurisdicción constitucional salvaguarda de la mancomunidad democrática* (Paola Lizeth Cubillos Rangel e Osllyn Mayerly Osorio Duarte); *Democracia substantiva ante derechos incondicionados* (Merly Martínez Hernández e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *El juez constitucional como garante de la dignidad humana* (Haideer Miranda Bonilla); *O direito ao esquecimento como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro diante da sociedade da informação* (Ana Luiza Liz dos Santos); *O expansionismo penal na cibercultura para enfrentamento da criminalidade virtual em uma sociedade de risco* (Vitor Fontana de Ávila); *Teoria dos crimes culturalmente motivados e o modelo assimilacionista-igualitário no direito brasileiro* (Anuska Leochana Menezes Antonello); *Crime e castigo diante do totalitarismo: perdoar o imperdoável?* (Patrícia Martins Saraiva); *A segurança jurídica e as consequências da quebra da cadeia da custódia da prova* (Rodrigo Rosa de Lima); *Institutos da justiça penal negociada no direito brasileiro* (Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra e Débora Bervig); *Plea bargain: um olhar ponderado para as formas flexíveis de Administração da Justiça em tempos de crise* (Bianca Medran Moreira e Roberta Schaub); *Violaciones al debido proceso a personas indígenas en México* (Adriana López Gutiérrez e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *La libertad religiosa y autonomía indígena: conflicto de derechos en los pueblos y comunidades indígenas* (Mayela Aguilar Molina e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Migración, refugio y derechos humanos: aspectos psicosociales*

(Angélica González González e Roberto Leonardo Cruz Núñez); *El duro camino hacia volver a empezar: migrantes y violaciones a los derechos humanos* (Eva Yazmín Domínguez Aguilar e Roberto Leonardo Cruz Núñez); *Startups: formas de investimento e instrumentos jurídicos* (Renata Vielmo Guidolin); *A locação por temporada com a utilização do aplicativo AIRBNB em condomínios residenciais: considerações sobre a natureza do contrato e a vedação de proibição desta prática na convenção condominial* (Isadora Leitão Wild Santini Picarelli e José Tadeu Neves Xavier).

Por outro lado, o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* teve como coordenadores o Prof. Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano (Universidad Autónoma de Chiapas) e a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cristina Stringari Pasqual (FMP). Nele foram apresentadas as seguintes pesquisas: *A modulação de efeitos decisórios pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária* (Haniel Martins Dias e Diego Geraldo); *A aplicação do teste da proporcionalidade na Corte Constitucional da Colômbia* (Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra); *As mutações do Estado e a participação do cidadão na garantia de direitos fundamentais da criança e do adolescente* (Vanderlei Salazar Fagundes da Rocha); *A incipiente democracia participativa no Brasil e a subutilização de seus instrumentos: um olhar sobre Porto Alegre* (Ramiro Crochemore Castro); *A importância de uma política pública eficiente: o exercício da cidadania via orçamento participativo* (Richard dos Santos Dias); *Interfaces entre a responsabilidade do Estado e a noção de governabilidade: a responsabilidade fiscal como instrumento para a convalidação do Estado Democrático de Direito* (Eduarda Schilling Lanfredi); *Liberdade de expressão em ambiente virtual enquanto direito fundamental à participação democrática* (Ana Luiza Liz dos Santos e Lucas Moreschi Paulo); *A proteção dos dados pessoais nas relações de consumo: uma análise a partir da Lei Geral de Proteção de Dados* (Flávia Holz Angst); *O direito fundamental do consumidor à proteção de dados pessoais: uma breve análise sobre a proteção de dados sensíveis* (Cristina Stringari Pasqual e Maria Gabriela Borges Puente de Souza); *A tutela dos dados pessoais do consumidor e as práticas de geodiscriminação eletrônica: geoprícing e geoblocking* (Bárbara Guerra Chala e Cíntia Burille); *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales a partir de un estatuto procesal civil residual* (Héctor Francisco Arévalo Fómeque); *Uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na condução dos processos estruturais* (Nathália Soares Corrêa); *Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: filtro ao acesso à justiça e duração razoável do processo* (Fernanda Rosa Coelho e Laura Vogado Lima); *A estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, como meio de efetivação de direitos transindividuais* (Alana Gabriela Engelman); *Hacia una flexibili-*

*zación en los procesos colectivos en México y los derechos de los consumidores* (Hugo Carrasco Soulé); *Justiça restaurativa: instrumento de tutela compositiva na defesa de bens transindividuais* (Ricardo Tonon Lourenço); *A necessidade do controle ope iudicis da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas* (Gustavo Ledur e Vitória Pagnussat); *O instituto do incidente de deslocamento de competência no Brasil (IDC) à luz do Superior Tribunal de Justiça* (Gilmar Bianchi e Laura Dill); *A extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro* (Eduardo Gonçalves Spitaliere); *O direito fundamental à resistência: um olhar acerca da conquista do voto feminino no Brasil* (Arthur Künzel Salomão e Luiza Beskow Pelegrini); *A utilização do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça como medida alternativa à realização de testamento público no Brasil em época de pandemia* (Luiza de Aguiar Maia e Thalita Carpin Hatzfeld).

Esta coletânea reúne, em dois volumes, os estudos apresentados no **V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. No volume 1 encontram-se as investigações objeto do painel e grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Já as pesquisas divulgadas no painel e grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* estão no segundo volume. Recuperando essas valiosas contribuições com a presente obra, a Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público renova mais uma vez o seu sólido compromisso de difusão do conhecimento e dos benefícios resultantes da pesquisa científica.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, 9 de novembro de 2020.

**Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

**Prof. Dr. Rogério Gesta Leal**

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

**Prof. Dr. Handel Martins Dias**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

# SUMÁRIO

HISTORIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA | 15

- Luz María Puente Aba

A CABEÇA DE JANUS DA CORRUPÇÃO: DA AUTONOMIA INTENCIONAL DO ESTADO À CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL | 65

- Flávia Novera Loureiro

A COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: PERSPECTIVAS NO CONTEXTO PANDÊMICO | 81

- Rogério Gesta Leal e Chaiene Meira de Oliveira

EDUCACIÓN Y SU GARANTÍA EN MÉXICO EN EL CONTEXTO DEL COVID-19 | 99

- José Luis Valles López Núñez e Roberto Leonardo Cruz Núñez

LA DEMOCRACIA COMO DERECHO PÚBLICO INCONDICIONADO Y LA AGENDA INTERDISCIPLINAR PENDIENTE | 113

- Jorge Isaac Torres Manrique

DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL SALVAGUARDA DE LA MANCOMUNIDAD DEMOCRÁTICA | 141

- Paola Lizeth Cubillos Rangel e Osllyn Mayerly Osorio Duarte

DEMOCRACIA SUBSTANTIVA ANTE DERECHOS INCONDICIONADOS | 159  
- Merly Martínez Hernández e Alfonso Jaime Martínez Lazcano

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA DIGNIDAD  
HUMANA | 179  
- Haideer Miranda Bonila

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIANTE DA SOCIEDADE  
DA INFORMAÇÃO | 201  
- Ana Luiza Liz dos Santos

O EXPANSIONISMO PENAL NA CIBERCULTURA PARA ENFRENTAMENTO  
DA CRIMINALIDADE VIRTUAL EM UMA SOCIEDADE DE RISCO | 213  
- Vitor Fontana de Ávila

TEORIA DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E O MODELO  
ASSIMILACIONISTA-IGUALITÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO | 229  
- Anuska Leochana Menezes Antonello

CRIME E CASTIGO DIANTE DO TOTALITARISMO: PERDOAR O  
IMPERDOÁVEL? | 247  
- Patrícia Martins Saraiva

LA CONVENIENCIA O NO DE LA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS  
CAUTELARES A PERSONAS CON ANTECEDENTES PENALES POR  
HECHOS DE VIOLENCIA FÍSICA | 267  
- Juan Marcelino González Garcete

A SEGURANÇA JURÍDICA E AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DA CUSTÓDIA DA PROVA | 273

- Rodrigo Rosa de Lima

INSTITUTOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO BRASILEIRO | 283

- Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra e Débora Bervig

PLEA BARGAIN: UM OLHAR PONDERADO PARA AS FORMAS FLEXÍVEIS DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE CRISE | 305

- Bianca Medran Moreira e Roberta Schaun

VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO A PERSONAS INDÍGENAS EN MÉXICO | 323

- Adriana López Gutiérrez e Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y AUTONOMÍA INDÍGENA: CONFLICTO DE DERECHOS EN LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS | 345

- Mayela Aguilar Molina e Alfonso Jaime Martínez Lazcano

MIGRACIÓN, REFUGIO Y DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS PSICOSOCIALES | 365

- Angélica González González e Roberto Leonardo Cruz Núñez

EL DURO CAMINO HACIA VOLVER A EMPEZAR: MIGRANTES Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS | 381

- Eva Yazmín Domínguez Aguilar e Roberto Leonardo Cruz Núñez

STARTUPS: FORMAS DE INVESTIMENTO E INSTRUMENTOS JURÍDICOS | 395

- Renata Vielmo Guidolin

A LOCAÇÃO POR TEMPORADA COM A UTILIZAÇÃO DO APLICATIVO  
AIRBNB EM CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE  
A NATUREZA DO CONTRATO E A VEDAÇÃO DE PROIBIÇÃO DESTA  
PRÁTICA NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL | 415

- Isadora Leitão Wild Santini Picarelli e José Tadeu Neves Xavier

# **HISTORIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA**

LUZ MARÍA PUENTE ABA<sup>1</sup>

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende constituir un balance de las principales cuestiones problemáticas surgidas en la historia de la aplicación judicial de los denominados “delitos contra los intereses económicos de los consumidores” en España. Se reserva tal denominación a cuatro figuras dentro de la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal español, titulada “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores” (artículos 278 a 286). La figura paradigmática en el marco de los delitos contra los intereses económicos de los consumidores es el delito publicitario, contenido en el artículo 282 del Código Penal. Además de ser el comportamiento delictivo que en mayor medida afecta al colectivo de consumidores, también es el que más ha ocupado a los Tribunales desde su aparición con la entrada en vigor del Código Penal español de 1995, si bien en cualquier caso no ha contado con una abundante aplicación jurisprudencial. En relación con esta figura, se tratarán los problemas interpretativos que se han suscitado a lo largo de estos años de vigencia del precepto: el concepto de publicidad u ofertas y la naturaleza del sujeto que emite estos mensajes, las características de la falsedad, los criterios que permiten afirmar la idoneidad de la publicidad para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, y la situación concursal que se plantea entre esta figura y el delito de estafa.

Los otros dos delitos socioeconómicos de consumo que se introdujeron con el Código Penal de 1995, contenidos en los artículos 281 y

---

1 Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña.



283, apenas han tenido relevancia práctica. Por un lado, el artículo 283 contiene una figura que podría denominarse como delito de facturación ilícita; como se verá, su escasa aplicación responde al restrictivo ámbito de aplicación de este tipo penal, debido a sus particulares exigencias típicas: se limita a los productos o servicios cuyo precio o coste se mide a través de aparatos automáticos, y se exige la realización de una facturación ilícita a los consumidores tras una previa manipulación de tales aparatos. Por lo tanto, las problemáticas surgidas con respecto a la aplicación de este precepto se centran en la interpretación de la exigencia típica de la manipulación del aparato y, al igual que en el delito publicitario, también en la relación concursal existente entre este artículo 283 y el delito de estafa. Por otro lado, el artículo 281 del Código Penal contiene el delito de acaparamiento de materias primas y productos de primera necesidad; se castiga concretamente detraer del mercado materias primas o productos de primera necesidad, con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores. Se trata de una figura que, precisamente por el carácter de excepcionalidad del comportamiento delictivo, no ha sido objeto de aplicación judicial, si bien la Fiscalía Anticorrupción ha denunciado a la compañía eléctrica Iberdrola, imputándole la comisión de este delito por la realización de determinadas actuaciones que podrían comportar la manipulación y consiguiente subida de las tarifas eléctricas<sup>2</sup>. En cualquier caso, dada la inexistencia de resoluciones judiciales en relación con este precepto, no será objeto de análisis en este trabajo.

Por último, existe otra figura delictiva en este ámbito, el artículo 282 bis del Código Penal, creado por la Ley Orgánica 5/2010, 22-6. Se configura así un tipo penal específico en materia de falsedad en la información en los mercados de valores. Como se verá, si bien su objetivo era otorgar una tutela específica a los inversores en estos mercados, la concreta configuración de esta figura delictiva genera solapamientos con el artículo 290 del Código Penal, que castiga la falsedad en los documentos sociales. Se analizará esta problemática con ocasión del comentario del relevante supuesto enjuiciado en la SAN 28/2017, 17-10, y en la posterior STS 369/2019, 22-7, relativas al caso de la Caja de Ahorros del Mediterráneo.

---

2 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 336.

## 2. EL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA (ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO PENAL)

El artículo 282 del Código Penal castiga a “los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

El comportamiento delictivo consiste, esencialmente, en realizar publicidad u ofertas falsas de bienes o servicios, siempre que tal falsedad pueda calificarse (he aquí el elemento típico de peligro hipotético o aptitud) como idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto al colectivo de los consumidores. Así, las tres claves fundamentales en la interpretación de este tipo penal son: aclarar qué se entiende por publicidad u ofertas, definir en qué consiste esencialmente la falsedad, y por último, determinar cuáles serían los posibles criterios que llevarían a afirmar que el mensaje presenta esa idoneidad para perjudicar gravemente a los consumidores. Ciertamente, estas cuestiones han sido las que han ocupado a la no muy abundante jurisprudencia que ha tratado esta infracción delictiva; a ellas puede añadirse una problemática más: el interrogante relativo a cuál es la situación concursal que se plantea entre esta infracción penal y el delito de estafa.

### 2.1. EL CONCEPTO DE OFERTAS O PUBLICIDAD, Y EL SUJETO QUE LAS REALIZA

Antes de proceder al análisis de la conducta constitutiva de delito publicitario, debe puntualizarse que, según indica el propio Código Penal, ha de verificarse en las “ofertas o publicidad” de productos o servicios. Por lo tanto, se parte de un amplio concepto de comunicación publicitaria, cuya esencia es la existencia de una promoción directa o indirecta a la contratación de bienes o servicios; de este modo, no solo se abarcan los clásicos mensajes publicitarios difundidos a través de los medios de comunicación, sino también las manifestaciones que físicamente acompañan la presentación de un bien o servicio, e incluso el propio etiquetado de un producto<sup>3</sup>.

---

3 Realmente, la noción de publicidad en el ámbito mercantil es asimismo amplia, según se desprende de la propia definición ofrecida por el artículo 2 de la Ley 34/1988, 11-11, general de publicidad. Vid. sobre esto PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 289 ss., y bibliografía citada; vid. también DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores (publicidad engañosa, facturación automática fraudulenta). Piratería de servicios de comunicación”, en

De hecho, varios casos de falsedades en el propio etiquetado del producto han ocupado a los Tribunales: así, la SAP Ciudad Real 218/2002, 11-1, sobre un caso de venta de aceite con etiquetado falso; la SAP La Rioja 17/2003, 12-2, relativa a una falsa denominación de origen contenida en las etiquetas de un vino; y la SAP Granada 228/2000, 3-4 (confirmada por STS 774/2002, 6-5), en un caso también de falsedad en el etiquetado de botellas que contenían licor.

Resulta importante recordar que no cabe considerar publicidad a las comunicaciones efectuadas en el desarrollo de las relaciones contractuales entre las dos partes de un contrato. De hecho, existen varias resoluciones judiciales que, correctamente, excluyen la posible apreciación del delito publicitario puesto que el (posible) engaño no fue manifestado en las ofertas o publicidad de un producto o servicio, sino en el ámbito de la negociación de un contrato.

Así, en primer lugar cabe citar la SAP Málaga 180/2000, 29-6. Si bien la absolución por el delito publicitario se fundamentó en que la información suministrada era veraz, lo cierto es que ya no cabría debatir la posible apreciación de esta infracción penal porque realmente los hechos se referían a una negociación individualizada entre las dos partes de un contrato, en un caso de venta de viviendas prefabricadas. También en relación con la compraventa de viviendas pueden citarse la SAP Zaragoza 101/2005, 22-3, el AAP Castellón 311/2006, 30-5, y el AAP Guadalajara 88/2002, 28-11, puesto que la posible falsedad solo iba dirigida a los compradores de una vivienda concreta, verificándose el engaño en el marco de unas relaciones contractuales. Un supuesto similar se encuentra en la SAP Toledo 34/2000, 15-12, relativa a la venta de pienso para animales: aquí también se dictó sentencia absolutoria, argumentando que no se verificaba el elemento

---

DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid 2018, p. 453; MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 123 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 80-81; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 312; MORALES PRATS, F., “Artículos 281-282”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2016, p. 306; PORTERO HENARES, M., *El delito publicitario en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 297 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2015, p. 486; SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico – penal de la publicidad engañosa en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 146 ss.

de aptitud para perjudicar propio del delito publicitario; no obstante, como el caso anterior, la posible falsedad o engaño se hubiera producido en el ámbito de la negociación de un contrato, de tal modo que ya no habría lugar para la apreciación del delito publicitario. Asimismo, cabe citar el AAP Burgos 20-4-1999<sup>4</sup>, referido al clausulado de una póliza de seguro médico: al margen de que el Tribunal no apreció falsedad alguna, en cualquier caso tampoco estaríamos aquí ante publicidad u ofertas, sino ante una relación contractual entre las dos partes de un contrato. Por último, puede referirse el AAP Madrid 605/2008, 9-10: en este caso no cabía hablar de publicidad puesto que se trataba de la negociación individualizada de un producto financiero en una entidad bancaria<sup>5</sup>.

Finalmente, resulta importante aclarar, junto con el concepto de ofertas y publicidad, quién puede ser el sujeto activo del delito del artículo 282 del Código Penal. Es cierto que este precepto contiene un delito especial, puesto que el círculo de sujetos activos aparece restringido a los “fabricantes o comerciantes”. Aun siendo recomendable que el delito publicitario se hubiera configurado como un delito común, lo cierto es que nada impide efectuar una interpretación del término “comerciante” que acoja a cualquier persona que se dedique a la actividad de “comercio”, esto es, a la actividad de compraventa o intercambio de bienes o servicios<sup>6</sup>. De este modo, cabría rechazar interpretaciones restrictivas como las sugeridas, por ejemplo, por la AAP Castellón 311/2006, 30-5: si bien la inaplicación del delito publicitario se debió a que el mensaje no se emitía en el ámbito de la publicidad, sino en el marco de relaciones contractuales individualizadas, el Tribunal también indicó que no era posible aplicar este precepto a “la publicidad llevada a cabo por ciertos profesionales que no se pueden catalogar de ‘comerciantes o fabricantes’ como serían los constructores”. Por su parte, en el caso del AAP Guadalajara 88/2002, 28-11, en el que tampoco cabía la aplicación del artículo 282 del

---

4 Vid. PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa (art. 282 del CP)”, *Revista de Derecho penal y criminología de la UNED*, 2ª época, nº 14, 2004, p. 329.

5 Pueden citarse aún más resoluciones judiciales sobre casos en los que tampoco cabría la aplicación del artículo 282 del Código Penal, al tratarse meramente de negociaciones contractuales: AAP Barcelona 241/2011, 4-4, y AAP Las Palmas 348/2010, 17-5.

6 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 319-320. Vid. asimismo a favor de una interpretación amplia de este término en el sentido de “empresario”, MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*, cit., pp. 105-107; PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores*, cit., p. 366 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, cit., p. 484.

Código Penal porque la posible falsedad solo iba dirigida a los concretos compradores de una vivienda, se plantea el Tribunal que “sería discutible que concurra en la querrellada la cualidad precisa para ser sujeto activo de dicha infracción penal, dado que el tipo castiga exclusivamente a fabricantes o comerciantes que falsearen la publicidad de los productos o servicios; extremo éste en el que aparece centrado la impugnación planteada atendidas las alegaciones que efectúan los recurrentes en torno a la condición de promotora de la vendedora”. También aquí cabe tener en cuenta lo manifestado por el AAP Madrid 613/2012, 24-7, en un caso de venta de participaciones preferentes. El Tribunal manifiesta que “los empleados de banca no tienen la calidad de comerciantes aunque en su jornada laboral vendan, por cuenta del banco, su empleador, productos financieros”. Al margen de que al caso no resultara aplicable este precepto por otros motivos (puesto que, según indica el Tribunal, “de las pruebas practicadas hasta la fecha, se desprende con claridad que el querrellado no vendió a los querellantes producto alguno. Los querellantes utilizaron el banco como vehículo, como mediador en el mercado secundario para adquirir participaciones preferentes de Landsbank Islands HF y bonos de deuda de del Royal Bank of Scotland. Ello se desprende de las órdenes de compra firmadas por los querellantes y que han tenido a bien acompañar a la querella. [...] La compra en la que intermedia el banco y que ejecuta el querrellado como empleado de éste, junto con otros empleados más, trae causa de un acto propio de los querellantes. Por ello no hay ni engaño ni maquinación ni actuación embaucadora”), lo cierto es que, de haberse verificado una actuación engañosa por parte del empleado de banca, no debería haber obstáculo para considerarlo sujeto activo de este delito.

## 2.2. LA FALSEDAD PUBLICITARIA

La conducta constitutiva de delito publicitario aparece definida en el Código penal con las expresiones “hacer alegaciones falsas” y “manifestar características inciertas”; así, se sancionan los mensajes falsos, inciertos, lo cual equivale a exigir una discordancia real y objetiva entre lo manifestado en la publicidad y la realidad del bien o servicio ofertados<sup>7</sup>.

7 Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia 2000, p. 103; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pp. 314-315; MORALES PRATS, F., “Artículos 281-282”, cit., p. 307; MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Bosch, Barcelona 2001, p. 121; PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores*

Aquí tenemos una primera línea de distinción entre el delito publicitario y las infracciones no penales en materia de publicidad: solo se integrará en el ámbito del delito la publicidad objetivamente falsa, quedando para su represión mediante las leyes civiles o mercantiles la denominada “publicidad engañosa”. Es frecuente, en el ámbito de las ofertas publicitarias, recurrir a determinado tipo de mensajes que, sin faltar objetivamente a la verdad, se expresan de tal modo que inducen a error al consumidor, quien finalmente obtiene una imagen del producto o servicio disconforme con la realidad. Si tal error no deriva de una falsedad objetiva del mensaje, sino de una expresión tergiversada que provoca esa confusión, estaremos ante la citada publicidad engañosa, que aparece sancionada en leyes no penales, específicamente en la Ley 3/1991, 10-1, de competencia desleal como acto de engaño (arts. 5 y 19<sup>8</sup>)<sup>9</sup>.

Teniendo presente esta clara distinción, quedarían reservados al ámbito penal los supuestos de mayor gravedad en relación con los engaños publicitarios: solo se integrarían en el artículo 282 del Código Penal los casos en que el consumidor resulta engañado no por la forma de expresión del mensaje, sino porque realmente lo manifestado es objetivamente distinto de lo que existe en la realidad, existe una discordancia real entre lo manifestado en la oferta o anuncio publicitario y las verdaderas características del bien o servicio.

En relación con este elemento de la tipicidad penal podemos encontrar ejemplos claros en la jurisprudencia. Por lo general, este requisito típico no ha planteado especiales problemas, y como se puede ver en las resoluciones judiciales citadas a lo largo de este trabajo, los supuestos que llegan a los tribunales y a los cuales se les aplica el artículo 282 del Código Penal, constituyen realmente casos de falsedades objetivas vertidas en la publicidad de productos o servicios. Únicamente cabe referirse aquí, de forma más específica, a un par de casos en los que podría resultar más complicado trazar la frontera entre este tipo de falsedades y las manifestaciones publicitarias meramente engañosas.

---

*y delito publicitario*, cit., p. 326; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El nuevo delito publicitario(art. 282 del Código Penal)”, *Actualidad Penal*, 1997-1, m. 567; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, cit., p. 487; SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico – penal de la publicidad engañosa en Internet*, cit., pp. 156-157.

8 O también como omisión engañosa, en el art. 7.

9 Así lo indica expresamente el art. 3 de la Ley 34/1988, 11-11, general de publicidad, y asimismo el art. 19 del Real Decreto legislativo 1/2007, 16-11, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

En primer lugar, cabe referirse al denominado *caso Bio Bac*, resuelto en la SJP nº 18 Madrid 268/2014, 4-7, y en la posterior SAP Madrid 619/2015, 22-6, resoluciones ambas que estiman la concurrencia del delito de publicidad falsa. El Bio Bac era un suplemento dietético, que no cumplía los requisitos legales exigidos para su catalogación como medicamento<sup>10</sup>, y sin embargo se promocionaba haciendo hincapié en la posesión de determinadas facultades terapéuticas. La determinación de la existencia de una falsedad objetiva exigía analizar las distintas formas de promoción publicitaria del producto, para constatar si efectivamente se atribuían al producto auténticas facultades terapéuticas propias de un medicamento, o si simplemente se sugería su carácter beneficioso, sin propiedades curativas, para las personas aquejadas de ciertas enfermedades.

Analizando ambas sentencias, según los hechos probados, “en la información escrita ofrecida a los distintos consumidores del producto Bio-bac, se hacía constar que se trataba de un producto natural y se recomendaba usar el mismo como prevención. En el prospecto que, igualmente se entregaba a los pacientes, el Bio-bac se presentaba como un producto natural y a la vez, y como propiedades del mismo, se señalaba que era inmunoestimulante, antimetastásico y condroprotector, refiriendo que su acción se basa en el incremento y activación de los linfocitos T que se produce de forma continuada y sostenida, incremento de los sinoviocitos acción citotóxica selectiva. En el apartado de ‘indicaciones’ se hacía constar lo siguiente: ‘trastornos por inmunodeficiencia celular primaria, SIDA. Como estimulante de las defensas orgánicas; está también indicado en inmunodeficiencias secundarias a enfermedades y en general como tratamiento coadyuvante de terapias específicas en aquellos procesos neoplásicos o infecciosos, en los que exista un déficit de la inmunidad celular. Osteoartritis, enfermedades virales, hepatitis, cáncer, sida”.

---

10 Como se indica en los hechos probados de la sentencia, “el Ministerio de Sanidad, con fecha 3 de diciembre de 1986, dictó resolución en la que declaraba que la autovacuna para la inmunoterapia específica de las enfermedades producidas por enzimas vivientes inactivados, no podía ser considerada como medicamento ni como fórmula magistral por no haber quedado acreditada su eficacia clínica, calidad, seguridad y pureza, siendo dicha resolución recurrida en su día y confirmada por la sección cuarta de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo) por sentencia dictada con fecha 4 de enero de 1990 ; dicha sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo que a su vez la confirmó por sentencia firme de fecha 11 de mayo de 1992”.

Aparte de esta información por escrito, también se promocionaba el producto mediante llamadas telefónicas. Así, “a través de la centralita instalada en ... desde la que se procedía a la comercialización del producto Bio-bac, los empleados del acusado [...], informaban a las distintas personas que solicitaban información del producto Bio-bac, que el mismo era un antimetastásico, a pesar de que, a la vez se indicaba que se trataba de un producto natural. De igual forma, la telefonista, en numerosas ocasiones, indicaba a la persona que llamaba que habían tenido enfermos terminales y que llevaban muchos años viviendo, gracias al Bio-bac”.

Se constató que, tanto en estas conversaciones telefónicas con potenciales clientes que solicitaban información, como en charlas divulgativas sobre el producto, se contenían afirmaciones como “el producto arregla una serie de problemas de huesos”, y en general, según se constata en las sentencias, se hacían constar “sus propiedades terapéuticas, presentándolo como tratamiento alternativo a los tratamientos convencionales en los procesos tumorales enfermedades infecto contagiosas, virales y enfermedades de tipo degenerativo o progresivo, y “eliminando las células tumorales y respetando las no tumorales; disminución, en los enfermos de artrosis del dolor y el aumento de la movilidad articular en más de un 80%; actividad antiviral; alto grado de eficacia en las enfermedades de cáncer (carcinoma de mama, cáncer de colon, de recto, hepático, estómago y pulmón), llegando a remitir el tumor; mejor su fórmula y potencial terapéutico”. Las manifestaciones llegaron a tal punto que en una de las charlas “lo definió como una vacuna contra el cáncer, y asimismo, informó sobre las tres fases de ensayos clínicos, del estudio de toxicidad e inocuidad, ensayos que como se conoce no probaron la eficacia terapéutica del producto estudiado”. Finalmente, se recogían numerosas pruebas testificales de personas que adquirieron Bio Bac, las cuales afirmaban que el producto se les presentaba expresamente como curativo.

Por consiguiente, se concluyó que, “aunque se comercializara un producto como suplemento alimenticio, si la información que se acompañaba con el mismo, así como los prospectos del producto que se ofrecían por los vendedores del Bio-bac, referían las propiedades terapéuticas del mismo, nos encontraríamos con un medicamento, tal y como viene definido en el artículo 6 de la Ley 25/1990, 22-12, del Medicamento<sup>11</sup>, en cuyo

---

11 Ley vigente en el momento de los hechos; según la sentencia, el “concepto de medicamento recogido en la antigua Ley de 1990, se considera como tal toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar,



caso nos hallaríamos ante un medicamento falso pues, faltando a la verdad, se transmitía a los posibles consumidores del producto, que el mismo tenía una eficacia curativa que, únicamente puede poseer aquello que se considere medicamento, y que como se ha reflejado en el anterior fundamento de derecho, debe obtener la correspondiente autorización de las autoridades sanitarias para su comercialización como medicamento, lo que no había logrado el Bio-bac, a pesar del intento de autorizarlo su inventor”.

Así, se constató que, si bien en el etiquetado y en la información escrita que se entregaba con el Bio Bac se presentaba como producto natural y suplemento dietético, en el prospecto que lo acompañaba se indicaba que “es inmunoestimulante, antimetástasico y condroprotector”, tal y como se ha indicado anteriormente. Los Tribunales analizaron el significado de tales menciones: “Al referir que era un inmunoestimulante se refiere al reforzamiento del sistema inmunitario que no tiene porqué provenir de un medicamento, sino que podría ser un nutriente; en este sentido, ningún problema plantearía la presentación del bio-bac como un inmunoestimulante. Al referirse, el prospecto, a un antimetastásico, si la metástasis es la propagación del tumor cancerígeno desde el órgano afectado por el mismo, a otros órganos del cuerpo, es evidente que, si se afirma que es antimetástasico, quiere decir que evitaba la propagación de las células cancerígenas y su invasión a otras partes del cuerpo y, por consiguiente, producía cierta curación del cáncer, o por lo menos prevención, lo que de conformidad con el art. 8 de la Ley del Medicamento, se incluye dentro de la definición propia de medicamento. Asimismo, se hacía referencia a que se trataba de un condroprotector, es decir el freno o retraso del deterioro del tejido cartilaginoso, evitando la aparición de la artrosis o bien el avance de la enfermedad. De nuevo se anunciaban propiedades terapéuticas del producto que debía ser comercializado, en su caso, como medicamento y con la correspondiente autorización sanitaria”<sup>12</sup>. De hecho, particularmente relevante a la hora de afirmar la false-

---

tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos”.

- 12 Esta información también se presentaba de la siguiente manera en la página web de BioBac: “Asimismo, acudiendo a la información ofrecida en la página de Internet Bio-Bac.com, en la misma (folio 52 de las actuaciones) se publicitaba el Bio-bac, haciendo constar que se trataba de un producto biológico y natural, complemento enzimático con propiedades contrastadas, si bien, principalmente se anunciaba, al igual que en el prospecto, como antitumoral, regenerativo, condroprotector, inmu-

dad de todos estos mensajes, fue la existencia de ensayos clínicos sobre las cualidades de Bio Bac. A estos ensayos se refirieron también las sentencias, manifestando que su resultado fue negativo en relación con la eficacia terapéutica del producto. Así, con base en todas las manifestaciones anteriores, se concluyó que las alegaciones que publicitaban el producto eran objetivamente falsas<sup>13</sup>.

En segundo lugar, puede citarse el caso de la publicidad de un curso de osteopatía, que ocupó a la STS 1097/2009, 17-11<sup>14</sup>. El acusado era administrador único de la sociedad mercantil Universidad Popular Unión Europea, Regiones Europeas, Open University of European Unity S.L. (UPUERE S.L.)<sup>15</sup>, cuyo objeto social era “impartir educación, cultu-

---

noestimulante e inmunomodulador, haciendo constar expresamente entre otras expresiones, las siguientes:

- ...pero es inmunomodulador también. Esta característica del producto permite que el enfermo del sida haga frente a la enfermedad y supere las enfermedades oportunistas con eficacia.
- ‘...los enfermos de hepatitis y de otras enfermedades por la acción del virus, consiguieren solucionar sus problemas.’
- ‘...El producto es excelente para la prevención de enfermedades.’
- Bio-Bac es antitumoral por lo que actúa sobre los tumores y reduce las metástasis. El enfermo dependiendo del estadio en que se encuentre, mejora su calidad de vida y experimenta un desenlace positivo de su enfermedad.’
- En las enfermedades degenerativas actúa básicamente mediante dos mecanismos:  
1.-estimulación de los sinoviocitos (acción condroprotectora, artrosis)  
2-acción inmunomoduladora.  
Esta característica de Biobac hace que la enfermedad se detenga y el paciente recupere la movilidad”.

13 Un caso similar a este es el que podríamos denominar “caso Amatrísán”, resuelto por la SAP Castellón 17/2000, 18-10. Este nombre se refiere asimismo a un producto inocuo (suero y urea, esto es, ni siquiera un producto con propiedades dietéticas), que era publicitado como curativo del cáncer. En este supuesto, la afectación al patrimonio (también se verificó, obviamente, la comisión de otros delitos: intrusismo y delito contra la salud pública) se trató mediante la aplicación del delito de estafa; en la fecha de los hechos no estaba vigente el delito publicitario, pero sin duda hubiera resultado también aplicable a este supuesto.

14 Y también a la STS 27/2009, 26-1.

15 Con fecha de 1 de octubre de 2002 la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid requirió a UPUERE S.L. para que eliminase toda información que incluyese el término “Universidad”, al no poder utilizar dicha denominación con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, cambiando la denominación el 19 de diciembre de 2003 a CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES UPUERE. OPEN UNIVERSITY OF EUROPEAN UNITY S.L.

ra y formación teórica y práctica a todos los niveles, superior, medio y elemental, en especial en Ciencias de la Salud, así como la creación, instalación y explotación de clínicas y fundaciones”. Esta entidad llegó a un acuerdo con el British College of Osteopathic Medicine, de tal forma que este último podría reconocer el diploma que se expidiera en UPUERE a los alumnos para poder optar, tras un curso de conversión, a una titulación universitaria oficial británica. Tras este acuerdo inicial, el acusado comenzó una campaña de publicidad, consistente fundamentalmente en folletos, en los que hacía constar expresamente: “Nuestro programa académico está supervisado y homologado por el colegio británico, British College of Naturopathy & Osteopathy, BCNO, y la supervisión con éxito del programa permite obtener el Diploma de Osteopatía, DO. Una vez obtenido el Diploma de Osteopatía de BCNO-UPUERE, el alumno podrá continuar con el programa de conversión del BCNO en la UPUERE para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine (titulación universitaria oficial británica, equivalente a las licenciaturas españolas)”.

Diversas personas se matricularon en UPUERE y, según continúan relatando los hechos probados, “cuando ya estaban próximos a finalizar los estudios, en el año 2003, se percataron de que la homologación antes mencionada no se producía de forma mecánica o automática tras superar el expediente académico, sino que era necesario realizar un curso de conversión en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Y en contra igualmente a lo que se indicó, el curso de conversión no tuvo lugar dentro del último curso sino que se inició meses después de la finalización del mismo, con un coste global a cargo del alumno no concretado de forma exacta pero en torno a los 5.000 euros, y con una duración cuando menos, de varios meses”.

Con base en estas afirmaciones la sentencia de instancia fue condenatoria, estimando la existencia del delito del artículo 282 del Código Penal. No obstante, esta resolución fue revocada por el Tribunal Supremo, con base en que “el punto en el que radica la discrepancia entre lo ofrecido y la realidad, radica en la forma de obtener una convalidación más o menos oficial de la titulación y su homologación en el centro británico. Según el hecho los alumnos sabían y admitieron que tenían que realizar un curso de homologación o conversión. Las expresiones y las ofertas del folleto eran claras en cuanto a la necesidad del programa de conversión del BCNO, pero como se ha dicho parece que se ofrecía la realización de esta fase en Madrid sin necesidad de trasladarse a Londres, aunque esto último se omite en el hecho probado”.

Ciertamente estas últimas palabras de la sentencia del Tribunal Supremo no resultan especialmente clarificadoras del motivo que determina la falta de apreciación del delito de publicidad falsa. De entrada, para la verificación de este delito no es necesario averiguar lo que sabían los alumnos en la realidad (ello sería determinante, en todo caso, para discernir si hubo engaño bastante a efectos del delito de estafa), sino que se trata simplemente de analizar la publicidad y ver si las alegaciones que contiene coinciden con la realidad. Según los hechos probados, en la publicidad se decía que, tras obtener el título inicial de Osteopatía, el alumno “podrá continuar con el programa de conversión del BCNO en la UPUERE para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine”. La mención de que el programa se haría “en la UPUERE” no deja lugar a dudas de que la realización de tal programa estaba prevista en España, y por lo tanto existiría una falsedad si realmente era necesario realizar el programa de conversión final en Londres.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo continúa indicando que “el acusado inicialmente tuvo la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizase en Madrid, lo que aleja la ocultación, tergiversación u oferta engañosa. Afirman los juzgadores de la instancia que fueron los ingleses los que, a partir de esta conversación en el año 2003, y no antes, decidieron el traslado del lugar de estudios a Londres, luego la información proporcionada no era falaz ni indujo de forma decisiva a la aceptación por los alumnos de las condiciones ofrecidas, lo que elimina también la publicidad engañosa”. Por consiguiente, no se trata de determinar si existió una falsedad en el mensaje (es evidente que la hubo, puesto que el programa de conversión no iba a tener lugar en el lugar afirmado en la publicidad), sino de constatar si realmente el anunciante actuó con dolo en el momento de difundir el mensaje publicitario. Según se indica en los Fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo (y también en la propia sentencia de instancia, como se puede comprobar), el cambio de lugar para cursar la parte final de los estudios se decidió años después de la emisión de los folletos publicitarios. Por lo tanto, si el autor no conocía esta circunstancia futura (y ni siquiera era consciente de esta posibilidad, en el sentido de analizar una hipotética actuación con dolo eventual), entonces no puede afirmarse la comisión (necesariamente dolosa) del delito del artículo 282 del Código Penal.

Sobre un supuesto de hecho similar versaba la SAP Granada 383/2002, 28-6<sup>16</sup>. Aquí se trataba de la *publicidad de una Escuela de turis-*

---

16 Vid. PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la

mo; en los folletos publicitarios se anunciaba el “Master Degree in Tourist Business Administration concedido por la Universidad de Hertfordshire” y se explicitaba textualmente que “tras la firma del convenio entre ambas instituciones en 1997 [la Universidad británica de Hertfordshire y la Escuela de Turismo de los condenados] hizo posible que los estudios de la Escuela Superior de Turismo Europeo pasaran a estar homologados por dicha Universidad. De este modo, al terminar la carrera, los alumnos obtienen el Master Degree in Tourist Business Administration concedido por la Universidad de Hertfordshire”. En este supuesto concreto, por el contrario, tales declaraciones eran objetivamente falsas, puesto que no se correspondían con la realidad: en la fecha de difusión de tales folletos, aún no había concluido el proceso de homologación de los estudios de la Escuela de Granada y no se había firmado aún el convenio definitivo entre ambas entidades, evento que finalmente nunca tuvo lugar.

En relación con la apreciación de la falsedad, atendiendo a la forma de expresión del mensaje publicitario, resulta de especial interés la SAP Salamanca 7/2008, 14-2. Se trataba aquí de una *publicidad relativa a la venta de viviendas*; según los hechos probados, el vendedor, “para su promoción y venta se sirvió de anuncios en diversos medios de comunicación de Salamanca, donde aparecía una imagen infográfica de la urbanización, con viviendas unifamiliares y una piscina, sin que en ninguno de ellos aparezca por escrito dicho término [...] En el suplemento especial de La Gaceta dedicado a Urbanizaciones y publicado el 20/6/03, el jefe de ventas [...], en la entrevista concedida por su cuenta y riesgo y por teléfono, según manifestó enjuicio, informó al Diario ‘que la titularidad de las calles y urbanización pasará al Ayuntamiento. La urbanización está dotada además de una piscina comunitaria que dará servicio a 106 viviendas y según el Jefe de Ventas de Santher la ubicación de zonas verdes dependerá del consistorio municipal’. Asimismo en el escaparate de la inmobiliaria Cilleros, que anunciaba la urbanización, tenía expuesto la misma imagen infográfica o tríptico y, delante, un cartel a mano donde se lee ‘Urb La Hacienda, chalets de 3 y 4 dormit, garaje, piscina’, como resulta de las fotos aportadas y declaración del empleado de la Inmobiliaria”.

El Tribunal no estimó la verificación del delito del artículo 282 del Código Penal. Según se manifiesta en los Fundamentos jurídicos de la sentencia, “por el hecho de aparecer la imagen de una piscina en un tríptico puede concluirse que la misma era ofrecida como elemento común, cuando, no aparece dicho término ni en la publicidad, ni en la memoria

---

aplicación del delito de publicidad falsa”, cit., pp. 316-319, 327.

ni en los contratos firmados, por lo tanto, no estamos ante una alegación falsa sobre el producto. [...] En el caso estudiado podría verse si efectivamente la aparición de una piscina, silenciando la titularidad de la misma y de la parcela donde se ubica podría abarcar el tipo, y la conclusión no puede ser más que negativa, pues si bien es cierto que el 4 de la Ley general de Publicidad viene a sancionar como falsa, la publicidad que silencie dalos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios, sin embargo en el tipo del Código Penal no se alude ni se incluye el silencio de hechos o datos perjudiciales. En consecuencia, la omisión de circunstancias no podrá tildarse de publicidad engañosa, salvo que en el mensaje publicitario la falta de información sobre determinados datos o hechos, determine su calificación como falso, objetivamente contrario a la verdad”.

En relación con este caso podrían efectuarse varias precisiones.

En primer lugar, no es exacto que la publicidad solo incluyera un dibujo de la piscina, sin mencionarla expresamente. Así ocurría efectivamente en los trípticos que promocionaban la urbanización, pero en los mismos Hechos probados se reconoce que en el escaparate de la inmobiliaria había un cartel expuesto en el que, junto al dibujo, aparecía una mención expresa de la piscina como elemento de la urbanización. Como se ha indicado al inicio de este trabajo<sup>17</sup>, el concepto de publicidad engloba cualquier forma de promoción de bienes o servicios, y por consiguiente este cartel promocional puede ser incluido tanto en el concepto general de publicidad como en el término “ofertas” empleado por el Código Penal. Incluso cabría considerar como forma de promoción de estos concretos bienes la entrevista concedida a un medio de comunicación por parte del vendedor, en la que reconocía expresamente la existencia de esta piscina.

En segundo lugar, en este caso concreto carece de sentido la referencia a cómo calificar la omisión de datos en la publicidad, a efectos de su posible inclusión en el tipo del artículo 282 del Código Penal. En este supuesto no se enjuicia exactamente esta cuestión, sino que se trata de determinar si la inclusión de un dibujo, con omisión de una mención o texto expreso que se refiera a la representación gráfica, permite entender que se afirma la existencia de lo que aparece simplemente dibujado.

Por tanto, partiendo de que efectivamente la inclusión de la piscina formaba parte de la promesa publicitaria, lo que habría que determinar es si el mensaje presentaba aptitud para causar un perjuicio grave

---

17 Vid. supra 2.1.

y manifiesto a los consumidores<sup>18</sup>, y además, al igual que en el ya citado caso del curso de osteopatía (STS 1097/2009, 17-11), si el anunciante llevó a cabo tal comportamiento de forma dolosa. Según consta en los hechos probados, la piscina fue incluida en la publicidad de la urbanización cuando todavía no se había obtenido la licencia necesaria para ello. A pesar de ello la piscina fue construida, pero no pudo ser legalizada, y por este motivo finalmente los acusados construyeron otra (de forma ya legal) a unos 500 metros del emplazamiento inicialmente previsto. Si el dolo implica el conocimiento tanto de la falsedad en el mensaje publicitario como de la aptitud de la publicidad para causar un perjuicio, aquí puede afirmarse que los acusados presentaban la piscina como parte de la urbanización sabiendo claramente que no tenían la licencia para construirla. Por ello, si bien no cabe apreciar un dolo directo en relación con ambos elementos típicos, al menos sí podría apreciarse la existencia de dolo eventual. De este modo, puede afirmarse que los acusados eran conscientes de la peligrosidad de su conducta (en el momento en que anunciaban su oferta sabían que su mensaje no se adecuaba totalmente a la realidad, puesto que al no poseer la preceptiva licencia no podían afirmar de forma indubitada que la urbanización contaría con piscina), si bien debido a la incertidumbre sobre una circunstancia futura (la obtención de tal licencia), no eran plenamente conscientes de la posibilidad del peligro para los intereses de los consumidores<sup>19</sup>.

### **2.3. EL ELEMENTO DE APTITUD: LA POSIBILIDAD DE CAUSAR UN PERJUICIO GRAVE Y MANIFIESTO A LOS CONSUMIDORES**

El artículo 282 del Código Penal exige no solo que la publicidad sea objetivamente falsa, sino además que pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Estamos, por lo tanto, ante un delito de aptitud o peligro hipotético: se exige la posibilidad de verificar un resultado de peligro, de tal modo que en cada caso habrá que demostrar que ha sido posible un contacto entre la publicidad falsa y el patrimonio o libertad de disposición económica de los consumidores; así, no es necesaria la efectiva producción de un daño patrimonial, sino únicamente la

---

18 Lo cual se tratará en el apartado siguiente, vid. infra 2.3.

19 Vid. también sobre la posibilidad de apreciar dolo eventual en el caso de la Escuela de turismo, de la SAP Granada 383/2002, 28-6, infra 2.4. Vid. sobre la admisibilidad del dolo eventual en este delito PUENTE ABA, L.M., *Delitos*, cit., pp. 373-374.

idoneidad del mensaje publicitario para causarlo<sup>20</sup>. Realmente no cabe hablar de tal aptitud para causar un daño si la falsedad objetiva no es capaz de engañar a los consumidores. Por consiguiente, no cualquier falsedad constituirá un delito publicitario; es evidente que si no resulta creíble, no incitará de forma efectiva al consumo y no supondrá un peligro para los intereses patrimoniales de los consumidores.

Esta obvia restricción en la aplicación del tipo penal tropieza con la evidente dificultad de valorar cuándo un mensaje objetivamente falso no resulta creíble a sus destinatarios. No quedará más remedio que efectuar una valoración en cada supuesto concreto, y en todo caso partiendo del “consumidor medio” en el específico sector al que va referido la publicidad. El término “consumidor medio” designa a aquella persona que capta el mensaje publicitario de forma más o menos despreocupada, sin reflexionar de forma excesiva sobre él; no se trata de proteger al consumidor absolutamente despreocupado, pero tampoco de exigirle una diligencia insuperable<sup>21</sup>. Obviamente, los perfiles del consumidor medio cambiarán en función del concreto bien o servicio al que se refiere la publicidad, y asimismo del círculo más o menos amplio al que vaya dirigida; así, por ejemplo, el consumidor medio será más atento e informado si se trata de productos o servicios técnicos propios de una actividad profesional, y será más irreflexivo si estamos ante productos de uso cotidiano o si los destinatarios de la publicidad son un colectivo especialmente vulnerable (v.gr. enfermos). Se trata de una valoración que en cada caso concreto deberán efectuar los Tribunales<sup>22</sup>.

---

20 Vid. PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., pp. 350-351, y bibliografía citada. Vid. también, entre otros, MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*, cit., pp. 141 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, cit., p. 76; MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pp. 317-318; MORALES PRATS, F., “Artículos 281-282”, cit., p. 308; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, cit., p. 488; SANTANA VEGA, D., “Artículos 281-283”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 985.

21 Vid. PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., pp. 328 ss., y bibliografía citada.

22 Cfr. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, cit., p. 109; PORTERO HENARES, M., *El delito publicitario*, cit., pp. 330 ss.; PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores*, cit., p. 352; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El nuevo delito publicitario”, cit., m. 569; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, cit., Pp. 488-489; SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico – penal de la publicidad engañosa en Internet*, cit., pp. 174-175.



De este contacto posible entre los mensajes publicitarios y sus destinatarios debería poder derivarse un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto. Se pretende castigar penalmente no cualquier publicidad falsa a la que puedan acceder los consumidores, sino solo aquella que, si mueve a la adquisición del bien o servicio anunciados, puede provocar perjuicios patrimoniales de una considerable entidad.

Debemos recordar que el delito publicitario no exige la producción de ningún daño patrimonial, se incrimina sin más una conducta peligrosa para los intereses patrimoniales de los consumidores. Puede afirmarse que casi en la totalidad de los supuestos en que se analice la posible verificación de un delito publicitario, ya se habrán producido perjuicios patrimoniales para algún consumidor; sin embargo, de lo que se trata es de comprobar si la publicidad es capaz de producir perjuicios graves y manifiestos, en referencia al colectivo genérico de los consumidores. Por lo tanto, deberían tenerse en cuenta, entre otros posibles criterios, los siguientes: número de potenciales perjudicados a consecuencia de la publicidad, disponibilidad económica de los sujetos afectados, coste del producto o servicio ofrecido, grado de expansión del mensaje publicitario, e importancia del propio bien o servicio o de las características sobre las que versa la falsedad<sup>23</sup>.

Examinando la jurisprudencia en este ámbito, puede identificarse la presencia de criterios como los señalados para dotar de contenido a este elemento típico de peligro hipotético. Quizás uno de los casos en los que más claramente se refleja la presencia de estos elementos propios del requisito de aptitud, es el tratado en la SAP Granada 383/2002, 28-6<sup>24</sup>, sobre el *caso de publicidad falsa relativa a una Escuela de Turismo*.

En este caso, la falsedad publicitaria se encontraba unos folletos donde se anunciaba el “Master Degree in Tourist Business Administration concedido por la Universidad de Hertfordshire” y se explicitaba textualmente que “tras la firma del convenio entre ambas instituciones en 1997 [la Universidad británica de Hertfordshire y la Escuela de Turismo de los condenados] hizo posible que los estudios de la Escuela Superior de Turismo Europeo pasaran a estar homologados por dicha Universidad. De este modo, al terminar la carrera, los alumnos obtienen el Master

---

23 Vid. PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores*, cit., pp. 354 ss., y bibliografía citada. Vid. también, entre otros, SANTANA VEGA, D., “Artículos 281-283”, cit., pp. 985-986.

24 Vid. PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa”, cit., pp. 316-319, 327.

Degree in Tourist Business Administration concedido por la Universidad de Hertfordshire”. Tales declaraciones eran objetivamente falsas, puesto que no se correspondían con la realidad: en la fecha de difusión de tales folletos, aún no había concluido el proceso de homologación de los estudios de la Escuela de Granada y no se había firmado aún el convenio definitivo entre ambas entidades, evento que finalmente nunca tuvo lugar.

Además de constatar esta falsedad objetiva, el Tribunal entendió que tal mensaje presentaba aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Así, por una parte, la expansión del mensaje falso era sin duda considerable, puesto que la Escuela de Turismo de Granada se dio a conocer por métodos tan eficaces como anuncios en el periódico y un acto de presentación pública presidido por el mismo alcalde de la ciudad. La oferta de unos estudios sin duda muy atractivos, y con el aliciente además de que la titulación se hallaba homologada por una Universidad extranjera, suscitó el interés de muchas personas, que obtuvieron como fuente de información los citados folletos, de los que llegaron a editarse miles de copias. El carácter atractivo de esta titulación llevó a muchas personas a acudir personalmente a la sede de la Escuela de Turismo de Granada, y algunas de ellas se inscribieron en la Academia firmando los contratos-tipo que ésta había redactado. Por lo tanto, se constató que los trípticos y folletos publicitarios falsos constituyeron un motor fundamental para impulsar a un grupo de consumidores a contratar el servicio educativo ofrecido.

Es cierto que, además de estos folletos, los condenados también habían hecho publicidad en prensa; en tales anuncios aparecían los nombres y anagramas de la Escuela de Turismo y de la Universidad de Hertfordshire, rodeados de las frases “en asociación con la Universidad Estatal” y “Titulación universitaria oficial en toda la Unión Europea”, y bajo esta última rúbrica aparecía, en letra mucho más pequeña, “homologación en curso”. No obstante, esta pequeña indicación de que el proceso de homologación aún se hallaba inacabado, no desvirtúa la aptitud de la citada publicidad falsa para perjudicar a los consumidores. Por una parte, esta frase sólo está presente en los anuncios en prensa, y es posible que algunos consumidores tuvieran conocimiento de la Escuela de Turismo solo a través de los folletos; y por otra parte, esta escueta mención no elimina la falsedad inherente a las declaraciones anteriores.

En suma, cabe afirmar con el Tribunal que aquí se verifica el elemento típico de aptitud, puesto que se trata del ofrecimiento de un servicio realmente importante para los consumidores, esto es, unos estudios

habilitantes para el ejercicio de una profesión, y que se ofrecen como un título universitario. Este servicio, además, supone un gran desembolso de dinero y una considerable inversión temporal para sus adquirentes. La importancia del servicio ofrecido, el carácter esencial del extremo sobre el que versa la falsedad (la naturaleza de la entidad otorgante del título, que sin duda supone un dato fundamental para escoger este preciso servicio), la gran difusión del mensaje publicitario, la larga duración temporal que ha de durar la prestación de este servicio académico, y el gran coste que obviamente supone, son elementos que sin duda justifican la aptitud de un mensaje falso sobre tales extremos para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Podemos encontrar más sentencias que tratan este requisito típico de aptitud, ahora en relación con falsedades publicitarias en el sector de la alimentación.

En primer lugar, cabe citar la SAP Ciudad Real 218/2002, 11-1, sobre un *caso de venta de aceite con etiquetado falso*. La Audiencia Provincial revoca la absolución del Juzgado, alegando que concurren suficientes elementos para acreditar la presencia de este elemento de aptitud: se trataba de un bien de primera necesidad, se comercializaba una gran cantidad del producto (85.265 litros según la sentencia), lo cual suponía una introducción masiva en el mercado, y la falsedad recaía sobre una característica esencial, esto es, la propia naturaleza del aceite.

En segundo lugar, cabe referirse a la SAP Granada 228/2000, 3-4, confirmada por la STS 774/2002, 6-5, en este caso en sentido absolutorio. El Tribunal no apreció la existencia de un delito publicitario al considerar que la conducta no había afectado a la generalidad de los consumidores. Se trataba de un *caso de venta de mezclas de varias bebidas alcohólicas*, que se hacían pasar por diversas marcas originales. Los acusados mezclaban varios tipos de bebidas en botellas originales de las marcas, a las que luego añadían precintos y manipulaban para darles apariencia de las bebidas auténticas. Ciertamente, como se ha indicado, el elemento de aptitud tiene un evidente contenido valorativo, y en este punto la falta de verificación de este requisito típico se centra en la ausencia de una expansión relevante del producto y en la falta de afectación a un número importante e indeterminado de personas. No obstante, lo que sí resulta evidente es que la falsedad recaía sobre una característica esencial del producto (la propia composición y calidad de la bebida), y que su consumo podría tener especial incidencia incluso en la salud de los consumidores (de hecho, los

acusados fueron condenados por un delito contra la salud pública)<sup>25</sup>. El hecho de que la falsedad recaiga sobre un producto cuyo consumo tiene particulares implicaciones en la salud personal, y que las características falseadas sean esenciales, podrían constituir parámetros básicos para reconocer la existencia de este peligro hipotético para el patrimonio del colectivo de consumidores.

De hecho, cabe citar un caso con cierto paralelismo, en el cual se llegó a dictar sentencia condenatoria por el tribunal de instancia, la SAP La Rioja 17/2003, 12-2. Si bien la sentencia no se detiene específicamente en este concreto elemento típico, const que el Tribunal entendió que se había cometido un delito publicitario en un *supuesto de comercialización de botellas de vino* cuya etiqueta indicaba falsamente que se trataba de vino con denominación de origen de La Rioja<sup>26</sup>.

Por el contrario, puede considerarse correcta la absolución decretada por la SAP Burgos 15/2005, entendiendo que no se verificaba el requisito típico de aptitud propio del artículo 282 del Código Penal. Aquí se trataba de una *compañía funeraria* que, en el escaparate de su sede, anunciaba que tenía un concierto para prestar sus servicios a los miembros de una Cofradía de la misma ciudad. Si bien tal mensaje era objetivamente falso, razona el Tribunal que no puede afirmarse a la vez que resulte idóneo para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque tal aseveración solo afectaría a los miembros de la Cofradía, no al colectivo genérico de los consumidores, y en segundo lugar, porque con anterioridad se había comunicado a los cofrades la ruptura del acuerdo entre ambas entidades.

En quinto lugar, puede citarse el caso de la SAP Sevilla 496/2004, 17-9, relativo a la venta también de *aceite fraudulento*. El Tribunal no entró a analizar la posible aplicación del artículo 282 del Código Penal (los hechos también habían sido calificados como constitutivos de este delito por parte de la acusación particular), puesto que aún no había entrado en vigor en la fecha de los hechos. Si hubiera estado vigente, sí sería posible apreciar aquí el cumplimiento del requisito típico de aptitud, en la línea de lo que se ha afirmado en párrafos anteriores: se trata de un bien de

---

25 Vid. PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa”, cit., pp. 325-327.

26 Resolviendo el recurso de casación, el Tribunal Supremo (STS 357/2004, 19-3) absolvió a los acusados del delito publicitario, pero no con base en la ausencia del requisito típico de aptitud, sino por considerar que la condena por el delito de estafa absorbía el desvalor propio del delito publicitario; vid. infra 2.4.

primera necesidad y consumo habitual, y la falsedad recae sobre la propia naturaleza y calidad del producto.

Por último, puede recordarse aquí de nuevo el caso *Bio Bac* (SAP Madrid 619/2015, 22-6). Como ya se ha visto, la falsedad consistía en la atribución de facultades terapéuticas al producto Bio Bac, cuando en realidad era un suplemento dietético. En este caso, resulta evidente la especial relevancia del bien al que se refieren las manifestaciones falsas, puesto que se trata de un producto que incide sustancialmente en la salud, y cuyo círculo preferente de destinatarios está compuesto por personas enfermas; la falsedad, además, recae sobre la propia naturaleza y características del producto.

Como indica la sentencia, “evidentemente, si la información hubiera sido otra y se hubiera vendido con las características que tiene el Bio-Bac, como complemento dietético y no con la finalidad con el que se anunciaba, los beneficios económicos [...] hubieran sido extremadamente menores. [...] En este tipo delictivo no es precisa la causación de un perjuicio, siendo suficiente con que exista potencialidad dañina con la comercialización del producto. Pero es que, en el presente supuesto, es evidente la causa de un perjuicio de carácter económico a los distintos consumidores, a la vista del precio a que ascendió la venta del Bio-bac que llegó a distribuirse por el precio de 25.000 pts, cuando en un principio se comercializaba por el precio de 5.000 ptas. [...] Dicho perjuicio es mayor, por lo tanto, si se tienen en cuenta las circunstancias excepcionales de las personas que llamaban para pedir el producto Bio-Bac, personas con familiares aquejados de una grave enfermedad, y algunas de ellas, como se ha visto en las testificales practicadas, con escasos recursos económicos, y que adquirirían el producto con la finalidad de que sus familiares se repusieran de la enfermedad que sufrían, gastando, para ello y si fuera preciso, todos sus ahorros para adquirir un producto cuya publicidad mostraba unas propiedades terapéuticas no acreditadas”. Por consiguiente, queda aquí claramente explicitada y fundamentada la verificación del elemento de aptitud del artículo 282 del Código Penal.

En relación con la verificación del delito de aptitud cabría discutir, por último, si se puede apreciar la posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto en aquellos casos en que, a pesar de existir un mensaje publicitario falso, siempre va a ser necesario un contacto entre consumidor y oferente antes de proceder a la definitiva adquisición del bien o servicio, de tal modo que en esa comunicación previa quedan aclaradas las características correctas de la oferta. Aun a pesar de la necesidad de

esta toma de contacto, lo cierto es que subsiste la indeterminación de si el anunciante expondrá verazmente su oferta o seguirá manteniendo la falsedad publicitaria. Por lo tanto, habrá que analizar el caso concreto y solamente excluir la aptitud para perjudicar cuando resulte indubitado que, antes de cualquier adquisición del bien o servicio ofrecidos, se aclaran las menciones falsas contenidas en la publicidad.

Este sería el caso, por ejemplo, de la SAP Barcelona 828/2001, 8-11, en el que ya no se entró a valorar la aplicación del delito publicitario por no estar vigente en el momento de los hechos. Se trataba de una *empresa de venta de vehículos* que en su publicidad prometía, a los adquirentes potenciales de sus automóviles, unos importantes beneficios trabajando como transportistas. Cuando algún interesado acudía a la sede de la empresa, ya constataba que allí simplemente se vendían vehículos, y que los vendedores únicamente ponían en contacto a los compradores con empresas para las que sí podían trabajar como transportistas. De este modo, ya no se podría verificar aquí el elemento típico de aptitud, puesto que ese necesario contacto previo a la celebración del contrato, impedía que cualquier persona adquiriese un vehículo únicamente con base en la información parcial vertida en el mensaje publicitario<sup>27</sup>.

Caso contrario sería el enjuiciado por la SAP Barcelona 21-7-2004, confirmada por la STS 457/2006, 21-3, también en relación con una *empresa de venta de vehículos* que falsamente anunciaba que asimismo era una empresa de transporte: en este caso, cuando los interesados acudían a la sede de la empresa, sus titulares ofrecían al comprador del vehículo un contrato como transportista, ocultando que solo podían ofrecer contactos con auténticas empresas de transporte. En este caso concreto sí podría reconocerse la aptitud del mensaje falso para perjudicar a los consumidores<sup>28</sup>, puesto que la empresa publicaba anuncios en los que ofrecía trabajo directamente, y en los contactos con los interesados seguía ofreciendo trabajo y remuneración, lo cual incluso se firmaba en el contrato, que finalmente no podía ser cumplido. En cualquier caso, ni siquiera sería necesario descender a esta comprobación posterior para afir-

---

27 Vid. PUENTE ABA, "Comentario", pp. 319-320. Esta sentencia también absolvió a los acusados del delito de estafa; como se deduce de los hechos expuestos, los perjuicios sufridos por algunos de los clientes no fueron debidos al engaño publicitario, sino a la mala fortuna en el ejercicio de su profesión como transportista (op. cit., pp. 308-310).

28 Si bien, como se verá más adelante, el Tribunal solo condenó por el delito de estafa, entendiendo que la publicidad fraudulenta quedaba absorbida en esta última figura delictiva; vid. infra 2.4.

mar la aptitud de la publicidad falsa para perjudicar económicamente a los consumidores. La incertidumbre e indeterminación del peligro para el patrimonio de los consumidores es lo que permite afirmar la presencia del elemento típico de aptitud lesiva; la publicidad sigue presentando aptitud para causar un perjuicio económico grave y manifiesto, ya que sería imaginable que el oferente, al entrar en contacto con cada consumidor, mantuviese las mismas afirmaciones falsas contenidas en la publicidad. De todos modos, como ya se ha dicho repetidas veces, todo dependerá del caso concreto, y habrá supuestos en que siempre van a existir entre el consumidor y el oferente unos contactos previos a la adquisición del bien o servicio, en los cuales se explicitan las verdaderas condiciones de la oferta publicitaria: en alguno de estos supuestos podría no constatarse el elemento de aptitud lesiva. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando en un primer mensaje publicitario encontremos alguna inveracidad pero, siempre con carácter previo a la adquisición del producto anunciado, se hacen llegar al consumidor más declaraciones publicitarias en las que se corrigen y aclaran las manifestaciones falsas vertidas en el primer mensaje<sup>29</sup>.

Por último, cabe citar en sentido contrario a todos los casos anteriores, el AAP Madrid 651/2012, 29-10. En este supuesto se trataba de determinar la aplicación del artículo 282 del Código Penal a la *publicidad de un crucero*, ya que el barco no hizo escala en uno de los lugares anunciados en la publicidad, sino en otro diferente. Si bien existía discordancia objetiva entre la realidad y lo manifestado en la publicidad, el Tribunal entendió, en ese supuesto concreto, que no se verificaba el elemento típico de aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto, puesto que el nuevo lugar de escala era de similar valor turístico al indicado en la publicidad.

#### **2.4. LA SITUACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO PUBLICITARIO Y EL DELITO DE ESTAFA**

Indudablemente, la problemática concursal que más frecuentemente puede plantearse en relación con el delito publicitario es su posible concurrencia con el delito de estafa. El fundamento que justifica la creación de este delito contra los intereses económicos de los consumidores es lograr la anticipación de las barreras de intervención penal, con el objetivo de evitar la aparición de múltiples lesiones patrimoniales. No obstante, lo cierto es que, examinando la práctica de nuestros Tribuna-

---

29 Vid. PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores*, cit., pp. 354 ss.

les, con carácter general se enjuicia la publicidad cuando ya existen individuos concretos que han sufrido un perjuicio en su patrimonio como consecuencia de ella, planteándose ya de entrada cómo solucionar el problema concursal que surge entre estas dos figuras delictivas.

Así, cuando algunas personas a las que ha llegado el mensaje publicitario han adquirido el bien o servicio falsamente anunciados, surge el siguiente interrogante: si se verifican todos los elementos de la estafa, ¿se aplica solamente el tipo penal de estafa (una o varias estafas, en función de los sujetos afectados), o cabe apreciar un concurso entre la/s estafa/s verificada/s y el delito publicitario?

La solución correcta implica apreciar un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas, ya que en esta situación hay dos bienes jurídicos afectados: el interés del colectivo global de consumidores en el mantenimiento de la veracidad publicitaria (como precisión de los intereses económicos genéricos de los consumidores) y el patrimonio individual de los concretos sujetos afectados; así, sólo con la aplicación de ambos delitos se sancionaría correctamente la vulneración de estos dos bienes jurídicos. Si solo se aplica el delito de estafa, castigando de este modo las lesiones patrimoniales individualizadas a cada consumidor concreto, no se recoge todo el desvalor del hecho: el mensaje publicitario falso, además de haber causado esos daños económicos concretos, supone asimismo un peligro para los patrimonios de todos los demás integrantes del colectivo de consumidores<sup>30</sup>.

No obstante, inicialmente este no era el razonamiento presente en las sentencias que trataban la aplicación de los delitos de publicidad falsa y de estafa.

Así, la STS 357/2004, 19-3 (*caso del vino de La Rioja*) se opuso a apreciar este concurso de delitos, contradiciendo la opinión favorable de la sentencia de instancia (SAP La Rioja 17/2003, 12-2). La Audiencia Provincial sí admitía la posibilidad de un concurso entre ambos delitos,

---

30 Vid. sobre la admisibilidad de esta situación concursal, generalmente reconocida en la doctrina, PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 419 ss., y bibliografía citada; vid. también DOPICO GÓMEZ - ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores”, cit., pp. 454-455; GALLEGO SOLER, J.I., “Algunas cuestiones político - criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona 2004, p. 233, nota 44; MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*, cit., pp. 175 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 322-323; MORALES PRATS, F., “Artículos 281-282”, cit., p. 309; PORTERO HENARES, *El delito publicitario*, cit., pp. 413-414; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, cit., pp. 491-492; SANTANA VEGA, D., “Artículos 281-283”, cit., pp. 986-987; SIERRA LÓPEZ, *Análisis jurídico - penal*, cit., p. 206.



si bien finalmente solo llegó a condenar por el delito de publicidad falsa porque no se llegó a acreditar la existencia de ningún perjudicado que fuera víctima de la posible estafa. El Tribunal Supremo revocó la decisión de la Audiencia Provincial, de tal modo que dictó condena por delito de estafa y absolvió a los acusados del delito publicitario. En primer lugar, la condena por estafa se fundamentó en que, a diferencia del Tribunal de instancia, el Tribunal Supremo sí apreció la existencia de personas que habían sufrido un perjuicio patrimonial, es decir, de víctimas de la estafa. Efectivamente no se llegó a identificar a ningún consumidor que hubiera adquirido el producto y que por este motivo hubiese sufrido un perjuicio en su patrimonio, pero consideró que ya habían sido víctimas de engaño bastante los comerciantes que habían adquirido de los productores las botellas con etiquetado falso. Una vez admitida la comisión del delito de estafa, el Tribunal Supremo rechazó la aplicación del delito publicitario, argumentando que este último delito queda consumido en la conducta constitutiva de estafa.

La SAP Barcelona 21-7-2004, confirmada por la STS 457/2006, 21-3, también se pronunció a favor de la absorción del delito publicitario por parte del delito de estafa. Como ya se ha visto, este supuesto se refería a una *empresa de venta de vehículos* que falsamente anunciaba que era también una empresa de transporte: en este caso, cuando los interesados acudían a la sede de la empresa, sus titulares ofrecían al comprador del vehículo un contrato como transportista, ocultando que solo podían ofrecer contactos con auténticas empresas de transporte.

Sin embargo, en resoluciones posteriores los Tribunales comenzaron a admitir esta concurrencia y aplicabilidad conjunta del delito publicitario y la estafa. Como se ha indicado, ya la SAP La Rioja 17/2003, 12-2 (*caso del vino de La Rioja*, aunque fue posteriormente revocada por el Tribunal Supremo), admitía esta situación concursal, si bien solo condenó por el delito del artículo 282 del Código Penal porque no acreditó la existencia de perjudicados a efectos del delito de estafa.

Otra resolución que se pronuncia sobre esta cuestión es la SAP Barcelona 115/2012, 9-2, relativa a *ofertas de cursos de formación*. Se manifestaba en los Hechos probados que “la sociedad Alaball i Associats S.L, publicitaba en Internet a través de los portales Infojobs, laboris.net anuntis, así como en folletos y en prensa, formación técnica informática y selección, concretamente formación como técnico de mantenimiento y administración NT y W 2000 electrónica de red 3com, ofreciendo una remuneración mínima de 130.000 pesetas y máxima de 150.000 pesetas.

Asimismo, publicitaba formación técnica informática y selección como técnico instalador RDSI, anunciando que previa formación con un coste de 350.000 pesetas se producía la incorporación a una multinacional española, ofreciendo una remuneración mínima de 80.000 pesetas y máxima de 450.000 pesetas. Igualmente, publicitaba formación técnica informática y selección como técnico Hardware, anunciando que previa formación con un coste de 350.000 pesetas se producía la incorporación a una empresa nacional, ofreciendo una remuneración mínima de 120.000 pesetas y máxima de 300.000 pesetas. De igual forma se anunciaba que el coste del curso lo financiaba el Banco Popular. A la vista de dicha publicidad y de la oferta de un empleo, varias personas se matricularon en el curso abonando su precio”.

El Tribunal absolvió a la acusada por no quedar probada su participación en los hechos, mientras que el otro acusado se encontraba en situación de rebeldía procesal. En cualquier caso, la sentencia entra a analizar la aplicación al caso concreto de los delitos de publicidad falsa y de estafa, afirmando lo siguiente: “Los hechos probados son constitutivos de un delito de estafa [...], en concurso medial con un delito de publicidad engañosa previsto y penado en el artículo 282 de dicho texto legal [...]. La subsunción en el delito de estafa no plantea problemas ya que se ha acreditado que la empresa administrada por la acusada, con el único ánimo de obtener un beneficio patrimonial, anunciaba la prestación de unos servicios a sabiendas que no iba a cumplirlos, obteniendo de este modo, importantes cantidades de dinero, que se cuantifican en 48.000 euros aproximadamente, tratándose por la cuantía de una estafa agravada del artículo 249 y aprovechándose para su realización de la credibilidad profesional que proporciona la condición de empresa inscrita en el Registro Mercantil, aumentando con ello la posibilidad del engaño a los perjudicados. Respecto al delito de publicidad engañosa, el artículo 282 del Código Penal castiga a los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. El Tribunal Supremo establece al respecto que ‘el legislador se sitúa en la modalidad de un delito de peligro que se consuma por la utilización y puesta en el mercado de la oferta pública engañosa sin que sea necesario un resultado concreto. El legislador, consciente de esta postura, hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría una posible defraudación o estafa cuando las consecuencias

perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio'. Considera al consumidor típico como el consumidor medio que es aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta sus factores sociales, culturales y lingüísticos, lo que sucedería en este caso dada la especificidad de la oferta. Asimismo se señala que la publicidad debe mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Siendo los indicadores de la posible existencia de una publicidad engañosa muy variables y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. En el caso que nos ocupa, la publicidad ofertada por la empresa A. Alaball i Associats S.L, marca comercial SQM Training, publicitaba en Internet a través del portal laboris.net, formación técnica informática y selección. Formación como técnico de mantenimiento y administración NT y W 2000 electrónica de red 3com, ofreciendo expresamente una remuneración mínima de 130.000 pesetas y máxima de 150.000 pesetas. Asimismo, en el mismo portal publicitaba formación técnica informática y selección como técnico instalador RDSI, anunciando expresamente que previa formación con un coste de 350.000 pesetas se producía la incorporación a una multinacional española, ofreciendo expresamente una remuneración mínima de 80.000 pesetas y máxima de 450.000 pesetas. Igualmente, en el mismo portal publicitaba formación técnica informática y selección como técnico Hardware, anunciando expresamente que previa formación con un coste de 350.000 pesetas se producía la incorporación a una empresa nacional, ofreciendo expresamente una remuneración mínima de 120.000 pesetas y máxima de 300.000 pesetas.

Por lo que se oferta un curso de formación adquiriendo expresamente el compromiso de proporcionar a los consumidores de dicho curso un empleo, siendo relevante por tanto el alcance del compromiso que se adquiere. De este modo, se crearon falsas expectativas en los perjudicados, consiguiendo captar a varios alumnos que abonaron el coste del curso para conseguir el empleo ofrecido, siendo que ni se llegaron a impartir los cursos de formación al no contar con los medios para ello, ni profesorado cualificado, ni material ni instalaciones, y ni se llegó por tanto a proporcionar empleo al no existir acuerdo alguno con ninguna empresa del sector informático o electrónico. Por lo que la única conclusión es que se publicitaron unos servicios que no se correspondían en

nada con la realidad, siendo por tanto la información falaz lo que indujo a la contratación por los alumnos del curso, encontrándonos por tanto ante una publicidad engañosa”.

También hay que citar las manifestaciones de la SJP nº 18 Madrid 268/2014 y la SAP Madrid 619/2015, 22-6 (*caso Bio Bac*), si bien solo se llega a condenar por el delito del artículo 282 del Código Penal por no llegar a acreditarse la existencia de perjudicados concretos. Según la Audiencia Provincial, “tiene que tenerse en cuenta que este delito, no obstante, es posible admitirlo en concurso con un delito de estafa, cuando el consumidor concreto, además del perjuicio en abstracto o peligro, sufre un perjuicio patrimonial efectivo, lo que supone que estando más restringido el bien jurídico a proteger en el delito de estafa, por estar constituido por el patrimonio concreto del consumidor, es posible admitir un concurso entre ambos tipos de infracciones penales, en muchos casos medial cuando el publicitario sirva de medio para perjudicar materialmente a algunos consumidores, individualmente determinados. Esta posibilidad de concurso, por otra parte, también aboga favor de la postura de la solución adoptada en esta sentencia de no apreciar el delito de estafa y, en su lugar, entender que concurre un delito de publicidad fraudulenta del artículo 282, ya que no puede olvidarse, según se ha expuesto, que el delito de estafa se aprecia cuando se acredite la causación de un concreto perjuicio individual a un consumidor a resolver. En el delito de estafa tanto el perjuicio, como los sujetos pasivos, están perfectamente delimitados, de modo que, aun a pesar de la afinidad y paralelismo entre ambos delitos, estafa y publicidad fraudulenta, tiene apreciarse la posibilidad de concurso de delitos, generalmente medial, entre ambos delitos, cuando el mensaje publicitario ha perjudicado materialmente a algunos consumidores, es decir, cuando en el consumidor individualmente considerado se produce un perjuicio patrimonial efectivo. Tiene que tenerse en cuenta que el engaño en el delito de estafa, dada su estructura, tiene mayor capacidad de determinación sobre la voluntad del sujeto pasivo, con independencia de que esa capacidad de viciar la voluntad se haga o no realidad, mientras que en el delito de publicidad fraudulenta el engaño no tiene que llegar a ser la única razón que motive al consumo del producto, bastando con que concurra falsamente como una cualidad que hace más atractivo el producto de cara al consumidor. A pesar de ello, resulta difícil determinar cuando la conducta engañosa es idónea y suficiente en relación con el delito de publicidad fraudulenta, sin llegar a constituir maniobra torticera adecuada al delito de estafa, pues en ambos ilícitos se Precisa de engaño

idóneo para causar error. Por tal motivo, para diferenciar ambos supuestos, es necesario verificar en cada situación concreta, si el contacto entre la alegación falsa y el patrimonio o la libertad de disposición económica de los consumidores puede originar por sí mismo, sin concurrencia de otros factores, un peligro concreto para el bien jurídico. De ahí que cuando a causa del engaño se origina un perjuicio patrimonial efectivo en el consumidor individualizado, la conducta constituye un delito de estafa, a apreciar en concurso con el de publicidad engañosa. Precisamente esta realidad, conectada con el bien jurídico protegido en ambos delitos, publicidad y estafa, permite distinguir entre ambas infracciones penales, si la anterior consideración no es suficiente. Partiendo de la incardinación del artículo 282 en la Sección Tercera (delitos relativos al Mercado y a los consumidores), del Capítulo XI, del Título XIII, Libro II (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico), tiene que concluirse, como se ha indicado con anterioridad, en el sentido de que el bien jurídico genérico está constituido por el patrimonio o, incluso, la libertad de disposición económica, como bien jurídico individual, que se pone en peligro, cuyo contenido concreto, puesto en peligro con el comportamiento descrito en el artículo 282, constituye el bien jurídico protegido específico, identificado con el interés difuso del grupo colectivo de consumidores, concebido como un aspecto particular del orden global del mercado, a preservar en tanto en cuanto van ineludiblemente referidos a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizable, como son el patrimonio o la libertad de disposición de las personas. En conclusión, el delito concurrente, constituido por los hechos declarados probados, es el de publicidad fraudulenta, previsto y penado en el artículo 282 del Código Penal, entendido como delito independiente dentro de las infracciones contra el patrimonio y el orden socioeconómico, aunque no tutela un bien jurídico distinto o diverso, sino referido a otro individual, como el patrimonio o la libertad de disposición de los consumidores.

En el presente caso, no obstante, tampoco puede apreciarse el delito de estafa, pues en los hechos relatados por las acusaciones no se incluyó ningún supuesto concreto de usuarios o consumidores identificados que adquiriesen productos con el consiguiente perjuicio para su patrimonio, motivados por aquella maquinación fraudulenta característica de la estafa. En este sentido, tiene que tenerse presente que resulta indispensable que en la calificación de la acusación se recojan los hechos o extremos fácticos que integren el sustrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal a apreciar por el Tribunal, como se ha

venido señalando con anterioridad, así se desprende de la citada doctrina jurisprudencial (también de las sentencias de 9-10-92, 15-6-93, 17-10-94 y 3-11-95). El delito de publicidad fraudulenta de referencia tampoco se aprecia como continuado en atención, también, a las características expuestas al tratar anteriormente sobre la continuidad en el delito de utilización fraudulenta de denominación de origen, perfectamente aplicables en el presente supuesto, se trata de actuación global de los acusados que, en ningún caso, puede entenderse que esté formada por una pluralidad de acciones que individualmente lleguen a constituir delitos independientes. En el delito de publicidad fraudulenta, se recoge la falsedad, de modo que dentro del mismo se castiga esa falsedad implícita, constituida por los actos concluyentes cargados de sentido convencional con el que se pretende, con fines comerciales, hacer creer algo que no corresponde a la verdad, como sucedió en el presente supuesto, al utilizar las contraetiquetas y precintas simuladas del Consejo Regulador, con el fin de comercializar un producto con unas características que realmente no tenía. Por último, tiene que indicarse que los delitos de utilización indebida de denominación de origen del artículo 275 y de publicidad fraudulenta del artículo 282 del Código Penal, concurren en concurso ideal medial conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal, pues el primero de ellos sirve como medio necesario para cometer el otro: concurso medial o instrumental o teleológico de delitos. Se da unidad de impulso criminal del fin perseguido por los agentes, de modo que una individualidad delictiva sirve de medio fáctico necesario de comisión del otro, por lo que ambas conductas delictivas están ligadas por una relación de medio a fin. Concorre, por lo tanto, este concurso ideal medial de delitos, que realmente constituye un concurso real, aunque equiparado al ideal puro por la conexión teleológico de los dos delitos, al ofrecer uno como medio necesario para la comisión del otro, dando lugar a la aplicación del tratamiento punitivo del sistema propio del concurso ideal<sup>7</sup>.

En cualquier caso, debe tenerse presente que ambas figuras delictivas no tienen por qué concurrir de forma conjunta en todos los casos; habrá que comprobar cuidadosamente si se verifican todos sus elementos típicos. Este sería el caso enjuiciado en la SAP Granada 383/2002 (*caso de la Escuela de turismo*), en el que se condenó a los acusados por delito publicitario y se les absolvió de un delito de estafa. El Tribunal entendió que se verificaba aquí un delito publicitario porque había datos falsos en la publicidad (la escuela de turismo no tenía firmado ningún convenio con ninguna Universidad), y este

mensaje se juzgó idóneo para causar un grave perjuicio a los consumidores. En cambio, se entendió que las posibles responsabilidades de cara a los alumnos matriculados en la escuela sólo eran de carácter civil, puesto que el “engaño bastante” propio de la estafa, que presupone la existencia de unas maniobras engañosas de especial significación, no se consideró acreditado principalmente con base en la escasa credibilidad de los alumnos afectados, que manifestaban no saber o recordar nada sobre el controvertido proceso de homologación. Analizando con profundidad este supuesto, puede afirmarse que no cabía apreciar el delito de estafa porque el resultado de daño patrimonial no podía imputarse objetivamente a la conducta de falsedad: al emitir la publicidad falsa no era objetivamente previsible que de ella desembocara un daño económico, puesto que (según se indica en los hechos probados) en ese momento nada hacía sospechar la frustración repentina del proceso de homologación. Ello no es óbice para la apreciación del delito publicitario, ya que puede imputarse su ejecución a título de dolo eventual: sus autores eran conscientes de la peligrosidad de su conducta (en el momento en que anunciaban su oferta sabían que su mensaje no se adecuaba a la realidad), si bien debido al desconocimiento de una circunstancia futura (la frustración del proceso de homologación), no eran plenamente conscientes de la posibilidad del peligro para los intereses de los consumidores<sup>31</sup>.

Una solución semejante recibió un supuesto de hecho que, si bien presentaba algunas similitudes con el anterior, asimismo contaba con ciertas particularidades que lo hacían merecedor de una respuesta distinta (STS 113/2004, 5-2). Se trataba de un caso de *publicidad de una academia*, que al ofertar un curso de formación jurídica para la Oficina de Armonización del Mercado Interior lo hacía afirmando expresamente “oposiciones para la Unión Europea” o “trabaja para la Unión Europea”. Los mismos argumentos que en el caso anterior sirven para afirmar la existencia del delito publicitario; de hecho, la STS 113/2004 así lo consideraba, si bien no pudo condenar por esta infracción debido a cuestiones procesales. En cambio, la diferencia con el caso anterior se halla en la posibilidad de apreciar el delito de estafa. El Tribunal Supremo absolvió al condenado en la sentencia de instancia por este delito, entendiendo que los anunciantes solo reconocían la futura convocatoria de oposicio-

---

31 Vid. sobre esta sentencia PUENTE ABA, L.M., “Comentario”, cit., pp. 300 y ss. Vid. sobre la admisibilidad del dolo eventual en este delito PUENTE ABA, L.M., *Delitos*, cit., pp. 373-374.

nes para la Unión Europea, cuestión que por otra parte podría haber sido fácilmente comprobable por quienes se matriculaban en la academia. Sin embargo, la lectura de los hechos probados no concuerda con la primera de las argumentaciones del Tribunal: cierto es que la publicidad afirmaba que la convocatoria sería en el futuro, pero se partía de la existencia de tales oposiciones, afirmación esta que sin duda es falsa, sobre todo si tenemos en cuenta que también se declara como probado que la citada Oficina de Armonización del Mercado Interior nunca había convocado oposiciones para proveerse de personal. Cuestión distinta es la posibilidad de negar la concurrencia del delito de estafa con base en la ausencia de los mínimos deberes de autoprotección de la víctima<sup>32</sup>; en cualquier caso, sería discutible en este supuesto la exigencia de esta especial diligencia, ya que tampoco cabe considerar negligente la confianza en una academia de preparación de oposiciones.

Finalmente, también admite la posibilidad de concurso entre ambos delitos la SAP A Coruña 14/2008, 17-3. En este caso, la Audiencia aplicó el artículo 282 del Código Penal y el delito de estafa en relación con la *publicidad de una urbanización* que se anunciaba con distintos servicios que ni siquiera se pensaba construir (zonas de jardín, piscina y juegos infantiles). Sin embargo, la STS 522/2009, 14-5, anuló la condena por delito publicitario; indicó que “toda vez que, aunque esta infracción [el delito publicitario] ha de ser considerada, en principio, compatible con la estafa, es lo cierto que, en supuestos como el presente, en el que nada se nos dice respecto del alcance público de los anuncios aludidos y formando éstos parte esencial, precisamente, de la trama dirigida al engaño de los dos perjudicados por el fraude, constituiría, como sostiene el recurrente, una vulneración del principio “non bis in idem” sancionar como infracción independiente ese concreto extremo que tan determinante ha sido utilizado para integrar la figura delictiva de la estafa”. No obstante, la propia sentencia de instancia afirmaba que la publicidad estaba contenida en unos carteles expuestos en el propio lugar donde se construía la urbanización, y visibles desde la carretera, esto es, totalmente accesibles al público; por consiguiente, sí que cabe afirmar al menos, como punto de partida, el alcance indeterminado y generalizado del mensaje, que podría calificarse como publicitario y desde luego ser apto para dar lugar a la aplicación del artículo 282 del Código Penal, de verificarse todos sus requisitos.

---

32 Así lo pone de relieve PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 282.



### 3. EL DELITO DE FALSEDAD EN LA INVERSIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES (ARTÍCULO 282 BIS DEL CÓDIGO PENAL)

El artículo 282 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, 22-6, sanciona a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, que falseen la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores; el tipo penal exige que tal conducta se lleve a cabo con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio.

Con la introducción de este precepto, el legislador pretendía tutelar los intereses económicos del colectivo de eventuales inversores en el mercado de valores<sup>33</sup>. No obstante, la concreta configuración típica de esta figura delictiva no se acomoda a este objetivo, puesto que realmente solo cabría hablar de riesgo para tales intereses si los documentos falseados indicados en el artículo 282 bis fueran objeto de publicación, y además se exigiera su idoneidad para causar un daño patrimonial a los potenciales inversores, es decir, si fueran aptos para incitar a una inversión desventajosa desde el punto de vista económico. Por el contrario, si atendemos a la redacción del artículo 282 bis del Código Penal<sup>34</sup>, se apre-

---

33 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 79 ss.; del mismo autor, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 344 ss.; PUENTE ABA, L.M., “El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión en los mercados de valores”, *Revista de Derecho penal y criminología de la UNED*, 3ª época, nº 7, 2012, pp. 53 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 452.

34 La redacción literal del art. 282 bis del Código penal es la siguiente: “Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

cia que solo se castiga la conducta de falsear determinados documentos por parte de los administradores de sociedades que operan en el mercado de valores. Desde esta perspectiva lo cierto es que resulta directamente tutelada la funcionalidad de tales documentos emitidos por la sociedad, ya que se lesionan las funciones de confianza y garantía inherentes a los documentos en cuestión<sup>35</sup>; a lo sumo, con carácter general resulta protegido el correcto funcionamiento del mercado de valores<sup>36</sup>. Ciertamente podría verse un riesgo lejano para los intereses de los inversores en el hecho de que el precepto se refiere a documentos “que la sociedad debe publicar y difundir [...] con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio”; sin embargo, sólo cabría reconocer un riesgo relevante cuando tales documentos son finalmente accesibles a quienes pueden efectuar la inversión, y además presentan aptitud para causar un perjuicio económico a los potenciales inversores.

Esta configuración legal no solo es discutible desde esta perspectiva del objetivo de tutela, sino que además va a plantear problemas de colisión con otros preceptos del Código Penal, destacadamente con el delito de falsedad en documentos sociales del artículo 290 del Código Penal, que sanciona a los administradores sociales, de hecho o de derecho, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, a alguno de sus socios, o a un tercero. (Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior).

Justamente estos dos preceptos son los que han ocupado a la primera sentencia condenatoria por este delito del artículo 282 bis del Código Penal: la SAN 28/2017, 17-10 (*caso CAM, Caja de Ahorros del Mediterráneo*), recientemente modificada, en algunos de sus extremos,

---

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses”.

35 Vid. FARALDO CABANA, P., “Artículos 282 bis-283”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2015, p. 1086; PUENTE ABA, L.M., “El artículo 282 bis del Código Penal”, cit., pp. 53-54.

36 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 348; SANTANA VEGA, D., “Artículos 281-283”, cit., pp. 987-988.

por la STS 369/2019, 22-7. Como manifiesta la sentencia en sus hechos probados, “determinados máximos gestores pertenecientes al Comité de Dirección de la primera entidad nombrada [CAM], desarrollaron actuaciones previas o coetáneas a la intervención de la entidad, que supusieron la alteración de su situación económica, contable y financiera, originando una ficción de normalidad y eficiencia de sus estados financieros, durante el ejercicio 2010 y primer semestre de 2011, que no se adecuaba a la realidad ni reflejaba la verdadera dimensión de la grave crisis por la que atravesaba la CAM”, e intervinieron “en la irregular elaboración de las cuentas anuales de 2010 y estados intermedios de 2011, que tuvieron como consecuencia el anormal reflejo de la situación jurídica y económica de la entidad, para aparentar una suposición de benignidad en un contexto de grave crisis económica y con ello para evitar su intervención por el Banco de España, que finalmente terminó produciéndose. [...] Los dos medios utilizados por dichos acusados para eludir el conocimiento del grave deterioro financiero que atravesaba la CAM y que contribuyó a su ruina, reiteramos que fueron las operaciones de titulización llevadas a efecto a lo largo del 2010, con directa repercusión en las cuentas del ejercicio 2010, y las irregularidades conscientemente efectuadas en la formulación de estados financieros intermedios del año 2011, concretamente los correspondientes al primer trimestre y al primer semestre”. Aquí destaca señalar especialmente la actuación desplegada por uno de los condenados, que “remitió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores determinada documentación contable, a efectos de información y publicación, que no reflejaba la realidad de la situación económica de la entidad y permitía la originación de confusión en los organismos reguladores y en los operadores financieros a los que se pretendía atraer”; tal información fue difundida posteriormente en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Esta sentencia condenó a todos los acusados como responsables de un delito de falsedad en documentos sociales del artículo 290 del Código Penal, y uno de ellos, además, fue también condenado por el delito del artículo 282 bis del Texto punitivo. El Tribunal, por lo tanto, parte de la aplicación cumulativa del “delito societario continuado de falsedad de cuentas tipificado en el artículo 290 del Código Penal” y el “delito de falsedad en la información a los inversores tipificado en el artículo 282 bis del Código Penal”. Ciertamente no habría obstáculo alguno a la estimación conjunta de ambos preceptos si realmente tal denominación se correspondiera exactamente con su objeto material, con su radio de acción;

sin embargo, tal y como la sentencia continúa explicitando, “en cuanto al objeto material del delito, éste consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Por lo que el falseamiento puede serlo de las “cuentas anuales” o de “otros documentos”. El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un “*numerus apertus*” en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado sopena de incurrir en el tipo del artículo 290 del Código Penal se encuentran, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado”.

Por consiguiente, a pesar de la referencia continua al delito como “falsedad en las cuentas”, es evidente que otro tipo de documentos pueden ser también objeto de la acción de falsear, y ciertamente pueden calificarse como documentos que reflejan la situación jurídica o económica de la entidad, “las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del Mercado de Valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros”; justamente esta última mención se corresponde con la definición del objeto material del artículo 282 bis del Código Penal.

En suma, puede apreciarse que se produce un importante solapamiento entre ambos preceptos, puesto que el objeto material del artículo 282 bis puede integrarse dentro del amplio objeto del artículo 290, y ambos comparten el núcleo de la conducta típica, falsear el documento. De este modo, si bien el artículo 282 bis se introdujo en el Código Penal con la finalidad de lograr la tutela de los inversores, este objetivo realmente solo podría ser conseguido mediante una adecuada reformulación de esta figura delictiva, que abarcase todas las conductas peligrosas para el patrimonio de los inversores y evitase el solapamiento

con otros tipos penales<sup>37</sup>. Fundamentalmente, se trataría de definir la conducta típica del artículo 282 bis como la publicación de datos falsos, siempre que tal falsedad fuera juzgada como objetivamente idónea para causar un grave perjuicio económico al colectivo de potenciales inversores. De este modo, sería admisible configurar este comportamiento delictivo como una figura específica o cualificada del delito publicitario del artículo 282 del Código Penal, atendiendo a la trascendencia económica del objeto material, que debe ser convenientemente especificado ante la posible duda de su inclusión en el concepto de publicidad (si bien no tendría por qué discutirse con respecto al folleto informativo, sí podría plantearse algún interrogante en relación con otro tipo de información que ha de publicarse periódicamente)<sup>38</sup>.

Si la conducta delictiva del artículo 282 bis se centrara en la publicación de los datos falsos, realmente la aplicación del artículo 290 del Código Penal absorbería el desvalor de la conducta falsaria, puesto que el artículo 290 castiga falsificar documentos de la sociedad de forma que se pueda causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero. De este modo, la posterior publicación de la información falsa sería una forma de colmar el elemento típico de aptitud, es decir, es una de las posibles maneras de que la falsedad despliegue una eficacia tal que pueda suponer un riesgo de provocar daños económicos, en este caso a

---

37 Como manifiesta FARALDO CABANA, P., “Artículos 282 bis-283”, cit., pp. 495-496, el artículo 282 bis no ha venido a cubrir ninguna laguna de punibilidad, puesto que las conductas que en él pueden integrarse ya podían ser sancionadas con arreglo al artículo 290 del Código Penal.

38 Es interesante tener en cuenta que en la propuesta de “Eurodelitos” elaborada por un equipo de investigación formado por penalistas de diversos países europeos, con la intención de ofrecer unas normas básicas de la parte general y la parte especial de Derecho penal, comunes para la Unión Europea, este comportamiento delictivo aparece integrado dentro del delito publicitario. Efectivamente, la redacción concreta de la propuesta de “eurodelito” de publicidad falsa es la siguiente: “1. Quien en las ofertas de productos o de servicios profesionales destinadas a un amplio número de personas realice indicaciones incorrectas que resulten esenciales para la celebración de un contrato y bastantes para inducir a error a un consumidor cuidadoso y razonable será castigado con... 2. Productos en el sentido del apartado anterior son también títulos valores y derechos de participación. Será igualmente sancionado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 quien oculte hechos esenciales en folletos u otros documentos escritos relativos a títulos o derechos de participación destinados a un gran número de personas”. Vid. TIEDEMANN, K. (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca 2004, p. 153.

terceros, los potenciales inversores<sup>39</sup>. Cuestión distinta, si se quiere sancionar de forma más grave la publicidad falsa en el ámbito del mercado de valores, sería configurar una agravación específica del artículo 290 cuando esta clase de falsedades fueran finalmente publicitadas.

Atendiendo a esta última propuesta, si son dos sujetos distintos quienes realizan la previa falsedad y la posterior publicación, cabría sancionar al primero según el artículo 290 y al segundo atendiendo al artículo 282 bis, siempre que se verificasen todos los elementos típicos. Sin embargo, tal precepto solo podría ser aplicable a aquellos sujetos que difunden la información falsa pero no han intervenido previamente en su elaboración, puesto que en este caso resultaría de aplicación únicamente el artículo 290 del Código penal, precepto que sanciona exactamente la falsedad de documentos sociales, siempre que sea idónea para causar perjuicios económicos; como ya se ha indicado, precisamente la publicación de tal información falsa sería una forma de entender que la falsedad es apta para causar un daño a terceros. Por consiguiente, para el caso de que el mismo sujeto falsificase y publicase la información, resultaría de aplicación únicamente el artículo 290, y lo más idóneo sería entonces crear aquí un tipo cualificado que contemplase los casos en que los documentos sociales falseados son los que constituyen el objeto material del artículo 282 bis y son objeto de difusión entre el público.

En cualquier caso, con la redacción actual (constituyendo la falsedad el núcleo de ambas conductas típicas), la situación de conflicto entre los artículos 282 bis y 290 del Código Penal ha de resolverse con la aplicación preferente del artículo 282 bis, que desplaza al artículo 290 en virtud del principio de alternatividad. Es este principio el que resulta de aplicación en este supuesto, desplazando al de especialidad, ya que el análisis de la situación concursal requiere tener en cuenta ambas estructuras típicas: si bien la conducta típica es coincidente en ambos (ejecución de una falsedad), en el artículo 290 del Código Penal se requiere un elemento de idoneidad objetiva (que la falsedad sea apta para causar un perjuicio), que no está previsto en el delito de falsedad en la inversión en el mercado de valores. Por consiguiente, si bien existe una relación de especialidad estrictamente entre los objetos materiales de estas figuras delictivas (puesto que los documentos a los que se refiere el art. 282 bis son más específicos que los contemplados en los otros dos tipos penales), no puede afirmarse lo mismo de las diversas conductas

---

39 Vid. sobre la relación concursal entre los arts. 282 y 290, PUENTE ABA, *Delitos económicos*, cit., pp. 433 ss.

típicas contenidas en estos preceptos. Como evidentemente el artículo 282 bis no consume la conducta incriminada en el artículo 290, y asimismo tampoco es ley subsidiaria con respecto a esta norma, la solución a este concurso normativo tendría que venir a través del principio de alternatividad, aplicando el precepto que prevea una sanción más grave, que en este caso es el artículo 282 bis del Código Penal<sup>40</sup>. Precisamente la citada STS 369/2019, 22-7, se plantea esta problemática relación concursal, y anula el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que condena al acusado conjuntamente por los delitos de los artículos 282 bis y 290 del Código Penal, aplicando únicamente el primero de los preceptos citados, si bien presentando los interrogantes sobre la real naturaleza de este conflicto concursal<sup>41</sup>.

---

40 Vid. sobre esto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 353; PUENTE ABA, L.M., “El artículo 282 bis del Código Penal”, cit., pp. 74 ss. Vid. en cambio NIETO MARTÍN, A., A., “Protección penal de la competencia y del mercado de valores”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 406, quien considera al artículo 282 bis ley especial frente al artículo 290; por su parte, SANTANA VEGA, D., “Artículos 281-283”, cit., p. 990, considera al artículo 290 precepto subsidiario con respecto al artículo 282 bis.

41 La sentencia del Tribunal Supremo manifiesta concretamente lo siguiente: “Además, si bien el delito previsto en el artículo 290 no exige una característica especial en la sociedad a la que pertenecen las cuentas o documentos falseados ni precisa de una específica finalidad, en el artículo 282 bis se requiere que la sociedad sea una de las que emiten valores negociados en los mercados de valores, y que quien falsea la información lo haga con la finalidad de obtener una aportación de capital. Por lo tanto, la conducta tipificada en el artículo 290 es más amplia que la descrita en el artículo 282 bis, siendo esta, por ello, de mayor especialidad. Ha de señalarse, no obstante, que en la definición típica no concurren en el delito más especial todos los elementos del delito más general, pues en el caso del artículo 282 bis no se exige que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio. [...] En la doctrina existen distintas posiciones, algunas de las cuales se inclinan por aplicar el principio de especialidad, aun reconociendo que, dada la definición típica, es posible que en muchos casos no todos los elementos del delito más amplio o general aparezcan en el que presenta mayor grado de especialidad. Otros autores, por esas razones se inclinan por aplicar el principio de alternatividad. En cualquier caso, cuando ambos preceptos fueran aplicables al concurrir todos los requisitos de ambos delitos, resultaría de aplicación el artículo 282 bis, más especial en cuanto que se refiere a entidades emisoras de valores, lo que no se exige en el artículo 290, con mayor concreción respecto del objeto material. O, en un segundo aspecto, prescindiendo de la especialidad y atendiendo al principio de alternatividad, castigando con mayor pena que el artículo 290 CP. En cualquier supuesto, resultaría de aplicación el artículo 282 bis”.

## **4. EL DELITO DE FACTURACIÓN ILÍCITA (ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO PENAL)**

### **4.1. LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE FACTURACIÓN ILÍCITA**

El artículo 283 del Código Penal castiga a “los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos”. Se configura así una peculiar figura en relación con la protección de los intereses económicos de los consumidores, puesto que su operatividad se restringe a los productos y servicios cuyo coste sea medido por aparatos automáticos; como a continuación se verá, ello implica que este precepto tiene un ámbito de aplicación muy delimitado<sup>42</sup>.

El objeto material del delito de facturación ilícita está constituido por los “productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos”. Así, constituyen objeto material de este delito toda clase de aparatos contadores que miden el volumen de sustancias o energías como el agua, la electricidad, el gas o la gasolina; las máquinas calculadoras de pesos, superficies o cantidades; y, en fin, cualquier aparato medidor que se confeccione para calcular el coste de productos o servicios: los contadores de teléfono, el servicio de acceso a una base de datos vía “modem”, las máquinas expendedoras de bebidas, tabaco o cualesquiera otros productos, las fotocopiadoras o reproductoras de CD que funcionan con monedas, etc.<sup>43</sup>. Los principales supuestos que han llegado a los tribunales están relacionados curiosamente con el ámbito del transporte: surtidores de combustible en estaciones de servicio (el caso de las gasolineras Villanueva, SAN 14-4-2005), contadores de camiones distribuidores de combustible (STS 2520/2001, 31-12, en relación con la alteración de los contadores de los camiones de una empresa distribuidora de gasóleo), y taxímetros (SAP Madrid 248/2009, 22-4, sobre el caso de un taxímetro alterado para cobrar mayores tarifas).

---

42 Vid. en general sobre esta figura delictiva MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 324 ss., y bibliografía citada; PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 89 ss.

43 Vid. sobre estas cuestiones MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., pp. 326-327.



Estamos aquí ante un delito compuesto por dos actos: la previa alteración de aparatos automáticos, y la efectiva facturación de cantidades superiores. Si ya el objeto material de este delito se configuraba de manera notablemente restrictiva, asimismo la conducta típica aparece estrictamente delimitada, ya que solo se integrarán en el tipo penal los comportamientos que impliquen la realización de los dos actos citados: alterar los aparatos y facturar las cantidades superiores.

En primer lugar, se exige que el autor del delito efectúe una previa alteración de los aparatos automáticos que miden el costo o precio de los bienes o servicios. Este particular “modus operandi” restringe ciertamente el ámbito de aplicación de la norma. En cualquier caso, con respecto a esta conducta manipuladora, ha de señalarse que no se exige que la alteración del aparato sea uniforme y constante para todas las operaciones comerciales realizadas.

Esta puntualización es necesaria ya que la SAP Barcelona 10-1-2000 excluyó la apreciación del delito de facturación ilícita en los hechos enjuiciados debido a que la manipulación de los aparatos no se realizaba siempre, y ni siquiera en igual forma. En el caso enjuiciado, el administrador y el conductor de una empresa dedicada a la venta de gasóleo a domicilio alteraron los contadores de combustible situados en los camiones repartidores del gasóleo, de modo que, cuando se servía la mercancía a cada cliente, la máquina medidora del precio marcaba una cantidad de combustible superior a la realmente suministrada al consumidor, facturándosele un precio mayor que el debido. En su Fundamento jurídico 3º, el Tribunal manifestaba que era inaplicable a los hechos el artículo 283 del Código Penal (aplicación solicitada por el Ministerio Fiscal) porque los defraudadores no mantenían constante la manipulación del contador: se alteraban los relojes de medición en mayor o menor medida según el grado de atención y diligencia de los clientes, y si encontraban a algún comprador que fuese especialmente prevenido y desconfiado, no procedían a alterar el contador; ante esta situación, el Tribunal afirma que el ánimo de perjudicar sólo iba dirigido hacia personas individualizadas, sin que existiese el deseo de perjudicar los intereses generales del colectivo de consumidores.

Sin embargo, no hay argumentos que permitan sostener esta apreciación del Tribunal. En primer lugar, la redacción típica del artículo 283 no exige en ningún momento que la manipulación de los aparatos sea absolutamente uniforme y que el aparato se halle así alterado en todos los casos en que un consumidor obtiene el bien o servicio facilitado. Lo

que se requiere para verificar este delito es la afectación de los intereses económicos del colectivo de consumidores, como bien dice el Tribunal, y esta afectación sí se produce en el caso enjuiciado ya que la maniobra fraudulenta no se dirigía a uno o varios clientes concretos de la empresa, sino que afectaba, en mayor o menor medida, a todos los potenciales consumidores de gasóleo. Cuestión distinta sería si la manipulación sólo se hubiese producido en unas cuantas ocasiones aisladas, ya que en este caso no habría afectación global de los consumidores; así, teniendo en cuenta que la tónica general de la actuación del administrador y el conductor de la empresa era la defraudación del mayor número de compradores posible mediante la manipulación del contador, puede afirmarse que se verifica en todos sus extremos el delito del artículo 283 del Código Penal.

En este punto se puede mencionar también el conocido caso del “fraude de las gasolineras”, que fue detectado a principios de 1998 en numerosas gasolineras españolas, ante lo cual la Fiscalía presentó ante el Juzgado de Instrucción nº 45 de Madrid una querrela por presunta comisión del delito tipificado en el artículo 283 del Código Penal y asimismo de una serie de estafas (lo cual motivó la condena de la SAN 14-4-2005). Esta querrela se fundamentó en el descubrimiento de un medio de manipulación de los surtidores basado en la alteración de la cantidad de combustible: el sistema fraudulento situado dentro del surtidor, y que podía ser accionado por un interruptor desde un lugar discreto de la gasolinera, afectaba al cable que une el medidor de la gasolina con el contador que está a la vista del público; dicho cable se manipulaba de modo que, en vez de transmitir 100 impulsos por litro, transmitiese por ejemplo 105, de forma que la cantidad reflejada en el contador fuese un 5% superior a la efectivamente suministrada. En este caso el Ministerio Fiscal formuló acusación por el delito de facturación ilícita a pesar de que había alguna ocasión aislada en que el mecanismo fraudulento era desactivado: concretamente, cuando la Administración realizaba una inspección rutinaria o cuando algún cliente sospechaba de la existencia de algún artificio en el contador<sup>44</sup>.

La segunda actuación constitutiva de la conducta típica del artículo 283 es la facturación de cantidades superiores por los productos o servicios. Si ya era criticable la excesiva restricción del tipo derivada de la concreción del objeto material y del requisito de previa manipulación de aparatos automáticos, aún se acota el tipo en mayor medida al exigir, más

---

44 Vid al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 334; PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores*, cit., pp. 99-100.

allá del simple ofrecimiento en el mercado de los bienes o servicios, una “facturación” efectiva, es decir, llegar a extender la factura por escrito. Ya de principio, esta exigencia típica no encaja con la naturaleza socioeconómica del delito que estamos considerando, porque se acerca así a los delitos de naturaleza estrictamente patrimonial: al ser necesaria la elaboración de una factura concreta, se está individualizando el sujeto pasivo, y se olvida que este tipo pretende proteger al colectivo de consumidores, no al patrimonio de uno o varios consumidores individuales.

En un principio parece que el precepto se refiere a los casos en que se manipula el aparato para que exija una suma de dinero superior a la que corresponde a la cantidad real del producto; sin embargo, también se realiza el tipo en supuestos en que se actúa fraudulentamente sobre la cantidad del bien ofrecido. Este último supuesto se produciría en el caso de aparatos que exigen el pago previamente, si se ha manipulado la máquina para que expela una cantidad de producto menor de la que corresponde al dinero pagado (v.gr. máquinas expendedoras de productos alimenticios); y también en los supuestos en que, aunque el consumidor pague tras recibir el producto o servicio, se ha producido previamente una alteración en la cantidad difícilmente detectable por el sujeto adquirente (v.gr. introduciendo en el depósito de gasolina de un vehículo una cantidad de combustible menor de la que efectivamente paga el consumidor): precisamente este último ejemplo es el que se ha verificado en ya citado caso del “fraude de las gasolineras”.

Finalmente, el artículo 283 del Código Penal exige que este comportamiento se lleve a cabo “en perjuicio del consumidor”. Lo más adecuado sería interpretar que tal expresión se refiere a la exigencia de que la conducta comporte idoneidad lesiva para el patrimonio o la libertad de disposición económica del grupo colectivo de consumidores; es decir, exigir una lesividad objetiva de la conducta considerada “ex ante”. Sin embargo, en realidad la cláusula así entendida es superflua, porque tal idoneidad lesiva viene englobada en la acción de facturar, que supone ya un peligro concreto para los intereses económicos de los consumidores. Efectivamente, solo falta el hipotético pago del consumidor para estar ante un delito de lesión, sin que entre el peligro posible y el daño efectivo haya otra conducta intermedia que determine la existencia de un peligro concreto; o aún peor, en los casos en que la máquina exige el previo pago ya se produce inmediatamente al menos una lesión patrimonial.

En suma, no cabe añadir más cuestiones relevantes en relación con la aplicación jurisprudencial de este delito ya que, dada su restrictiva

configuración, solo va a abarcar aquellos fraudes relacionados con el precio y con la cantidad de un producto o servicio, exigiéndose además una previa alteración de un aparato automático que mide su coste. Así, para que resulte de aplicación este tipo penal el aparato se puede manipular para que exija un precio superior al debido por aquello que se entrega, o inversamente se puede mantener el precio pero provocar que la máquina sólo permita la entrega de una cantidad menor del bien o servicio. Obsérvese que los principales casos que han tratado los Tribunales españoles constituyen precisamente una manipulación de aparatos medidores de combustible, de modo que se entregaba al consumidor una cantidad inferior a la que realmente pagaba.

Ciertamente se lograría un mayor radio de protección de los intereses económicos de los consumidores si la conducta típica del artículo 283 consistiera simplemente en un ofrecimiento o introducción masiva en el mercado de productos o servicios cuya esencia, cantidad o calidad es diferente de la que aparece al público: básicamente, renunciar al requisito de que los bienes o servicios se facturen mediante aparatos automáticos, y asimismo prescindir de la exigencia de una facturación, sustituyéndola por la introducción masiva del bien o servicio en el mercado. De tal modo, este precepto abarcaría no solo los ya comprendidos fraudes en la cantidad de bienes y servicios, sino también defraudaciones relacionadas con otros extremos que son igualmente relevantes para los consumidores<sup>45</sup>.

En primer lugar, en relación con los fraudes en la cantidad, debe hacerse notar que si prescindimos de que el fraude sea a través de aparatos automáticos, podrían incluirse otras defraudaciones igualmente graves relacionadas con la cantidad de producto entregado, que pueden tener lugar en la venta de productos cuya cantidad o peso no se mide necesariamente con aparatos automáticos, sino de forma manual, o que vienen previamente envasados o empaquetados. Asimismo, eliminando la restricción que implica la previa alteración de los aparatos, tendrían cabida en este precepto los fraudes en la calidad, esencia o composición del producto o servicio.

En este orden de cosas, habría que tener clara la delimitación entre el delito del artículo 283 del Código Penal y el delito de publicidad falsa, sobre todo teniendo en cuenta que en esta última infracción se parte de un concepto muy amplio de publicidad, que abarca no solo

---

45 Vid. sobre esta propuesta de reforma PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores*, cit., pp. 104 ss.

la emitida por los medios de comunicación de masas, sino también los mensajes presentes en el propio etiquetado de un producto. Por ello, al proponer que el artículo 283 sancione la introducción masiva en el mercado de bienes o servicios “cuya esencia, cantidad o calidad es diferente de la que aparece al público”, debe dejarse claro que esta diferencia no puede resultar de una comparación entre el producto en sí y lo manifestado en su etiqueta o en cualquier mensaje escrito u oral que acompañe a la oferta al consumidor, ya que en tal caso se estaría cometiendo un delito de publicidad falsa.

En el artículo 283 se trataría de sancionar comportamientos en la línea de los ejemplos propuestos en los párrafos anteriores: fraudes en la esencia, cantidad o calidad del bien o servicio, que resulten no de una discordancia entre lo manifestado sobre el producto y lo que éste es en la realidad, sino de una divergencia entre la cantidad o calidad reales de la oferta y la apariencia con que tal oferta se hace presente al público. La falta de concordancia entre la realidad y la apariencia se hace patente, así, cuando el consumidor va a pagar un precio que no se corresponde con la cantidad de producto que realmente le es entregada, o cuando pretende adquirir bienes o servicios cuya composición, calidad o utilidades no resultan ser, por diversas causas, las esencial y naturalmente esperadas de un producto de tales características.

Finalmente, no hay que olvidar que, además de proceder a una redefinición de la conducta típica en este artículo 283 del Código Penal, continúa estando presente la necesidad de constatar en cada caso la gravedad de tales comportamientos, es decir, habría que comprobar si resultan objetivamente idóneos para causar perjuicios relevantes al colectivo de consumidores. Se trata de una cuestión que deberá comprobar el juez, guiado por los parámetros que a continuación se exponen como contornos configuradores del elemento típico de aptitud “en perjuicio del consumidor”. Para dotar de significado concreto a esta última exigencia típica, se pueden adoptar pautas semejantes a las ya expuestas para interpretar el requisito de idoneidad lesiva presente en el tipo penal de publicidad falsa<sup>46</sup>; podemos repetir aquí, por ejemplo, que se verificará esta aptitud lesiva cuando el bien o servicio está dirigido a un círculo muy amplio de consumidores, o es de uso muy frecuente, o tiene un precio bastante elevado, o hay una gran discordancia entre la utilidad real del bien y la esperada por los consumidores, etc.

---

46 Vid. supra 2.3.

## 4.2. LA SITUACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO DE FACTURACIÓN ILÍCITA Y EL DELITO DE ESTAFA

Al igual que ocurría con el delito de publicidad falsa, la naturaleza del artículo 283 del Código Penal como delito socioeconómico de consumo permite que se pueda dar una situación concursal con el delito de estafa, en aquellos casos en los que llega a producirse un efectivo perjuicio en el patrimonio individual de uno o varios consumidores<sup>47</sup>. Efectivamente, aquí nos encontramos con diversos objetos jurídicos de protección: el artículo 283 tutela los intereses difusos del colectivo de consumidores, mientras que con el tipo penal de estafa se protege el patrimonio individual de cada sujeto concreto, es decir, se trata de un delito de carácter patrimonial; el primero es un delito de peligro (se produce un resultado de peligro para el patrimonio y la libertad de disposición económica de todos y cada uno de los consumidores), mientras que la estafa es un delito de lesión (hay un resultado de daño material para el patrimonio individual de uno o varios sujetos concretos).

Conduce a cierta confusión el hecho de que el artículo 283 del Código Penal determine el momento consumativo justamente cuando se “facturen” cantidades superiores a las debidas; esto puede causar que, en algunos casos, la consumación del delito de facturación ilícita lleve aparejado un efectivo perjuicio patrimonial (v.gr. en las máquinas que exigen previo pago antes de expeler tabaco o bebidas). Sin embargo, esto no debe impedir la apreciación de un concurso de delitos con la estafa, ya que el núcleo del injusto del artículo 283 reside en la lesión del interés supraindividual difuso del colectivo de consumidores (o, en otras palabras, de la puesta en peligro del patrimonio y la libertad de disposición económica de los miembros de tal colectivo), y se apreciaría el delito de facturación ilícita aunque no se hubiera producido ningún perjuicio patrimonial.

Precisamente por todo lo que se acaba de decir no pueden considerarse correctas las manifestaciones del TS en su sentencia de 2520/2001, 31-12, sobre el ya mencionado caso del fraude en el camión de reparto de gasóleo. En el Fundamento jurídico 4º se afirmaba: “...si dicha alteración o manipulación se constituye como medio comisivo capaz de generar en-

---

47 Así lo admiten con carácter general DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores”, cit., p. 458; FARALDO CABANA, P., “Artículos 282 bis – 283”, cit., p. 509; MORALES PRATS, F., “Artículo 283”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2016, p. 321.

gaño bastante para producir un desplazamiento patrimonial en perjuicio de un tercero la figura aplicable sería la del delito de estafa, conclusión a la que correctamente llega la Sala de instancia. En realidad, teniendo en cuenta los ingredientes fácticos necesarios para la aplicación de uno u otro precepto, se trata de un concurso aparente de normas penales que debe ser resuelto aplicando la regla 3ª del artículo 8 CP, principio de consunción, pues el delito de estafa cuando el engaño ha sido cometido mediante la manipulación de determinados aparatos automáticos debe absorber tal infracción, abarcando de esta forma la total significación antijurídica de los hechos. Pero es que también el principio de especialidad invocado nos llevaría a la misma conclusión, puesto que en este caso debe aplicarse el precepto que contenga mayor riqueza fáctica y si a la manipulación y facturación añadimos el perjuicio material como resultado de aquélla la estafa también debe prevalecer”.

## BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia 2000.

DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores (publicidad engañosa, facturación automática fraudulenta). Píraería de servicios de comunicación”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 447-468.

FARALDO CABANA, P., “Artículos 282 bis-283”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 495-510.

GALLEGO SOLER, J.I., “Algunas cuestiones político – criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona 2004.

GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 281”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 473-477.

MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*, Dykinson, Madrid 2016.

MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

MORALES GARCÍA, O., “Artículo 282 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 310-319.

MORALES PRATS, F., “Artículos 281-282”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 300-309.

MORALES PRATS, F., “Artículo 283”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 320-321.

MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Bosch, Barcelona 2001.

NIETO MARTÍN, A., “Protección penal de la competencia y del mercado de valores”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 367-414.

PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid 2004.

PORTERO HENARES, M., *El delito publicitario en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.



PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa (art. 282 del CP)”, *Revista de Derecho penal y criminología de la UNED*, 2ª época, nº 14, 2004, pp. 293-331.

PUENTE ABA, L.M., “El artículo 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión en los mercados de valores”, *Revista de Derecho penal y criminología de la UNED*, 3ª época, nº 7, 2012, pp. 51-80.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)”, *Actualidad Penal*, 1997-1.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Artículo 282”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 479-493.

SANTANA VEGA, D., “Artículos 281-283”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 981-992.

SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico – penal de la publicidad engañosa en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

TIEDEMANN, K. (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca 2004.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 427-468.

# A CABEÇA DE JANUS DA CORRUPÇÃO: DA AUTONOMIA INTENCIONAL DO ESTADO À CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL<sup>1</sup>

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO<sup>2</sup>

Muitas imagens literárias, artísticas ou mitológicas têm vindo a ser utilizadas para representar, de forma mais ou menos gráfica, a corrupção, os seus principais caracteres, as dificuldades centrais que suscita, em tantos domínios distintos. Também nós já recorremos a diversas dessas figuras, numa tentativa – certamente frustrada – de colorir um pouco o que vamos dizendo. De Cícero a Gil Vicente, da Hidra de Lerna aos demais trabalhos de Hércules, o que em todas essas ocasiões pretendemos mostrar, se bem que com matizes diferenciados, foi quer a complexidade da matéria em causa, quer a perenidade do problema<sup>3</sup>.

- 1 O texto que agora se publica foi a base da nossa intervenção oral no V Seminário Internacional *Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis* do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, realizada a 21 de outubro de 2020. Já antes disso nos havíamos debruçado sobre o tema, em distintos momentos, pelo que as reflexões que aqui fazemos podem igualmente ser encontradas em “A cabeça de Janus da corrupção: da autonomia intencional do Estado à criminalidade organizada transnacional”, in *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti II*. Coimbra: Almedina, 2020 (no prelo).
- 2 Doutora em Direito. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Investigadora Integrada do JUSGOV – *Research Centre for Justice and Governance*.
- 3 Cf., v.g., FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A corrupção e as corrupções: da compreensão do fenómeno à atuação sobre ele”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 243-259, ou “A Corrupção na Era Global: reflexão breve sobre o alcance e os limites da intervenção penal”, in *Direito na Lusofonia – Cultura, direitos humanos e globalização*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 161-170, trabalhos que, em diversos momentos, seguimos aqui de perto. Ver, igualmente, MÁRIO

Não é exatamente isso que hoje desejamos enfatizar – muito embora, como é óbvio, assentemos nesses pressupostos e os reflitamos no nosso estudo. Na verdade, por obediência ao grande tema deste Seminário, pareceu-nos adequado lançar mão, desta vez, do deus romano Janus e da sua representação usualmente bicéfala, um rosto olhando para o passado e outro para o futuro, enquanto símbolo que nos parece feliz da transição, da mudança, da multidimensão de que todo o fenómeno humano é composto. Ideia, aliás, que é partilhada por outras culturas e filosofias e, nessa exata medida, suscetível de distintas representações. A cabeça de Janus, portanto, com (pelo menos) duas faces, pretende aqui servir de mote para uma reflexão em torno da corrupção e das suas numerosas vestes, sobretudo para discutir a sua evolução ao longo dos tempos e a importância que agora assume no âmbito da criminalidade organizada transnacional<sup>4</sup>.

Ora, o primeiro problema com que nos deparamos quando pretendemos fazer uma análise fundamentada, cientificamente cuidada e coerente desta matéria é o da própria definição. Na verdade, se dúvidas sérias não existiriam, até meados do século passado, acerca do que era corrupção, do que poderíamos abranger com esta designação, estando absolutamente vertido na lei – jurídico-penal – o sentido material do conceito (acordo, antecedente ou consequente, celebrado entre um par-

---

FERREIRA MONTE e FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face das patologias corruptivas – perspectiva portuguesa” in *Interloquções Jurídicas Luso-Brasileiras – Interloquções sobre Direito* (vol. II), Braga: AEDRL, 2019, pp. 187-200.

- 4 Sendo usual colocar a corrupção como um dos crimes que compõem a denominada criminalidade organizada, sobretudo de cariz transnacional ou internacional, a verdade é que isso é usualmente feito sem grande pretensão de cientificidade ou precisão conceptual e terminológica, uma vez que o próprio conceito de criminalidade organizada é terreno fértil em discussões. De todo o modo, nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (aprovada pela resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de abril, e ratificada pelo decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de abril), «grupo criminoso organizado» é “um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e atuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro benefício material” (cf. al. a) do art. 2.º). A corrupção está, naturalmente, entre o leque de crimes especificamente referenciado pela Convenção. Para uma reflexão a propósito da criminalidade organizada e dos seus desafios, cf. JOÃO DAWIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional – A Cooperação judiciária e Policial na UE*, Coimbra: Almedina, 2007 (2.ª ed.).

ticular e um funcionário, agente público, para que este praticasse um ato atinente ao seu cargo, conforme ou desconforme aos respetivos deveres, por força da promessa ou pagamento de uma vantagem patrimonial ou não, pondo em causa a autonomia intencional do Estado), a verdade é que isso deixou de poder afirmar-se, como a generalidade dos autores tem vindo a explicar<sup>5</sup>.

Curiosa constatação fenomenológica, na verdade, que deixa bem em relevo a contradição permanente que os nossos dias trazem consigo: enquanto as questões de corrupção foram desconsideradas, pouco relevadas por comunidades e Estados, entendidas como preocupações menores, o que poderia ser considerado como tal, o tipo de ilícito, estava cuidadosamente recortado na lei, com definição clara do bem jurídico que pretendia tutelar-se e das ações que poderiam lesiona-lo (ou colocá-lo em perigo<sup>6</sup>); a partir do momento em que a corrupção passou a ser um efetivo problema, se cimentou na consciência dos cidadãos e, daí, exigiu espaço na agenda política dos países e das organizações internacionais, se alcandorou a discurso mediático e ganhou foros de uma das grandes preocupações da atualidade, os seus limites tornaram-se fluidos e vaporosos, as suas fronteiras esbateram-se, o seu âmbito dilatou-se e tornou-se, em grande medida, impreciso e demasiado largo – mesmo no que ao(s) tipo(s) de ilícito respeita<sup>7</sup>.

5 Ver, por todos, as considerações de JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 27 e ss.; JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Da Corrupção (do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade)”, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 849-918; e CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 963-991, ou “A corrupção dos agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 99 e ss., *maxime* p. 100.

6 A propósito da forma de afetação do bem jurídico nos crimes em causa, ver, por todos, A. M. ALMEIDA COSTA, “Anotação ao art. 372.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 654-676; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015 (3.ª ed.), pp. 1166 e ss.

7 Cf. o que a este propósito dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A corrupção e as corrupções: da compreensão do fenómeno à atuação sobre ele”, in *Estudos em*

Claro que, se aproximarmos a lente, se nos detivermos um pouco a refletir sobre a questão, compreendemos a razão de ser desta, ao menos aparente, contradição. De facto, o fenómeno de consciencialização mundial em torno da matéria da corrupção, que ocorreu, sobretudo, a partir do último quartel do século passado, rompeu com uma longa letargia da nossa sociedade face ao problema. Se em todas as comunidades, de todos os tempos, sempre existiu corrupção e sempre se levantaram vozes que para tal chamaram a atenção<sup>8</sup>, a verdade é que eram usualmente manifestações isoladas, sem respaldo na percepção da generalidade dos cidadãos e, também por isso, sem repercussão nas agendas políticas dos diversos Estados. Foi a viragem do milénio, na verdade, que trouxe para a luz do dia quer as características, quer as consequências destes fenómenos e que viu agitarem-se finalmente as consciências dos povos, recusando o que até aí aceitavam de modo acrítico ou defendiam até, exigindo dos Estados uma atuação efetiva relativamente a estas práticas.

Se quisermos regressar à nossa imagem, estando um dos rostos de Janus a olhar para trás, a ponderar o passado, não podemos deixar de reconhecer que, durante longo período, a corrupção não constituiu motivo de preocupação, sendo antes entendida como fenómeno residual, próprio de países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, cuja economia lenta e de engrenagens enferrujadas necessitava do conveniente lubrificante<sup>9</sup>. A corrupção era aí, economicamente, um bem – ou, pelo menos, um mal menor. O passado, portanto – o passado bastante recente, deve sublinhar-se – não abona muito em favor do papel dos cidadãos e do Estado face a estas questões e às muito complexas consequências que acarretam.

Foi, pois, apenas no final do século XX que o fenómeno corruptivo despertou consciências de um modo sem precedentes, projetando a corrupção a preocupação central de Estados, organizações internacionais e sociedade civil, e rejeitando aquelas compreensões falsamente ingénuas<sup>10</sup>, sobretudo de cariz económico, que viam na corrupção uma

---

*Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 243-259.

8 Para uma análise histórica da corrupção e dos respetivos meios de reação, nomeadamente com recurso ao direito romano, ver MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, *Meios de Combate à Corrupção no Direito Romano e na Actualidade – Um Regresso ao Futuro*, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 27 e ss.

9 Tal como nos descrevem DONATELLA DELLA PORTA e YVES MÉNY, *Democracia e Corrupção na Europa*, Mem Martins: Editorial Inquérito, 1995, p. 10.

10 Na verdade, estávamos perante perspectivas extraordinariamente dolosas (se é que não mesmo alvo de premeditação). Não é inócua compreender que a defesa destas

solução económica válida e aceitável para ultrapassar constrangimentos burocráticos e deficiências de modelos político-organizativos. A partir desta altura, compreendeu-se, por um lado, que o custo económico da corrupção é muito superior ao benefício produzido, por outro, que ela coloca em causa as decisões do aparelho estadual e, nessa exata medida, o justo aproveitamento do bem público, e, por outro ainda, que se traduz, afinal, num malefício generalizado das democracias, sobretudo das mais desenvolvidas<sup>11</sup>.

A percepção social aliada a estes fenómenos corruptivos sofreu, implicativamente, profundas modificações, passando de uma atitude de tolerância, permissividade ou indiferença (quando não mesmo de concordância tácita ou explícita<sup>12</sup>) para uma posição de rejeição, de denúncia pública e, mesmo, de algum alarme. A comunidade não só deixou de ter como aceitáveis os comportamentos considerados corruptos (ainda que, muitas vezes, a noção de corrupção usada fosse pouco exata, demasiado larga e alvo de muitas críticas) como passou a olhá-los como profundamente nefastos, na medida em que põem em causa a objetividade, a transparência e a legalidade. As exigências quanto à atuação das instâncias formais de controlo subiram naturalmente de tom, acentuando um discurso pró-criminalizador e de endurecimento da reação penal, que acabou por fazer-se sentir um pouco por todo o lado. As convenções,

---

conceções votou, durante muito tempo, a política criminal dos Estados a ignorar a matéria da corrupção, permitindo a sua implementação e enraizamento em diversas culturas. Cf., com interessantes apontamentos a este propósito, as considerações tecidas por SEBASTIAN WOLF, “Political Corruption as a Regulatory Problem in Germany”, *German Law Journal*, 14, 2013, pp. 1627-1638; e por ANJA P. JAKOBI, “The changing global norm of anti-corruption: from bad business to bad government”, *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, 7, 2013, pp. 243-264.

- 11 Para uma análise histórica detida e detalhada a propósito desta matéria, cf. SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Corruption: a study in political economy*, New York: Academic Press, 1978.
- 12 Durante muito tempo, não pode esquecer-se, a corrupção foi socialmente aceite como prática adequada a desbloquear estrangulamentos ou entraves burocráticos, granjeando entre as populações um certo acolhimento como manobra própria dos mais hábeis, dos mais expeditos. Ver, a este respeito, LUÍS DE SOUSA E JOÃO TRIÃES, *Corrupção e os Portugueses – Atitudes, Práticas e Valores*, Lisboa: RCP Edições, 2008; ANTÓNIO JOÃO MAIA, “O discurso social sobre o problema da corrupção em Portugal”, *Working Papers*, 7, OBEGEF, 2011: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2011/04/wp007.pdf>; e RITA FARIA, “Corrupção: Descrições e Reflexões. Sobre a possibilidade de realização de uma abordagem criminológica ao fenómeno da corrupção em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 17, 2007, pp. 107-144.

tratados e acordos internacionais relativos à prevenção e repressão da corrupção e criminalidade associada sucederam-se a grande velocidade (sublinhemos apenas a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, a Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, a Convenção da União Africana para a Prevenção e a Luta contra a Corrupção e Crimes Assimilados, de 2003, ou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003) e os Estados levaram a cabo um conjunto mais ou menos profundo de alterações nos seus ordenamentos jurídicos internos, com o desiderato de os adaptarem às novéis reivindicações sociais, adequando os seus quadros normativos a uma generalizada posição político-criminal de aprofundamento e dilatação das ferramentas de enfrentamento dos fenómenos corruptivos<sup>13</sup>.

Esta verdadeira mudança de paradigma no que à corrupção respeita, se deve ser assinalada como profundamente positiva, quer por ter colocado um ponto final num conjunto de mitos relativos ao papel favorável que aquela poderia desempenhar no desenvolvimento político e económico dos países, quer por ter disseminado uma cultura de maior eticidade e transparência na atuação dos poderes públicos (e privados<sup>14</sup>),

---

13 Veja-se, em ilustração do que vamos dizendo, o que se passou em Portugal a partir, sobretudo, do ano 2001, com sucessivas alterações legislativas nesta matéria. Cf., a propósito, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011; CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Os crimes de corrupção – notas críticas a partir do regime jurídico-penal sempre em expansão”, *Julgar*, 28, 2016, pp. 89-105, e “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (‘É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?’)”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 9-28; e EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Contra a Corrupção – As Leis de 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 43-63, e “Breves Notas à Lei n.º 30/2015, Contra a Corrupção”, *Julgar Online*, 2015. Já antes disso, todavia, se notava no legislador português uma tendência para apurar o regime estabelecido em 1982 – ver, a este respeito, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A intervenção penal na corrupção administrativa e política”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 339-348.

14 Na verdade, como sabemos, fala-se hoje em corrupção do setor privado (e no comércio internacional) – entre nós, este regime consta mesmo de legislação própria, a Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, aprovada para dar cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de julho – ou em corrupção no desporto – acolhida em Portugal na Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto (e já antes disso prevista no Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de outubro). Que nestes casos possa ainda falar-se em corrupção, ao menos em sentido técnico, é coisa que tem sido por muitos questionada e que, na verdade, entronca no problema central desta reflexão. Cf., a

trouxe todavia consigo, como temos vindo a explicar, uma banalização conceptual suscetível de tornar imprestável o conceito de «corrupção», exigindo-lhe precisões, esclarecimentos ou adjetivos.

Na verdade, a generalidade dos textos internacionais aprovados (com alguma ressalva para a Convenção do Conselho da Europa<sup>15</sup>), adotaram uma visão extraordinariamente abrangente do fenómeno, holística, defendendo uma atuação em várias frentes, tanto de prevenção como de repressão, que apenas em muito pequena medida se mantém conectada com a dimensão jurídico-penal típica, mas antes se espalha por uma concertação de atos, prévios, concomitantes ou posteriores ao crime propriamente dito.

Por um lado, mesmo naquilo que diz respeito, em sentido estrito, à vertente jurídico-normativa desses textos, a sua abordagem penal multiplicou-se por um conjunto muito significativo de figuras: para lá da corrupção *stricto sensu*, o recebimento indevido de vantagem, o tráfico de influências, o peculato, a participação económica em negócio, o branqueamento, o desvio de fundos, os crimes de natureza fiscal e tributária, os crimes de responsabilidade e até mesmo o, denominado, enriquecimento ilícito...

Por outro, e sobretudo, para lá desta desordem sistémica a que vimos assistindo<sup>16</sup>, um outro fenómeno se entrecruza com este, tornando

---

propósito, CLAUDIO BIDINO, “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 203-262; e JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Da Corrupção (do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade)”, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 849-918.

15 A Convenção do Conselho da Europa contra a Corrupção desenha o seu próprio âmbito ao auto designar-se de Convenção Penal. Na medida em que o faz, e tendo em conta o caráter subsidiário da intervenção penal – mesmo em matéria de tão marcada expansão como a que agora nos ocupa –, limita automaticamente o seu campo de atuação, que se apresenta muito mais restrito do que o de outros instrumentos similares. Ainda assim, porém, a Convenção tem uma conceção ampla de corrupção, tratando não apenas de distintas «corrupções» como igualmente de muitos outros atos conexos (branqueamento, tráfico de influências ou infrações contabilísticas), bem como de diversos aspetos processuais com importância para a prevenção e repressão da corrupção (proteção de testemunhas, perda de bens, cooperação internacional, etc.).

16 Cf. as reflexões que a este propósito nos são apresentadas por CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela «expansão» das normas penais sobre corrupção”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o regime jurídico-criminal em expansão*



ainda mais dúcteis as fronteiras da corrupção: o do transvase<sup>17</sup> da corrupção não apenas para outros tipos de ilícito, para outras dimensões jurídico-penais, mas antes para ordens de sentido de dimensão não penal (e mesmo não jurídica). De facto, os diversos organismos ou organizações internacionais, pré-existentes ou agora criados para especificamente se debruçarem sobre o tema, começam a gizar grandes programas de ação, a delinear cartas éticas ou de princípios de atuação e gestão pública, a aprovar convenções internacionais a respeito da corrupção. Estes novos marcos regulativos têm como característica nuclear a sua transnacionalidade, aplicando-se a um número de países cada vez maior e forçando, por isso, uma certa harmonização das respostas a dar face a fenómenos corruptivos.

Aposta-se, agora, na criação de um conjunto de medidas preventivas, na defesa de regras de funcionamento da administração que garantam a transparência e apelem à responsabilidade, na aprovação de códigos de conduta para a atuação pública. Para lá da tipificação criminal, portanto, tem-se compreendido a necessidade de concertar a atuação jurídico-penal com um conjunto de medidas de diferente natureza, como única forma de lidar com o problema. Assim, nos sucessivos ciclos de avaliação à implementação daqueles instrumentos nos diferentes países, assiste-se a um alargamento progressivo do respetivo âmbito de atuação, muito para lá do direito penal, exigindo ações cada vez com maior expressão na atividade administrativa, na formação de técnicos e magistrados ou ao nível das regras de financiamento partidário<sup>18</sup>.

Este alargamento considerável da dimensão não-penal da corrupção e das respetivas formas de reação, não significa, todavia, que o grau de intervenção jurídico-criminal tenha perdido importância ou se haja retraído. Bem pelo contrário. De mãos dadas com esta diversificação de abordagens ao problema da corrupção anda, de modo que poderia

---

*no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 32 e ss., e, mais recentemente, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 7 e ss.

17 Como tão impressivamente lhe chamou JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra: Almedina, 2011, pp.28: “[c]onstata-se um «transvase» da matéria da corrupção para domínios que vão muito para além do domínio jurídico-penal, que, como se sabe, assume sempre a forma de *ultima ratio* no âmbito das políticas de «repressão» dos fenómenos ou ações indevidas”.

18 Veja-se, por exemplo, o que se tem passado em Portugal com as avaliações do GRECO – Grupo de Estados contra a Corrupção. Para seguir o trabalho efetuado por esta organização, consultando os respetivos relatórios, cf. <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/portugal>.

julgar-se paradoxal, a própria expansão do direito penal, não apenas no que respeito a tipos de infrações conexos com a corrupção (como os de tráfico de influências ou de branqueamento, que referimos *supra*), mas igualmente dentro do núcleo da corrupção. De facto, nas últimas duas décadas temos assistido ao endurecimento do sistema repressivo da corrupção, seja através de um conjunto de neocriminalizações em larga medida impostas por Convenções Internacionais, seja pela agravação das molduras penais, seja ainda através da adoção de técnicas de construção do tipo legal que alargam as margens da punibilidade. Veja-se, por exemplo, que ao lado da tradicional corrupção dos agentes públicos nacionais (funcionários e titulares de cargos políticos<sup>19</sup>) – pensada, portanto, em função da preservação da autonomia intencional do Estado com vista à manutenção do Estado de Direito –, foram-nos surgindo tipos incriminadores novos como a corrupção de agente público estrangeiro, a corrupção no setor privado ou a corrupção no fenómeno desportivo.

Assim, se o nosso Janus olhar agora para o futuro, não vê senão uma plêiade de factos distintos, provavelmente conectados ou interligados, que já não consegue facilmente deslindar na sua composição atómica, que se mesclaram de tal modo que são cada vez mais encarados como um todo, desconsiderando a sua distinta natureza de base. Efetivamente, estamos hoje perante fenómenos globalizados e complexíssimos de corrupção, assistindo-se a um novo tipo de corrupção, a uma «macrocorrupção» se quisermos, intrinsecamente relacionada com a transnacionalização da economia<sup>20</sup>.

Temos, pois, se quiserem, um outro tipo de corrupção a somar àquele (ou àqueles, dependerá do catálogo) que já conhecíamos<sup>21</sup>: a «grande corrupção», própria dos grandes meios económicos, destinada a assegurar negócios vultuosíssimos e que se exerce de modo sofisticado e

---

19 Especificamente a respeito da corrupção praticada por titulares de cargos políticos, ver o que dissemos em MARTA PORTOCARRERO, ANDRÉ FOLQUE, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, JOSÉ F. F. TAVARES e JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Tutela administrativa e responsabilidade dos titulares de órgãos autárquicos”, in *Jornadas dos 40 Anos do Poder Local*, Braga: AEDRL, 2017, pp. 207-239, *maxime* pp. 224 e ss.

20 Cf. as reflexões que a este propósito são feitas por SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Corrupção e Governo*, Lisboa: Prefácio, 1999, pp. 27 e ss.

21 Ver, a este respeito, o estudo de RITA FARIA, “Corrupção: Descrições e Reflexões. Sobre a possibilidade de realização de uma abordagem criminológica ao fenómeno da corrupção em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 17, 2007, pp. 107-144, onde a Autora ensaia, com base numa larga análise doutrinal, um conjunto de classificações e definições de corrupção.

organizado, sem qualquer limitação de fronteira ou território. A este tipo de «corrupção de negócios» vai muitas vezes associada aquela que é, para alguns, um outro subtipo de corrupção, a «corrupção política», mas que se exerce agora de modo transnacional, colocando tantas vezes os interesses dos cidadãos de um Estado (ou de vários, às vezes de uma inteira região do globo) à mercê de um grande grupo económico internacional ou de uma organização financeira de dimensão mundial.

E eis que a corrupção, de fenómeno absolutamente interno, com um tipo de ilícito gizado para proteger a atuação legítima, objetiva e autónoma de cada Estado, e, por isso, criado para tutelar, em última linha, um interesse nacional, se vê transmutada em criminalidade organizada transnacional, pensada agora a uma escala muito maior, enquanto conjunto de comportamentos que exige a intervenção de todos os Estados, preferencialmente articulados, ou mesmo, de forma direta, de organizações internacionais ou transnacionais (pondere-se, e bastará para compreendermos, o papel que a União Europeia tem vindo a desempenhar neste âmbito)<sup>22</sup>.

Ao mesmo tempo, não já na vertente substantiva, mas antes processual ou adjetiva, esta compreensão da corrupção como fenómeno de criminalidade organizada também não passou incólume. Os ordenamentos jurídicos começaram a buscar formas especiais de lidar com estes comportamentos, assumindo o seu maior potencial de lesividade e a sua particularmente difícil detecção, investigação e prova. A flexibilização das garantias individuais não tardou, naturalmente, como reverso da medalha. A necessidade de agir mais e melhor sobre este tipo de criminalidade conduziu, na verdade, à permissão legislativa de meios de obtenção de prova mais intrusivos (veja-se, em Portugal, o que se passa com a lei n.º 36/94, de 29 de setembro, ou com a lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro<sup>23</sup>), com afastamento do perímetro de proteção usualmente concedido ao cidadão.

Donde, parece seguro afirmar que o nosso Janus tem perante os seus olhos duas perspectivas muito distintas da corrupção, dependendo do rosto que use para as fitar. Se, por um lado, pode olhar o passado e vis-

---

22 Ver, com muito interesse, o que a este propósito nos diz JORGE DOS REIS BRAVO, “Fraude e Corrupção: repensar o modelo contemporâneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financeira”, in *Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 111-137.

23 Enquanto o primeiro dos diplomas fixa um conjunto de medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, a lei n.º 5/2002 estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, numa tendencial sobreposição de âmbitos materiais de aplicação.

lumbrar um fenómeno com recorte dogmático cuidado, de formas bem definidas, com ações cuidadosamente delimitadas e com um bem jurídico-penal perfeitamente identificável, mas quase totalmente inaplicado ou de utilização residual, face à muito baixa sensibilidade das comunidades perante o comportamento; por outro, tem de enfrentar o futuro (o presente que se vai construindo...) e constatar que a tomada de consciência a propósito dos riscos graves que a corrupção comporta trouxe consigo uma vulnerabilização do suporte dogmático em que aquela assentava.

Hoje não temos corrupção, temos corrupções, de diversas índoles e com distintos matizes, que precisamos incontornavelmente de compreender, sob pena de não sermos capazes senão de tocar a superfície do problema. E esse problema passa seguramente pelo facto de se terem transmutado simultaneamente quer a percepção acerca da corrupção, quer a sua fenomenologia, o seu substrato fático. A corrupção, de hoje e de amanhã, é um *quid* diferente, que nos deve mesmo interrogar a propósito da necessidade de redefinição ou reponderação do bem jurídico em causa (se não mesmo de toda a sua estrutura típica). De facto, se falamos insistentemente em criminalidade organizada, nomeadamente de dimensão transaccional, será que poderemos continuar a afirmar que o bem jurídico em causa é a autonomia intencional do Estado, os seus deveres de objetividade e legalidade, se se preferir? Não assumiu, antes, a corrupção, uma outra veste, de dimensão bem mais ampla, já não redutível à ideia de Estado? Descortinar exatamente qual seja esse novo ou reajustado bem jurídico (ou, porventura, bens jurídicos) é tarefa que está ainda por fazer em grande medida, mas que nos parece não pode mais continuar a adiar-se<sup>24</sup>.

Por outro lado, uma adicional reflexão se impõe. Se a corrupção deixou de corresponder a uma estrita unidade de sentido jurídico-penal, com limites tipicamente definidos e elementos normativamente referenciados, antes ganhando significância enquanto pressuposto negativo de uma *good governance* que se vem impondo na compreensão do político – e que apela a critérios muito mais finos do que os que presidem à dimensão da responsabilização penal (como a transparência, a integridade ou a responsabilidade) –, como pode, a jusante, esperar-se que seja o direito penal a (re)assegurar a vigência destes princípios<sup>25</sup>?

---

24 E que, como é bom de ver, constitui um exercício posterior àquele que aqui levamos a cabo.

25 Cf. o que sobre esta questão dissemos já em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A Corrupção na Era Global: reflexão breve sobre o alcance e os limites da intervenção

Naturalmente, não se eximirá o direito penal de intervir sempre que estejam em causa comportamentos suscetíveis de preencher as exigências de dignidade e necessidade próprias de uma atuação em última linha, mas aí sempre limitado – e bem! – quer pelas exigências substantivas de legalidade, quer pelas regras processuais de garantia. O que obviamente não bole, nem de modo distante, com a possibilidade de os comportamentos em causa se inscreverem nesse conceito amplo, voraz, de corrupção, nem extingue a possibilidade de estarmos a mover-nos no campo da ilicitude – mas de outras ilicitudes (civil, disciplinar, administrativa, financeira, *etc.*). Ilcitudes essas que, porventura, terão de ser mais trabalhadas, sobretudo no sentido de se articularem entre si e com a ilicitude penal, de modo a permitirem uma cobertura não fragmentária (ou menos fragmentada) da fenomenologia corruptiva.

Porque, se bem vemos, esta dissonância entre uma conceptualização da corrupção propositadamente ampla – que se emancipou, afinal, da sua origem jurídico-penal – e uma tentativa de reação, de pacificação social, feita ainda em moldes que remetem essencialmente para o aparelho punitivo penal (mais uma visão bipartida de Janus...) acaba necessariamente por desaguar num sentimento de descrédito face à justiça, tida por inepta ou por ela própria, corrupta. Coisa que, sucedendo certamente em alguns casos, não poderá sem mais generalizar-se, sob pena de, aí sim, estarmos a pôr em causa o próprio Estado de Direito.

### **BIBLIOGRAFIA CITADA:**

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015 (3.<sup>a</sup> ed.);

BIDINO, CLAUDIO “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 203-262;

BRAVO, JORGE DOS REIS, “Fraude e Corrupção: repensar o modelo contempo-

---

penal”, in *Direito na Lusofonia – Cultura, direitos humanos e globalização*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 161-170.

râneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financeira”, in *Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 111-137;

COSTA, A. M. ALMEIDA, “Anotação ao art. 372.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 654-676;

CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, “Da Corrupção (do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade)”, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 849-918;

CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;

DAWIN, JOÃO, *A Criminalidade Organizada Transnacional – A Cooperação judiciária e Policial na UE*, Coimbra: Almedina, 2007 (2.ª ed.);

DELLA PORTA, DONATELLA e MÉNY, YVES (org.), *Democracia e Corrupção na Europa*, Mem Martins: Editorial Inquérito, 1995;

FARIA, RITA, “Corrupção: Descrições e Reflexões. Sobre a possibilidade de realização de uma abordagem criminológica ao fenómeno da corrupção em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 17, 2007, pp. 107-144;

JAKOBI, ANJA P., “The changing global norm of anti-corruption: from bad business to bad government”, *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, 7, 2013, pp. 243-264;

LOPES, JOSÉ MOURAZ, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra: Almedina, 2011;

LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, “A corrupção e as corrupções: da compreensão do fenómeno à atuação sobre ele”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 243-259;

LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, “A Corrupção na Era Global: reflexão breve sobre o alcance e os limites da intervenção penal”, in *Direito na Lusofonia – Cultura*,

*direitos humanos e globalização*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 161-170;

MACHADO, MIGUEL DA CÂMARA, *Meios de Combate à Corrupção no Direito Romano e na Actualidade – Um Regresso ao Futuro*, Lisboa: AAFDL, 2018;

MAIA, ANTÓNIO JOÃO, “O discurso social sobre o problema da corrupção em Portugal”, *Working Papers*, 7, OBEGEF, 2011: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2011/04/wp007.pdf>;

MONTE, MÁRIO FERREIRA e LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face das patologias corruptivas – perspectiva portuguesa” in *Interloquções Jurídicas Luso-Brasileiras – Interloquções sobre Direito* (vol. II), Braga: AEDRL, 2019, pp. 187-200;

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, “A intervenção penal na corrupção administrativa e política”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 339-348;

PORTOCARRERO, MARTA; FOLQUE, ANDRÉ; LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA; TAVARES, JOSÉ F. F.; e CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, “Tutela administrativa e responsabilidade dos titulares de órgãos autárquicos”, in *Jornadas dos 40 Anos do Poder Local*, Braga: AEDRL, 2017, pp. 207-239;

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, “A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 963-991;

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, “A corrupção dos agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 99-152;

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, “Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela «expansão» das normas penais sobre corrupção”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 7-40;

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, “Os crimes de corrupção – notas críticas a partir do regime jurídico-penal sempre em expansão”, *Julgar*, 28, 2016, pp. 89-105;

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (‘É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?’)”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 9-28;

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra: Almedina, 2018;

SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, “Contra a Corrupção – As Leis de 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 43-63;

SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, “Breves Notas à Lei n.º 30/2015, Contra a Corrupção”, *Julgar Online*, 2015;

SOUSA, LUÍS DE e TRIÃES, JOÃO, *Corrupção e os Portugueses – Atitudes, Práticas e Valores*, Lisboa: RCP Edições, 2008;

SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Corruption: a study in political economy*, New York: Academic Press, 1978;

SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Corrupção e Governo*, Lisboa: Prefácio, 2002;

WOLF, SEBASTIAN, “Political Corruption as a Regulatory Problem in Germany”, *German Law Journal*, 14, 2013, pp. 1627-1638.





# **A COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: PERSPECTIVAS NO CONTEXTO PANDÊMICO<sup>1</sup>**

ROGÉRIO GESTA LEAL<sup>2</sup>  
CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA<sup>3</sup>

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo geral investigar de que forma a cooperação interinstitucional dos agentes controladores contribui para o efetivo controle da administração pública brasileira com foco no contexto pandêmico. O tema relaciona-se com a necessidade de cooperação interinstitucional dos agentes controladores da administração pública, estando delimitado as modalidades de controle social, interno e externo no contexto brasileiro com foco nas necessidades advindas da pandemia. Desse modo, considerando a complexidade das estruturas estatais, bem como a forma de organização da administração pública brasileira, questiona-se: em que medida a cooperação interinstitucional dos agentes controladores contribui para o efetivo controle da administração pública sobretudo no contexto da pandemia?

Para isso, foi utilizado o método de abordagem de dedutivo, método de procedimento monográfico e quanto as técnicas de pesquisa, estas resumem-se em pesquisa em livros, revistas, periódicos, teses, dissertações, dentre outros meios.

- 
- 1 O presente artigo foi desenvolvido com base nas pesquisas realizadas no grupo de estudos “Estado, administração pública e sociedade” coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal vinculado ao Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
  - 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. E-mail: gestaleal@gmail.com.
  - 3 Advogada. Servidora pública municipal. Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2019-2021). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: chaienemo@outlook.com.

A hipótese inicial é no sentido de que a cooperação interinstitucional não apenas contribui para o efetivo controle da administração brasileira, mas sim, é um pressuposto necessário para a concretização da atividade controladora tendo em conta que as modalidades de controle sejam social, interno ou externo, quando vistas de forma isolada não são capazes de abarcar todas as necessidades ocasionando em déficits que, por sua vez, causam prejuízos as instituições públicas. Além disso, em um contexto pandêmico tal como está sendo vivenciado, esta necessidade de cooperação se torna ainda mais necessária considerando o tempo do controle a necessidade de respostas urgentes às demandas sociais.

A justificativa centra-se no fato de que as modalidades de controle da administração pública existentes na legislação brasileira, seja por meio do controle social, interno ou externo, de forma isolada não conseguem responder às demandas inerentes a atividade controladora. Desse modo torna-se cada vez mais necessário investigar de que maneira a cooperação interinstitucional dos agentes controladores pode contribuir para suprir tais déficits de modo a concretizar o efetivo controle da administração pública nos termos constitucionalmente previstos, bem como da legislação brasileira em sua totalidade. Ademais, considerando o cenário vivenciado durante a pandemia, vislumbra-se a necessidade da administração pública responder de forma rápida às demandas principalmente em relação ao direito fundamental à saúde, o que por sua vez exige esforços crescentes na atividade de controle da atividade estatal.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos capítulos, são descrever a organização estrutural da administração pública brasileira e sua relação com a iniciativa privada sobretudo no que tange a ocorrência de atos ilícitos; analisar as formas de controle da administração pública no Brasil e seus possíveis déficits e; verificar em que medida a cooperação interinstitucional das modalidades de controle da administração pública pode suprir tais lacunas com foco no contexto pandêmico.

## **2. A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E INICIATIVA PRIVADA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Neste primeiro tópico, pretende-se descrever, ainda que brevemente, a organização estrutural da administração pública brasileira e sua relação com a iniciativa privada destacando como a ocorrência de condu-

tas ilícitas é fortemente influenciada pela forma que ocorrem estas conexões. Inicialmente, é preciso destacar que as relações estabelecidas entre o Estado e a iniciativa privada refletem diretamente na forma como a administração pública é organizada e conseqüentemente no modo como é exercido o seu controle.

Devido a estas características da relação estabelecida entre Estado e sociedade, a realidade vem sendo alterada e a administração pública, nas palavras de Moreira Neto (2001), passa a ser a junção de um Estado “subsidiário à sociedade”, não podendo ser compreendida apenas como um conjunto de prerrogativas do Estado.

Assim, neste momento histórico, não é mais exigida tão somente a eficácia dos atos públicos, da forma que era vista há algumas décadas, sendo acrescida também a exigência de que estes sejam em conformidade com a licitude e legitimidade. Também é preciso sempre justificar as demandas públicas com base na moralidade e na eficiência, as quais passam a ter status constitucional como é o caso brasileiro. A partir da leitura da obra, entende-se que são todos estes aspectos que exigem do gestor público a adoção de critérios cada vez mais específicos tanto de controle prévio quanto posterior dos atos de gestão.

A administração pública jamais pode estar separada da sociedade, Starling (1977) ao realizar um completo estudo sobre o serviço público afirma que os administradores não podem, no caso não devem, ignorar os valores políticos da sociedade no qual estão inseridos. Os valores utilizados como exemplo, referem-se à sociedade norte-americana, mas também são aplicáveis à realidade brasileira, dentre estes é possível incluir a tradição democrática, o constitucionalismo, a obediência às leis, a participação popular e a capacidade de resposta às demandas populares, principalmente aquelas que estejam se referindo a mudanças políticas.

Outro fator que merece destaque é analisado por Furtado (2015) acerca das estruturas assumidas pelos Estados Modernos, as quais jamais foram vistas em momentos históricos anteriores. Tais estruturas nem ao menos puderam ser imaginadas tendo em vista o volume de recursos que é gerido no âmbito do orçamento público, bem como a variedade de funções assumidas, as quais não estão mais limitadas às tradicionais atividades estatais de prestação de serviços, polícia administrativa e fomento. Com isso, o que se verifica é que a intensificação das relações público e privadas exige que sejam adotadas medidas não somente pelo Estado, mas também pela sociedade, uma vez que um dos pontos marcantes da história brasileira, sobretudo no que se refere a ocorrência de ilícitos

administrativos e práticas corruptivas, é a raiz fortemente patrimonialista e ausência de distinção entre os espaços público e privados.

Assim, segundo Rocha (2008), a legitimidade da ação dos governantes correspondente a ideia de direito que é dominante em determinada sociedade de maneira que esta não é buscada tão somente em nas qualidades pessoais de quem governa, mas também relaciona-se desde a sua origem aos princípios e crenças socialmente aceitos.

As mudanças provocadas pelo constitucionalismo foram determinantes em vários aspectos da vida pública modificando substancialmente as relações estabelecidas entre Estado e sociedade, acrescentando a segurança encontrada no sistema positivo e racional no qual a legitimidade do governante não vem do seu grau de sustentabilidade eleitoral. Com isso, são legítimas as ações que expressam a vontade da sociedade desde que justificadas em um sistema normativo no qual a Constituição tem lugar no ápice, sendo as ações o reflexo da decisão do titular verdadeiro do poder que ali está representado.

Além disso, em relação ao papel da iniciativa privada neste processo, a sua atuação é caracterizada tanto pelo controle, sobretudo o controle social, o qual possui relação direta com a administração pública sendo uma das formas por meio dos contratos administrativos. A atuação da iniciativa privada ocorre também no ambiente empresarial e suas relações internas, seja por meio dos códigos de ética (*compliance*) e também com a realização de auditorias, um dos pontos centrais desta discussão centra-se no fato de que não é tarefa simples diferenciar quais tarefas cabem ao Estado e quais são de iniciativa privada num contexto de complexas e multifacetadas relações estabelecidas entre ambas as esferas.

No caso brasileiro de modo mais específico, a organização da administração pública sofreu significativas alterações com a promulgação da Constituição Federal de 1988, destacando o disposto no art. 37, ao estabelecer os princípios que devem ser observados, sendo estes a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, as formas de controle dos atos estatais também passaram por modificações ao longo dos anos até se estabelecerem da forma como estão previstos atualmente, o que será visualizado no tópico seguinte.

Em uma perspectiva do mau funcionamento das instituições públicas e a relação entre os espaços público e privados, Biason (2015) afirma que é neste cenário que emerge a corrupção, causada pelo incentivo, ainda que indireto a estes tipos de comportamentos, além de outros problemas na organização da administração pública. Para autora, as refor-

mas institucionais constituem elementos essenciais seja para prevenção seja para o combate à corrupção na medida em que por meio destas é que se pode reduzir os incentivos aos atos corruptivos diminuindo o papel das burocracias estatais. Tais reformas não poderiam ocorrer de forma desordenada, pelo contrário, deveriam estar atentas as necessidades sociais observando os limites de atuação de cada instituição.

Sobre tais questões, Schmidt (2015) aponta que no momento em que o Estado atua como única fonte legítima detentora de todo o poder, este passa a ter seu corpo administrativo e político como alvo de interesse por parte da população, a qual anseia por favores e facilidades que não seria naturalmente ou até mesmo legalmente oferecidas sendo o ente estatal o único capaz de fornecer-lhes. Tendo o Estado como centro das fontes legítimas de poder, toda a atenção está voltada a este o que por consequência faz com que as condutas negativas também tenham sua participação, principalmente quando a população possui desconfianças em relação a forma como este é organizado.

Por fim, adota-se o entendimento que nestas complexas relações estabelecidas entre o Estado e a iniciativa privada, a sociedade também é vista como um dos agentes controladores da administração pública desempenhando um papel fundamental na detecção de atos ilícitos violadores dos princípios constitucionais e normas legislativas. Expostas as considerações introdutórias sobre a relação estabelecida entre os espaços público e privado, sua complexidade e conexão com eventuais ocorrências de atos ilícitos, passa-se ao tópico seguinte, no qual serão estudados os aspectos referentes ao controle da administração pública.

### **3. AS FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: APONTAMENTOS LEGISLATIVOS E POSSÍVEIS DÉFICITS**

Neste segundo tópico, pretende-se analisar as formas de controle da administração pública no Brasil e seus possíveis déficits, para tanto será utilizada uma abordagem dos aspectos conceituais e legislativos para a partir desta previsão verificar a ocorrência de eventuais lacunas entre as modalidades de controle dos atos estatais. Inicialmente, sobre a definição do vocábulo “controle”, da mesma forma que ocorre com outros fenômenos das ciências sociais, a sua definição é complexa e envolve uma série de fatores, contudo, Viana (2019) afirma que independente da definição

utilizada, é unânime o entendimento de que ínsito da natureza humana a negação ao controle ou até mesmo ser refratário aos instrumentos de controle tanto na vida pessoal como laboral.

Quanto a origem da necessidade de controle dos atos públicos, segundo Lima (2018, p. 04), desde o período em que foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França em 1789, no contexto da Revolução Francesa, já havia à disposição em seu artigo 15 de que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público em sua administração”. Ou seja, não é recente a ideia de que os atos da administração pública necessitam ser controlados, bem como complementa o autor, esta é uma das decorrências lógicas da democracia, juntamente com a igualdade perante a lei, a existência de um sistema processual administrativo e judicial que respeite os direitos e garantias individuais, além de um rol de direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente expressos e a participação popular.

No que tange às modalidades de controle da administração pública, destaca-se a possibilidade de ser realizado o controle social, o controle interno e o controle externo, sendo o último, o foco desta pesquisa. Em relação a tais modos de exercício do controle, o que pode ser observado é que estes também podem ser adotados de maneira conjunta, ou seja, ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno de seus atos além do controle externo.

É preciso observar também a distinção trazida por Perez (2016) em relação às modalidades de controle interno e externo da administração pública de maneira que o primeiro também denominado poder de autocontrole é compreendido como sendo o dever da administração pública de anular os seus atos caso estes não sejam praticados de acordo com as normas pré-estabelecidas. Enquanto que o controle externo na definição do autor, é aquele compreendido tanto ao controle do poder legislativo sobre a administração como também ao controle jurisdicional.

No que se refere ao controle social da administração pública, segundo conta no site da Controladoria Geral da União (2012), o controle social é uma das maneiras de compartilhamento do poder entre o Estado e a sociedade, por meio de ações e fiscalização conjuntas objetivando uma finalidade em comum. O documento define também que é um dos deveres de todos os entes públicos o de informar a população de maneira clara sobre a forma que gasta o dinheiro, prestando contas de seus atos. A linguagem utilizada deve ser objetiva e de fácil compreensão por parte

dos cidadãos, não bastando a mera divulgação dos dados sem que seja possibilitado o entendimento por quem os acessar.

Sobre o controle interno da administração pública, de uma forma sintética, denota-se que este relaciona-se diretamente com os atos realizados de forma interna na organização da gestão pública, tais como a homologação, aprovação, invalidação, revogação de seus próprios procedimentos. De maneira semelhante ao que ocorre no setor privado, nos códigos de *compliance*, por exemplo, o controle interno no âmbito da atividade pública tem dentre os seus objetivos, o de estabelecer planos e metodologias de organização que tenham por finalidade a garantia de resultados em conformidade com as disposições normativas e legais.

Especificamente quanto ao controle externo da administração pública, a previsão constitucional está explícita no art. 70 e seguintes, sendo que o referido dispositivo prevê que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e também das entidades da administração pública sejam estas diretas ou indiretas, deverá ocorrer obedecendo aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade sendo exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada um dos poderes. Quanto ao art. 71 da Constituição Federal de 1988, este dispõe que o controle externo da administração pública será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas estando suas atribuições elencadas nos incisos I ao XI.

Embora a legislação brasileira possua estes e outros instrumentos para o exercício do controle da administração pública, além de políticas públicas e privadas, são observados alguns déficits de comunicação entre os agentes controladores, o que pode trazer consequências prejudiciais à obtenção dos resultados almejados. Neste ponto, de forma exemplificativa, vislumbra-se que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, da mesma forma que o Tribunal de Contas da União e outros Tribunais de Contas estaduais, tem a previsão normativa sobre a possibilidade de colaboração, orientação e prevenção na detecção de irregularidades também com os gestores controlados, prevendo a formulação de consultas por parte dos administradores públicos sobre como procederem de forma legal e legítima em seus órgãos; a cientificação do controle interno ao Tribunal de Contas sobre irregularidades ou ilegalidades por ele constatada no âmbito da gestão pública; dentre outras normativas.

Tal situação também foi verificada em pesquisa realizada por Leal (2020), o qual concluiu que dentre as causas que justificariam esta deficitária relação horizontal entre os entes controladores da administra-



ção pública poderiam ser citadas a ausência de uma cultura institucional e pessoal de cooperação; conflitos e tensões nos espaços de poder e busca pelo protagonismo; insuficiência nos mecanismos operacionais e de logística na colaboração; a utilização de técnicas e metodologias ultrapassadas de trabalho no que tange a ações preventivas e curativas relacionadas ao enfrentamento das irregularidades na administração pública sobretudo no que tange as práticas de corrupção e improbidade administrativa.

Ocorre que tal situação é acentuada em um contexto de pandemia no qual as demandas sociais são ainda mais urgentes principalmente na busca pela concretização ao direito fundamental à saúde, o que acarreta desafios ao controle externo, o qual não dispõe de tempo suficiente para o exercício de suas atividades.

Ademais, diante das flexibilizações ocorridas na legislação brasileira, tais como as Medidas Provisórias nº 926 e 961, ambas do ano de 2020, o tempo para análise e detecção de eventuais irregularidades foi reduzido necessitando assim da atenção constante por parte dos cidadãos na busca pela concretização do interesse público e respeito às normas e aos princípios constitucionais. Apesar da vigência destas medidas não se estender por um longo período, os reflexos dos contratos firmados terão repercussão a longo prazo, seja pelos serviços ou bens contratados, seja pelo gasto público.

Diante destas considerações, passa-se ao terceiro tópico no qual serão verificados os aspectos da cooperação interinstitucional dos agentes controladores da administração pública com foco no contexto pandêmico buscando identificar as formas que esta atuação conjunta pode colaborar na melhor efetividade da atividade controladora.

#### **4. A COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL DOS AGENTES CONTROLADORES NO CONTEXTO PANDÊMICO: PERSPECTIVAS CRÍTICAS**

No terceiro e último tópico, pretende-se verificar em que medida a cooperação interinstitucional das modalidades de controle da administração pública pode suprir tais lacunas com foco no contexto pandêmico. Para isso em um primeiro momento serão destacados os aspectos principais quanto a cooperação interinstitucional dos agentes controladores, após visa-se elencar as modificações trazidas pelas Medidas Provisórias nº 926 e nº 961 de 2020 e por fim, relacionar como tal cooperação, com foco no controle social, pode auxiliar o controle da administração pública neste contexto pandêmico.

Inicialmente, entende-se que o estado brasileiro possui instrumentos hábeis para exercer o controle da administração pública, sendo necessária apenas a readequação na forma como as ferramentas já disponíveis são utilizadas, conforme divulgado em documento elaborado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENNCLA (2016) durante a divulgação de ranking da transparência dos Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Legislativo.

Ademais, segundo consta no documento mencionado, não é possível aceitar o argumento de que há questões técnicas que não sejam sindicáveis pelo judiciário ao passo que a estrutura constitucional brasileira e segurança nas relações sociais e jurídicas tem como essência a abertura a possibilidades de questionamentos sobre a forma como o Estado é organizado e como os instrumentos não apenas de controle, mas o aparato estatal como um todo é institucionalizado. Com isso, a ideia de questionar as estruturas existentes propondo-se mudanças que visem a sua melhoria é mais do que um direito, mas sim, uma obrigação dos agentes estatais e cidadãos.

Este mesmo entendimento também é adotado por França (2016) ao afirmar que o Estado, por definição constitucional, está sujeito a um efetivo sistema de controle externo, exercido por parte do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas no exercício de sua independência institucional, do Ministério Público, da sociedade civil e também do judiciário, bem como da necessidade de zelar pelo seu autocontrole. É destacado pelo autor que a administração pública deve funcionar de forma transparente necessitando para isso de órgãos de controle constituído legitimamente e que atuem de forma harmônica para vigiar, guiar e corrigir as suas condutas.

Acerca das Medidas Provisórias supramencionadas, cumpre destacar algumas considerações sobre as modificações ocorridas no âmbito da legislação brasileira, sem prejuízo do restante do texto legal, considerando o espaço para abordagem e foco da pesquisa. A Medida Provisória nº 926<sup>4</sup> de 20 de março de 2020 altera a Lei nº 13.979/2020 dispendo sobre os procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública do coronavírus.

Dentre as suas disposições, destacam-se, no que se refere a licitações e contratos administrativos, a previsão do art. 4º, o qual prevê

---

4 Até a finalização deste artigo, a última atualização é de que com 59 votos favoráveis, 10 contrários e 1 abstenção, o Plenário do Senado Federal aprovou o projeto de lei de conversão da Medida Provisória (MPV) 926/2020, que trata da flexibilização de regras de licitações públicas enquanto durar a emergência de saúde pública de importância internacional causada pela pandemia de covid-19. O PLV (Projeto de Lei de Conversão) 25/2020 segue para sanção presidencial (SENADO NOTÍCIAS, 2020).

que é dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, incluindo os de engenharia e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, que trata a lei. O parágrafo 3º do referido artigo, dispõe que excepcionalmente será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços ou insumos de empresas que estejam em situação de idoneidade declarada ou com o direito de licitar ou contratar com o poder público suspenso desde que esta seja, de modo comprovado, a única fornecedora do bem ou serviço adquirido.

Por sua vez, o art. 4º-A da Medida Provisória nº 926 versa sobre a aquisição de bens e a contratação de serviços, a qual se refere o *caput* do art. 4º dispondo que estas não são restritas a equipamentos novos, desde que o fornecedor seja responsável pelas plenas condições de uso e funcionamento dos bens. Enquanto que o art. 4º-B do referido diploma legal, elenca que nas hipóteses de dispensa de licitação, presumem-se que estejam atendidas as seguintes condições de ocorrência de situação de emergência; necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; existência de risco a segurança tanto de pessoas como de obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens públicos e particulares e; limitação da contratação à parcela necessária para atender a situação de emergência.

Na sequência, o art. 4º-C tem a previsão de que para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da situação de emergência não será exigida a elaboração de estudos preliminares no caso de tratar de bens e serviços comuns, bem como segundo o art. 4º-D, o gerenciamento de riscos da contratação será exigível tão somente durante a gestão do contrato. Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da situação de emergência, será admitida a apresentação do termo de referência ou projeto simplificado, nos termos do art. 4º-E. Sobre o termo de referência ou projeto, o §1º e seus incisos, bem como os parágrafos 2º e 3º dispõem sobre a sua formatação e requisitos.

Quanto a Medida Provisória nº 961 de 6 de maio de 2020, esta autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, além de adequar os limites de dispensa de licitação ampliando o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, publicado em 20 de março de 2020.

Dentre as suas disposições, destaca-se a previsão do art. 1º, o qual autoriza a administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, a dispensar a lici-

tação nas hipóteses tratadas nos incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, nos limites previstos em lei sendo para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. E para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Ainda, é autorizado o pagamento antecipado nas licitações e contratos desde que represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou propicie significativa economia de recursos. É autorizada também a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462/2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações sendo que o §2º do art. 1º da Medida Provisória nº 961 de 2020 estabelece medidas e cautelas a serem adotadas pela Administração Pública aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual.

Com base na leitura do texto da referida Medida Provisória, denota-se que o seu objetivo é de facilitar a ação dos gestores públicos durante a pandemia considerando que muitos fornecedores diante do cenário vivenciado exigem o pagamento antecipado dos bens ou serviços. Além disso, há produtos que são necessários com maior rapidez, podendo citar como exemplo medicamentos, equipamentos de proteção individual, serviços hospitalares dentre outros. O fato é que se tratando de licitações públicas, não apenas no contexto de pandemia e com as flexibilizações estudadas neste tópico, o controle e a participação dos cidadãos é indispensável sendo que o art. 4º da Lei 8.666/93 dispõe expressamente que "(...) qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos."

Neste contexto, diante das flexibilizações e menor tempo para análise dos processos de licitação, a atividade dos órgãos de controle externo pode tornar-se ainda mais sobrecarregada no momento em que a cooperação interinstitucional, a exemplo do controle social, torna-se fundamental para a sua melhor efetivação.

No que se refere ao controle social enquanto instrumento auxiliar do controle externo, Mileski (2005) entende que o controle social exercido pelos cidadãos não pode ser considerado um fim em si mesmo nem como substituto aos controles internos e externos da administração

pública regulados constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional. O entendimento do autor é no sentido de que o controle social é complementar ao controle público necessitando deste para ser eficaz, bem como ao identificar eventuais irregularidades cabe, por meio de seu efetivo exercício, representar perante a própria administração pública ou ao respectivo Tribunal de Contas.

Com base nestas considerações, entende-se que embora os instrumentos de controle sejam independentes, conforme mencionado anteriormente, denota-se que se não existir um efetivo controle social, os controles interno e externo da administração pública ficam sobrecarregados, o que conseqüentemente acarreta prejuízos não apenas financeiros, mas na quebra de confiança nas instituições públicas devido a ocorrências de fraudes e irregularidades. Contudo, para que o controle social possa ser efetivamente exercido, é preciso que a administração pública seja transparente e cumpra com o dever constitucional de prestar contas.

Além do controle social, outro ponto fundamental para a melhor atuação conjunta entre os agentes controladores da administração pública seria a instituição de um sistema informatizado no qual fosse possível integrar os instrumentos já existentes como é o caso do Licitacon, utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; do sistema de busca de jurisprudência da Corte de Contas; a consulta processual pública do Tribunal de Justiça; os sites de Transparência dos Municípios, Estado e União; dentre outros, possibilitaria maior intercâmbio de informações para o exercício do controle social naqueles dados que fosse possível a divulgação e também com a existência de sistemas internos, como já ocorre no âmbito de trabalho dos servidores destes órgãos.

Especificamente na seara das licitações e contratos administrativos, para o melhor exercício do controle social, destaca-se o exemplo do Sistema Licitacon, desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), o qual é um sistema informatizado destinado ao controle e monitoramento das licitações e contratos administrativos firmados no Estado do Rio Grande do Sul pelos órgãos, poderes e entidades das esferas públicas municipal e também estadual. O sistema disponível através de um site na internet permite o acompanhamento de todas as fases do processo de licitação e também do contrato, permitindo que o interessado acompanhe desde o contrato, a celebração e o encerramento.

É fundamental o destaque de que estas medidas em situações “normais” já são extremamente necessárias para o controle da administração pública e, se tratando de um contexto de pandemia

tornam-se ainda mais necessárias diante da urgência das demandas e tempo para uma resposta por parte do Estado. Com isso, a integração entre os sistemas de controle social, interno e externo é mais do que um meio garantidor do controle dos atos estatais, mas sim, é visto como uma necessidade cada vez mais urgente. Diante do exposto, encerra-se este tópico passando as conclusões, momento no qual serão retomados os principais aspectos analisados e respondido o problema de pesquisa.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo geral investigar de que forma a cooperação interinstitucional dos agentes controladores contribui para o efetivo controle da administração pública brasileira com foco no contexto pandêmico. Para isso, em um primeiro momento, foram descritos os aspectos principais da organização estrutural da administração pública brasileira e sua relação com a iniciativa privada destacando como a ocorrência de condutas ilícitas é fortemente influenciada pela forma que ocorrem estas conexões. A conclusão neste tópico é de que a complexidade existente nesta interconexão entre os espaços público e privado exige uma série de medidas legislativas e de políticas públicas principalmente no que se refere a prevenção e combate a ocorrência de atos ilícitos, o que passa pela via do controle da administração pública.

Por sua vez, no segundo tópico, foram analisadas as formas de controle da administração pública no Brasil e seus possíveis déficits, utilizando-se para tanto de uma abordagem dos aspectos conceituais e legislativos verificando assim a ocorrência de algumas lacunas quando a atuação ocorre de forma isolada. Especificamente quanto ao controle da administração na situação de pandemia, conclui-se que apesar das medidas não se estenderem por um longo período, os reflexos dos contratos firmados terão repercussão a longo prazo, seja pelos serviços ou bens contratados, seja pelo gasto público, motivo pelo qual a cooperação interinstitucional é fundamental.

No terceiro e último tópico, verificou-se em que medida a cooperação interinstitucional das modalidades de controle da administração pública pode suprir tais lacunas com foco no contexto pandêmico. A conclusão específica neste ponto, é de que embora os instrumentos de controle sejam independentes, conforme mencionado anteriormente, de-

nota-se que se não existir um efetivo controle social, o controle interno e externo da administração pública ficam sobrecarregados, gerando prejuízos não apenas financeiros, mas para a estruturação dos regimes estatais como um todo e na confiança depositada nas instituições públicas.

Expostas as principais considerações de cada tópico estudado, passa-se a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: em que medida a cooperação interinstitucional dos agentes controladores contribui para o efetivo controle da administração pública sobretudo no contexto da pandemia? Em síntese, conclui-se que a cooperação interinstitucional agentes controladores é essencial para o controle da administração pública possibilitando suprir as lacunas verificadas quando a atuação de cada órgão é vista de forma isolada, além de possibilitar as trocas de informações e consequente prevenção e combate aos ilícitos administrativos e criminais em face da administração pública.

Desse modo, restou confirmada a hipótese inicial no sentido de que a cooperação interinstitucional não apenas contribui para o efetivo controle da administração brasileira, mas sim, é um pressuposto necessário para a concretização da atividade controladora tendo em conta que as modalidades de controle seja social, interno ou externo, quando vistas de forma isolada não são capazes de abarcar todas as necessidades ocasionando em déficits que, por sua vez, causam prejuízos as instituições públicas. Além disso, em um contexto pandêmico tal como está sendo vivenciado, esta necessidade de cooperação se torna ainda mais necessária considerando o tempo do controle a necessidade de respostas urgentes às demandas sociais.

Acerca dos resultados alcançados com a pesquisa, destaca-se a verificação dos déficits mencionados quando a atuação dos órgãos de controle da administração pública ocorre de forma isolada, o que prejudica o seu efetivo exercício e consequentemente acarreta prejuízos financeiros e organizacionais para o Estado, o que reflete diretamente na forma como os serviços públicos são prestados à sociedade. Com isso, firma-se o entendimento de que entende-se que o controle externo a exemplo do que é exercido pelos Tribunais de Contas, não tem tempo hábil e pessoal suficiente para dar conta de verificar todas as situações sendo que além da formação das redes de cooperação interinstitucionais.

O controle social, de modo mais específico, também é visto como um complemento desta atuação na medida em que o controle externo demanda tempo, o que é escasso devido a velocidade e a necessidade de licitação de bens e serviços ou até mesmo a execução de outros contratos administrativos, principalmente no atual contexto pandêmico. Assim, o

controle social deve ser aperfeiçoado justamente para evitar excessos e irregulares em um momento crítico que a sociedade brasileira e global está enfrentando.

Desse modo, conclui-se o presente trabalho ressaltando que os objetivos geral e específicos foram alcançados, além do problema de pesquisa ter sido efetivamente respondido confirmando a hipótese inicialmente levantada, bem como foram definidas possíveis diretrizes para a solução das lacunas identificadas, o que também possibilita a continuidade desta pesquisa.

## REFERÊNCIAS

BIASON, Rita de Cássia. A Corrupção na História do Brasil: Sentidos e Significados. **Revista da Controladoria Geral da União**. v. 11, n. 19, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm)>. Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 961, de 6 de maio de 2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm)>. Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)



leis/l8666cons.htm>. Acesso em 19 set. 2020.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Controle social**. 2012. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/controle-social>>. Acesso em 19 set. 2020.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. **Enccla divulga ranking da transparência dos Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Legislativo**. 2016. Disponível em: <<http://enccla.camaraleg.br/noticias/enccla-divulga-ranking-da-transparencia-dos-tribunais-de-contas-ministerio-publico-e-poder-legislativo>>. Acesso em 20 set. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Déficits democráticos na sociedade de riscos e (des) caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

MILESKI, Hélio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da lei nº 11.079 de 30.12.2004. **Revista Interesse Público**, ano 6, nº 29, Porto Alegre, jan-fev. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 223, jan/mar. 2001.

PEREZ, Marcos Augusto. **Controle da administração pública no Brasil: um breve resumo sobre o tema**. 2016. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/controle-da-administracao-publica-no-brasil-um-breve-resumo-do-tema/>>. Acesso em 19 set. 2020.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2008.

SENADO NOTÍCIAS. **Aprovada flexibilização de regras de licitações para enfrentar a pandemia**. 2020a. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/16/aprovada-flexibilizacao-de-regras-de-licitacoes-para-enfrentar-a-pandemia>>. Acesso em 30 ago. 2020.

SCHIMIDT, Ramônia. **Imbricações de multiníveis entre burocracia e corrupção na administração pública**: elementos contaminantes. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015.

STARLING, Grover. **Managing the public sector**. The Dorsey Press: Ontario. 1977.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Licitacon** – Sistema de Licitações e Contratos. 2020. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas\\_controle\\_externo/licitacon/apresentacao](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/apresentacao)>. Acesso em 18 set. 2020.

VIANA, Ismar. **Fundamentos do processo de controle externo**. Uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos Tribunais de Contas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019.



# EDUCACIÓN Y SU GARANTÍA EN MÉXICO EN EL CONTEXTO DEL COVID-19<sup>1</sup>

JOSÉ LUIS VALLES LÓPEZ<sup>2</sup>  
ROBERTO LEONARDO CRUZ NÚÑEZ<sup>3</sup>

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, a nivel regional se han realizado muchos esfuerzos para fortalecer la infraestructura en las telecomunicaciones; sin embargo, a pesar de que la región a logrado avances significativos para reducir las brechas de acceso al mundo digital, aún existen una serie de fisuras relevantes en el acceso efectivo a los medios digitales; de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) durante el 2016, acorde al promedio de 14 países de América Latina, “cerca de un 42% de las personas que viven en áreas urbanas tenían acceso a Internet en el hogar, en comparación con un 14% de aquellas que viven en áreas rurales”.<sup>4</sup>

- 1 Proyecto “Derecho procesal convencional de los derechos humanos” del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.
- 2 Actualmente estudia la Licenciatura en Derechos Humanos en el Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad (Cecocise) de la Universidad Autónoma de Chiapas; además, brinda asesoría a organismos públicos en temas relacionados a la seguridad y gobernabilidad. Cuenta con más de 40 años de experiencia en temas de seguridad nacional, desempeñándose en instituciones del Estado mexicano. Contacto: jose.valles06@unach.mx
- 3 Licenciado en Derecho por la Universidad Interamericana para el Desarrollo (UNID). Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Castilla-La Mancha. Maestro en Educación por la UNID. Candidato a Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Estudiante del Master en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha. Técnico académico de la UNACH, adscrito al Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad (CECOCISE). Coordinador de la Licenciatura en Derechos Humanos. Contacto: roberto.nunez@unach.mx
- 4 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización de las

La crisis sanitaria mundial a causa del COVID-19 exacerbó las desigualdades sociales, la inequidad y la exclusión, esto, se puede ver reflejado en el estado actual de la educación; por lo cual, la enseñanza se ha resignificado, al tratar de realizarse desde el confinamiento, con el aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC); estas herramientas siempre han sido una preocupación en la formación de los alumnos, al entender que sirven de gran manera para el ámbito profesional y en las modalidades de aprendizaje.

Incluso, ya existen ejercicios en el anterior sentido, como la enseñanza a distancia o en línea que recurre a estos recursos tecnológicos para generar otra variante pedagógica. Es decir, desde el ámbito de la formación de personas, esta área del conocimiento ya prescribía dos sentidos.

El primero, sobre la inclusión de las TIC en el aula; y el segundo, la posibilidad de ser el canal para formarse. En términos generales, así se encuentra la relación entre tecnología y educación, que incluso es una preocupación constante para quienes se dedican al fenómeno pedagógico.

El contexto de la pandemia, se podría decir, llevó al extremo esta vinculación, al depender de la infraestructura, disponibilidad y sinergia de estos dos elementos. Por lo cual, pedagógicamente, se tuvo que realizar una serie de adaptaciones entre el alumno, docente e instituciones y depender de dispositivos o agentes externos para llevar a cabo el proceso educativo.

El maestro, claro está, modificó la forma de enseñar, al recurrir al uso de internet y la televisión; en ese panorama, adaptó su programa de estudio para cambiar el canal por el cual transmite el mensaje —contenido—; este escenario no representa ninguna complejidad, en apariencia, puesto que se está formando a los infantes en el uso y vinculación con las TIC.

Pero esta perspectiva, implica un cuestionamiento, sobre la posibilidad de que los alumnos puedan acceder a una educación que en teoría, sólo debería cambiar en la modalidad del canal, pero no el contenido y mucho menos en su garantía de acceder a ella.

El presente artículo trata de explorar la situación del derecho a la educación en el contexto de la pandemia por Covid-19 en México, que de entrada ha puesto a prueba el acceso a la salud y que por sus alcances en la vida cotidiana, limita y pone en duda aquellas prerrogativas que excluyen por una desigualdad tecnológica.

---

Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*, CEPAL, UNESCO, 2020, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45904-la-educacion-tiempos-la-pandemia-covid-19>

## DESARROLLO

La educación tiene una pretensión equitativa, en el sentido de ofrecerse a todos los individuos y considerarse como un elemento fundamental y transformador de la sociedad. Muchas veces está asociado a la capacidad de representar igualdad de oportunidades y movilidad social; es decir, ingresar a un nivel socioeconómico en mejores condiciones de donde se creció.

El mundo del trabajo también está determinado en gran medida por el nivel de estudios alcanzado; aunque no siempre es regla general, existe una correspondencia casi proporcional entre la escolaridad con el ingreso y poder adquisitivo de las personas. Incluso, socialmente, se entiende que la educación es un vehículo que beneficia económicamente.

La relación de la educación y su incidencia en la vida de los individuos es relevante, al grado de vincularse con el comportamiento de las personas y la posibilidad de una vida democrática en las sociedades; con lo cual, se puede combatir la peligrosidad del desconocimiento sobre ciertos temas —en el contexto de la pandemia, muchos mitos para “curar” el Covid-19, se valieron de esta circunstancia—.

Las anteriores premisas refuerzan la importancia de la educación en la vida de las personas, que trasciende cualquier simple percepción de su influencia, puesto que es concebida culturalmente como trascendente sin importar región o país: desde la más occidentalizada hasta la cosmovisión de cualquier latitud.

Este panorama y justificación del valor de la educación en la percepción de la mayoría de las personas, no sólo se sustenta en esta serie de premisas, sino que pueden encontrarse en los documentos universales e internacionales de protección a los derechos humanos. Por cual, se presentará la noción que estos importantes textos tienen sobre el acceso a la educación.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 26 se sustenta que:

Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos<sup>5</sup>.

---

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, París. Disponible en <https://tinyurl.com/ybe9hdsn>

En el documento base de los derechos humanos existe una preocupación por esta circunstancia, como parte elemental de la vida de las personas y las implicaciones favorables; sin embargo, sólo se considera a nivel inicial como obligatorio, predilección por los saberes tecnificados, y el acceso a estudios de pregrado sería de acuerdo al mérito; es decir, sólo sería un acceso supeditado a la capacidad cognoscitiva y el individuo estaría formado sólo en lo básico.

Además, en los subsecuentes dos párrafos, se esboza su relación con el desarrollo de la personalidad y su incidencia como instrumento para la prevalencia de una cultura de los derechos humanos; se remarca su vinculación con la posibilidad de una vida democrática, tolerancia religiosa y étnica, respeto entre naciones, que contribuyen directamente a la paz. Asimismo, se esclarece que los padres determinarán el tipo de instrucción que deben recibir los hijos.

Este mismo sentido se puede encontrar en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su numerario 12, en el que se expresa que:

Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado<sup>6</sup>.

La particularidad en esta declaración, radica en que se caracteriza a la educación en una serie de nociones que encajan dentro de la tradición de los derechos humanos y remarcan su importancia para la construcción de la condición humana en autonomía, conducta íntegra y el bienestar común. También especifica situaciones del contexto de la gran mayoría de habitantes del continente americano: la posibilidad que la educación represente mejores condiciones de vida y ubique al ser humano en un rol y sea copartícipe de su sociedad.

En la misma línea que la Declaración Universal, remarca un cierto vacío de obligatoriedad del Estado, donde éste proporcionará forma-

---

6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. Bogotá. Disponible en <https://tinyurl.com/y4he7wo6>

ción en la medida de las posibilidades; asimismo, se considera que existe igualdad de oportunidades —mas no equidad— para todos los sectores, de acuerdo al mérito y deseo de superación.

Por su parte en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, se concibe a esta prerrogativa en el artículo 13, con una mayor preocupación, al considerar que para su ejecución se necesitan de recursos monetarios, al igual que con el tema de la salud:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz<sup>7</sup>.

También hace hincapié a la necesidad de esta garantía para coadyuvar al comportamiento democrático de las naciones, situación que se logra en la medida que la escolaridad de las personas es mayor; existe una correspondencia en los niveles de la calidad de vida con la violencia.

La pandemia del Covid 19, también pone en riesgo, que muchos alumnos se queden sin educación y puedan relacionarse con contextos de la delincuencia y actitudes antisociales que vulneren la gobernabilidad y seguridad de la población a mediano y largo plazo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla en el artículo 3° el derecho a la educación; desde 2013 a 2019 tuvo modificaciones importantes motivadas por intereses políticos y económicos que propiamente educativos; en las modificaciones del año pasado, la obligatoriedad pasó a ser tanto para el nivel básico y medio superior como para el universitario —con algunas condiciones—.

Toda persona tiene derecho a la educación. El Estado —Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios— impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación inicial, preescolar,

---

7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976, Bogotá. Disponible en <https://tinyurl.com/y9e5a9g2>



primaria y secundaria, conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias, la educación superior lo será en términos de la fracción X del presente artículo. La educación inicial es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia.

El panorama mexicano es extenso y ambicioso para la realidad local, además se adapta a ciertos intereses políticos que propiamente educativos; incluso, es más un documento efectivo retóricamente, pero que en la realidad es muy diferente. En la reflexión sobre el derecho a la educación hasta este momento, se podría argumentar que en los documentos internacionales de los derechos humanos, existe de facto, una consideración hacia el Estado que permite que su garantía esté sujeta a las condiciones económicas y contextuales de los países.

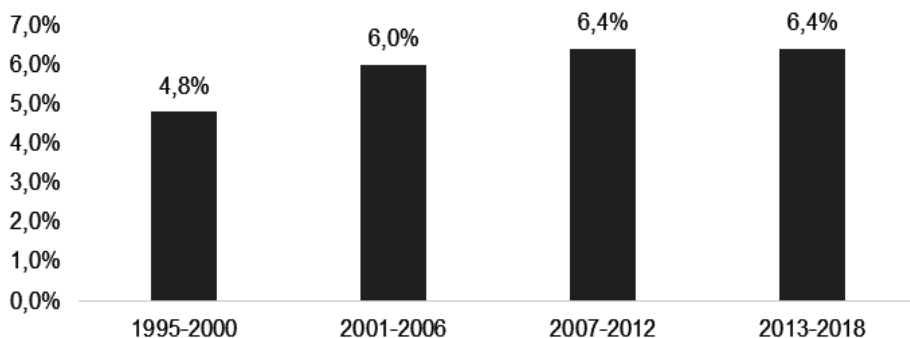
Por lo cual, resulta interesante una reflexión sobre las implicaciones que tiene una prerrogativa de acuerdo común, pero que de antemano se sabe que su cumplimiento implica un gasto considerable. En este resquicio, por las consecuencias y obstáculos de la pandemia por el Covid-19, se pone en riesgo el acceso a la educación de todos los niveles, desde el obligatorio hasta el superior.

Este escenario desfavorable, puede tener dos aristas; la primera —un poco idealista que viene desde el discurso pedagógico— que la educación en la actualidad puede “reinventarse y potenciarse” con la ayuda de las TIC; pero la segunda —más realista y no por ello pesimista—, que el acceso a la educación está en crisis en la mayoría de los países en vías de desarrollo.

México por ejemplo, tiene dificultades para garantizar la educación, por el propio sistema educativo, geografía, dispersión poblacional e intereses sindicales politizados que agobian una transformación pedagógica. Es decir, la garantía del derecho a la educación es tan complejo, que incluye cuestiones del ámbito laboral.

Esta situación es reiterativa en la asignación de recursos en el sector educativo, siendo una condicionante para garantizar la infraestructura que requieren millones de infantes, adolescentes y jóvenes en el acceso a los procesos de aprendizaje en el contexto de la pandemia que exige en mayor medida, la disposición de dispositivos con acceso a internet, que acaban por acrecentar las desigualdades y violentar gravemente el derecho a la educación.

### Gasto en educación por sexenio en México, relativo al PIB.



Fuente: Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, 2019.

El gasto en México de educación en relación al Producto Interno Bruto (PIB), ha incrementado desde inicios de la década de 1990, pero desde el periodo 2007-2012 y hasta el 2018, no aumentó. Esta situación destaca en un escenario donde la infraestructura tecnológica es importante para evitar la desigualdad educativa.

También es necesario precisar que en el monto ha existido aumento; por ejemplo, en 2012 se destinaron mil 25 millones 68 mil 500 pesos corrientes, y en 2018, mil 326 millones 668 mil 800, un incremento del 29%<sup>8</sup>. Sin embargo, hay que considerar la inflación —de bienes y servicios— y la devaluación de la moneda.

Al anterior factor, se debe agregar que el gasto en educación está supeditado en gran medida por el pago de personal y no principalmente a la infraestructura y mejoramiento; por ejemplo, “en 2017, por medio del Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y Gasto Operativo (FONE), se ejercieron 398 mil 619 millones de pesos corrientes, equivalentes a 89.6% de los recursos federales asignados a la educación básica”<sup>9</sup>. Este comportamiento se prescribió para el 2020, donde:

8 Robles, Héctor y Pérez, Mónica (coords.), *Panorama Educativo de México 2018, Indicadores del Sistema Educativo Nacional. Educación básica y media superior*. México, Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, 2019, <https://tinyurl.com/y2hslqbv>

9 Robles, Héctor y Pérez, Mónica (coords.), *Panorama Educativo de México 2018... cit.*, p. 28

La mayoría de los recursos continuarían enfocados a cubrir el gasto corriente; es decir, al pago de nómina, servicios y otros gastos de consumo del sector educativo. Lo anterior, a pesar de las necesidades de infraestructura que supone la Reforma Educativa de 2019 ante la demanda de espacios que implica la obligatoriedad de la educación inicial y la superior, así como el compromiso de mejorar la infraestructura de las escuelas normales<sup>10</sup>.

En este sentido, se puede formular la premisa de que el gasto en educación en México se ha mantenido, pero no crecido y además está destinado a situaciones que no propiamente garantizan el derecho a la educación, igualdad de oportunidades e infraestructura necesaria para cumplir esta prerrogativa fundamental.

Asimismo, previo a la pandemia por el Covid-19, el gasto educativo no era el adecuado para garantizar este derecho y como consecuencia, el escenario actual imposibilita que la formación pueda llevarse de la mejor manera. Se podría contraargumentar este sentido, sobre que la escuela se movió al hogar y los medios necesarios ahora deben ser proporcionados por el núcleo familiar.

Lo anterior podría ser válido y la figura del Estado se excusaría; sin embargo, tampoco, en el caso de México, se consideraría como una generalidad, que en los hogares existe el suficiente poder adquisitivo para acondicionar los enseres necesarios y suplir la imposibilidad de asistir a la escuela.

De hecho, de acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2019, el 76.6% de la población que vive en zonas urbanas en México es usuaria de internet, en contraste con quienes habitan en espacios rurales, donde sólo el 47.7% cuenta con este servicio<sup>11</sup>.

Asimismo, de los hogares del país, el 92.5% tiene televisión, pero únicamente el 44.3% posee una computadora; y 56.4% tiene internet —conexión fija o móvil—. La falta de infraestructura se suma a que de los usuarios mexicanos, 50.1% experimentaron una red de transferencia lenta, 38.6% interrupciones en el servicio y 25.5% información no requerida.

---

10 Martínez Vargas, Thamara, Gasto educativo en el PPEF 2020. Impacto de la Reforma Educativa de 2019. En *Centro de Investigación Económica y Presupuestaria*, 2019, <https://tinyurl.com/yyl22upn>

11 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “En México hay 80.6 millones de usuarios de internet y 86.5 millones de usuarios de teléfonos celulares: ENDUTIH 2019”, 2020, <https://tinyurl.com/y7hkpcw>

Para el caso mexicano —aunque no de manera exclusiva—, lo primero que salta a la vista es su estructura pesada y autoritaria, sostenida tanto por los funcionarios como por algunos docentes. Su actuación ha sido imponer la escuela en casa, antes de preguntarse cómo ofrecer apoyo en esta crisis sanitaria a la población que atiende. La SEP<sup>12</sup> obligó a las familias a estar al servicio de la escuela y no intentaron poner ésta al servicio de la sociedad y su coyuntura. De ahí que el secretario de Educación considere que el derecho de los niños sea alcanzar los aprendizajes esperados, es decir, prescritos por los programas de estudio, y no recibir una educación para sus necesidades presentes<sup>13</sup>.

El panorama de dificultades para garantizar el derecho a la educación o el acto formativo en su relación con los alumnos, está subestimado por las autoridades encargadas de la realidad mexicana. Como establece Sebastián Plá, el enfoque de la escuela fue hacia el hogar, donde sin excusas, se debió garantizar el acceso; en efecto, al Gobierno Federal, sólo le interesa el fin de los aprendizajes, pero se olvida que en el contexto de la pandemia por momentos, el medio es lo más importante antes que el contenido.

Como reflexión personal, la relación del Covid-19 con el escenario escolar está siendo excluyente, discriminatorio, al dar por hecho que la televisión y el acceso a internet se encuentran al alcance de todos. Por ejemplo, la perspectiva habitual de los burócratas de la educación obligatoria, contempla la ubicación e infraestructura comunicativa de la escuela, pero se olvida de las implicaciones para quienes habitan lejos del centro escolar y tienen otras limitaciones para sustituir a la clase tradicional.

En el caso de México, podemos reconocer el esfuerzo inédito, en términos de oportunidades de aprendizaje, que la SEP ha emprendido de manera reciente en la educación básica, con la intención de que el alumnado pueda avanzar en su proceso formativo y, verdaderamente, hay que aplaudir la rápida respuesta de las autoridades educativas, así como los extraordinarios e intensos esfuerzos que los maestros, padres de familia y los mismos estudiantes están desplegando. Sin embargo, las dos opciones instauradas con respecto a “Aprende en casa”, en línea y en televisión (en varias cadenas), no sólo van a impedir alcanzar los objetivos de aprendi-

---

12 Secretaría de Educación Pública.

13 Plá, Sebastián, La pandemia en la escuela: entre la opresión y la esperanza. En *Pandemia y Educación*. México: UNAM, 2020, <https://tinyurl.com/y4sonuah>, pp. 32-33.

zaje previstos en los planes y programas de estudio, sino que van a reflejar —y ya lo están evidenciando— una de las caras de las desigualdades sociales, económicas y culturales del país<sup>14</sup>.

La pandemia por el Covid-19 en efecto —desde la perspectiva personal—, está cuestionando a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); vulnerando el acceso a miles de personas a la educación, salud, trabajo, vida digna, alimentación, seguridad social, etcétera.

El desarrollo tecnológico de la humanidad es asombroso e incuestionable, cada vez más dispositivos son capaces de hacer la existencia más cómoda e interactuar de manera simultánea. Pero en el sistema económico de la mayoría de los países y las estructuras de poder, sobreponerse o solucionar la dificultad de no asistir a la escuela, está supeditada al poder adquisitivo del núcleo familiar que puede vulnerar drásticamente a las personas.

De manera general, los DESC son los que se encuentran en crisis en la actualidad; los cuales, aún están en una fase de disponibilidad relacionada con los recursos del Estado. Por ende, la educación es una prerrogativa que está en crisis; en un escenario sin pandemia su cumplimiento era cuestionado e incompleto; en el presente, su carencia y exclusión está en incremento.

En el contexto de Chiapas, uno de los estados más pobres del país, la estrategia de la SEP resulta inadecuada, al tratar de solucionar la dificultad del acceso a internet y televisión, con radio, libros de texto y cuadernillos. Las autoridades educativas mexicanas pueden argumentar que están solucionando las problemáticas, pero excluyen a quienes por el momento, no pueden acceder a la educación gratuita por los medios digitales que pueden representar una menor vulneración.

Las últimas dos opciones [libros de texto y cuadernillos] parecen ser la única alternativa para más de medio millón de estudiantes en Chiapas que habitan en zonas rurales e indígenas, porque acá, el “apagón analógico” de 2016 dejó sin señal de televisión abierta a prácticamente toda la población que vive fuera de las cuatro principales ciudades del estado<sup>15</sup>.

---

14 Ducoing Watty, Patricia, Una expresión de la desigualdad en educación básica durante la emergencia sanitaria: el caso de una alumna, 2020. En *Pandemia y Educación*. México: UNAM, 2020, <https://tinyurl.com/y4sonuah>, p. 56.

15 Mariscal, Ángeles. Sin tecnología para regreso a clase en zonas rurales de Chiapas. México: Chiapas Paralelo, 2020, <https://tinyurl.com/y3nfx8xn> párr. 6.

La educación en México a pesar de tener tasas de asistencia considerables, aún tiene deficiencias en ciertos grupos poblacionales y niveles educativos; por ejemplo, en 2015 la tasa de asistencia de los infantes de 6 a 11 años —primaria— fue de 97.7%; mientras que los de 12 a 14 años —secundaria—, fue de 93.3%; en contraste, se encuentran los menores de 3 a 5 años —prescolar—, de los cuales sólo el 63% asiste a la escuela, y de los jóvenes de 15 a 17 —media superior—, donde el 73.2% únicamente recibe educación<sup>16</sup>.

La educación es un derecho humano fundamental, esencial para ejercer los demás derechos de los que somos titulares las mujeres y los hombres de este planeta. Es un bien social y público, no comercializable, de amplio valor en la sociedad. Y la educación, en todos sus niveles y tipos educativos, se ha visto violentada, paralizada, encarada y retada en el contexto de la pandemia de Covid-19 que afecta al mundo. Por ello, la institución escolar y todos los integrantes de las comunidades educativas... enfrentan retos y tensiones inéditos que se suman a los que, en la heterogénea desigualdad y la injusticia de este mundo, se venían arrastrando o mostraban atraso en su cumplimiento, como los objetivos de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas<sup>17</sup>.

Como bien sugiere Lourdes Chehaibar, la educación es fundamental para los seres humanos; de la cual depende ejercer los demás, en el sentido de que educarse hace que las personas conozcan sus libertades y la importancia de vivir en una cultura de paz, de acuerdo a una serie de planteamientos que abonan al respeto e igualdad entre los individuos.

Los efectos colaterales de no garantizar la educación en los tiempos de pandemia, podrían vincularse con graves violaciones a los derechos humanos, tanto de los alumnos, como aquellos que están a su alrededor. Una sociedad que prescinde de la importancia de la formación, está prescrita a integrar a una serie de individuos que no estarán sensibilizados en respeto de sus semejantes y conocimiento de sus libertades.

La autora también coincide en el fenómeno de la desigualdad y su relación para que muchos estudiantes se encuentren excluidos de inscribirse, por los obstáculos que está presentando estudiar en modalidades

---

16 Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, *La Educación Obligatoria en México. Informe 2019. Tablas, gráficas y figuras*, México, 2020, <https://tinyurl.com/y26tntzt>

17 Chehaibar, Lourdes, “Flexibilidad curricular. Tensiones en tiempos de pandemia”, en *Pandemia y Educación*, México: UNAM, 2020, <https://tinyurl.com/y4sonuah> p. 83.

que exigen un equipamiento que en ocasiones ni la propia escuela cuenta y mucho menos en los hogares.

De acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) a inicios de agosto, 24 millones de alumnos en el planeta de todos los niveles educativos, abandonarían la escuela. De hecho, el propio Banco Interamericano de Desarrollo, indicó que por la cancelación de clases existirían afectaciones en los aprendizajes, absorción escolar a tiempo, continuación de estudios y deserción<sup>18</sup>.

En este mismo sentido y conforme a la propia SEP, a inicios del mes mencionado, calculaba que cerca de 2 millones y medio de alumnos habían dejado la escuela completamente, después del inicio de confinamiento en México a partir de marzo<sup>19</sup>. La respuesta del Gobierno Federal fue crear alianzas con televisoras privadas para transmitir contenido por varios canales; aunque su efecto está por evaluarse, lo que es una realidad es su exclusión. Algunas escuelas, también representan el acceso a la alimentación de muchos niños, al brindarles este servicio, que por la circunstancia actual se vería afectado.

## CONCLUSIONES

El derecho a la educación en México se garantiza en la modalidad primaria y secundaria; puesto que en preescolar, bachillerato y superior no son una realidad para los menores de 3 a 5 años, adolescentes y jóvenes que buscan tener una mejor calidad de vida.

Este panorama se complicó con la situación de la pandemia; en los tres niveles históricamente desatendidos se acentuó; no obstante, también tuvo sus consecuencias con el nivel básico, puesto que en México, en estos grados, la presencia de las TIC no es determinante y la educación tradicional predomina.

El Gobierno Federal, diseñó estrategias de “inclusión tecnológica” en la pandemia, donde responsabilizó de este proceso al núcleo familiar, quien tuvo que modificar o adaptar el hogar para la televisión e internet; en un contexto donde el país aún presenta índices bajos de conectividad que vulnera a los estudiantes.

---

18 Salinas Maldonado Carlos, La crisis del coronavirus obliga a desertar a 2,5 millones de estudiantes mexicanos, México: El País, 2020, <https://tinyurl.com/yxlpvvt>

19 *Ibid.*

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conciben que el Estado mediante sus posibilidades, debe garantizar el acceso a la educación; donde se observa en este contexto de emergencia sanitaria, que no se ha hecho lo suficiente para sustentar esta prerrogativa. En el caso de México, a pesar de que se considera obligatoria para todos los niveles, sólo es un plan retórico, pero no práctico.

La falta del derecho a la educación nos vulnera como sociedad, puesto que su relación con la cultura de la paz y la vida democrática, es indisoluble; su ausencia en la cotidianidad de las personas, puede ocasionar que la violencia o conductas antisociales y violaciones a las libertades fundamentales se presenten en el mediano y largo plazo.

Chiapas es una de las entidades más pobres de México; de acuerdo a datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), en la última medición de 2018, 4 millones 174 mil 600 habitantes se encuentran en pobreza, es decir, el 76.4%; y millón 623 mil en pobreza extrema (29.7%); además, 29.2% cuenta con rezago educativo.

Con datos más actuales a 2015, 14.84% de la población de 15 años o más es analfabeta; 6.9% en edad de asistir a la primaria y secundaria no lo hace; y 53.25% de los pobladores de 15 años y más tiene una educación básica incompleta. El grado de rezago social es Muy Alto, ocupa el lugar número tres en este indicador a nivel nacional.

## REFERENCIAS

Chehaibar, Lourdes, “Flexibilidad curricular. Tensiones en tiempos de pandemia” *Pandemia y Educación*, México: UNAM, 2020. ISBN: 978-607-30-3220-9, <https://tinyurl.com/y4sonuah>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*, CEPAL, UNESCO, 2020, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45904-la-educacion-tiempos-la-pandemia-covid-19>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México, <https://tinyurl.com/ybhwsmyh>



Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Bogotá, Disponible en <https://tinyurl.com/y4he7wo6>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, París, <https://tinyurl.com/ybe9hdsn>

Ducoing Watty, Patricia, “Una expresión de la desigualdad en educación básica durante la emergencia sanitaria: el caso de una alumna, 2020”, *Pandemia y Educación*. México: UNAM, 2020. ISBN: 978-607-30-3220-9, <https://tinyurl.com/y4sonuah>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “En México hay 80.6 millones de usuarios de internet y 86.5 millones de usuarios de teléfonos celulares: ENDUTIH 2019”, 2020, <https://tinyurl.com/y7hkpcw>

Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, *La Educación Obligatoria en México. Informe 2019. Tablas, gráficas y figuras*, México, 2020, <https://tinyurl.com/y26tntzt>

Mariscal, Ángeles, Sin tecnología para regreso a clase en zonas rurales de Chiapas, México: Chiapas Paralelo, 2020, <https://tinyurl.com/y3nfx8xn>

Martínez Vargas, Thamara, “Gasto educativo en el PPEF 2020. Impacto de la Reforma Educativa de 2019”, *Centro de Investigación Económica y Presupuestaria*, 2019, <https://tinyurl.com/yyl22upn>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976, Bogotá, <https://tinyurl.com/y9e5a9g2>

Plá, Sebastián, La pandemia en la escuela: entre la opresión y la esperanza. En *Pandemia y Educación*. México: UNAM, 2020, ISBN: 978-607-30-3220-9, <https://tinyurl.com/y4sonuah>

Robles, Héctor y Pérez, Mónica (coords), Panorama Educativo de México 2018, Indicadores del Sistema Educativo Nacional. Educación básica y media superior. México, Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, 2019, S/ISBN, <https://tinyurl.com/y2hslqbv>

Salinas Maldonado Carlos, La crisis del coronavirus obliga a desertar a 2,5 millones de estudiantes mexicanos, México: El País, 2020, <https://tinyurl.com/yxlxpuvt>

# LA DEMOCRACIA COMO DERECHO PÚBLICO INCONDICIONADO Y LA AGENDA INTERDISCIPLINAR PENDIENTE

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE<sup>1</sup>

## I. A MANERA DE LÍNEAS INTRODUCTORIAS.

Actualmente se observa en Latinoamérica que es parte de una dinámica propia de los procesos históricos en los cuales se producen movimientos de avances y retrocesos, de flujos y reflujos, que permiten pensar que la marea conservadora que actualmente asola a la región puede ser superada por una nueva onda de luchas y triunfos democráticos orientados a la consolidación de conquistas importantes en el ámbito de la participación ciudadana en torno de cuestiones sociales, ambientales y culturales.<sup>2</sup>

---

1 Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Colombia). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (Colombia). Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Autor y coautor de libros y tratados en Derecho Constitucional y Administrativo. CoDirector los Códigos Penales comentados de Ecuador, Colombia y Chile. CoDirector de los Tratados: Lavado Activos, Técnicas de Litigación Oral Estratégica y Derecho Probatorio. Ponente nacional e internacional. kimblellmen@outlook.com.

2 DE LA CUADRA, Fernando y PAREDES, Juan Pablo. *Las amenazas y desafíos de la democracia*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://scielo.conicyt.cl/>

No obstante, resulta imperativo dejar constancia que las referidas idas y venidas no pueden ser materia del albur, desidia o providencia. Por ende, la democracia precisa contar con una estrategia para su defensa, desarrollo, consolidación. La misma debe contar con una visión integral, interdisciplinaria, aplicativa. Y es que no se puede actuar frente al nuevo escenario que vivimos. La contemporaneidad que reviste nuestra democracia nos sitúa ante un reto al que no podemos evadir.

En ese sentido, en la presente entrega asumimos el respectivo compromiso, planteando y desarrollando en tres aspectos estratégicos, a saber: amenazas, salvaguardas y desafíos.

## II. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR DEMOCRACIA?

Se trata de concebir la democracia como un régimen político construido por determinados actores (ciudadanos activos y efectivos, sociedad civil y sistema de partidos), dentro de determinados marcos institucionales (sistema electoral, sistema político, ley de partidos) y en determinadas condiciones (desarrollo económico, estado consolidado y nación).<sup>3</sup>

Y es que, además apreciamos una crisis de la democracia de naturaleza *sui generis*. Ello, en tanto, que la misma se llega a considerar como tal por la mera plasmación de la garantía elecciones libres.

## III. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA DEMOCRACIA?

Sostener y defender la vigencia, desarrollo y consolidación resulta tener una capital quintaesencia. Antes de pasar a explicar, consideramos pertinente precisar que la democracia no es lo mejor, pero es lo mejor que tenemos. Ello, en tanto que el ser humano abraza una naturaleza antidemocrática, al actuar basilarmente en atención a dos consideraciones: la jerarquía y la territorialidad.

Así, nuestra especie es jerárquica y territorial; toda especie jerárquica y territorial no es igualitaria, la democracia es igualitaria; lo único

---

pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00005.pdf. Manizales, 2017, p. 5.

3 LÓPEZ JIMÉNEZ, Sinesio. *Democracia y gobernabilidad: actores, instituciones y condiciones*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd\\_20.pdf](http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd_20.pdf). Lima, 2006, p. 15.

que es normal a nuestra especie es mandar o someterse, pero sentirse igual a los demás, o decir ‘todos vamos a ser hermanos,’ demanda tal esfuerzo y el ser humano ha tenido tal repugnancia a esforzarse y a responsabilizarse.<sup>4</sup>

Como señalamos, la democracia abraza beneficios, verbi gratia: i) Reduce la corrupción, ii) Acceso a la información pública, iii) Sociedad colaborativa, iv) Democracia directa, Democracia deliberada, v) Inclusión, igualdad y no discriminación, vi) Modernización del Estado.<sup>5</sup>

#### IV. LA DEMOCRACIA COMO COMO DERECHO PÚBLICO INCONDICIONADO

Los ideales de libertad, dignidad e igualdad que se significan como principios morales en la historia de la sociedad, son de naturaleza inviolable, independientemente del reconocimiento que en cada nación les otorgue el Derecho positivo. A partir de este reconocimiento, puede afirmarse que constituyen un patrimonio común de la humanidad y son, por tanto, parámetro del Estado de Derecho en democracia.<sup>6</sup>

Sin embargo, sostenemos que la democracia es un derecho fundamental y que la misma abraza a su vez diversos derechos fundamentales que no se encuentran sujetos a condición alguna, tales como: la igualdad, libertad de expresión, a la protesta o huelga, entre otros; cuyo ejercicio corresponde a la esfera pública de la persona. En consecuencia, se colige la naturaleza pública de la democracia entendida como derecho.

---

4 VARGAS LUZA, Christian Michael. **¿Cuán importante es conocer la naturaleza del ser humano para el derecho?**. Citando a Marco Aurelio Denegri. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://lpderecho.pe/cuan-importante-conocer-naturaleza-ser-humano-derecho-christian-michael-vargas-luza/>. Lima, 2020.

5 FORD, Elaine. *El reto de una democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://www.kas.de/documents/269552/269601/El+reto+de+la+democracia+digital+hacia+una+ciudadan%C3%ADa+interconectada.pdf/3c571428-98b1-c3b7-c47c-63cc5fb715ef?version=1.2&t=1574964153718>. Lima, 2019, pp. 48- 52.

6 ALCARÁZ HERNANDEZ, Silvia. *La incondicionalidad de los derechos humanos en los tiempos actuales*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17160/15369>. Coyoacán, 2007, p. 185.

## V. ACERCA DE LAS AMENAZAS

### 5.1. VIOLENCIA FUNDAMENTALISTA

La democracia se ha visto atacada por expresiones cada vez más recurrentes de violencia fundamentalista y de grupos que siembran el terror en todo el planeta. La contraparte de dicha violencia se manifiesta en un estado de miedo permanente de los ciudadanos y violaciones a los derechos humanos como parte de un estado de seguridad o de excepción implementado por los gobiernos de muchos países, configurando un panorama de restricción de los derechos civiles y políticos y de la aplicación de comprobada violencia física y simbólica entre los miembros de numerosas minorías y comunidades que habitan en esos territorios.<sup>7</sup>

### 5.2. REFORMAS LEGISLATIVAS A LA CARTA

Apreciamos la peligrosa como recurrente modalidad del Poder Legislativo, de legislar con una clara orientación de intereses partidarios, de grupos de poder, en favor de la impunidad, entre otros.

### 5.3. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Al respecto, es de mencionar las Estadísticas sobre Femicidio que reporta el Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e integrantes del Grupo familiar. Y las mismas arrojan un total de 66 casos registrados hasta el 30/06/20.

### 5.4. AUTOCRACIA CONTEMPORÁNEA

La actual crisis de la democracia a escala global puede distinguirse de anteriores olas de retrocesos democráticos. En la mayoría de los casos, los quiebres provienen de líderes políticos surgidos de elecciones, que intentan concentrar el poder deteriorando los sistemas institucionales, más que de golpes de Estado tradicionales. Por eso resulta importante pensar una metodología dinámica para identificar y caracterizar estas tomas graduales del poder.<sup>8</sup>

---

7 DE LA CUADRA, Fernando y PAREDES, Juan Pablo. *Ob. Cit.* P. 7.

8 GÜLBOY LAEBENS, Melis. *Enemigos internos: democracia y amenazas de autocracia*.

Al respecto, tenemos que deplorar acciones como las del grupo islámico, que incluso llegaron hasta el extremo de televisar sus actos de extrema violencia, donde se podía apreciar cómo es que acaban con la vida de no pocas personas.

**5.5. Los regímenes totalitarios.** En este punto tenemos que hacer referencia a los que tienen presencia en Estados como Corea del Norte, Venezuela, China, por citar algunos. Demás está apostrofar que en los mismos coexiste una sistemática vulneración de derechos fundamentales, lo que de manera colateral erosiona gravemente a la democracia.

## **5.6. HABITANTES Y NO CIUDADANOS**

El presente acápite se torna capital, en tanto que antes de iniciar la materialización del resultado que arroje el diagnóstico situacional, amerita que la misma sea enfocada hacia la efectiva materialización o fortalecimiento de la democracia. Además, con la prelación y énfasis que corresponda a su naturaleza.

Este punto preocupa sobremanera, en razón a que en *strictu sensu* los peruanos no tendríamos ciudadanía, sino únicamente tendríamos la calidad de habitantes.

Ello se desprende de lo sostenido por Moisés Naim cuando lo afirma acotando que al menos 75% de la población económicamente activa (PEA) viviendo en la informalidad, es inevitable cuestionar si los peruanos entendemos la diferencia. Los primeros moran, usufructúan, lidian con el día a día. Los segundos ejercitan sus derechos y cumplen sus responsabilidades; cooperan y trabajan pensando en su tierra y su descendencia. Tal como en la década pasada, y la pasada, y así. Somos una república en lo formal, pero vacía en contenido.<sup>9</sup>

## **5.7. INSTITUCIONALIZACIÓN E INFRAESTRUCTURA**

En un país como el nuestro, donde la informalidad y la falta de carreteras se manifiesta de manera muy marcada, deviene en imprescindible su fomento y fortalecimiento. Dichas temáticas no resultan menores e incluso van más allá del periodo de emergencia sanitaria.

---

tización. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://nuso.org/articulo/enemigos-internos-democracia-y-amenazas-de-autocratizacion/>. Buenos Aires, 2019,

9 GARRIDO KOEHLIN, Juan José. *En deuda con el país*. Diario El Comercio. 2020, Lima, p. 23.

Ello, en tanto que en el reporte del Foro Económico Mundial, publicado en el 2017, aparecemos en el puesto 129 sobre 137 países estudiados ocupamos en el marco institucional el puesto 116 y el puesto 111 en infraestructura general.<sup>10</sup>

## 5.8. POPULISMO

Un fenómeno que se viene suscitando entre los políticos y gobiernos de turno es el “arte” de impresionar cual espejismo, ya sea, mediante de una simple declaración o dación de una política de Estado.

Este populismo se aplica con finalidad distinta, extranjera a la democracia, pues, su objetivo es más bien distraer la atención o reclamo de la población, además, de buscar un beneficio político, económico o de poder, principalmente.

## 5.9. PODER ILEGÍTIMO

A cualquier nivel en el que operan, el objetivo general de aquellos que buscan ejercer la autoridad ilegítima no es solo ganar más, aunque este interés es primordial; también buscan 1) paradójicamente, proporcionar un nuevo tipo de legitimidad para un sistema alternativo que están armando y que gestionan ellos enteramente; y 2) demoler nociones tales como el interés público, servicio público, Estado del Bienestar y el bien común, a favor de mayores ganancias corporativas en términos tanto de dinero y poder como de reglas hechas a medida de los propósitos corporativos. En último término, pueden sustituir “de, por y para la gente” por “de, por y para las trasnacionales”. Para los ciudadanos y ciudadanas que valoren la democracia, ignorarles es un peligro.<sup>11</sup>

## 5.10. REDES SOCIALES

En octubre de 2018 The Omidyar Group publicó el artículo titulado: *Is Social Media a Threat to Democracy?*, donde se recogen y plan-

---

10 GARRIDO KOECHLIN, Juan José. *Elijamos nuestras prioridades*. En línea: Recuperado en fecha 28/09/20 de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/anemia-elijamos-prioridades-juan-jose-garrido-koechlin-noticia-ecpm-655200-noticia/>. Lima, 2019.

11 GEORGE, Susan. *El ascenso del poder ilegítimo y la amenaza a la democracia*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://www.tni.org/files/download/el-estado-de-las-corporaciones\\_s\\_george\\_tni\\_fuhem\\_ecosocial\\_jun14.pdf](https://www.tni.org/files/download/el-estado-de-las-corporaciones_s_george_tni_fuhem_ecosocial_jun14.pdf). Madrid, 2009, p. 15.

tean las cuestiones clave del porqué las redes sociales son una amenaza para nuestra democracia. Las mismas ponen en entredicho los principios fundamentales de nuestras democracias, esto es, la confianza, la información, el diálogo, un sentido compartido de la realidad, el consentimiento mutuo y la participación, ya que por lo visto las redes sociales no tienen nada de inocente en cuanto a manipulación política. El problema parte de las características y atributos de las redes sociales y de su principal objetivo empresarial, retener y monetizar la atención pública. Los resultados de estos objetivos tienen como resultado consecuencias no deseadas y que ponen en peligro la credibilidad de nuestras democracias y que el artículo agrupa en torno a los siguientes puntos: i) Las cámaras de eco, polarización e hiper partidismo, ii) Difusión de información falsa y/o engañosa, iii) Conversión de popularidad en legitimidad, iv) Manipulación por parte de líderes «populistas», gobiernos y actores marginales, v) Captura de datos personales y mensajes/publicidad dirigidos, vi) La interrupción de la plaza pública.<sup>12</sup>

## VI. SOBRE LAS SALVAGUARDAS

### 6.1. DEMOCRACIA DIGITAL

Se entiende por democracia digital o e-democracia poner Internet y la tecnología al servicio de la ciudadanía, para que contribuyan en la consolidación del sistema democrático.<sup>13</sup>

Respecto de las condiciones para la democracia digital, tenemos: i) Democracias consolidadas, ii) Alta penetración de la banda ancha, iii) Economías en crecimiento, iv) Mayor oferta y demanda de TIC, v) Una ciudadanía más activa.<sup>14</sup>

Resulta imperativo abordar los casos emblemáticos de ciudadanía movilizada. Así tenemos, que el éxito de las redes sociales se debe a la penetración de Internet, específicamente de Internet móvil, algo que aumentará en los próximos años. Esto se traduce en un notorio incremento de personas que

---

12 GONZALO PENELA, Carlos. **¿Las redes sociales son una amenaza para la democracia?**. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://www.carlosgonzalo.es/redes-sociales-amenaza-para-la-democracia/>. Barcelona, 2018.

13 FORD, Elaine. *Ob. Cit.* p. 33.

14 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 43- 49.



podrán acceder a las redes y así informarse y expresarse libremente. Respecto de los mismos podemos citar: i) Caso “La Repartija” (2013), ii) Caso “Ley Pulpín” (2014), iii) Caso #NiUnaMenos (2016), iv) Caso #FueraChavarry (2018-2019).<sup>15</sup>

## 6.2. GOBERNANZA PARTICIPATIVA

La gobernanza, esto es, la asunción de políticas de Estado arribadas luego de la previa participación de la administración pública y la ciudadanía; se constituye en capital.

Sin embargo, postulamos que dicha gobernanza no resulta suficiente. Ello, en razón a que lo que se precisa es más bien una activa participación de la ciudadanía, esto es, de manera proposicional, de iniciativa propia, que no sea reactiva a la espera de la eventual convocatoria estatal pata tales efectos.

## 6.3. INTEGRALIDAD

Una frase que repiten constantemente los defensores de la democracia es que la democracia es más que las elecciones. Un verdadero sistema democrático incluye otra serie de controles y contrapesos que aseguran la libertad y la adaptación con el paso del tiempo, como la libertad de prensa, los tribunales independientes, las protecciones legales para las minorías, una oposición sólida y grupos de la sociedad civil libres.<sup>16</sup>

## 6.4. CORRUPCIÓN GENERALIZADA EN GRADO SUMO

Comúnmente se conviene y entiende que la corrupción, por un lado y la democracia, como el orden o sistema jurídico establecido, por otro, se encuentran en las antípodas, inconciliablemente extrapolados, puesto, que no guardan relación de correspondencia. Que no pueden ser concatenables inversamente, en extremo alguno.

Ante todo, hacemos mención de la democracia y al Estado Constitucional de Derecho, en razón a que es lo que contamos en el Perú, es lo vigente (en desmedro del otrora Estado de Derecho).

---

15 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 62- 75.

16 PUDDINGTON, Arch y ROYLANCE, Tyler. *Populistas y autócratas: la doble amenaza para la democracia global*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW\\_2017\\_Overview\\_Essay\\_SPANISH.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW_2017_Overview_Essay_SPANISH.pdf). Washington, DC. 2020, p. 6.

Sin embargo, como veremos más adelante, sostenemos que es perfectamente viable entender y utilizar el impacto de dicho grado de corrupción como agente generador de salvación, redención o renacimiento desde las cenizas.

Transparencia Internacional define la corrupción como el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados. Esta definición incluye tres elementos: i) El mal uso del poder, ii) Un poder encomendado, es decir, puede estar en el sector público o privado, y iii) Un beneficio privado, que no necesariamente se limita a beneficios personales para quien hace mal uso del poder, sino que puede incluir a miembros de su familia o amigos. En síntesis, la corrupción es una dolencia universal, globalizada, diríamos hoy día, que resquebraja el sistema, tanto en lo público, como en lo privado.<sup>17</sup>

A modo de antecedentes relacionados, podemos mencionar basilarmente: el origen del establecimiento de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Corte Penal Internacional (1998), ante los abusos y atrocidades cometidos en la Segunda Guerra Mundial, por los delitos de guerra cometidos por Alemania y Japón.

Y es que cuando acontecen hechos tan chocantes o dramáticos, vulneraciones hiper dantescas como impares (que tocan fondo), la respuesta de la población, de los organismos internacionales de derechos humanos y sus Estados miembros, finalmente es en el sentido de levantar unánimemente su voz de protesta y la esperada actuación en consecuencia. Entonces, no necesariamente se debe entender como un triunfo inobjetable como inmutable de la gran corrupción, pues, lo lógico que corresponde es la reacción, pero en sentido contrario, combatiéndola.

Dicha reacción, aunque a veces tardía, es equiparable a un golpe o asalto a la conciencia, a la reflexión, a la reparación de lo ocurrido. Una llamada de atención a lo que tal vez en su momento no se hizo, es decir, repudiar, protestar, por los hechos que a mansalva destruyeron la institucionalización en todo orden.

Por ello, sostenemos que ante la eventualidad de una corrupción generalizada del más alto grado, el efecto contrario no tardaría en manifestarse, en defensa del respeto y vigencia de la democracia y al Estado constitucional de derecho, literalmente salvándolos.

No obstante, huelga dejar constancia, que la idea no es necesariamente esperar a que la corrupción termine desolando todo a su paso,

---

17 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Manifestaciones y factores que intervienen en la corrupción*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <http://hernanolano.blogspot.pe/2011/09/manifestaciones-y-factores-que.html>. Bogotá, 2011.

para recién ahí expresar la indignación y poner manos a la obra en su contra, en defensa de las referidas como pilares instituciones.

## VII. DESAFÍOS

### 7.1. SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En principio, el mismo aterriza basilarmente en la urgente necesidad de contar con una administración de justicia libre de todo sesgo, corrupción. Ello, a propósito de lo acontecido por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura y que actualmente ha sido reemplazado por la Junta Nacional de Justicia.

En segundo término, amerita contar con la implantación del Estado de Justicia. Dejamos expresa constancia, que ciertamente no podría lograr satisfactoriamente sus fines, en tanto que el mismo se ajusta a unimismancia del sistema jurídico imperante, esto es, del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no puede ser equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta constitucional, pero injusta.

<sup>18</sup>Fundamentamos lo referido en los siguientes términos:

En primer lugar, a la Justicia Legal se le suele denominar de dicha manera, en razón a su abrace de conformidad a lo estipulado en la norma legal respectiva, esto es, cuando en sede judicial o administrativa se decide ajustándose a lo contemplado exclusivamente en la ley de la materia, para el caso concreto. O que también se invoque el otorgamiento de un derecho establecido en el texto expreso de la ley.

Seguidamente, se tiene en la Justicia Constitucional una definición que observa estrictamente los postulados de la Constitución Política. Entonces, queda claro que este tipo de justicia no es equiparable a la justicia legal.

A continuación, la Justicia Convencional es a la que se arriba tomando como premisa lo juridizado en la Convención Americana de Derechos Humanos: Su alcance o cercanía a la justeza es superior a la que ofrecen la justicia legal y la constitucional.

Luego, es de verse el significado de la Justicia Restaurativa se encuentra relacionado al espíritu que la restauración contempla para los sujetos

---

18 TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?*. En línea recuperado en fecha 28/09/20 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Lima, 2018.

ofendidos o agraviados. Si bien restaura a la totalidad de ofendidos o perjudicados, no necesariamente se le otorga lo que le corresponde a la víctima, sino, lo que subjetivamente considere la misma para quedar o saberse restaurada.

No pocas veces el alto contenido emocional, hace que lo que precise el ofendido, sea básicamente el otorgamiento de las sinceras como sentidas disculpas y satisfacciones del ofensor, con cargo de no volver a incurrir en la correspondiente ofensa u agravio. Con ello, la víctima se vería en cierta forma, por satisfecha. Entonces, la justicia restaurativa arriba a un peldaño más arriba que la justicia legal, constitucional y convencional.

Finalmente, tenemos a la Justicia, a la justicia propiamente dicha, la única equiparable a la legitimidad, a la justeza. Este tipo de justicia es a la que se refiere con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló al respecto: “La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”.

Así, la justicia no puede ser equiparable a la justicia restaurativa, ya que, a diferencia de esta última, la carga o necesidad emocional no se plasma, debido a que si el ofensor la robó al ofendido diez cabezas de ganado, pues, será justo o de justicia, que el ofendido reciba del ofensor el número completo y calidad (características) de lo robado y en extremo alguno, unas disculpas que puedan hacer las veces de bálsamo reductor del número y naturaleza de lo robado.

Que no se nos malentienda, ya que no estamos en contra, demonizamos, rebajamos o desmerecemos a la justicia restaurativa, solo la comparamos con la justicia. Entonces, queda demostrado que la justicia, no es igual y es a la vez muy superior a la justicia legal, constitucional, convencional y restaurativa.

No obstante, es preciso dejar constancia que en *strictu sensu*, la única justicia válidamente existente, es la justicia propiamente dicha o justicia verdadera. Y es que, no se trata de erradamente pretender otorgar mayor significancia o supremacía utilizando nombres rimbombantes para “crear” diversos tipos de justicia, cuando la justicia es una sola, dicho de otro modo, la última de las analizadas.

A propósito, cabe hacer mención de la marcada gradualidad ascendente entre: legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, restauratividad y justicia.

Para concluir y en mérito a lo desarrollado, colegimos que a lo que debemos aspirar como único norte inquebrantable e innegociable; es a la mención, defensa y plasmación de la justicia propiamente dicha, esto es, a la legitimidad, a la justeza, es decir, a la justicia verdadera.

No obstante, sostenemos que no necesariamente tenemos que esperar a que algún día se encuentre el ansiado Estado de Justicia, puesto que desde ya podríamos abrazarlo premuniéndonos del principio de legitimidad.

## 7.2. PÍRRICAS VICTORIAS ELECTORALES

Ello se suscita como consecuencia del atomizamiento de candidatos que aparecen tradicionalmente con motivo de cada coyuntura electoral. Ello, no hace más que dispersar el voto popular. Por otro lado, perjudica a la ciudadanía en vista que no pocas veces el ganador por poquísima diferencia, no corresponde a la voluntad popular inicial, además de no ser el más preparado o de mejor perfil para asumir un reto como es el dirigir las riendas y destinos de un distrito, provincia o país.

## 7.3. EL CORONAVIRUS

Las democracias alrededor del mundo se encuentran bajo un trance inimaginable para cualquier cientista político. Ningún análisis prospectivo ni entidad alguna de las que elaboran estudios de opinión pública que pretendieran identificar los riesgos de los sistemas políticos en 2020, habrían incluido en la ecuación un virus de dimensiones globales, que amenazaría gravemente la estabilidad y la calidad de la democracia.<sup>19</sup>

La Covid-19 ha sido primero una crisis sanitaria y después económica y social. Supone un desafío a la democracia liberal, que resistirá adaptándose para conservar lo que la define: la capacidad de proteger la dignidad y la autonomía moral de los ciudadanos. Eso puede implicar que su apariencia externa resulte cambiante en cada tiempo (como los virus, también los sistemas políticos sobreviven mediante la acción mutante), mientras su esencia permanece en la parte pétreo de los ordenamientos constitucionales.<sup>20</sup>

La pandemia podría reforzar la concentración de poder en aquellos líderes con vetas autoritarias. En el mundo comienzan a observarse atrope-

---

19 FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Algunas reflexiones sobre el COVID-19, el desempeño de los sistemas políticos y la democracia*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <http://fusades.org/sites/default/files/Reflexiones%20sobre%20el%20COVID-19%20y%20la%20democracia.pdf>. El Salvador, 2020, p. 1.

20 NACARINO-BRABO, Aurora. *Covid-19: ¿Una amenaza también para la democracia?*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/covid-19-una-amenaza-tambien-la-democracia>. Madrid, 2020.

llos a la calidad de la democracia. Desde el derecho a la libertad de expresión, pasando por el seguimiento y control de las personas a través de la tecnología y el uso de datos personales, hasta la garantía de inocencia y la falta de transparencia en el uso de los fondos autorizados para combatir el COVID-19, los Estados muestran fragilidades preocupantes que podrían dar lugar a menoscabos relevantes en términos democráticos. La preocupación común es la de perder los avances conseguidos desde la tercera ola democrática. La posibilidad que algunos de los mandatarios se valgan de la crisis para conservar, en forma arbitraria, los poderes extraordinarios que les fueron trasladados durante la pandemia, es cierta y preocupante. Ante tal posibilidad, el papel de las organizaciones ciudadanas representa un factor de primer orden. La presión pública sobre los mandatarios que concreten aquellas aspiraciones será fundamental para impedir el quiebre de los sistemas políticos.<sup>21</sup>

#### **7.4. CONCRECIÓN DE LA NUEVA AGENDA DE DERECHOS**

El discurso de derechos humanos permitió ampliar su agenda pero ahora se demora o dificulta su concreción. Por ejemplo en Venezuela tenemos: igualdad de género, autonomía comunidades, etc.<sup>22</sup> Aunque, ello resulte abierta como largamente insuficiente.

Por otro lado, es de verse el caso peruano, en el que la coyuntura sanitaria fue motivo del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, tales como: i) a la alimentación, ii) a la protesta, iii) al agua.

#### **7.5. CORRUPCIÓN**

Transparencia Internacional, organización no gubernamental enfocada en la lucha contra la corrupción, publicó recientemente el Índice de Percepción de la Corrupción 2019. En este reporte, el Perú obtuvo un puntaje de 36, similar al que obtuvieron Panamá, Tailandia, Brasil y Kosovo. Esto implica una cierta mejora con respecto al año anterior, en que registró 35. En cuanto a su posición relativa, se encuentra en el puesto 101 de 180 países. Esto lo pone un tanto por debajo de la mitad de la tabla.<sup>23</sup>

---

21 FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Ob. Cit.* p. 31.

22 CAROSIO, Alba. *Treinta años de democracia en América Latina: procesos de democratización y amenazas*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/celarg/20170102042611/pdf\\_316.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/celarg/20170102042611/pdf_316.pdf). Caracas, 2014, p. 23.

23 URBINA PADILLA, Dante. *Perú y el Índice de Percepción de la Corrupción*. En línea,

Cabe dejar constancia que la corrupción se constituye en una realidad endémica, una lacra que nos persigue como una sombra. En consecuencia, amerita a estar siempre vigilantes para lograr que la misma no solo gane terreno, sino, procurar su paulatino retroceso.

## **7.6. GOBERNABILIDAD**

Ninguna sociedad es viable si no es gobernable. La gobernabilidad no es, por eso, un asunto que compete sólo al gobierno sino también a las instituciones y a la sociedad. Las sociedades que no son gobernables se fragmentan y desaparecen. La gobernabilidad democrática no se refiere tanto a los atributos de un régimen democrático cuanto a las capacidades de una determinada sociedad democrática para enfrentar los retos y oportunidades específicos que tiene planteados. La gobernabilidad se refiere a las condiciones sistémicas más generales bajo las cuales se ejerce el poder en una sociedad dada, tales como las características del régimen político (democracia o autoritarismo), la forma de gobierno (parlamentarista o presidencialista), las relaciones entre los poderes (mayor o menor asimetría), los sistemas de partido (pluripartidismo o bipartidismo), el sistema de intermediación de intereses (corporativo o pluralista) y el nivel de ciudadanía efectiva, ente otros.<sup>24</sup>

En ese sentido, sostenemos que se precisa contar con operadores políticos, a efectos de viabilizar el entendimiento con los demás poderes del Estado. Ello, a efectos de posibilitar de manera efectiva como pronta las grandes reformas para un país.

## **7.7. GOBERNANZA**

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) definió a la gobernanza como el ejercicio de autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones por medio de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y median sus diferencias”. En el documento se adopta un significado amplio de gobernanza, en el cual se incluyen tres importantes dominios de la misma, que contribuyen a alcanzar desarrollo humano sustentable, a saber: el

---

recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://elperuano.pe/noticia-peru-y-indice-percepcion-de-corrupcion-89847.aspx>. Lima, 2020.

24 CAROSIO, Alba. *Ob. Cit.* Pp. 20- 21.

dominio del Estado (instituciones políticas y gubernamentales); el dominio de las organizaciones de la sociedad civil y el dominio del sector privado. La idea central es que la gobernanza trasciende al Estado e incluye a las organizaciones de la sociedad civil y al sector privado.<sup>25</sup>

Al respecto cabe resaltar, la capital importancia que comporta el diálogo fluido y no imposición del gobierno con la población, con la finalidad de poder conocer debida como oportuna sus necesidades y prioridades. La democracia se afianza al afianzarse la gobernanza.

## **7.8. GOBERNANZA DE INTERNET**

La gobernanza de Internet se caracteriza por una diversidad de actores, temas y procesos que interactúan y se aplican en todas las jurisdicciones. Internet Society (ISOC) describe los principios rectores recomendados para la gobernanza de Internet:<sup>26</sup>

- i) Participación abierta, inclusiva y transparente. Para garantizar que los resultados de los procesos de gobernanza de Internet sean tanto eficaces como aceptados, es necesaria la participación de actores interesados e informados, cada uno con sus respectivas funciones y responsabilidades. Esta participación también asegura que las partes interesadas puedan participar directamente en el trabajo y tener acceso a sus resultados.
- ii) Toma de decisiones basada en el consenso. Los procesos de formulación de políticas deben tomar en cuenta tanto la experiencia práctica como la pericia individual y colectiva de una amplia gama de partes interesadas. Las decisiones se deben tomar mediante procesos responsables basados en el consenso.
- iii) Supervisión y empoderamiento colectivos. Para garantizar la seguridad, estabilidad y resiliencia de Internet es necesario desarrollar estructuras y principios de gobernanza en un entorno de fuerte cooperación entre todas las partes interesadas, donde cada una contribuya sus propias habilidades.
- iv) Enfoques pragmáticos y basados en la evidencia. Las discusiones, debates y decisiones relacionadas con la gobernanza de Internet deben tener en cuenta y basarse en información objetiva y empírica.

---

25 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Reconceptualising Governance. Discussion paper 2. Management Development and Governance Division Bureau for Policy and Programme Support United Nations Development Programme*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://www.researchgate.net/publication/265292783\\_Reconceptualising\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/265292783_Reconceptualising_Governance). New York, 1997, p. 9.

26 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 141- 142.



v) Voluntarismo. En el ámbito del desarrollo de políticas técnicas de Internet, voluntarismo significa que el éxito es determinado por los usuarios y por el público, no por una autoridad central.

vi) Innovación sin permiso. El notable crecimiento de Internet y consiguiente explosión de la innovación y el uso de Internet es un resultado directo del modelo abierto de la conectividad y el desarrollo de estándares de Internet. Cualquier persona debe poder crear una nueva aplicación en Internet sin tener que obtener la aprobación de una autoridad central. La gobernanza de Internet no debe restringir ni regular la capacidad de los individuos y las organizaciones para crear y utilizar nuevos estándares, aplicaciones o servicios.

## 7.9. COOPERACIÓN

La ventaja cooperativa es la característica diferencial que posee una organización junto a otras, que les confieren la capacidad de alcanzar rendimientos superiores agregados o colectivos a largo plazo. Esta ventaja se logra en nuevos mercados que se crean y que se manifiesta de diferentes maneras; una buena reputación del colectivo, productos y servicios de calidad definida garantizada o un precio mayor o menor que represente realmente los costos de producción del bien. Para lograr generar ventaja cooperativa, se requerirá un modelo que basado en el principio de reciprocidad, haga cooperar a los involucrados de manera condicionada. Un programa de este tipo puede ser considerado como los valores que configuran la actuación de los individuos en un determinado entorno institucional y que dictan reglas adaptables de comportamiento que permiten elegir y sustituir e incluso agregar otras.<sup>27</sup>

Ello indudablemente genera el fortalecimiento de la democracia, en razón a la sinergia que se obtiene como resultante de la interrelación colaborativa institucional pública y privada. No obstante, se entiende que forma parte de un proceso, pero, que deviene en una muy buena opción.

## 7.10. CONSENSOS POLÍTICOS

Lograr la aprobación de las decisiones como agenda país, por parte de las diversas facciones políticas deviene en capital, a efectos de posibilitar el inicio y fluidez de los planes y políticas de gobierno.

---

27 MIRANDA SÁNCHEZ, Paula y ROMERO MANCHEÑO, Ismael. *Menos oposición y más cooperación: Aportes para el fortalecimiento de la democracia*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00039.pdf>. Santiago de Chile, 2017, p. 54.

Los dotes de tolerancia, empatía y conexión con los grandes temas país constituyen atributos de gran relevancia en el manejo de las acciones conducentes al arribo de los consensos necesarios.

### **7.11. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

Si bien es cierto que el ejercicio de la democracia deviene en muy visible al momento de las elecciones de autoridades, el mismo no resulta ser lo bastante necesario.

En ese sentido, deviene en imprescindible la activa participación de la ciudadanía, a efectos de supervisar el accionar de las autoridades, so solamente en el tema del ejercicio de los derechos fundamentales a la transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas. Además, se debe tener presente que dicha actitud de participación ciudadana de la democracia, tiene que ser permanente y sostenible.

### **7.12. COHESIÓN SOCIAL**

La cohesión social está integrada por una serie de condiciones que permiten identificar qué tanto está o no cohesionada una sociedad y que tanto puede afectar dicha cohesión a las relaciones Estado-sociedad mediante sus instituciones.<sup>28</sup>

### **7.13. DERECHOS HUMANOS EN LÍNEA**

Distintas resoluciones en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y documentos adoptados en el plano regional han establecido el principio de que los derechos humanos que las personas gozan *offline* también deben ser protegidos *online*.<sup>29</sup>

Asimismo, la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) redactó la Carta sobre Derechos en Internet, considerando que “Internet solo podrá convertirse en una herramienta de empoderamiento para todos los pueblos del mundo si se reconocen, protegen y respetan estos

---

28 PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán. *Los desafíos sociales de la democracia en México*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0185161617300173?token=E36348560ABE703746515D27789FFB524D3A1CFC08FBAD9818DB7A13B5C160444967045DB974BF42C7523172742D009>. Amsterdam, 2017, p. 31.

29 FORD, Elaine. *Cit.* P. 148.

derechos”. Dicha Carta incluye 31 derechos que están organizados en siete grandes temas: i) Acceso a Internet para todos y todas, ii) Libertad de expresión y asociación, iii) Acceso al conocimiento, iv) Intercambio de aprendizaje y creación -software libre y desarrollo tecnológico, iv) Privacidad, vigilancia y encriptación, v) Gobernanza de Internet, vi) Conciencia, protección y realización de los derechos. También la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet, del Foro de Gobernanza de Internet de la ONU. Así tenemos: i) Universalidad e igualdad, ii) Derechos y justicia social, iii) Accesibilidad, iv) Expresión y asociación, v) Confidencialidad y protección de datos, vi) Vida, libertad y seguridad, viii) Diversidad, ix) Igualdad de red, x) Normas y reglamento, xi) Gobierno.<sup>30</sup>

Y sobre el Derecho Fundamental al Olvido, el antecedente, en *strictu sensu* del correspondiente a las personas naturales, es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como: derecho a la protección de datos de carácter personal. Empero, se debe tener en cuenta que el segundo derecho nombrado (a diferencia del derecho al olvido), se encuentra referido a información que no se encuentre registrada en la Red.

El derecho al olvido se define de tres formas<sup>31</sup>: “i) *un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador*”.

Existe una naturaleza de oportunidad entre los derechos fundamentales a la privacidad y al olvido. En el primer caso, se ejercita principalmente *ex ante*, esto es, de manera anterior a la posible publicación de la información, a diferencia del segundo, donde siempre se manifiesta *ex post*, es decir, luego de haberse publicado, ya sea con el consentimiento o no del perjudicado.

Además, el derecho al olvido comporta la no republicación o redivulgación de hechos o acusaciones, aunque ciertas y ya conocidas, no resulten ser exactas o actualizadas, en razón a que ya fueron juzgados en su oportunidad y por ende, el sancionado ya habría quedado rehabilitado,

---

30 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 149- 150.

31 PÉREZ DE ACHA, Gisela. *Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región*. En línea: Recuperado en fecha 28/09/20 de Derechos Digitales América Latina <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>. Santiago de Chile, 2015.

pues, no por ello, tendría que merecer una condena *on line* de por vida, debido a la ya consabida capacidad de Internet, de no olvido cuasi perpetuo.

Así, postulamos que el derecho fundamental al olvido, proviene de un derecho más amplio, que el denominado derecho a Internet. A la vez, el derecho a la intimidad guarda estrecha relación con el derecho al olvido; existiendo entre ellos una relación de género y especie, respectivamente.

Sin embargo, a propósito de su denominación: “derecho al olvido”, somos contestes con su desacierto. Ello, en vista que el olvido resulta ser propio de la psicología de las personas naturales, como medida de protección de la memoria. No obstante, en primer término, la Red no cuenta con vida propia, ergo no puede olvidar. Así, su definición más acertada sería: “derecho a la desindexación de datos personales”. Pero, dado cuenta que la misma (“derecho al olvido”), viene siendo utilizada en casi la totalidad de Estados que lo abordan, importa poco la eventual empresa de cambio de denominación del mismo.

La vulneración del derecho al olvido, significa a su vez, el menoscabo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del afectado. Ello, en vista a que se limita su derecho de llevar una vida alejada de limitaciones, señalamientos o estigmatizaciones, dicho sea de paso, conlleven a la vulneración de adicionales derechos, como por ejemplo, al trabajo, a la no discriminación, al honor, a la buena reputación, entre otros.

Resulta innegable que el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa, esto es, bajo la naturaleza de números *apertus* de los derechos fundamentales reconocidos por el Art. 3º.-, de la Constitución Política, que preconiza: “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*”.

Y es que, aunque suene contradictorio, es de reconocer que taxativa y reglamentariamente, el derecho fundamental al olvido no se registra de manera específica en la norma legal. (Salvo contadas excepciones: como Nicaragua<sup>32</sup> y Rusia).

Los principios jurídicos del derecho al olvido, no se encuentran establecidos. Ello, en razón a que consideramos que el derecho de protección de datos personales, contiene o resulta más amplio que los alcances del derecho al olvido. Prueba de ello, es que los diversos pronunciamientos de los tribunales en casos sobre el derecho al olvido, han sustentado sus decisiones en algunos de los principios jurídicos básicos

---

32 PÉREZ DE ACHA, Gisela. *Ob. cit.*

de protección de datos personales, si llegar a precisar principios propios o exclusivos del derecho al olvido. Así, tenemos: i) De Finalidad, ii) De Pertinencia, iii) De Veracidad y Exactitud, y iv) De Calidad.

Consideramos que, en el derecho fundamental al olvido existen ineludiblemente los siguientes actores, sin la totalidad de los cuales no podría configurarse o apelarse al mismo. Así tenemos: i) Internautas, ii) Buscadores, gestores o motores de búsqueda, en línea, iii) Páginas o portales web, iv) Enlaces web o links, v) Información del afectado publicada en la Red, devenida en anacrónica e inexacta, y vi) El afectado.

Comúnmente se entiende, que el buscador por excelencia y hasta monopolístico y único resulta ser el en apariencia, omnipresente Google en el orbe. Nada más alejado de ser cierto, debido a que existen otros buscadores que abarcan los lugares donde Google no llega y son: i) Bing, ii) Yandex, iii) Blippex, iv) Wolfram Alpha, v) Blekko, vi) Naver, y vii) Baidu. Por ende, es probable que, por ejemplo, que una vez conseguida la desvinculación de sus datos personales en el buscador Google, resulte que los mismos continúen figurando en otro buscador.

Lo que complicaría, el ejercicio del derecho fundamental al olvido, por decir lo menos. Mención aparte, merece el tema de la *Deep web* o internet profunda, que contiene el 96% de lo publicado en la internet superficial, donde recientemente también corresponde hacer efectivo el derecho al olvido.

Experimentamos una transición del derecho al olvido, aunque existen ciertos avances, sobre todo en Europa (principalmente España), donde son básicamente en predios de jurisprudencia y doctrina. Dicho derecho, se encuentra destinado a salvaguardar los derechos *on line* de las personas físicas.

Ello no tendría por qué excluir a las personas morales o jurídicas. Definitivamente como en todo, el avance de la tecnología trae consigo sus bemoles, queda por lo tanto armonizar los derechos fundamentales, de manera preferente al escenario de la vigencia y desarrollo del derecho al olvido de los datos personales que figuran en la Red.

Queda pues, legislar y reglamentar el derecho fundamental al olvido, con el objeto de ampliar la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales.

## **7.14. LA RED**

Hoy no se entiende la televisión sin la presencia de Internet y las redes sociales, no es infrecuente, sin embargo, hallar una construcción de una opinión pública de mayor calidad en ciertos lugares y usos de Internet.

Por ello, sin caer en el triunfalismo y sin dejar de denunciar sus disfunciones, reconozcamos también los beneficios de la red, al menos aquellos indiscutibles que apuntan a pilares esenciales de una opinión pública democrática como son la apertura, la mayor inclusión social o el pluralismo.<sup>33</sup>

## **7.15. SOSTENIBILIDAD**

Por otro lado, se requiere observar detenidamente el compromiso de las presentes medidas a adoptar. Ello, con la finalidad de orientar su dación hacia la permanencia y consolidación.

Cabe agregar, que las mismas deberán permanecer solamente hasta cuando amerite su vigencia, puesto que, luego de ello, las políticas de Estado deberán estar orientadas hacia los puntos o aspectos que lo precisen.

## **7.16. PROSCRIPCIÓN DE LA EGOLATRÍA Y MESIANISMO**

Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas”. Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio (“yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías”). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre.

Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y

---

33 CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique. *El impacto de internet en el estado democrático*. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto\\_completo.pdf](https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto_completo.pdf). Madrid, 2016, p. 315.

externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma.

Entonces, los mismos terminan oponiéndose por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

## 7.17. PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Así, se inobserva el valor público, el mismo que constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no). Así, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía.

Así, el valor público<sup>34</sup>, asume en resumidos términos, que: “(...) *la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso, asume que al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno*”.

---

34 BERTUCCI, Guido. *Gobierno digital y valor público*. En línea, recuperado el 28/09/20, de Política Digital: [http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102\\_multimedia.pdf](http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102_multimedia.pdf). México, 2005, p. 12.

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza: “(...) *el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada*”.

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública.

Entonces, “*Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero- Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción*”.<sup>35</sup>

Lo curioso, es que con dos principios benéficos, la gestión pública sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones.<sup>36</sup>

---

35 CHAVES, José Ramón. *Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad*. En línea, recuperado el 28/09/20, de: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. España. 2016.

36 CHAVES, José Ramón. Ob. Cit.



## VIII. REFLEXIONES FINALES

Dejamos expresa constancia acerca de la urgente como necesaria adopción, de la totalidad de puntos considerados en el presente trabajo, para la protección, desarrollo y consolidación de la democracia y Estado Constitucional de derecho, en los extremos señalados. Esto es, de los contenidos en la estructura trifronte propuesta: i) Amenazas, ii) Salvaguardas, y iii) Agenda interdisciplinaria pendiente.

Así, sostenemos que el espíritu y punto de partida de los mismos debe tener una justificación y prelación suficiente, que vaya más allá de una mera coyuntura, sea de reforma, sea de cuasi arribo al Bicentenario.

## IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCARÁZ HERNANDEZ, S., 2007. «La incondicionalidad de los derechos humanos en los tiempos actuales». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17160/15369>. Coyoacán: 185.

BERTUCCI, G., 2005. «Gobierno digital y valor público». En línea, recuperado el 28/09/20, de Política Digital: [http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102\\_multimedia.pdf](http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102_multimedia.pdf). México: 12.

CAROSIO, A., 2014. «Treinta años de democracia en América Latina: procesos de democratización y amenazas». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/celarg/20170102042611/pdf\\_316.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/celarg/20170102042611/pdf_316.pdf). Caracas: 23.

CEBRIÁN ZAZURCA, E., 2016. «El impacto de internet en el estado democrático». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto\\_completo.pdf](https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto_completo.pdf). Madrid: 315.

CHAVES, J. R., 2016. «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad». En línea, recuperado el 28/09/20, de: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. España.

DE LA CUADRA, F. y PAREDES, J. P., 2017. «Las amenazas y desafíos de la democracia». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00005.pdf>. Manizales: 5.

FORD, E., 2019. «El reto de una democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://www.kas.de/documents/269552/269601/El+reto+de+la+democracia+digital+hacia+una+ciudadan%C3%ADa+interconectada.pdf/3c571428-98b1-c3b7-c47c-63cc5fb715ef?version=1.2&t=1574964153718>. Lima: 48- 52.

FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2020. «Algunas reflexiones sobre el COVID-19, el desempeño de los sistemas políticos y la democracia». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <http://fusades.org/sites/default/files/Reflexiones%20sobre%20el%20COVID-19%20y%20la%20democracia.pdf>. El Salvador: 1.

GARRIDO KOECHLIN, J. J., 2019. «Elijamos nuestras prioridades». En línea: Recuperado en fecha 28/09/20 de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/anemia-elijamos-prioridades-juan-jose-garrido-koechlin-noticia-ecpm-655200-noticia/>. Lima.

GARRIDO KOECHLIN, J. J., 2020. «En deuda con el país». Diario El Comercio. Lima.

GEORGE, S., 2009. «El ascenso del poder ilegítimo y la amenaza a la democracia». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://www.tni.org/files/download/el-estado-de-las-corporaciones\\_s\\_george\\_tni\\_fuhem\\_ecosocial\\_jun14.pdf](https://www.tni.org/files/download/el-estado-de-las-corporaciones_s_george_tni_fuhem_ecosocial_jun14.pdf). Madrid: 15.

GONZALO PENELA, C., 2018. «¿Las redes sociales son una amenaza para la democracia?». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://www.carlos-gonzalo.es/redes-sociales-amenaza-para-la-democracia/>. Barcelona.

GÜLBOY LAEBENS, M., 2019. «Enemigos internos: democracia y amenazas de autocratización». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://nuso.org/articulo/enemigos-internos-democracia-y-amenazas-de-autocratizacion/>. Buenos Aires.

LÓPEZ JIMÉNEZ, S., 2006. «Democracia y gobernabilidad: actores, instituciones y condiciones». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [http://www.propuestasciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd\\_20.pdf](http://www.propuestasciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd_20.pdf). Lima: 15.

NACARINO-BRABO, A., 2020. «Covid-19: ¿Una amenaza también para la democracia?». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/covid-19-una-amenaza-tambien-la-democracia>. Madrid.

MIRANDA SÁNCHEZ, P. y ROMERO MANCHEÑO, I., 2017. «Menos oposición y más cooperación: Aportes para el fortalecimiento de la democracia».

En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00039.pdf>. Santiago de Chile: 54.

OLANO GARCÍA, H. A., 2011. «Manifestaciones y factores que intervienen en la corrupción». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <http://hernanolano.blogspot.pe/2011/09/manifestaciones-y-factores-que.html>. Bogotá.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, G., 2017. «Los desafíos sociales de la democracia en México». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0185161617300173?token=E36348560A-BE703746515D27789FFFB524D3A1CFC08FBAD9818DB7A13B5C-160444967045DB974BF42C7523172742D009>. Ámsterdam: 31.

PÉREZ DE ACHA, G., 2015. «Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región». En línea: Recuperado en fecha 28/09/20 de Derechos Digitales América Latina <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>. Santiago de Chile.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO., 1997. «**Reconceptualising Governance. Discussion paper 2. Management Development and Governance Division Bureau for Policy and Programme Support United Nations Development Programme**». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://www.researchgate.net/publication/265292783\\_Reconceptualising\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/265292783_Reconceptualising_Governance). New York: 9.

PUDDINGTON, A. y ROYLANCE, T., 2020. «Populistas y autócratas: la doble amenaza para la democracia global». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW\\_2017\\_Overview\\_Essay\\_SPANISH.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW_2017_Overview_Essay_SPANISH.pdf). Washington, DC.: 6.

TORRES MANRIQUE, J. I., 2018. «Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?». En línea recuperado en fecha 28/09/20 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Lima.

URBINA PADILLA, D. 2020. «Perú y el Índice de Percepción de la Corrupción». En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://elperuano.pe/noticia-peru-y-indice-percepcion-de-corrupcion-89847.aspx>. Lima.

VARGAS LUZA, Christian Michael., 2020. «¿Cuán importante es conocer la naturaleza del ser humano para el derecho?». Citando a Marco Aurelio Denegri. En línea, recuperado en fecha 28/09/20 de: <https://lpderecho.pe/cuan-importante-conocer-naturaleza-ser-humano-derecho-christian-michael-vargas-luza/>. Lima.



# DEMOCRACIA EN LATINOAMÉRICA: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO SALVAGUARDA DE LA MANCOMUNIDAD DEMOCRÁTICA

PAOLA LIZETH CUBILLOS RANGEL.<sup>1</sup>  
OSLYN MAYERLY OSORIO DUARTE.<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

La reflexión sobre el papel que cumplen los derechos humanos en la fundamentación, constitución y preservación de un régimen democrático ha adquirido una enorme legitimidad o interés tanto en las agencias de gobierno y organismos no gubernamentales como en las comunidades intelectuales y espacios académicos. De tal modo, las clases políticas de América Latina, y a la vez no pocas asociaciones civiles y organismos no gubernamentales han surgido y se han proyectado alrededor de la defensa, extensión, protección y garantía de los derechos humanos en general o de determinadas fracciones de la población en particular.

“El tiempo de los derechos”, como lo ha llamado Norberto Bobbio, parece haber llegado para quedarse y no se vislumbra en el corto o mediano plazo su invisibilidad en nuestro agitado horizonte político y cultural el resurgimiento y la súbita popularidad que ha adquirido recientemente el discurso sobre los derechos humanos en las sociedades democráticas no siempre han estado acompañados de rigurosas y suficientes reflexiones teórico-filosóficas sobre su significado, sentido y alcances *políticos* en la Modernidad.

---

1 Estudiante de Décimo Semestre de Derecho, y 2° semestre de especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Corporación Universitaria Republicana, Miembro Activo del Semillero Carlos Gaviria Díaz. Contacto: lizethcubillosrangel@gamil.com

2 Estudiante de Noveno Semestre de Derecho, y 2° semestre de especialización en Derecho Comercial de la Corporación Universitaria Republicana, Miembro Activo del Semillero Carlos Gaviria Díaz. Contacto: oslyngodsend@gmail.com.

El filósofo Lefort ha delimitado los derechos humanos como derechos que adquieren su sustancia en el individuo. No en el sentido de que el titular de esos derechos sea el hombre, el individuo o la persona, como supone con acierto el constitucionalismo democrático moderno, sino en la perspectiva de que los derechos pudieran eventualmente cerrarse y sedimentarse en una suerte de individuo sustancia, bien definido en todas sus determinaciones más allá o más acá de la sociedad.

La democracia, según advierte magistralmente Alexis de Tocqueville en *La democracia en América*, vale más por lo que consigue que se haga que por lo que hace por sí misma. Más que una guía para la acción o un profeta de la revelación, la democracia es simplemente un detonador del cambio, pues no da al pueblo el gobierno más hábil o eficaz, pero logra lo que el gobierno más hábil o eficaz no consigue: extender por toda la sociedad una inquieta actividad, una fuerza abundante y una energía que no existen sin ella (Ortiz Leroux, 2008).

## 1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

Durante muchos años los hombres y las mujeres han luchado, luchan y lucharán por el interés de un régimen, donde se respeten los Derechos Fundamentales y las libertades públicas, para conseguir un mundo equilibrado que procure la armonía social.

En la antigüedad, la noción de Derechos Fundamentales se remonta a la Grecia Clásica, basada en la ley natural, recorriendo una Roma involucrada con ciertos derechos naturales del hombre, con un precedente inculcado por medio de las distintas religiones que a través de la historia se fueron estableciendo, a pesar de que las mismas, no lograron la igualdad de todos los seres humanos a la que aspiran (Salguero, 1998)<sup>3</sup>.

Los orígenes de los derechos humanos, respecto al Derecho Positivo, se remontan a documentos aparecidos en siglos recientes, de tal manera, se encuentran, referentes a la Carta Magna de 1215, el Habeas Corpus de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra, o el *Bill of Rights* del estado de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambas en 1776. Es en libelos de este tipo, que comienza a dársele especificidad normativa a las libertades individuales; resulta de

---

3 Salguero, Geovani. Hacia la Consolidación del Derecho Humano a la paz. 1998. Disponible en: [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html)

singular importancia, el *Bill of Rights* inglés, ya que significó el recorte de los poderes absolutos del monarca. (Salgado, 1998, p 1.)<sup>4</sup>.

Consecuencia de estos aportes es la evolución en ideas de libertad, igualdad y confraternidad, de una sociedad exhausta de guerras, de esclavitud y de situaciones de vulnerabilidad que para antaño era el contexto real y actual, no obstante, lograr modificar este pensamiento, necesitó, tomar un extenso lapso apoyado por aquel 26 de Agosto de 1789 con la declaración de los Derechos del Hombre, que fue ganando fuerza en la consciencia de las personas, y tranquilidad con el enunciado de su articulado 16º, ilustrado en la afirmación, sin declaración de Derechos no existe Constitución.

Por consiguiente, surge la necesidad de ajustar, las relaciones entre las personas y los Estados, con la claridad facultativa de los seres humanos, con límites a la intervención de lo público. No obstante dichas disposiciones fueron adoptadas en un período transitorio, pero evolutivo de los mismos, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948, emprendiendo el desarrollo circunstanciado e interpretativo propio de este pliego de garantías (Salgado, 1998, p. 1)<sup>5</sup>.

En este ambiente de emancipación de justicia, Robert Alexy, Abogado y Filósofo Alemán, en su obra, *La construcción de los derechos fundamentales*, considera a los mismos, como principios antes que reglas, es decir, las normas obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva utilizando la subsunción, <sup>6</sup> entre tanto, se observa desde una óptica de principios son mandatos de optimización, aplicado desde la ponderación<sup>7</sup>. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa (Alexy, 2010).<sup>8</sup>

Teoría que supone problemas derivados de la construcción, como regla que surge en el ámbito de las restricciones de los derechos fundamentales, exponiendo una reserva de ley, en la que estos catá-

---

4 *ibid.*, p. 1

5 Salguero, Geovani. Hacia la Consolidación del Derecho Humano a la paz. 1998. Disponible en: [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html)

6 Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales* (1ra ed., p. 19). Buenos Aires: Ad-Hoc.

7 *Ibidem*, p. 20.

8 *Ibidem*, p. 87



logos de Derechos están protegidos, pudiendo ser afectados por la interpretación de los poderes del Estado, en el anhelo de una normativa para estos asuntos.

Agregado a este análisis del Jurista Alemán, para Pedro Nikken, los Derechos fundamentales que son intrínsecos, a los seres humanos, designados en la función de garantizar las libertades frente a los poderes públicos, no son necesario que sean reconocido por el gobierno de un Estado para que el mismo exista (Salgado, 1998, p. 5.)<sup>9</sup>.

La Comunidad Internacional se propuso “reconocer los derechos fundamentales de la persona, universales e indivisibles, como uno de sus intereses fundamentales y uno de los principios constitucionales del orden internacional”. Al respecto Norberto Bobbio señala, —resaltando el carácter *vinculante* de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948— que mientras la afirmación de los derechos naturales en J. Locke era una teoría filosófica, ésta tenía valor universal pero ninguna eficacia práctica (Bobbio, 2000).<sup>10</sup>

Aunado, en los argumentos filosóficos precedentes, se quiere resaltar que todos los derechos calificables de humanos, son facultados por todos los tiempos, lugares, culturas, e idiosincrasia, con una protección y eficacia jurídica del individuo con vocación de ser un sujeto de una comunidad estatal e internacional, movilizado con contenido novedoso y mutuación de pilares de un estado moderno.

El objetivo esencial de este catálogo de Derechos, es fomentar su amplio desarrollo, brindando garantías ante la justicia, mediante la publicación y el reconocimiento de la responsabilidad de los gobiernos en sus acciones, fianzando un liberalismo individual y colectivo, de sociedades involucradas en el crecimiento de una democracia desafiante para los países de transición y la consolidación de un Estado armónico y equilibrado.

El pensamiento de países Latinos sobre los derechos fundamentales, debe verse reflejado en la participación del pueblo y la efectividad de la democracia como derecho colectivo.

---

9 Salguero, Geovani. Hacia la Consolidación del Derecho Humano a la paz. 1998. Disponible en: [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html)

10 Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 522. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=2687404&pid=S1870-879X](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=2687404&pid=S1870-879X)

## 2. DEMOCRACIA COMO CONCEPCIÓN COLECTIVA Y CONTEMPORÁNEA EN LATINOAMÉRICA

Como hemos visto en la noción *ius* filosófica del contenido y significado de los derechos fundamentales, es importante resaltar su evolución histórica y especialmente cómo se han plasmado de forma normativa dentro del contexto latinoamericano y porqué adquieren así la categoría de “fundamental”.

En vista de la concepción formal de los derechos fundamentales, es imprescindible configurar un ordenamiento jurídico constitucional que preste las garantías para el cumplimiento de estos. Así como, el manifiesto del poder político dentro del Estado de derecho a través de la democracia.

La democracia puede ser entendida como una de las formas en las que se puede garantizar la convivencia, armonía y paz social; en un sentido ideal, pues dentro del proceso histórico, bien es sabido que ha sido sujeta a fracasos, avances y retrocesos que se observaran más adelante con la configuración de un marco de una práctica realista para Latinoamérica. Asimismo, es imperioso desglosar la significancia de la democracia en su sentido literal, esto con la finalidad de entenderla como derecho en su contenido. En ese contexto, etimológicamente su origen se consagra en términos griegos “Kratos” poder y “demos” del pueblo.

Como resultado, la democracia en sentido literal asciende a una escala utópica, debido a que en la práctica no se refleja el sentido normativo y teórico plasmado en los diferentes textos a lo largo de la historia, por lo que racionalmente, este significado de democracia no debería separarse de lo que debería ser.

Definir la democracia es importante porque establece qué esperamos de la democracia. Si optamos por definir la democracia de forma “irreal”, nunca encontraremos “realidades democráticas” o “esto no lo es”, está claro que el juicio depende de la definición o de nuestra idea acerca de que es, que puede ser o que debe ser la democracia. (SARTORI, 2007, p. 3)<sup>11</sup>.

---

11 SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? Madrid, España: Taurus, 2007. Disponible en: <[https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=UioLszhRD0gC&oi=fnd&pg=PT2&dq=democracia&ots=x\\_tzG11uYf&sig=m6n5qJTF6\\_PLK06-7e7j86ff-ruk&redir\\_esc=y#v=onepage&q=etimo&f=false](https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=UioLszhRD0gC&oi=fnd&pg=PT2&dq=democracia&ots=x_tzG11uYf&sig=m6n5qJTF6_PLK06-7e7j86ff-ruk&redir_esc=y#v=onepage&q=etimo&f=false)>. Acceso 25 de septiembre de 2020.

Así las cosas, dentro del análisis propio de una teoría deontológica democrática, la praxis no corresponde a un mundo político ideal, sino a un realismo negativo tendiente al perfeccionismo que busca adoptar la democracia como forma de gobierno, representando un método para la dirección del poder político.

Ahora bien, si la democracia nos indica que es una forma de Estado y gobierno, no se puede dejar de lado la fundamentación filosófica que trae consigo respecto de los derechos humanos, pues como se manifestó en líneas anteriores es una herramienta clave para comprender el porqué de los derechos fundamentales.

En la actualidad, dentro de los textos constitucionales latinoamericanos se adopta la democracia como una forma de teoría normativa que busca dispersar el poder político y mantener este en función de la protección de las prerrogativas fundamentales de los pueblos latinos.

Al efecto se memoran las distintas concepciones evolutivas de la democracia, tales como: la política, que destaca la igualdad jurídico-política; la social, que se refiere a la equidad; y la económica, que trae a colación el bienestar generalizado. Vemos como se manifiesta el concepto de igualdad en las clasificaciones inmediatamente anteriores, lo que se concibe como indicador de democracia más allá del poder.

Por otra parte, es cristalina la relación entre derechos fundamentales y democracia; pues como principio constitucional, el enunciado democrático se entiende por expansivo y universal, esto, debido a los procesos en los que se garantiza el ejercicio de la democracia y abarcamiento de los territorios nacionales enmarcados por los textos constitucionales.

El principio moral y el principio democrático se diferencian en que según el principio moral sólo vale el criterio de consideración igualitaria de intereses, mientras que el principio de democracia permite formas de acción, que se presentan en forma jurídica y para los cuales resulta suficiente. (HABERMAS, 2008, p. 240)<sup>12</sup>.

De cierta manera se destacan las nociones de lo que sería el principio democrático que se encuentra inmerso en las texturas abiertas de los textos constitucionales que adoptan la democracia como forma de gobierno y eje protector del catálogo de derechos allí consagrados.

---

12 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid, España. Trotta, S.A, 2008. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=302146>>. Acceso 25 de septiembre de 2020.

En resumidas cuentas, valga la pena resaltar que ningún Estado constitucional y democrático de derecho puede alterar la equidad y libertad participativa en pro de la democracia, debido a que esta constituye un complejo conjunto de medidas para alcanzar decisiones colectivas.

Lo anterior, como consecuencia propia de lo que es un ordenamiento jurídico constitucional, pues lo apropiado es localizar en donde se encuentran ubicados los que a su decir serían derechos fundamentales de acuerdo con la necesidad de cada Estado y las garantías que se prestan para evitar su conculcación. Desde ese punto de vista, la democracia vislumbra dos vertientes; el deber y el derecho.

Ahora, si se concibe como forma de gobierno es tarea del ciudadano ejercitar su participación política de manera veraz, mientras que como derecho el Estado debe brindar las herramientas necesarias para llevar a cabo la efectividad de la democracia en cada uno de los Estados.

Aun así, dentro de este proceso evolutivo, son varias las tipologías de democracia que han surgido, a saber: directa, representativa, indirecta, entre otras con las que se busca delimitar el poder y garantizar los derechos humanos de cada uno de los ciudadanos, no obstante, para Habermas<sup>13</sup>, se debe acudir la liberación de la democracia radical, para conseguir definitivamente una verdadera limitación a las distintas formas de poder.

Es por ello, por lo que debe memorarse consecutivamente que las constituciones representan un eje axial a la luz del ordenamiento jurídico. En Latinoamérica, estos textos enfatizan la democracia, incluso para el ejercicio del control político, donde también se busca una relación transparente entre el Estado y el ciudadano.

Lo dicho, es la razón por la que se acoge el postulado acerca de las teorías normativas y empíricas de la democracia; respecto de la primera, el autor explica que la misma se encuentra plasmada en las normas fundamentales de cada Estado y sus legislaciones, mientras que la segunda hace referencia a la fase experimental, es decir, como los gobiernos de cada país acogen y desarrollan la democracia y así mismo la participación de los ciudadanos en cada proceso democrático. (SARTORI, 2000)<sup>14</sup>.

---

13 *ibid.*, p. 2.

14 SARTORI, Giovanni. Teoría de la democracia: el debate contemporáneo. España. Alianza, 2000. Disponible en: <<http://148.206.32.30/mydes/wp-content/uploads/2018/02/Giovanni-Sartori.-Cap.1.pdf>>. Acceso 25 de septiembre de 2020.

### 3. DEMOCRACIA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Los países Latinos, han batallado por instaurar y perseverar el Estado de derecho cimentado en una Carta Magna como logro del esfuerzo de toda una nación.

México, por ejemplo, dentro de su rigidez constitucional, avalada en democracia, de la libertad y los derechos fundamentales de las personas, plasmados en los artículos 3º, 6º, 40º y 41º de la norma superior, subyace en reglas que el pueblo o la sociedad política han decidido (Rodríguez, 2019)<sup>15</sup>.

En tanto, para transformar al Estado y refundar la República bajo los principios de Simón Bolívar, el Libertador; la actual Constitución de Venezuela de 1999, en la caligrafía, se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de Justicia, germinada de una crisis nacional llamada Caracazo, produciendo la designación de una Comisión Bicameral Especial para la Revisión de la Constitución, con carácter participativo del gobierno, tipificado en su artículo 1º, con elecciones libres con un sistema electoral donde se vota de forma electrónica como en papel, no obstante, “La Venezuela de Maduro, en su deriva autoritaria, ha acabado por convertirse en una dictadura desde el momento en que se destruye la legitimidad democrática de la Constitución de 1999 y se rompe el orden constitucional y la configuración institucional que se deriva de él para perpetuarse en el poder” (Amírola, 2018)<sup>16</sup>.

La Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988. En ella se establece que Brasil es un Estado democrático de derecho y de estructura Federal, recoge expresamente en su texto, en el capítulo primero del título primero, la existencia de deberes fundamentales, en relación a sí mismo, a la sociedad y a las generaciones futuras.

Desarrolla de forma autónoma y conexas de derechos y deberes individuales y colectivos entre los ciudadanos y el Estado con el propósito de lograr una estructura Federal en armonía con la sociedad.

---

15 Rodríguez, Jesús. La Democracia en la constitución de 1917. México. 2019. Disponible en: <http://www.eluniversalqueretaro.mx/content/la-democracia-en-la-constitucion-de-1917>

16 Amírola, Rodrigo. **¿Venezuela es una dictadura o una democracia?: Las claves del debate**. Madrid. 2018. Disponible en: <https://www.publico.es/internacional/crisis-venezuela-venezuela-dictadura-democracia-claves-debate.html>

La democracia en Colombia, evolucionada con la Asamblea Constituyente de 1991 con el ánimo de involucrar la participación ciudadana y la creación de la Corte Constitucional como garante de los derechos allí pactados, ha generado la confianza y producción de una sociedad con el deseo de evolucionar en una democracia que en los últimos años, se ha visto afectada en combatir la corrupción y el desafiante manejo de las instituciones nacionales.

Como se menciona en líneas anteriores, la tendencia en Latinoamérica referente a las formas de gobierno adoptadas para los distintos Estados, no es otra sino la democracia, plasmada en los diferentes textos constitucionales y tomadas en sus distintas tipologías, se convierte esta en la manera de adoptar las diversas decisiones que se adopten políticamente, limitando así el ejercicio del poder en este esfera para la protección de los derechos constitucionales y el cumplimiento de los fines estatales.

En efecto, las crisis gubernativas que han vivido los países latinoamericanos en las últimas décadas han generado un impacto negativo sobre la democracia alejándose de lo que teoría representa, no obstante, esto también es producto del mismo proceso histórico de los gobiernos, pues desde la poca de las colonias hasta la fase de las guerras mundiales se observan los acontecimientos que disputaron nada más que la lucha por el poder. Tampoco, se puede dejar de lado la adopción de políticas neoliberales que han estado presentes en las transformaciones socioeconómicas de Latinoamérica, tales como el consenso de Washington, decisiones que no han sido del todo fructíferas para los diferentes Estados, como las que se resaltan a continuación:

a) la mayor productividad y competitividad de los sectores transnacionalizados intensivos en el uso de capital y tecnología y los servicios relacionados, agentes conductores de las recientes revoluciones tecnológicas; b) la cantidad de pequeñas y medianas empresas con uso intensivo de mano de obra que desaparecieron al no poder hacer frente a la competencia intensificada, y c) la disminución del empleo público como consecuencia de la reducción de las actividades y servicios gubernamentales, la subcontratación y la privatización de empresas públicas, uno de los principales objetivos de las políticas neoliberales (SUNKEL, 2008, p. 16)<sup>17</sup>

---

17 SUNKEL, O. La precaria sostenibilidad de la democracia en Latinoamérica. **Cuadernos del CENDES**, Caracas, 25, 68, p. 1-27, 2008. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/403/40306802.pdf>. Consultado el 27 de septiembre de 2020.

Los factores ilustrados, son consecuencia de los modelos económicos neoliberales acogidos para la integralidad de los países latinoamericanos en el mercado mundial, más, sin embargo, las consecuencias derivadas de estas transformaciones han traído consecuencias negativas para la economía, medio ambiente y la política latinoamericana y dentro de esta última se deviene el declive de la democracia como forma de gobierno. Por otra parte, las políticas internas de cada Estado han contribuido a las crisis de sus gobiernos, incluso por la debilidad de sus propios sistemas y el populismo en el que incurren sus líderes de gobierno y la concepción que desde luego han formado los pueblos, alejándose del poder soberano, espíritu de cada una de las normas fundantes en los países latinoamericanos.

Asimismo, los ciudadanos que también caen el populismo no tienen plena confianza en las instituciones, pues se mantiene la tendencia de copiar modelos de grandes potencias, olvidando las necesidades propias y por qué en Latinoamérica se mantiene el vértice de los países subdesarrollados.

Sin duda, las condiciones objetivas señaladas constituyen los principales obstáculos para la vigencia de regímenes democráticos en los países latinoamericanos. Mientras existan unas estructuras económicas que ponen en las manos de unos pocos un inmenso poder, es ingenuo pensar que esa oligarquía poderosa va a abdicar de la posibilidad de imponer sus intereses al resto de la población. La absoluta cerrazón, por ejemplo, del gran capital salvadoreño a ceder uno solo de sus privilegios o a hacer la más mínima concesión a las demandas populares, cerrazón que ha precipitado al país en la guerra civil que ya dura más de cinco años, es una clara indicación de que no puede haber una democracia mientras se den unas condiciones que generan semejantes diferenciales de poder social<sup>18</sup>

Así las cosas, es evidente que el ideal de democracia se ha distorsionado, si bien a lo largo de este texto se mencionó en algún punto que el concepto de democracia como tal no debe alejarse de lo que debería ser. Se hace notorio que, hasta en la teoría misma ha perdido el fundamento que en un principio se adoptó para crear sistemas políticos estables que no estuvieran inmersos en figuras corruptivas.

---

18 MARTIN, B. La desideologización como aporte a la psicología social al desarrollo de la democracia en Latinoamérica. **AVEPSO**, El Salvador, VIII, 3, P. 3-9, 1985. Disponible en: [file:///C:/Users/Lizeth%20Paola/Downloads/1012-3386-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lizeth%20Paola/Downloads/1012-3386-1-SM%20(1).pdf). Consultado el 27 de septiembre de 2020.

Con todo y esto, los países latinoamericanos hoy por hoy enfrentan graves crisis en sus gobiernos e instituciones, quedando totalmente perdido el sentido del actuar democrático, pues desde los mismos procesos históricos se visualiza la democracia como una forma de gobierno echada a perder, sin embargo, se pueden buscar las garantías que salven o modifiquen el sentido de la democracia, siendo la jurisdicción constitucional la que busque su protección como se estudiara en el capítulo siguiente.

#### **4. LA JURISDICCIÓN COMO PANACEA DE LA DEMOCRACIA**

Una manifestación común a todas las democracias es el esparcimiento del papel de la jurisdicción en estas en conexión, con la expansión del derecho como medio de regulación quien limita los poderes públicos, como resultado del avance de los sistemas políticos y ese rompimiento del estado de derecho. Hay que tener en cuenta que la jurisdicción forma parte y está presente en todo tipo de acto que vaya en contra del derecho que no se refiere solamente a los ciudadanos, sino también a los que gozan del poder. Todo este proceso ha sido arduo y complicado, las dificultades dentro de un Estado que no pudo concebir lo contrario a lo que ya se había presentado desde siempre.

Es evidente que actualmente no solo el derecho, sino la jurisdicción se ha difundido y han demostrado que ambos han buscado un cambio en la estructura del sistema jurídico y del sistema político; uno asociado a la evolución del estado constitucional del derecho y el otro relacionado en la manera como interviene el Estado en la economía y la sociedad. Por esta razón, se dio inicialmente como cambio en el sistema jurídico una introducción de las constituciones que llevan dentro de ellas los principios y derechos fundamentales que puedan limitar y vincular los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Era necesario un cambio que demostrara un derecho moderno, que a su vez cambiara la naturaleza de este, de la política y de la democracia. Un cambio revolucionario que permitiera en un Estado social de derecho que las normas tuvieran validez.

Como consecuencia de esta reflexión surge lo que se denomina el principio de legalidad dando potestad al legislador. Demostrando que el derecho no es solo ideológico, sino lo más conveniente a la ley y el actuar del legislador correspondía más a lo político sobre el derecho, pero una vez el democratizado el legislador se dio una representación parlamentaria, y se concibió una política formal llena de democracia que



pueda representar la voluntad de la mayoría. Un segundo momento producido por las constituciones buscando que este sujeto a la ley de todos los poderes que incluyan el legislativo que puedan ser subordinados a la constitución. Se puede evidenciar que en un estado constitucional de derecho no hay poderío para el legislador y las leyes que emite no serán válidas por la inherencia con los principios constitucionales. Como antes se había mencionado, aquel rompimiento debería encontrar la naturaleza misma de la democracia, pero no es solo mirarlo desde un aspecto político que es representativo, sino también en un aspecto sustancial que se atribuye por los mismos principios constitucionales, que vinculan con el comprendido de las leyes y su validez sustancial que garantiza la protección de los derechos fundamentales a todos.

Ahora bien, desde una doble perspectiva en busca de gran atizar a los ciudadanos el cumplimiento de las leyes y a su vez la transparencia e los poderes públicos que eviten actos ilícitos, se demuestra la jurisdicción como un modelo que limite la democracia política. Esta democracia que no solo es vista como el sentido de la mayoría, sino también desde una dimensión constitucional, está dirigida no a quien se le habilita a que cosa es lícita decidir. Sustraer la voluntad de la mayoría esta esencialmente e la búsqueda de que se establezca limites, que puedan ser por una parte en la protección de los derechos fundamentales y de la sujeción e los poderes públicos a la ley. A partir de estos es que reside el carácter democrático de la jurisdicción que garantice los derechos de todos y por otra el ejercicio de los poderes públicos. Es esta una democracia diferente basada en el principio de la mayoría y que se puede usar de una manera sustancial al momento de tomar decisiones, determinada por su contenido o significado. Como resultado de esta nueva forma de democracia puede demostrarse que hay algo ligado al nuevo papel de la garantía de los derechos fundamentales, ya que es de todos y la legalidad de os poderes públicos que son asociados a la jurisdicción.

En efecto, dejando a un lado aquellos escenarios antiguos en donde los límites y el control eran muy débiles, este paradigma trajo consigo un reforzamiento sobre la división de los poderes y, por otra parte, el cambio al fortalecer la jurisdicción en el sistema de poderes públicos como fuente de legitimación dándole credibilidad del poder de los legisladores. En tanto, se contempla el siguiente interrogante:

¿De qué manera el juez constitucional puede garantizar la efectividad de la democracia como derecho colectivo?

Como previamente se vislumbró, Latinoamérica a través del tiempo ha desarrollado y ejercido una deformación en la democracia, fenómeno anacrónico que ha reflejado por sintomatología imposiciones de tiranías dictatoriales, fraudes electorales, abstención electoral, anquilosamiento procesal de garantías democráticas entre otras afecciones a que menoscaban el estado democrático.

La jurisdicción y su expansión al interior de los estados de derecho ha sido característica de un estado democrático, esta expansión floreció en ocasión a una bifurcación compuesta por la concepción del Estado Social de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, los cuales ocasionaron mutaciones en el funcionamiento del estado, según su orden de mención, al interior del sistema político, y el sistema jurídico.

Ocurridos los agravios de la Segunda Guerra Mundial, algunos estados europeos, así como la gran mayoría de los países Latinoamericanos, optaron por la formación de constituciones rígidas las cuales exaltaban la supremacía de los derechos y principios constitucionales como vínculo y limitación al ejercicio del poder y las ramas del poder público (Estado Constitucional de Derecho), siendo una antítesis de un estado positivista arcaico distinguido por la omnipotencia de la decisión de la mayoría encarnada por el parlamento, en donde este no ostentaba corrector o limitante, lo cual evoluciono y fue la constitución la encargada de ser limitante y correctora de la actividad parlamentaria, en donde las leyes emanadas por el legislador no son válidas solo por su entrada en vigor u existencia, sino por la metodología de su producción y su coherencia con la constitución. La posguerra denoto que el consenso popular que legitimaba el totalitarismo no convergente propiamente con una democracia, lo que resalto la suma importancia del texto constitucional según el sentido atribuido por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789.

En lo concerniente al cambio producido en el sistema político estatal, provocado por la concepción del estado social de derecho, se vislumbra como la intervención del estado en la economía forjo un ismo social. Los derechos fundamentales enmarcados en la constitución no contenían garantías o fórmulas efectivas para su materialización, ausencia de mecanismos eficaces de control de tipo político y administrativo dando como resultado una crisis de legalidad, en razón a la discrecionalidad de los poderes públicos y la creciente ilegalidad de la corrupción. Como mecanismo de reversión a estas problemáticas, se ejerció la defensa de la legalidad contra la crimi-

nalidad del poder tarea atribuida a la jurisdicción, en donde la defensa de la sujeción de los poderes públicos a ley es característica de la democracia y el estado social de derecho (Ferrajoli, p. 4)<sup>19</sup>

El presupuesto de garantía de los ciudadanos en relación con las leyes invalidas y del papel de garantía de legalidad y transparencia de los poderes políticos, soslaya los posibles actos ilícitos. La jurisdicción manifestándose como un límite de la democracia política entendida en un estado liberal arcaico como la omnipotencia de la mayoría, no obstante, la dualidad de la democracia en donde la decisión de la mayoría contiene límites, lo cual es dado por la legalidad y no por la legitimidad instituido por un estado constitucional siendo un nuevo fundamento democrático, contrayendo un carácter hermético no susceptible de decisión, la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a ley siendo una diversificación y extensión de la democracia como sustancia o contenido de las decisiones.

El estado constitucional de derecho permitió sanear el ejercicio de la democracia, lo cual provoco que no solo las ramas del poder público se sometieran a unos límites, sino que además los operadores judiciales tuvieron la atribución de la defensa constitucional instruida en sus decisiones, abarcando desde los tribunales constitucionales encargados de un control constitucional de las leyes hasta los jueces ordinarios, la democracia según lo indicado debe someterse al respeto existencia de núcleos esenciales no susceptibles de discusión, ya que al susceptible de nocividad el creer de la voluntad de la mayoría lo cual tergiversaría el concepto democrática al no estar sometido a un austero concepto de elegir y ser elegido.

## 5. DEMOCRACIA COMO DERECHO COLECTIVO

En los últimos años, muchas cosas han cambiado frente a la tipicidad del Derecho sustancial emergido dentro de problemáticas socioeconómicas y culturales que fueron sirviendo de estructura para la Constitucionalización de Derechos fundamentales después de batallas dadas dentro de cada contexto Latinoamericano.

Los impactos de esa transformación no son menores en el campo de las relaciones sociales relativamente estables, con escalas de desigual-

---

19 FERRAJOLI, L. Derecho y Razón: jurisdicción y democracia, Madrid, España, Trotta, S.A, Disponible en: file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Dialnet-JurisdiccionY-Democracia-174714%20(1).pdf . consultado el 27 de septiembre de 2020

dad conocidas y que permitían tratamientos redistributivos relativamente homogéneos y colectivos, que se establecían además con notables garantías de continuidad, a situaciones caracterizadas por la heterogeneidad, la fragmentación, y con complejidades sólo explicables desde un proceso de individualización vertiginoso.

En consecuencia, las necesidades sociales de un mundo globalizado por derechos garantes de una transformación en custodia, que deja a las Normas Superiores en un estadio arcaico lejos de anticipar la generación de nuevos derechos en un universo en movimiento.

Así las cosas, las nuevas generaciones no quieren una batalla individual sino mancomunada de justicia, vigilada desde la colectividad, con un mismo ideal en una urbe comunicada al instante por medio de las plataformas digitales, en la contienda de suplicar por derechos no solo personales si no de interés general. Esta descendencia contigua a sus ancestros que ganaron argumentos, desde la contienda desde las calles, las marchas, las protestas, invocando a las instituciones estatales la salvaguarda Constitucional o en algunos escenarios cambios y reformas legales que produzcan una nación equilibrada en deberes y derechos.

Premisa que afirma el reconocimiento de la dignidad humana y el derecho a la vida como fundamentales, examinando los errores de antaño, para intentar evitar que se repitan en el futuro. En ese sentido, memoria, historia y derechos humanos son conceptos íntimamente relacionados e importantes para la construcción de las sociedades y las democracias actuales. Es por ello por lo que los jóvenes apelan por una soberanía colectiva desde un marco global, ya no son ciudadanos de una nación, si no de un universo conectados a la benevolencia a las nuevas tecnologías.

La propuesta en este libelo investigativo desde el interrogante planteado es la necesidad de automatización a la actualidad del Juez Constitucional, no solo de la nación a la que sirve, si no al mundo, en una obligatoriedad de conocimientos de los avances en Tratados Internacionales, Derechos Fundamentales locales y supranacionales, logrando garantizar una justicia ajustada a la Colectividad de la Democracia global y cambiante de estos nuevos tiempos.

Es deber de la Jurisdicción de cada Estado amparar a los ciudadanos el derecho a una democracia colectiva fluctuante en lapsos donde la inmediatez es el requisito *sine qua non* para los jóvenes del mañana.

## 6. CONCLUSIONES

- Desde antaño, se ha luchado por garantizar derechos inalienables de hombres y mujeres, con la finalidad del interés común y la producción de una sociedad equilibrada en responsabilidad, justicia y equidad que procure la armonía social.
- Una de las características de la democracia, puede ser entendida como una de las formas en las que se puede garantizar la convivencia, armonía y paz social; en un sentido romántico, opuesto a realidades sujetas a fracasos, avances y retrocesos que se observaran en la configuración de un marco de una práctica realista para Latinoamérica.
- Las nuevas tecnologías, han traído consigo una inmediatez en la comunicación de una descendencia que batalla por derechos mancomunados desde distintos puntos de la tierra, con una búsqueda Constitucional, custodiada por la Jurisdicción del Juez facultado para convertir estos derechos colectivos en una realidad social.

## 7. REFERENCIAS

Alexy, R. (2010). La construcción de los derechos fundamentales (1ra ed., p. 19). Buenos Aires: Ad-Hoc.

FERRAJOLI, L. Derecho y Razón: jurisdicción y democracia, Madrid, España, Trotta, S.A, Disponible en: file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Dialnet-JurisdiccionYDemocracia-174714%20(1).pdf . consultado el 27 de septiembre de 2020

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid, España. Trotta, S.A, 2008. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=302146>>. Acceso 25 de septiembre de 2020.

Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 522. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=2687404&pid=S1870-879X](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=2687404&pid=S1870-879X).

MARTIN, B. La desideologización como aporte a la psicología social al desarrollo de la democracia en Latinoamérica. **AVEPSO**, El Salvador, VIII, 3,

P. 3-9, 1985. Disponible en: [file:///C:/Users/Lizeth%20Paola/Downloads/1012-3386-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lizeth%20Paola/Downloads/1012-3386-1-SM%20(1).pdf). Consultado el 27 de septiembre de 2020.

Rodríguez, Jesús. La Democracia en la constitución de 1917. México. 2019. Disponible en: <http://www.eluniversalqueretaro.mx/content/la-democracia-en-la-constitucion-de-1917>.

Salguero, Geovani. Hacia la Consolidación del Derecho Humano a la paz. 1998. Disponible en: [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T5/T503.html).

SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? Madrid, España: Taurus, 2007. Disponible en: [https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=UioLszhRD0gC&oi=fnd&pg=PT2&dq=democracia&ots=x\\_tzGl1uYf&sig=m6n5qJTF6\\_PLK06-7e7j86fl-ruk&redir\\_esc=y#v=onepage&q=etimo&f=false](https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=UioLszhRD0gC&oi=fnd&pg=PT2&dq=democracia&ots=x_tzGl1uYf&sig=m6n5qJTF6_PLK06-7e7j86fl-ruk&redir_esc=y#v=onepage&q=etimo&f=false). Acceso 25 de septiembre de 2020.

SARTORI, Giovanni. Teoría de la democracia: el debate contemporáneo. España. Alianza, 2000. Disponible en: <http://148.206.32.30/mydes/wp-content/uploads/2018/02/Giovanni-Sartori.-Cap.1.pdf>. Acceso 25 de septiembre de 2020.

SUNKEL, O. La precaria sostenibilidad de la democracia en Latinoamérica. **Cuadernos del CENDES**, Caracas, 25, 68, p. 1-27, 2008. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/403/40306802.pdf>. Consultado el 27 de septiembre de 2020.



# DEMOCRACIA SUSTANTIVA ANTE DERECHOS INCONDICIONADOS<sup>1</sup>

MERLY MARTÍNEZ HERNÁNDEZ <sup>2</sup>

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO <sup>3</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La democracia como forma de gobierno no debe quedar en los procesos de elección de los gobernantes, o en la posibilidad de ser elegido a través de la asociación política, lo más importante, es la parte sustantiva, lo que implica el respeto a los derechos humanos, que sirve para garantizar además los procedimientos de acceso al poder.

La democracia es el sistema de gobierno más afín a los derechos humanos, al grado de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup> (Corte IDH) considera la tríada, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: la “*acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla*”, el necesario complemento de los derechos y libertades, con las garantías y el Estado de derecho conforman la sociedad democrática.

---

1 Proyecto “*Derecho procesal convencional de los derechos humanos*” del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.

2 Maestra en Derecho Constitucional y Amparo, Estudiante de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos, CECOCISE-UNACH. Contacto: abogadamerly@hotmail.com.

3 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

4 Cfr. CORTE IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 191.



## II. DEMOCRACIA

La democracia es el gobierno de todos o de las mayorías, es el poder que ejerce el pueblo, es la antítesis de la tiranía o dictadura o de la monarquía o la oligarquía, es la posibilidad de participar en la toma de decisiones de una colectividad.

A lo largo de la historia han existido diversas formas de tomar decisiones, de gobernar o de ejercer el poder en las sociedades, sin que necesariamente estas maneras de hacer política tengan una evolución lineal, en la que los escalones avanzados de la cultura política impidan regresar a estadios superados, o que un modelo implantado sea homogéneo en otro lugar o tiempo, por ejemplo, desde Atenas a. C. ya se ejercía el poder de un modo democrático, pero no de toda la población tenía derecho a votar, tampoco se puede decir que los sistemas actuales que se declaran democráticos sean análogos a los sistemas antiguos, ni siquiera los presentes son similares entre sí, como es caso de los Estados Unidos de Norteamérica o el de México, tienen procedimientos que difieren para elegir a los gobernantes y el tiempo de duración en los cargos públicos, entre otras modalidades, a pesar de que están establecidos ambos como Estados federales, así como también hay distinciones en la evolución de políticas públicas de respeto y protección de los derechos humanos en las sociedades, desde el surgimiento del derecho natural hasta llegar al derecho convencional.

Han pasado monarquías teocráticas y constitucionales, oligarquías, tiranías, fascismo, apartheid, entre otras más, pero la forma de gobierno más aceptada y legítima de gobernar es la basada en el sistema democrático.

### 1. ASPECTO INSTRUMENTAL

La democracia en sentido formal o instrumental se refiere a los procesos electorales en los que se designan a los representantes populares, a través del ejercicio del voto, de la posibilidad de ser votado, y el establecimiento de los partidos políticos, es decir, de cómo se accede al poder.

### 2. ASPECTO SUSTANTIVO O MATERIAL

La democracia sustantiva o material tienen que ver con la manera de cómo los representantes ejercen el poder público:

*El establecimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino “sustancial” al régimen democrático, dado que nos indica lo que no puede hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer.<sup>5</sup>*

### **3. PUEBLO**

La democracia es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece soberano, gobernándose a sí mismo.<sup>6</sup> Por pueblo se entiende *el conjunto de los ciudadanos a los que les toca en última instancia en derecho de tomar las decisiones colectivas.*<sup>7</sup>

### **4. CIUDADANÍA**

La calidad de ciudadano es política, que otorga la posibilidad o el derecho de participar en las decisiones de la vida pública o común, destinada especialmente a los nacionales de un país.

### **5. DERECHOS POLÍTICOS**

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el único tratado que utiliza la palabra ciudadanos y dispone los derechos y oportunidades que deberán gozar sin restricciones: *a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), denominado de los *Derechos políticos*, en forma afín que el pacto anterior dispone de los mismos derechos y agrega que la ley nacional puede reglamentar el ejercicio de éstos exclusivamente

---

5 CARBONELL, Miguel, Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad, México, IJ-UNAM, 2013, p. 3.

6 SANTIAGO NINO, Carlos, Ética y derechos humanos, 2da. Edición, Argentina, Astrea SRL., 2017, p. 371.

7 BOBBIO, Norberto, Liberalismo y democracia, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 33.

por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

## 6. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La democracia representativa es la participación de los ciudadanos en el momento de elegir a los representantes populares, sea que se otorgue la posibilidad de contender por un cargo o intervenir en la elección de éstos, quienes deberán actuar en nombre y cuenta del pueblo.

Un sistema en el que las decisiones se toman o bien, en su forma directa, por acuerdo explícito de la mayoría del grupo relevante- el que puede estar dado por los afectados por tales decisiones- o si no, en su forma representativa, por individuos que son autorizados periódicamente por la mayoría del grupo relevante para que adopten esa clase de decisiones.<sup>8</sup>

## 7. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La democracia participativa implica que los ciudadanos no sólo intervengan en la selección de los representantes, sino que lo hagan también en la toma de decisiones directamente, a través de diversos mecanismos como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa ciudadana en la elaboración de proyectos legislativos, la acción popular, la revocación de mandato, entre otros.

La democracia participativa supone pues la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad en directo sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante no son los mecanismos sino el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política.<sup>9</sup>

La Corte IDH ha determinado que los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos de forma directa mediante refrendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos.<sup>10</sup>

---

8 SANTIAGO Nino, Carlos, *op. cit.*, p. 371.

9 PERAZA, Arturo, *Democracia participativa y derechos humanos*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005. Véase: <https://tinyurl.com/y5a4ky3t>

10 CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párrafo 147.

### III. REVOCACIÓN DE MANDATO

Una forma de democracia participativa es la revocación de mandato, que consiste en la decisión de dar por terminado un cargo de elección popular antes de que concluya el periodo ordinario para el cual fue electo un representante popular.

Recientemente en México por 328 votos a favor, 151 en contra y 2 abstenciones, fue aprobada en el pleno de la Cámara de Diputados la iniciativa que busca reformar apartados de los artículos 53, 36, 41, 73, 99, 116, y 122 de la Constitución, “*con la finalidad de instruir la figura de revocación de mandato*”, por lo que pretende, de acuerdo con el texto discutido:

- a) Establecer el derecho y obligación de votar en las consultas sobre revocación del mandato. Y entender esta como un medio de control constitucional de participación ciudadana, para destituir a los representantes de elección popular cuando lo soliciten los ciudadanos y haya transcurrido la mitad de su gestión.
- b) Instruir la revocación de mandato mediante consulta ciudadana al presidente de la República, los Diputados Federales, Senadores, Gobernadores de las entidades federativas, diputados locales, los integrantes de los ayuntamientos, el Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y los integrantes de las alcaldías de esta.
- c) Considerar que la solicitud de la aplicación de una consulta de revocación de mandato debe ser el equivalente al 2 por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, en la demarcación territorial correspondiente.
- d) Implantar que el Instituto Nacional Electoral recibirá las solicitudes de revocación de mandato para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Constitución y en las leyes en la materia; y organizará las consultas ciudadanas de revocación de mandato, así mismo, computará y hará la declaración de los resultados.
- e) Establecer que el resultado de la consulta de la revocación sea vinculatorio, cuando participen al menos un tercio de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Y que el periodo sexenal del presidente sea de 6 años, salvo que exista un proceso revocatorio en su contra. Asimismo, una vez publicada la reforma, el Congreso de la Unión tendrá un plazo de 90 días para emitir la legislación que regule la figura.<sup>11</sup>

11 Cfr. Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, 14 de marzo de 2019. Véase: <https://tinyurl.com/y63wtjfw>

La democracia participativa y la representativa no son excluyentes entre sí, pueden ser complementarias, no sólo previendo las formas de acceso al poder público a través de elecciones libres, y además previendo temas que por su interés puedan someterse a mecanismo de participación ciudadana directa.

#### **IV. MINORÍAS**

Toda contienda electoral tiene como resultado que un candidato o candidatos logren el voto de la mayoría de los electores que sufragan y se les considere ganadores, así como los otros contendientes con menos aceptación, pasen a representar las ideas e intereses de las minorías, pero ello no quiere decir la extinción de la vida política de los vencidos, su tarea, desde la oposición, consiste fundamentalmente en cuestionar las políticas que consideren erróneas o injustas, es mas es factible que en otra contienda logren vencer y convertirse en la nueva mayoría.

Esta rotación del poder permite el desarrollo de la vida democrática de un país.

*La “minoría política” constituye una garantía institucional de la Democracia constitucional, dado que la legítima las decisiones de la mayoría y hace posible los principios de alternancia, pluralismo, tolerancia y resguardo de las minorías, que se encuentran ínsitos en la propia definición de democracia (al menos, en la vertiente constitucional).<sup>12</sup>*

#### **V. TRIADA DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS**

La democracia es el sistema de gobierno más afín a los derechos humanos, al grado de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera una tríada, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: la “acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla”, a la atracción de los derechos y libertades, de las garantías de éstos y del Estado de derecho a la sociedad democrática.

---

12 AMAYA, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 33.

*La Corte ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.<sup>13</sup>*



En el artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana se reitera la vinculación de la democracia representativa, los derechos humanos, el estado de derecho:

*Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.*

13 CORTE IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 191.

## VI. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y AL ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO

Este tipo de organización política establece que toda norma debe estar subordinada a la Constitución y cualquier disposición que sea contraria a la Carta Magna debe carecer de validez. Además de crear mecanismos jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía constitucional. Siendo precisamente la Constitución un sistema de límites y vínculos a cualquier poder.<sup>14</sup>

El Estado social de derecho evoluciona en los fines del poder público, al reconocer la necesidad de proteger a la población que sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades de desarrollo para alcanzar las potencialidades de todo ser humano, entre ellas garantizar la subsistencia y crecimiento intelectual individual, cuyas esencias son los derechos humanos sociales económicos y culturales (DESC).

Los DESC tienen sus raíces en la ideología socialista y comunista, en su momento Karl Marx criticó los derechos consagrados en la Declaración de Hombre y del Ciudadano de 1789, que incluía sólo derechos civiles y políticos sin considerar a los DESC, tal postura se aprecia en su obra *Sobre la cuestión judía* de 1844:

*Los llamados derechos humanos, los droits de l'homme, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad.*<sup>15</sup>

Acertada visión de Marx, ya que los derechos del hombre sólo limitaban a proteger a la parte de la sociedad que se encontraba o se encuentra en condiciones de adquirir y mantener riqueza, menospreciando u olvidándose de la gran mayoría de la población que no había corrido con la misma “suerte” de nacer con las mismas oportunidades de desarrollo, así se proclamó la “libertad de los pobres”.

Los DESC, a su vez se subdividen en tres categorías derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales, que en esencia tienen el valor de la no discriminación y la igualdad.

---

14 FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 157.

15 MARX, Karl, *Páginas malditas Sobre La cuestión judía y otros textos*, Buenos Aires, Libros de Anarres, véase: <https://tinyurl.com/y3nxd2la>

*El modelo de Estado social y democrático de derecho es el único donde puede desenvolverse una sociedad democrática, sería limitativo en el sentido de que hay Estados que, a pesar de no contar con alguna de las variables de este término, procuran tener un profundo apego al Estado de derecho, respeto a los valores sociales y sostener una forma de vida democrática.<sup>16</sup>*

El Estado mexicano ha establecido los alcances e interpretación del concepto del derecho al mínimo vital:

*En el orden constitucional mexicano, el derecho al “mínimo vital” o “mínimo existencial”, el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscritos por.<sup>17</sup>*

Este sistema parte de la aceptación de diversos Estados que se obligan a cumplir reglas, principios y directrices comunes, además de crear mecanismos jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía de los derechos humanos.

*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.<sup>18</sup>*

---

16 GUZMÁN BRITO, Alejandro, El derecho, ¿ciencia humanística o social? y otros problemas, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, no. 12, Santiago, p. 171.

17 Tesis: I.4o.A.12 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 2, p. 1345.

18 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 129.



## VII. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son las prerrogativas básicas<sup>19</sup> cuya finalidad es alcanzar las potencialidades individuales y colectivas fundadas en la dignidad humana, cuyo principal obligado es el Estado, así como cualquier persona que tenga poder de afectación.

El sistema democrático tiene como eje central la participación sin límites de la población en las decisiones fundamentales, si bien es cierto, la que más se ha desarrollado es la parte instrumental de la democracia, es decir, el acceso al poder, ya que una vez ostentando el control político el partido o la persona electa, gobierna a su discreción, de manera diferente a sus antecesores a pesar de contar con el mismo deber de garantizar y proteger la eficacia de los derechos humanos.

Sin embargo, el régimen democrático no es una garantía por sí mismo para asegurar el respeto a los derechos humanos, porque la decisión de las mayorías, cuando no es controlada puede convertirse en una dictadura que oprima a las minorías.

En el artículo 7° de la Carta Democrática Interamericana se plantea la importancia de democracia y los derechos humanos:

*La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.*

La fórmula de la democracia es cuantitativa, gana el quien tenga más adeptos y participen en las elecciones. La fórmula de los derechos humanos es cualitativa, es valorativa porque su fundamento es la dignidad, en el respeto del ser humano tanto en lo individual como en lo colectivo.

Una de las funciones principales de los derechos humanos es que cuando sean trasgredidos se investigue, identifique y sancione a los responsables de ello, además de que se establezcan garantías de no repetición para prevenir futuras violaciones.

---

19 En el derecho internacional de los derechos humanos o derecho convencional de los derechos humanos se establecen estándares mínimos de protección.

*La Corte IDH estima que sobre los Estados parte recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.<sup>20</sup>*

Hoy, las fuentes jurídicas donde se encuentran plasmados los derechos humanos son diversas, no sólo en las leyes, en las constituciones, en las convenciones, también en las interpretaciones a estos instrumentos que realizan los órganos jurisdiccionales nacionales y convencionales, por lo cual, son instrumentos vivos, en evolución, en desarrollo como respuesta a las vicisitudes reales que enfrenta el ser humano en la realidad.

*La Corte IDH ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>21</sup>*

El impacto de la noción de derechos humanos al ser un concepto histórico, no siempre ha existido como tal y con las dimensiones que en el presente tiene, es factible decir que nos encontramos en una etapa de positivación de los derechos humanos, que se inicia a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primero como una fuente ética y posteriormente jurídica, que ha dado como resultado múltiples tratados internacionales, así como organismos a nivel universal y regional, cuya función principal es la eficacia de los derechos humanos.

En el continente americano, por ejemplo, el sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un ejemplo de la noción en desarrollo constante de los derechos humanos.

---

20 CORTE IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 186.

21 CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 83.

*El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriendo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH.<sup>22</sup>*



Un punto importante al ser un concepto vivo los derechos humanos, su campo o perímetro van sumando a esta categoría nuevos derechos, es decir, tiene un efecto expansivo de protección, poco a poco su manto va creciendo, ahora es factible exigir la previa consulta a las poblaciones indígenas cuando se intenta afectar a sus tierras ancestrales y sus recursos naturales, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el derecho al agua y a su saneamiento, a un medio ambiente sano, a la paz, entre otros tanto más.

## **VIII. DEMOCRACIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La historia de los derechos humanos no es lineal o progresiva, porque no significa que cada etapa de la humanidad se erradique de manera definitiva las trasgresiones anteriores a pesar de que se cree legislación para ello, la inequidad es cíclica, hoy gobiernos que se sustentan en sus constituciones como regímenes democráticos y reconocen los derechos humanos, no garantizan la eficacia en la vida social, sino por el contrario, algunos de forma sistemática o generalizada violan derechos humanos, como es el caso de Venezuela, Nicaragua, México, entre otros.

---

22 MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015, p. 185.

Ni los instrumentos de participación democrática directa de los ciudadanos son suficientes para proteger los derechos humanos eficazmente.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.<sup>23</sup>

## **IX. TRIBUNALES NACIONALES SE HAN PRONUNCIADO, SOBRE LA BASE DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES, RESPECTO DE LOS LÍMITES SEA DEL PODER LEGISLATIVO SEA DE LOS MECANISMOS DE LA DEMOCRACIA DIRECTA**

a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de agosto de 2010 declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (*referéndum*) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en

23 CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. Al respecto, la Sala Constitucional señaló que *“los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público -Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum.*

*[...] el poder reformador o constituyente derivado -en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación”.*<sup>24</sup>

b) La Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías: *“la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...]. la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.<sup>25</sup>

c) La Constitución Federal de la Confederación Suiza señala en su artículo 139.3 lo siguiente: *“cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea federal la declarará total*

24 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia No2010013313, 10 de agosto de 2010, Expediente 10-008331-0007-CO, Considerando VI.

25 CORTE IDH. Control de Convencionalidad, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7, 2019, p. 46. Véase: <https://tinyurl.com/yywf9u7a>

o *parcialmente nula*”. El Consejo Federal de Suiza, en un reporte de 5 de marzo de 2010 sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del derecho internacional. En ese sentido, señaló que estas normas serían: las normas sobre prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del derecho internacional humanitario (prohibición del atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados contra la dignidad de las personas y ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>26</sup>

d) La jurisprudencia de varios tribunales de Estados Unidos, como por ejemplo en los casos *Perry vs. Schwarzenegger*, en donde se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó “*los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones*”. *Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8) 10-16696*, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. *Romer, Governor of Colorado, et al. v. Evans et al. (94-1039), 517 U.S. 620 (1996)*. Suprema Corte de Estados Unidos. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. En ese orden de ideas, la Corte afirmó que el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”.

---

26 *Idem.*

e) La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica negó un referéndum sobre la pena capital por considerar que una mayoría no puede decidir sobre los derechos de la minoría, la que en este caso fue identificada por la Corte como las personas marginalizadas por la sociedad, las personas que podrían ser sometidas a esta pena corporal: “[...] *De la misma manera la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en los tribunales, es proteger los derechos de las minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluye a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos [...]*”<sup>27</sup>

f) La Corte Constitucional de Eslovenia, en el caso de los llamados “Erased” (personas que no gozan de un *status* migratorio legal), decidió que no es posible realizar un referéndum sobre los derechos de una minoría establecida; en concreto, la Corte anuló un referéndum que pretendía revocar el estatus de residencia legal de una minoría. En ese sentido, el tribunal señaló: “*los principios de un Estado gobernado por el principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la dignidad personal y seguridad, el derecho a obtener compensaciones por violaciones de derechos humanos, y la autoridad de la Corte Constitucional, deben ser priorizados por encima del derecho a la toma de decisiones en un referendo*”<sup>28</sup>

Hay temas que no pueden ser cuestionados o revisados por la democracia directa, porque su decisión *a priori* viola derechos humanos, por lo que no hay ninguna medida, desde el punto de vista cuantitativo que justifique su violación.

*Los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –a la salud, la educación, la seguridad social y la subsistencia– que cualquier mayoría está obligada a satisfacer.*<sup>29</sup>

27 CORTE IDH. Control de Convencionalidad, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7, 2019, p. 46. Véase: <https://tinyurl.com/yywf9u7a>

28 Cfr. CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

29 FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 159.

Así, ni la democracia participativa debe legitimar actos que representen restricciones o supresión de derechos humanos que los Estados parte de SIDH se han obligado a proteger, como es el respeto a las tierras ancestrales de las poblaciones originarias.

La Corte IDH hizo notar, en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, que el respeto al derecho de propiedad comunitaria indígena no depende del reconocimiento y protección de una decisión mayoritaria de la ciudadanía, inclusive no fue necesario pronunciarse del referéndum, dada que el resultado carece de efectos, inclusive en relación a los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención ADH.<sup>30</sup>

## X. CONCLUSIONES

Los avances que ha tenido el régimen democrático a lo largo de la historia de la organización política de las sociedades, es el más acorde a los estándares de protección de derechos humanos, que se ha instaurado para prevenir violaciones a los derechos naturales o humanos, pero que hoy es parte de la llamada “*triada*” prevista por la Corte IDH, aunado a la garantía en el amparo en la tutela de los mismos derechos, además del Estado convencional de derecho, sin embargo, los órganos públicos de los Estados deben respetar los límites impuestos en sus decisiones y políticas, para no convertirse en dictaduras que sometan a las minorías, al tener la obligación de sustraer temas de la agenda política vedados ni aún someterlos a los mecanismos de la democracia directa como el perdón de los crímenes contra la humanidad previstos en el Estatuto de Roma, esta determinación debe realizarse mediante el control difuso de convencionalidad, al que están obligados todos los agentes de los Estados, además del derecho de las poblaciones originarias que versan sobre la propiedad de las tierras ancestrales.

---

30 CORTE IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrafo 129.



## XI. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

AMAYA, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Buenos Aires, Astrea, 2014. ISBN 978-987-706-027-0.

BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989. ISBN: 978-968-163-214-4.

CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, IJ-UNAM, México, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. ISBN: 978-958-616-462-7.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, El derecho, ¿ciencia humanística o social? y otros problemas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Santiago, 2010, no. 12. ISSN: 07186851.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015, ISBN: 978-958-46-7285-8.

MARX, Karl, *Páginas malditas Sobre La cuestión judía y otros textos*, Libros de Anarres, Buenos Aires, 2017. h <https://tinyurl.com/y3nxd2la>

PERAZA, Arturo, *Democracia participativa y derechos humanos*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005. <https://tinyurl.com/y5a4ky3t>

SANTIAGO Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 2da. Edición, Astrea SRL., Argentina, 2017. ISBN: 978-950-508-289-6.

### JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

\_\_\_\_\_. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

\_\_\_\_\_. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

\_\_\_\_\_. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

\_\_\_\_\_. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

\_\_\_\_\_. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

\_\_\_\_\_. Control de Convencionalidad, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7, 2019. p. 46. Véase: <https://tinyurl.com/yywf9u7a>,

## **CRITERIOS JURISDICCIONALES MEXICANOS**

Tesis: I.4o.A.12 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 2.

Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I.

## **DOCUMENTACIÓN ADICIONAL**

Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, 14 de marzo de 2019.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Última edición 23<sup>a</sup>, publicada en octubre de 2014.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia No2010013313 de 10 de agosto de 2010, Expediente 10-008331-0007-CO, Considerando VI.



# EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA DIGNIDAD HUMANA

HAIDEER MIRANDA BONILLA <sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El término dignidad humana no de fácil definición ocupa un espacio relevante en la historia milenaria de la filosofía moral y también de la teología, sin embargo, en el campo jurídico y constitucional su formalización es bastante reciente. La definición y determinación de este principio y valor constitucional no es una labor sencilla por tratarse de un concepto jurídico indeterminado sujeto a la interpretación por parte del operador jurídico, y en particular, por parte del juez ordinario, constitucional, convencional y comunitario que evidencian la existencia de un constitucionalismo multinivel en materia de derechos humanos.

En el presente estudio se analiza como el principio o valor constitucional de la dignidad humana ha sido actuado y dotado de extraordinario contenido por el *giudice costituzionale* al garantizar el respeto y la fuerza normativa de la Constitución. En particular se analizan una serie

---

1 Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia aprobando su tesis doctoral con mención de *sobresaliente cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos (UCR) [www.derechocomunitario.ucr.ac.cr](http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr). Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: [haideer.miranda@ucr.ac.cr](mailto:haideer.miranda@ucr.ac.cr)

\* Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

de sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia – en adelante Sala Constitucional– en donde se ha tutelado la dignidad humana, en particular en algunas temáticas relacionadas con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el retardo injustificado en trasladar personas detenidas en celdas judiciales cuya situación jurídica ha sido resuelta por un juez a un centro penitenciario, la suspensión en la entrega de cuerpos en la morgue judicial, debido a un movimiento de huelga, así como en la tutela de grupos vulnerables como las personas privadas de libertad y de personas en situación de calle.

## **2. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTO DEL ESTADO DE DERECHO**

Las aberraciones practicadas por el totalitarismo contra el ser humano, sobre todo en los regímenes nazista y fascista en los campos de concentración, conllevaron a que tras la finalización de la II Guerra Mundial se incorporara a nivel constitucional este principio. En un primer momento histórico, la dignidad humana asume un sentido preciso y vinculante a través de diferentes formulaciones normativas en los artículos 2 y 3 de la Constitución Italiana (1948) y en el artículo 1 de la Ley Fundamental Alemana –Grundgesetz–, el cual reconoce que “la dignidad del hombre es intangible” y que “es deber de cada poder estatal respetarla y protegerla”.

Posteriormente, encontramos un reconocimiento en las constituciones que surgieron de las crisis de regímenes autoritarios. En particular el artículo 7.2. de la Constitución de Grecia de 1975 determina: “Las torturas, las sevicias corporales, y cualquier atentado a la salud, opresión psicológica y cualquier atentado a la dignidad humana son prohibidos y sancionado con las disposiciones de la ley”. La Constitución de Portugal de 1976 en su numeral 1 indica: “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria”. Por su parte, el artículo 10.1 de la Constitución de España de 1979 señala: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Más recientemente encontramos un reconocimiento de la dignidad humana en los textos constitucionales de países que se han

dados nuevos ordenamientos de inspiración democrática después de la caída de los regímenes comunistas –en los países de Europa del Este– o que estuvieron expuestos a regímenes autoritarios en América Latina, como por ejemplo en Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Uruguay (1997) y Ecuador (1998). En la Constitución se trata de garantizar los contenidos de la dignidad y libertad humana que habían sido conculcados por los ordenamientos precedentes: piénsese por ejemplo, en el detalle con que viene regulado el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura, la discriminación, las detenciones arbitrarias, las comunicaciones y la correspondencia, de censurar la manifestación del pensamiento, la inviolabilidad del domicilio y los derechos asociativos (ROLLA, 2003, p. 233).

La dignidad humana asume un valor importante en el ámbito del “constitucionalismo multinivel”, pues no solo tiene un reconocimiento a nivel nacional, sino en el plano internacional, en diferentes instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos (DIDH), y a nivel supranacional en los ordenamientos comunitarios, como por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. En el ámbito internacional este principio encuentra un reconocimiento en el artículo 1.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclama: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera que: “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y se reconoce igualmente que estos derechos “derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. En el ámbito convencional el artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

En el ámbito supranacional la dignidad humana ha encontrado reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), en cuyo preámbulo se determina: “Conscientes de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y se basa sobre los principios de la democracia y el Estado de Derecho”. Además, el artículo 1 determina: “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre del 2009, la Carta de Niza adquirió carácter

vinculante por lo que debe ser respetada por todos los Estados miembros y por las propias instituciones comunitarias. Por su parte, el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europa (TFUE) dispone: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos incluidos los derechos de personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”.

Lo anterior evidencia la estrecha conexión que existe entre el Estado Constitucional de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad humana, pues su respeto se convierte en uno de los presupuestos fundamentales para la existencia del primero, tenido un rol fundamental los jueces – ordinarios, constitucionales, convencionales y supranacionales– en garantizar su actuación y darle contenido a un concepto jurídico indeterminado de no fácil definición.

El reconocimiento de este principio puede ser explícito como acontece en la Constituciones de Alemania, Costa Rica, España, y en muchos otros ordenamientos jurídicos, o implícito como sucede en Italia, en donde la Corte *Costituzionale* lo ha derivado de la fórmula “*i diritti inviolabili della persona umana*” reconocida en el artículo 2 de la Constitución, considerando la dignidad humana como la premisa de todos los derechos fundamentales (ROLLA, 2012, p. 1077). La jurisprudencia constitucional y un sector mayoritario de la doctrina italiana han reconocido la dignidad humana como un valor que empapa en si el derecho positivo<sup>2</sup>, como un principio supremo del ordenamiento constitucional que tiene un valor superior respecto a otras normas o leyes de rango constitucional que lo convierten incluso en un límite para el legislador en materia de revisión constitucional (BINDI, 2020, p. 6).

En este sentido, en la sentencia número 1146-1998 la Corte Constitucional determinó: “*La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento*

---

2 Corte Constitucional Italiana, sentencia número 293-2000. El texto integral de sus sentencias puede ser consultado en la siguiente dirección: en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

*di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana".*

Por otra parte, es posible individualizar una serie de perspectivas en las cuales la dignidad humana se manifiesta. En una perspectiva subjetiva, la dignidad coincide sustancialmente con el atributo irrenunciable e intangible de la persona humana (MIRANDA, 2017 . 96) es decir, es considerada *“un bien en sí mismo, independiente de las condiciones personales y sociales, de las cualidades y de los defectos del sujeto, de modo que a cada uno le sea reconocido el derecho a que su individualidad sea preservada”*<sup>3</sup>. En este sentido, la dignidad debe referirse a la persona humana en concreto, y no a la que debería de ser según los puntos de vista religiosos, filosóficos o ideológicos. Esto implica que la identidad específica de cada individuo venga considerada y preservada, como *“un bien en sí mismo, independiente de las condiciones personales y sociales, de las actitudes o defectos del sujeto, es decir, que a cualquiera sea reconocido el derecho a que si individualidad sea preservada”*<sup>4</sup>.

La dignidad humana no pertenece a quien se la merece, según los criterios de evaluación asumidos por la ley de un Estado o resultantes de la cultura dominante, sino a toda persona. Ella no es un dote del ser humano, sino que se identifica con la persona, por el simple motivo que un individuo que se ve privado de su dignidad sufre de la negación de la misma humanidad, es decir, de su condición de ser humano. Para un sector mayoritario de la doctrina, se trata de una transformación del principio personalístico, fundamento del Estado Constitucional de Derecho, en el sentido que el sujeto a quien los textos constitucionales reconocen una posición central no es el individuo aislado, sino la persona considerada en su proyección social, la cual debe de ser tutelada en las múltiples manifestaciones de su existencia histórica y material (ROLLA, 2007, p. 305).

En su “dimensión individual” la dignidad humana tiene estrecha relación con el principio de igualdad y discriminación: las diferencias individuales, culturales y sociales que se presentan en la sociedad, no deben constituir el presupuesto para actos de discriminación, susceptible de transgredir la igual dignidad de la persona. La exigencia de respetar la dignidad humana garantiza que el individuo sea protegido frente acciones que puedan poner en peligro o menoscaben su persona, integridad física, psíquica y moral, por parte de órganos estatales o de incluso suje-

---

3 Corte Constitucional Italiana, sentencia número 13-1994.

4 Ibid.



tos de derecho privado (MIRANDA, p. 106, 2007). Deben ser considerados contrarios a la dignidad humana aquellos actos que provoquen en la persona un sentimiento de humillación, como por ejemplo, la agresión física, psicológica y moral que sufre una persona. En su dimensión individual la dignidad se traduce, en el derecho del individuo a que se vea respetada su propia reputación, el propio buen nombre, a no ser discriminado a causa de sus propios ordenamientos y estilos de vida. Subsiste por lo tanto, una relación de complementariedad entre el principio de la dignidad y el principio personalista, entendido en la concepción moderna de libre desarrollo de la personalidad (ROLLA, 2007, p. 307).

Por otra parte, la dignidad humana presenta una “dimensión social”. No es suficiente que la persona sea tratada con dignidad, sino que todos sean tratados con igualdad, dignidad y respeto. En su dimensión social exprime la necesidad de que tales diferencias, en el plano social, no lleguen a convertirse en factores de exclusión o intolerancia. En la perspectiva relacional, la dignidad viene a considerarse sobre todo con referencia a la posición de las minorías y sus derechos: este último tema particularmente actual de frente a las numerosas y recurrentes hechos de intolerancia, sobre todo de carácter religioso, racial, orientación sexual, y de terrorismo.

En el plano normativo, la dignidad humana asume la función de convertirse en cláusula de interpretación de los derechos regulados en los textos constitucionales y convencionales, así como un límite para el legislador en materia de revisión constitucional. En primer lugar, el principio de la dignidad de la persona funge como cláusula general de interpretación de los otros derechos fundamentales a fin de permitir una interpretación evolutiva que asegure una continua síntesis entre las disposiciones constitucionales y los valores contemporáneos, motivo por el cual puede ser considerado como un principio guía para la actividad del legislador y del juez. Asume la función de ser un criterio general que debe siempre orientar la interpretación por parte del operador jurídico. La *suprematía* de la dignidad humana la eleva como criterio de ponderación de valores, sin que ella sea susceptible de reducciones por efecto de una ponderación. Ella no es efecto de una balanza, sino que es la balanza misma (SILVESTRI, 2009, p. 87).

Como criterio de interpretación, el reconocimiento de la dignidad humana requiere, por un lado, que una disposición normativa susceptible de asumir varios significados sea interpretada en el sentido más acorde al principio de la dignidad; y por otro lado, excluye, que pueda ser legítimamente acogida una interpretación contraria o que entre en

conflicto con tal principio<sup>5</sup>. En la realización de la interpretación conforme el juez tiene como limitación que su actuación no puede ir en contra del “núcleo duro” de los derechos humanos, es decir, aquellos derechos que son inherentes a la condición del ser humano. En particular, Ruggeri (2010, p. 17) considera que esta temática de la interpretación conforme, en sus diversas manifestaciones tiene, como límite la dignidad humana, el cual es considerado un meta valor o un valor supra constitucional, pues “la dignità non è solo il valore terzo che orienta la decisione nei casi in cui debba fare una scelta, per offerta che sia, tra l’una e l’altra norma; ancora prima (e di più), la dignità orienta i processi d’interpretazione conforme, nelle forme della sua articolazione interna, facendo sì che un ordinamento possa dare i più di quanto dall’altre riceve, ove si dimostri in grado di servire la dignità, per le esigenze di un caso, in modo ancora più immediato, diretto, complessivamente appagante, dell’altro”.

### **3. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA DIGNIDAD HUMANA**

La función de las Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales y, en particular, del juez constitucional resulta esencial para la consagración del Estado Constitucional y Social de Derecho. El juez constitucional protagoniza la función de llevar adelante la óptima y eficaz realización de los procesos constitucionales en defensa de la Constitución y los valores superiores, en procura de hacer más efectivos los derechos y alcanzar la tan ansiada paz social en justicia (BARDELLI, 2008, p. 15). A las jurisdicciones constitucionales se les acusa de un déficit de legitimación democrática. Ese déficit, para un sector de la doctrina constitucional, debe ser colmado mediante la motivación de las sentencias y el uso de argumentos de peso en el proceso decisonal (ZAGREBELSKY, 2005, p. 11), pues el juez es un actor silencioso que sólo habla a través de sus sentencias o resoluciones, motivo por el cual es fundamental garantizar su independencia judicial.

---

5 La temática de la interpretación conforme a Constitución fue ampliamente desarrollada en la conferencia “*La funzione interpretativa del giudice costituzionale e del giudice comune*” impartida por el profesor Roberto Romboli, el lunes 21 de enero del 2013 en el ámbito de la II edición del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia del 14 de enero al 1 de febrero del 2013.

La legitimidad del juez constitucional tiene un estrecho vínculo con el contenido de la Constitución y su trascendencia jurídico-política. El juez constitucional en el ejercicio de sus funciones no sólo utiliza como parámetro la Constitución, sino la Convención Americana de Derechos Humanos, así como instrumentos de “soft y hard law” en materia de derechos humanos, situación que evidencia que es un actor privilegiado en dotar de contenido la noción de dignidad humana y de garantizar su respeto como principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho.

En la Constitución Política de Costa Rica que entró en vigor el 7 de noviembre de 1949, encontramos un reconocimiento expreso a la dignidad humana en los artículos 33, 56 y 57, los cuales, la Sala Constitucional que entró en vigor en septiembre de 1989 ha tutelado desde sus primeras sentencias, y progresivamente ha ampliado su esfera de protección.

En este sentido, en la sentencia número 1990-971 los jueces constitucionales determinaron: *“El principio de igualdad lleva consigo que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. Así no hay igualdad sin dignidad y no habría dignidad sin igualdad, cuando no se trata como iguales a los iguales o como desiguales a los desiguales”*<sup>6</sup>. En el voto número 1990-972 estableció: *“(…) que junto al valor de la vida humana, nuestro sistema constitucional ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral”*<sup>7</sup>. En la sentencia número 1990-1261 se indicó: *“Costa Rica, en el artículo primero de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes”*.

Ello evidencia como el juez constitucional desde un primer momento histórico reconoció la dignidad humana como un valor funda-

---

6 En igual sentido, se puede consultar las sentencias números 1991-356, 1991-1471, 1991-1732, 1991-2381, 1993-1474, 1993-4800.

7 Sentencia número 1990-972.

mental de la democracia que deriva de la sola condición de ser humano y que se encuentra íntimamente ligado con los derechos de la personalidad y con el respeto de la integridad física<sup>8</sup>.

**Por otra parte, en el voto número 1991-709 la jurisdicción constitucional determinó que** se sometió a un ciudadano a un tratamiento contrario a su dignidad humana, con motivo de una simple detención administrativa, por el mal estado físico de la cárcel en la que fue detenido, debido a la omisión inaceptable del Estado de construir adecuados centros de detención. En la sentencia número 1992-2162 el Tribunal Constitucional indicó: “(...) *si bien la Sala ha sido clara en afirmar que debe protegerse el interés de la mayoría por ser el interés preponderante, no puede ello hacerse en detrimento de la dignidad humana, de tal forma que el Estado tiene ese parámetro como límite en la protección de la salud pública*”.

En la sentencia número 2000-6966 los jueces constitucionales indicaron: “*La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción*”.

En el voto número 2009-4555, la jurisdicción constitucional determinó: “*Nuestra Constitución Política en su artículo 33 reconoce y proclama el valor constitucional de la dignidad humana, que constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales. El ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son reconocidos en protección de su dignidad. En definitiva, uno de los valores y principios fundamentales del Derecho de la Constitución lo constituye, precisamente, la dignidad, sobre el cual se erige el edificio entero de la parte dogmática de la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales de las personas. Es a partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano que los instrumentos internacionales de Derechos*

---

8 Las primeras sentencias en donde expresamente se hace referencia a la dignidad humana son los votos números 1990-325 y 1990-433.

*Humanos y las Constituciones le otorgan una serie de libertades y derechos indiscutibles y universalmente aceptados”.*

Posteriormente, en la sentencia número 2010-4805 los jueces constitucionales determinaron “(...) *Junto a la vida, íntimamente ligada a su sentido y verdadero valor moral y social, se encuentra el reconocimiento y necesario respeto a la dignidad humana, base y fundamento para el reconocimiento de los demás derechos fundamentales, que sin ella carecen de sentido. Sobre el respeto a la dignidad humana se asienta el orden y la paz social, así como toda organización que se precie de ostentar una legitimación sustancial de su existencia”.* Por otra parte, en la sentencia número 2013-2072 se indicó que la dignidad de la persona: “*es el presupuesto básico originado en la propia condición de ser humano, que exige el reconocimiento y garantía de ciertos derechos inalienables e inviolables, cuya lesión deniega el valor inherente que es propio de toda persona”.*

Lo anterior nos permite determinar como la dignidad humana ha sido reconocida por el juez constitucional como un principio y como un valor base y fundamento de los demás derechos fundamentales reconocidos o derivados a través de una interpretación sistemática en el texto constitucional. Este principio inherente a la condición de ser humano actúa el “principio personalista”, el cual es un requisito fundamental para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho (FLICK, 2014, p. 12).

#### **4. LA TUTELA DE LA DIGNIDAD HUMANA EN RECIENTES SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA**

En el presente *apéndice* se analizarán una serie de votos recientes en las que el juez constitucional ha dado actuación y contenido al principio constitucional de la dignidad humana.

##### **4.1. LA PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES**

El artículo 40 de la Constitución Política de Costa Rica dispone: “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes”. En relación a los tratos inhumanos y degradantes la Sala Constitucional ha determinado que: “*debe tratarse de aquéllos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o que provoquen una humillación superior a la que lleva aparejada, en sí misma, la imposición de la condena o la medida cautelar”*<sup>9</sup>.

9 Sala Constitucional, sentencia número 2003-2782. El texto integral de las sentencias

En el caso de personas privadas de libertad ha precisado que debe tratarse de aquéllos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o que provoquen una humillación superior a la que lleva aparejada, en sí misma, la imposición de la condena o la medida cautelar<sup>10</sup>. En este sentido, la Sala Constitucional ha declarado con lugar recursos de amparo y habeas corpus por haber acreditado agresiones injustificadas y un uso excesivo de la fuerza por parte de personeros que llevan cabo funciones de policía –administrativa, judicial y penitenciaria– en detrimento del derecho fundamental a la integridad personal.

En las sentencias números 2012-15386 y 2012-12173 se acreditó con fundamento en prueba pericial que en la detención de algunos recurrentes existieron agresiones físicas injustificadas por partes de personeros de la Fuerza Pública contrarias a la integridad personal y a la dignidad humana, ordenando en la parte dispositiva que el Ministro de Seguridad Pública debía iniciar de inmediato la correspondiente investigación interna y determinar las responsabilidades del personal. En sentido similar se han estimado varios recursos por abusos de autoridad cometidos por oficiales del Organismo de Investigación Judicial<sup>11</sup>, así como por parte de policías penitenciarios<sup>12</sup>.

Por otra parte, el juez constitucional en reiterados pronunciamientos ha determinado que las agresiones físicas, el uso excesivo de la fuerza y la utilización del gas mostaza o de cualquier otro tipo en contra de privado de libertad es contrario a la dignidad humana. En la sentencia número 2006-7617 se ordenó al Director del Centro de Atención Institucional La Reforma, y al Director General de Adaptación Social, que dispusieran lo pertinente a fin de que en ningún caso se utilizarán los gases mostaza y CN, y cualquier otro que tenga iguales o similares efectos

---

se encuentra disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

10 Además, en la sentencia número 2003-2782 indicó en lo que interesa: “(...) *el deber de custodia que tienen las instituciones encargadas del manejo de las personas privadas de libertad, sean centros penales o de detención, implica no solo el deber de velar por su integridad física, sino también, el de brindarles alimentación, servicios de salud etcétera, pero además, conlleva la gran responsabilidad de evitar su evasión para que cumplan con la orden emitida por los Tribunales de Justicia, de ahí que existan necesariamente ciertas reglas mínimas de seguridad que se deben cumplir en estos lugares para el cumplimiento de ese fin, las que aún y siendo molestas para los presos, tampoco se constituyen en una tortura o en tratos crueles, inhumanos y degradantes*”.

11 Sentencia número 2012-9992.

12 Voto número 2014-7274.

sobre las personas, en ese centro penitenciario. Además, deberán brindar capacitación al personal de seguridad del centro penitenciario en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos.

En las sentencias números 2013-14798, 2014-7785, 2014-9895 se reiteró la prohibición absoluta de utilizar gas mostaza o de cualquier tipo de gas dentro de los Centros Penitenciarios<sup>13</sup>. Nótese incluso que en la sentencia número 2014-7912 se prohibió la compra y uso del gas irritante o pimienta en cilindros individuales, indefinidamente, así como su ingreso particular a las instalaciones del Centro, hasta tanto la administración penitenciaria no cuente con sistema de grabación mediante cámaras de audio y video adecuado e idóneo en el que quede constando las circunstancias del uso excepcional de gas pimienta o irritante por la policía penitenciaria y que pueda ser verificado por un tercero imparcial para valorar el principio de proporcionalidad y sus subprincipios en el caso particular. Asimismo se ordenó la elaboración de un protocolo detallado con el Mecanismo Nacional para la Tortura de la Defensora de los Habitantes. En tanto no se implementen esas dos medidas debe mantenerse la prohibición absoluta de adquisición y uso, así como deberá hacerse un retiro de los cilindros existentes en el Centro Penitenciario La Reforma y ser almacenados en otra ubicación física.

Por otra parte, en el tema en estudio es de particular interés lo dispuesto en el voto número 2014-7274, y más recientemente, en la sentencia número 2020-9598 en los que se acreditó una agresión física por parte de las fuerzas penitenciarias en contra privados de libertad, conducta del todo contraria a la dignidad humana. En la motivación de tales resoluciones se establece que la carga de la prueba en casos de maltrato de personas bajo custodia estatal corresponde a las autoridades del Estado. Ello evidencia la realización de un adecuado control de convencionalidad en sede nacional, pues se tomó como fundamento una serie de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha reiterado esa tesis. Al respecto, en la motivación del voto número 2014-7274, se dispuso:

*“(…) VII. Este Tribunal determina entonces graves indicios de un vacío de control y seguimiento adecuado de las autoridades penitenciarias respecto de sus obligaciones constitucionales y convencionales de protección de la integridad física de los internos y de su dignidad, así como la ausencia de la necesaria vigilancia de parte de los jerarcas penitenciarios sobre aquellos de sus agentes que tienen una línea primaria y directa con los privados de libertad, de forma que*

---

13 Sentencia número 2006-3684.

*se puedan prevenir violaciones o sancionar a los responsables de las múltiples denuncias interpuestas por los internos. Los informes y los escritos presentados por el recurrente y otros privados de libertad en otros expedientes evidencian un desgaste de las líneas de jerarquía orden, control y supervisión, que hacen pensar que definitivamente no se está cumpliendo con lo dispuesto en el numeral 48 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos establece: "... Todos los miembros del personal deberán conducirse y cumplir sus funciones en toda circunstancia, de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia beneficiosa en los reclusos..."*

*VIII.- Conclusión.- En conclusión, el patrón sistemático de denuncias de los internos de Máxima Seguridad de la Reforma, obligan a este Tribunal a declarar la existencia de una amenaza real e inminente para integridad física de dichas personas y una afectación de su dignidad humana que justifican la estimatoria de este recurso y el establecimiento de medidas de protección especiales, tanto para el recurrente como para todos los demás internos en esa sección. Con base en ello, se debe ordenarse a la Ministra de Justicia, Cristina Ramírez Chavarría, que en un plazo máximo de tres meses establezca un plan remedial, que incluya: a) la intervención de esta sección; b) establecimiento de un rol efectivo de rotación de los guardas de seguridad destacados en esa sección; c) el abordaje médico de todos los internos de dicha sección para garantizar su integridad física y la garantía de su seguridad; d) las demás gestiones necesarias para la establecer los controles suficientes que garanticen el cumplimiento de las obligaciones convencionales, especialmente la Convención Contra la Tortura y su Protocolo, para lo cual deberá incluir como contraparte en la intervención y elaboración del plan remedial, al Mecanismo Nacional para la Tortura de la Defensoría de los Habitantes".*

En los jueces constitucionales declararon desproporcionado el uso de un escudo eléctrico para controlar un altercado con un privado de libertad. En particular, en la motivación de la resolución se tuvo por acreditado que el privado de libertad recibió atención médica –según indica el informe de las autoridades recurridas– por quemaduras y lesiones en los brazos, mismos que utilizó para defenderse y que resultó con quemadura y otras lesiones. Con base en la prueba se tuvo por acreditado que el privado de libertad estaba desarmado, no obstante, en la acción intervinieron varios agentes para reducirlo a la impotencia fue golpeado al punto de quebrarle el antebrazo y simultáneamente se utilizó un escudo eléctrico, lo cual en el contexto citado, estimó la Sala que resulta una medida desproporcionada e irrazonable que lesiona la integridad física del privado de libertad y en mi criterio contrario a la dignidad humana.



Por su parte, en la sentencia número 2017-8376 los jueces constitucionales ordenaron al Poder Judicial emitir una circular a fin de que los jueces envíen a medicatura forense a todas aquellas personas indiciadas o detenidas que denuncien alguna actuación o conducta de tortura conforme con el Protocolo de Estambul de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En la motivación de la resolución se indicó: “(...) *El hecho de que los imputados estuvieran 12 días en altamar, sin fiscalización de ninguna autoridad costarricense, que además uno de ellos falleciera en circunstancias en ese momento no establecidas, eran elementos suficientes para que ante la denuncia formulada ante él por los demás detenidos, procediera a remitirlos a la medicatura forense para confirmar o descartar su dicho. Ahora todo este asunto, quedará en una nebulosa, por la omisión de autoridad jurisdiccional de actuar diligentemente. En consecuencia, de acuerdo con los fines de la investigación, los principios que deben nutrirla y las normas supra citadas, esta Sala comprueba que las autoridades recurridas ignoraron los alegatos de los amparados, al omitir realizar la investigación correspondiente por la denuncia de hechos de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes, con la prontitud requerida. Dicha investigación era importante, máxime que uno de los tutelados falleció en circunstancias aún no establecidas, según la prueba que consta en autos. Sobre el particular, debe resaltarse que los mismos informes denotan inconsistencias en el proceso, ya que, el escrutinio de las autoridades médicas y estatales a los detenidos a su ingreso a suelo costarricense debió seguir las reglas que al efecto establecen los tratados internacionales, y la jurisprudencia, lo que no se hizo*”.

#### **4.2. DIGNIDAD HUMANA Y PRIVADOS DE LIBERTAD**

En relación a las condiciones mínimas que el Estado debe garantizar a los privados de libertad encontramos una vasta jurisprudencia constitucional en la que se ha determinado como vulnerada la dignidad humana. Al respecto, en reiterados fallos la Sala Constitucional ha señalado que tener a seres humanos en total hacinamiento, sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros, con poca ventilación, no puede ser otra cosa que un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana<sup>14</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que es contrario a este principio los reiterados problemas de hacinamiento

---

14 Sentencias números 2017-12837, 2017-18627, 2019-8715, 2020-8085, 2020-8232, 2020-9268, 2020-13226.

que existen en los diferentes Centros Penitenciarios de nuestro país, las malas condiciones salubridad que presentan los módulos penitenciarios, las habitaciones donde reciben las visitas conyugales, los centros de detención policial, así como el Centro de Pensiones Alimentarias, los cuales no cumplen con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de Naciones Unidas (ONU)<sup>15</sup>.

Además, ha determinado que es contrario a la dignidad humana que los privados duerman en el suelo, no se le garantice una cama<sup>16</sup>, no se les proporcione agua potable para el aseo y el consumo<sup>17</sup>, una alimentación adecuada para quienes requieren por sus padecimientos una dieta particular o se les proporcionen alimentos en mal estado o que los alimentos no cumplen con las condiciones mínimas de consumo<sup>18</sup>. Además, existen múltiples casos donde se ha acreditado la violación al derecho a la salud y a la dignidad cuando por ejemplo las autoridades penitenciarias no trasladan a los privados de libertad a las citas médicas ya sea de control o para la realización de una intervención quirúrgica que tienen en los Centros Hospitalarios<sup>19</sup> o en aquellos casos donde su traslado se llevó a cabo en vehículos que no cumplen las condiciones mínimas de seguridad<sup>20</sup>.

#### **4.3. EL RETARDO INJUSTIFICADO EN TRASLADAR PERSONAS DETENIDAS EN CELDAS JUDICIALES A UN CENTRO PENITENCIARIO**

En reiterados pronunciamientos el juez constitucional ha determinado: *“las celdas del Organismo de Investigación Judicial del II Circuito Judicial, cumple con las condiciones mínimas para el tránsito breve de pri-*

---

15 En relación al hacinamiento crítico presente en los Centros Penitenciarios existe una gran cantidad de votos: 2000-7484, 2012-11765, 2012-16246, 2012-16134, 2013-742, 2013-2037, 2013-4863, 2014-5344, 2014-10800, 2014-11379, 2014-18911, 2015-621, 2015-8542, y más recientemente, 2019-16260, 2020-7834 y 2020-8085.

16 Votos números 2016-2983, 2006-11762, 2012-8566, 2013-742-, 2013-3530, 2013-7863, 2013-10306, 2015-2786, 2018-21465 y 2020-8232.

17 Votos números 2009-14712, 2015-10897, 2015-10897, 2015-10904, 2015-11073, 2015-12162, 2015-12177. Además, se han estimado una serie de recursos en donde se tuvo por acreditado que el agua que se está suministrando mediante cisterna a los privados de libertad se encuentra contaminada para lo cual consultarse los votos números 2015-10897, 2015-10904, 2015-11073, 2015-11079, 2015-11081.

18 Sentencia número 2020-12382.

19 Voto número 2011-7122.

20 Sentencia número 2011-7122.

*vados de libertad, pues cuenta con servicio sanitario, ducha, lava manos y camarotes, además de esto cuentan con los tres tiempos de alimentación y en horas de la noche se les brinda colchonetas, sábanas y frazadas para poder dormir, así como en horas de la mañana se le suministran las pertenencias de aseo personal. No dejan de ser celdas de tránsito, y su fin es custodiar a los detenidos mientras una autoridad jurisdiccional resuelve su situación jurídica. En consecuencia, una vez resuelta su situación jurídica, los privados de libertad, deben ser trasladados al sistema penitenciario. Si bien, esta Sala ha aceptado que es razonable, dados los procedimientos que se deben de seguir para el ingreso de una persona a los centros penitenciarios, que puedan permanecer algunos días en las celdas del Organismo de Investigación Judicial, ese lapso no puede exceder de 5 días”.*

En este sentido antes la existencia en esta temática de un problema estructural, en la sentencia número 2018-10920 se ordenó al Ministerio de Justicia y Paz y a la Dirección General de Adaptación Social, que en coordinación con el Organismo de Investigación Judicial y en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia adopten un protocolo efectivo para que la ubicación y el traslado de los privados de libertad de las celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros penitenciarios del país, se realice en un plazo de hasta setenta y dos horas, garantizando una inmediata ejecución de las resoluciones judiciales.

En dicha resolución se indicó que tratándose del servicio público penitenciario regido por los principios generales del servicio público, las autoridades penitenciarias deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que este funcione en forma oportuna, eficiente y eficaz, durante los siete días de la semana, motivo por el cual deberán realizarse los estudios respectivos que permitan acordar las modificaciones en la jornada laboral, y si es necesario, deberán incorporar las plazas que el servicio demande, para así garantizar un servicio público eficiente con base en los principios de continuidad y adaptación.

A la fecha ese problema estructural no ha sido solucionado por las autoridades penitenciarias, motivo por el cual recientemente el Director del Organismo de Investigación Judicial interpuso una serie de recursos de habeas corpus a favor de personas que llevaban detenidas varios días en celdas judiciales. En este sentido, en la sentencia número 2020-15329 determinaron como excesivo y desproporcionado el tiempo que pasan muchos privados de libertad en las celdas judicial, pues superan el máximo de 72 horas establecido para tales efectos por la jurisprudencia. Además, consi-

deraron que permanecer en una celda que no reúne las condiciones básicas para soportar una estadía tan prolongada atenta flagrantemente contra los derechos fundamentales y contra la dignidad humana.

#### **4.4. LA SUSPENSIÓN DE LA ENTREGA DE CUERPOS EN LA MORGUE JUDICIAL DEBIDO A UN MOVIMIENTO DE HUELGA**

En la sentencia número 2017-13786, los jueces constitucionales resolvieron un recurso de amparo interpuesto por una serie de familiares por el retraso injustificado de la morgue judicial en entregarle los cuerpos de sus seres queridos debido a que el personal se encontraba en un movimiento de huelga. En la motivación de la resolución los jueces constitucionales determinaron:

*“Sobre el derecho de los familiares del difunto a que se le entregue el acta de defunción y el cuerpo del fallecido. Vale destacar, que fue un hecho público y notorio, que la huelga se mantendría en forma indefinida. En alusión a ello, la parte recurrida condicionó la entrega de los restos mortales que se encontraban en la Morgue Judicial, lo que ha provocado un doble sufrimiento a los tutelados, pues no sólo debían soportar el dolor por el fallecimiento de sus seres queridos en condiciones trágicas, sino la espera indeterminada para que se les proporcione el cuerpo y el contenido del acta de defunción, en la que se haga constar la causa de la muerte o el fallecimiento de la persona y sus causas. Ante dicha situación, igualmente se publicó que las amparadas fueron objeto de un trato inhumano, debido al dolor, aflicción y angustia que les produjo el no poder disponer, dentro de un plazo razonable, de los cuerpos de sus seres queridos, ni practicar los rituales de duelo, ni darle sepultura digna. Precisamente, la autoridad recurrida desconoció los principios fundamentales de solidaridad, vida, salud, y dignidad, consagrados en la Constitución Política. La disposición de los cuerpos, es un asunto regido por normas de orden público, que protegen, en primer término, la moral individual y comunitaria, que exige una actitud de respeto y recogimiento frente a los muertos; y, en segundo lugar, la salubridad pública. En consonancia con lo primero, dada la situación de incertidumbre y de angustia que vivieron los familiares de las personas cuyos cuerpos permanecían en la Morgue Judicial, es lo que, desde la perspectiva constitucional, resulta contrario a los derechos fundamentales. Dicha actuación, como se ha dicho, vulneró los derechos fundamentales de los familiares amparados, quienes se vieron convertidos en víctimas del sistema, pues, sin razón legítima alguna,*

*tuvieron que acudir -diariamente- a las instalaciones de la Morgue Judicial en San Joaquín de Flores, Heredia, a solicitar, sin éxito, la entrega de los cuerpos para su debido ritual. Lo anterior, según los hechos narrados, provocó mayor dolor y sufrimiento a las recurridas, lo que eventualmente les podría provocar enfermedades físicas o psíquicas. Aun cuando existe un régimen jurídico de prohibición absoluta de todas las formas de tortura y tratos crueles, tanto física como psicológica, respecto de esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a situaciones que, en determinadas circunstancias, provoquen una angustia moral de tal grado, puede ser considerada “tortura psicológica”; por ende, un trato inhumano, un irrespeto a la dignidad humana y una amenaza a la salud”.*

#### **4.4. DISCRIMINACIÓN ODIOSA EN CONTRA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE**

La situación de las personas en situación de calle es una temática que paulatinamente se ha vuelto cotidiana en nuestro país y en el mundo. Al respecto, según datos del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), existen aproximadamente 3684 personas en situación de calle en el país, de las cuales un 90% se encuentra en edad productiva, es decir, entre 18 y 64 años. Desde el punto de vista social, en una sociedad marcadamente individualista como la nuestra, esta población, en la que se encuentran personas menores de edad, personas jóvenes y adultos mayores, es discriminada, ignorada y rechazada. No cuentan, en la mayoría de los casos, con acceso a condiciones mínimas para una vida digna, lo que lleva a una “vulneración sistemática” de todos sus derechos fundamentales (MIRANDA, 2019, p. 1).

En la sentencia número 2020-16069 los jueces constitucionales condenaron al Alcalde de una Municipalidad, así como a las autoridades de la policía de tránsito y de policía por sacar del cantón de Tarrazú a tres personas en situación de calle que se había trasladado a esa zona cafetalera en busca de trabajo en la recolección de café. En dicha resolución acreditó que la expulsión en cuestión fue a todas luces arbitraria y contraria a la libertad de tránsito y a la dignidad humana.

De acuerdo con el Tribunal, sin motivo razonable alguno, estas personas fueron sacadas, violentando su libertad de tránsito y denigrando su condición humana. En relación a la libertad de tránsito se indicó: “(...) No se encuentra razón o motivo que justificara que las autoridades de tránsito y las de la fuerza pública desplegarán un operativo para asegu-

*rarse la salida de estas personas del territorio del cantón. Por consiguiente, esta Sala estima que se infringió la libertad de tránsito de los amparados, tanto porque ninguna de las autoridades recurridas tenía la potestad de determinar si los mismos debían de permanecer en el cantón de Tarrazú, como por el modo en el que se llevó a cabo el operativo para asegurarse que saldrían de ese territorio".* Nótese que en el presente caso las autoridades recurridas consultaron el archivo policial y verificaron que ninguno tenía antecedentes, así como que se encontraban en buena condición de salud y no presentan síntomas de estar enfermos de COVID-19. Por otra parte, en la resolución se acreditó que en el autobús en el que regresaron los amparados a San José se hizo una separación con unas cintas amarillas entre éstos con los demás pasajeros, lo que en criterio del juez constitucional esa medida tuvo como efecto segregar a los tutelados, y por ello fue un acto de marginación, lesivo de la dignidad humana.

## **5. CONCLUSIONES**

El juez constitucional tiene la misión de garantizar la tutela jurisdiccional de los principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución, la cual es un instrumento vivo y dinámico. En la reconstrucción jurisprudencial y doctrinaria de la dignidad humana se pueden individualizar diferentes perspectivas de importancia para el derecho constitucional, convencional y los derechos humanos. La dignidad humana coincide sustancialmente con la condición irrenunciable de persona, se trata de un concepto de deriva del principio personalista.

La jurisprudencia constitucional en perspectiva comparada ha determinado que la dignidad se encuentra íntimamente ligada con el principio personalista, y en particular modo, con la protección de los derechos a la integridad personal, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, tortura, la tutela de la igualdad y no discriminación, el derecho a la salud, así como el derecho a la intimidad, entre otras temáticas. En este sentido, el juez constitucional ha tutelado este principio constitucional en temáticas relacionadas con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el retardo injustificado en trasladar personas detenidas en celdas judiciales cuya situación jurídica ha sido resuelta por un juez a un centro penitenciario, la suspensión en la entrega de cuerpos en la morgue judicial, debido a un movimiento de huelga, así como en la tutela de grupos vulnerables como las personas privadas de libertad y de personas en situación de calle.

El gran reto que tiene el constitucionalismo actual y por ende los jueces constitucionales, no solo es la tutela la dignidad humana en su dimensión individual, sino en su dimensión social, estrechamente vinculada con efectiva protección de los derechos sociales económicos y culturales (DESC) y la reivindicación de los derechos humanos de los grupos vulnerables.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Bardelli, J. B. (2008). El juez constitucional. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung.

Bindi, E. (2020). La dignidad humana en el contexto jurídico italiano. En Revista de Derecho Constitucional Comparado, número 2, junio 2020, IJ Editores, Posgrado en Derecho Universidad de Costa Rica, San José.

Flick, G. (2014). Elogio della dignità (se non ora, quando?) En [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2014\\_Flick.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2014_Flick.pdf)

Miranda, H. (2017). En Miranda Bonilla Haideer, Velandia Canossa (coordinadores). Los principios cardinales del Derecho Constitucional, número 24 de la colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

Miranda, H. (2019). La protección de las personas en situación de calle por las Cortes y Salas Constitucionales.

Rolla, G. (2003). Del artículo 10 de la Constitución Española al nuevo constitucionalismo Iberoamericano. En Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos, número 49, Universidad de Navarra, Pamplona.

Rolla, G. (2007). Concetto Dignità Umana. En Enciclopedia dei Diritti Umani. Ed. UTET, Torino.

Rolla, G. (2012). Profili costituzionali della dignità umana. En D'ATENA Antonio (a cura di). Studi in onore di Pierfrancesco Grossi. Universtà degli Studi di Roma Tor Vergata. Ed., Giuffrè, Roma.

Ruggeri, A. (2010). Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario. En [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

Silvestri, G. (2009). Dal potere ai principi. Libertà e egualianza nel costituzionalismo contemporáneo. Ed. Laterza, Bari.

Zagrebelsky, G. (2005). Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica. Ed. Einaudi, Turín.

### **CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA**

Sentencia número 13-1994.

Sentencia número 293-2000.

### **SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA**

Sentencia número 1990-971.

Sentencia número 1990-972.

Sentencia número 1991-709.

Sentencia número 1992-2162.

Sentencia número 2000-6966.

Sentencia número 2003-2782.

Sentencia número 2006-7617.

Sentencia número 2009-4555.

Sentencia número 2010-4805.

Sentencia número 2012-9992.



Sentencia número 2012-12173.

Sentencia número 2012-15386.

Sentencia número 2013-2072.

Sentencia número 2013-14798.

Sentencia número 2014-7274.

Sentencia número 2014-7785.

Sentencia número 2014-7912.

Sentencia número 2014-9895.

Sentencia número 2015-12947.

Sentencia número 2017-8376.

Sentencia número 2017-13786.

Sentencia número 2019-8715.

Sentencia **número 2020-8085.**

Sentencia número 2020-8232.

Sentencia número 2020-9268.

Sentencia número 2020-12382.

Sentencia número 2020-13226.

Sentencia número 2020-15329.

Sentencia número 2020-16069.

# O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIANTE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO<sup>1</sup>

ANA LUIZA LIZ DOS SANTOS<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação representa um novo paradigma baseado no fluxo de informação e conhecimento, o qual tem seu desenvolvimento cada vez mais impulsionado em razão do avanço tecnológico. Esta nova realidade influencia significativamente a forma como as pessoas se relacionam e, principalmente, a forma como os direitos dos indivíduos são afetados.

- 
- 1 Trabalho desenvolvido para o V Seminário Internacional da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, sob orientação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, no âmbito do Grupo de Estudos Relações Tensionais entre Estado, Mercado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
  - 2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autora do artigo “Lei Geral de Proteção de Dados: um estudo comparativo em relação à efetividade dos direitos fundamentais”, publicado na Revista dos Tribunais (São Paulo, impresso), v. 1013, p. 105-124, 2020. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: [analuizaliz.s@hotmail.com](mailto:analuizaliz.s@hotmail.com).

Os direitos fundamentais conferem condições para uma existência minimamente justa – tanto a nível físico, quanto a nível moral. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem acompanhar as necessidades dos seus destinatários finais, de modo a consolidar o fundamento da dignidade da pessoa humana. Especificamente, os direitos de personalidade correspondem aos valores intrínsecos da pessoa humana, ao passo que o direito ao esquecimento atua como ramificação de um direito geral de personalidade.

Diante deste contexto, e buscando enfrentar esta temática, o presente estudo se propõe a apresentar, em um primeiro momento, breves considerações sobre a contextualização da Sociedade da Informação, e como as suas transformações impactam as relações sociais, pessoais, econômicas e, conseqüentemente, o Direito e os ordenamentos jurídico-constitucionais ao redor do mundo. Na sequência, apresenta noções sobre os direitos fundamentais e a cláusula de abertura do texto constitucional brasileiro para o recebimento de novos direitos – mediante a fundamentalidade material – de modo a alcançar o reconhecimento do direito fundamental ao esquecimento. Por fim, pretende dispor propriamente sobre o direito ao esquecimento como um direito de personalidade, com a apresentação de suas particularidades para a promoção da dignidade da pessoa humana.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

A necessidade de um novo paradigma tecnológico, baseado em tecnologias de comunicação e de informação, corresponde a um processo multidimensional que tem promovido uma forte transformação estrutural em todo o mundo. Diante desse contexto, muito mais que determinar a sociedade, a tecnologia é a sociedade, isto é, é a própria sociedade que molda a tecnologia, de acordo com os interesses, valores e necessidades das pessoas que se utilizam das tecnologias (CASTELLS, 2005, p. 17).

O contexto da Sociedade da Informação é resultado de uma Era em que as informações fluem em quantidades e em velocidades expressivas, de modo que essas informações assumem valores sociais e econômicos fundamentais. Isso significa que o cenário da Sociedade da Informação representa uma considerável transformação nas organizações sociais e econômicas, sendo, portanto, por muitos considerada como representativa de um novo paradigma técnico-econômico (TAKAHASHI, 2000, p. 3-4).

Em consonância com as evoluções sociais e econômicas, o *superinformacionismo* surge como um dos principais fenômenos da Sociedade da Informação, na medida em que cria uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, independentemente da intenção individual do cidadão no que tange à sua participação em determinados conjuntos de dados e de informações (RULLI JÚNIOR, RULLI NETO, 2013, p. 15).

Ademais, para além das transformações que o avanço tecnológico tem, cada vez mais, causado nas informações, nas relações pessoais e na economia, as mudanças tecnológicas igualmente transformaram significativamente a forma como o ser humano lida com suas memórias, isto é, “se, antes, o indivíduo tendia naturalmente a esquecer, distanciando-se progressivamente do passado, hoje ocorre o oposto: computadores e aparelhos telefônicos permitem a ‘lembrança de tudo’” (SCHREIBER, 2019, p. 370).

O desenvolvimento tecnológico e sua impregnação nos mais variados – ou todos – os campos da vida, tem por uma de suas consequências o fato de o equilíbrio existente na memória entre a lembrança e o esquecimento serem consideravelmente alterados. Isso significa que, no mundo digital, “esquecer se tornou uma exceção”, a qual fica cada vez mais difícil de ser concretizada (COSTA, 2013, p. 187).

Os desafios da Sociedade da Informação e da Era Digital originaram uma tendência crescente nos mais diversos ordenamentos jurídicos, no sentido de reconhecer, regulamentar e proteger o direito ao esquecimento, o qual ganha relevância justamente pela “necessidade de uma solução diante da rapidez de divulgação de fatos pelos meios de comunicação e da digitalização da sociedade” (DINIZ, 2017, p. 30).

Na Sociedade da Informação, a privacidade é refletida na possibilidade de a pessoa “conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dela tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade” (BUCAR, p. 8). Esta constatação é de extrema relevância, justamente porque “as novas dimensões da coleta e do tratamento de informações provocaram a multiplicação de apelos à privacidade” ao mesmo tempo em que “aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito” (RODOTÀ, 2008, p. 23).

### **3. FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

As normas de direitos fundamentais de um sistema jurídico têm seu significado definido a partir da soma dos fatores correspondentes à fundamentalidade formal e à fundamentalidade material.

Ao discorrer sobre a teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy (2017, p. 520) leciona que a fundamentalidade formal decorre da sua posição de destaque no topo da estrutura do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os ensinamentos de Ingo Sarlet (2018a, p. 75-76) esclarecem que a fundamentalidade formal está relacionada com o direito constitucional positivo, o qual, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, resulta dos seguintes aspectos: (a) direitos fundamentais como parte integrante da Constituição escrita; (b) direitos fundamentais que, na qualidade de normas constitucionais, estão submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional (art. 60 da CF); e (c) direitos fundamentais como normas diretamente aplicáveis e que vinculam imediatamente as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).

Em complemento à fundamentalidade formal, a fundamentalidade substancial ou material corresponde aos direitos fundamentais e às normas com as quais são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, sendo que “isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido” (ALEXY, 2017, p. 522). O texto constitucional brasileiro, através do § 2º do art. 5º permite a abertura da Constituição para o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não estejam previstos no texto, ou seja, direitos que são apenas materialmente fundamentais (SARLET, 2018a, p. 76).

Nos ensinamentos de Ingo Sarlet e de Arthur Ferreira Neto (2019, p. 33), as considerações acerca da fundamentalidade formal e material são de extrema relevância para a temática do direito ao esquecimento, “principalmente porque se está diante de possível esfera de proteção jurídica que assume feição inovadora”, o qual, no atual contexto da *hiperinformação* da Era Digital, surge como relevante bem jurídico a ser tutelado. A fundamentalidade material do direito ao esquecimento confere a este direito uma relevância teórica que o legitima por decorrência de alguma dimensão da experiência humana, a partir da sua indispensabilidade para o pleno desenvolvimento jurídico e moral da pessoa humana (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 33).

A perspectiva material do direito ao esquecimento pode ser definida a partir de um âmbito externo, que corresponde ao tempo, e um âmbito interno, que corresponde à memória. Nesse sentido, a face externa “presupõe a compreensão do fluir do tempo na estabilização e apaziguamento de relações jurídicas”, enquanto a face interna pressupõe “a mensuração dos efeitos que a memória exerce na manutenção da integridade moral e psíquica de cada indivíduo” (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 34).

No contexto da Era Digital e da Sociedade da Informação, a memória humana perde uma de suas principais vantagens, a qual era essencial no passado, e hoje tornou-se intangível: o controle sobre a possibilidade de esquecimento. A chamada memória digital transformou a forma como o homem se relaciona com as suas memórias, de modo que permitiu a ampliação do conteúdo informacional preservado, bem como interferiu na segurança do armazenamento dessa quantidade ampliada de informações (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 41).

Finalmente, a perspectiva material do direito ao esquecimento também pode ser traduzida pela sua dimensão como exigência da dignidade da pessoa humana e dos correspondentes direitos de personalidade, especialmente no âmbito do livre desenvolvimento da personalidade. A temática envolvendo o direito ao esquecimento como um direito fundamental de personalidade será desenvolvida no capítulo seguinte. Para este momento do desenvolvimento do presente estudo, considera-se suficiente o reconhecimento deste fator como decorrente de uma perspectiva material do direito ao esquecimento.

Uma vez reconhecidos os justificadores materiais da fundamentalidade do direito ao esquecimento, mais intensa se torna a necessidade e a reivindicação pelo reconhecimento da fundamentalidade formal deste direito, isto é, no sentido de que seja ultrapassada a importante, mas não suficiente, barreira moral e política, para então afirmar-se diante do *status* qualificado de um direito fundamental positivado – ainda que implicitamente – no ordenamento constitucional brasileiro (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 51-56).

Partindo-se para a realidade prática do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, fato é que o conceito de direito ao esquecimento não está expressamente positivado no texto da Constituição Federal de 1988, isto é, no sentido da expressa e específica explicitação no texto constitucional. Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto (2019, p. 126) lecionam que, do ponto de vista de sua justificação e reconhecimento, o direito ao esquecimento pode ser bem ancorado como direito fundamental implí-

cito à dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A dignidade da pessoa humana possui qualificação de norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional. Por esta perspectiva, o fundamento da dignidade da pessoa humana propicia a abertura e o diálogo, também podendo ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica (SARLET, 2015a, p. 77-78).

A construção de um direito fundamental ao esquecimento, baseado no fundamento da dignidade humana, decorre do entendimento de que a capacidade e, especialmente, a possibilidade de “esquecimento” de determinados fatos corresponde a um aspecto que é inerente à natureza e à condição humanas. Entende-se que a possibilidade de ser esquecido e de não sofrer de modo indeterminado com as repercussões associadas a fatos do passado são essenciais para o desenvolvimento de uma vida saudável e digna, bem como para a integração social (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 125).

A atual realidade impõe desafios especialmente no que diz respeito à possibilidade de violação de bens jurídicos e, nesse contexto, o ordenamento jurídico deve atuar para a harmonização entre os princípios e direitos constitucionais e outros valores e direitos fundamentais. Ademais, a fim de corroborar com esta necessidade, o caminho trilhado pelo Brasil tem sido no sentido de, aos poucos, promover uma construção doutrinária e jurisprudencial voltados ao enfrentamento da temática.

#### **4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO DE PERSONALIDADE**

O final do século XIX demonstrou que os avanços e as mudanças decorrentes das inovações tecnológicas e da difusão dos meios de comunicação poderiam fazer incidir novas formas de violações aos direitos de personalidade, na medida em que a “exposição excessiva e maliciosa de imagens e relatos sobre determinados indivíduos poderiam causar modalidades inéditas de invasão à esfera da privacidade daqueles expostos” (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 60). Em que pese esta inicial preocupação, o principal impulso e propriamente o desenvolvimento dos direitos de personalidade ocorreram no decurso do século XX, quando foram ganhando espaço tanto a teorização da noção destes direitos, quanto

a concreta regulação da personalidade, mediante o reconhecimento das suas dimensões específicas, na forma de direitos subjetivos privados (SARLET, 2018b, p. 440).

Os direitos de personalidade correspondem aos valores intrínsecos da pessoa humana. Na concepção de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 26), consideram-se “da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem”. O referido autor prossegue seus ensinamentos no sentido de que, em que pese algumas divergências relacionadas a aspectos dos direitos de personalidade, há consenso no sentido de que se trata de um tema sempre atual, e “sua relevância social torna-o de grande valia para a formação humana” (2015, p. 30).

Na condição de direitos fundamentais, os direitos de personalidade qualificam-se pelo seu conteúdo e pelo seu âmbito de proteção. Corroborando com a doutrina de Carlos Alberto Bittar, Ingo Sarlet (2018b, p. 441) dispõe que, em que pese a previsão dos direitos de personalidade nos textos constitucionais e tratados internacionais seja bastante diversificada, “os direitos de personalidade apresentam como aspecto comum o fato de estarem todos vinculados com a proteção da esfera nuclear da personalidade, dignidade e liberdade humanas”. Ainda no mesmo sentido, José Tadeu Neves Xavier (2018, p. 19) destaca que “a inevitável correlação entre o direito ao esquecimento e a tutela da privacidade traz a reboque a sua condição de integrante dos direitos da personalidade”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elencou, no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, os direitos de personalidade que correspondem à garantia da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, dos direitos autorais, dentre outros. No entanto, a Constituição brasileira não é dotada de previsão expressa a um direito geral de personalidade, no sentido de uma cláusula geral que alcance todas as manifestações particulares da personalidade humana (SARLET, 2018b, p. 443).

Ainda que carente de uma positivação expressa ao direito geral de personalidade – ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade –, o texto constitucional brasileiro, como visto no capítulo anterior, é aberto para o reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais, isto é, o rol do artigo 5º da nossa Constituição não é taxativo, permitindo que a doutrina e a jurisprudência, cada vez mais, consolidem o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana atue como principal fundamento a um direito geral de personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro – ainda que implícito (SARLET, 2018b, p. 443).



O reconhecimento da fundamentalidade material do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro tem como uma de suas perspectivas a exigência da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de proteção da personalidade, além de poder ser deduzido, ainda que indiretamente, do direito especial de personalidade traduzido pela autodeterminação informativa, bem como dos direitos à vida privada, à honra, à imagem e à identidade pessoal (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 122). Isso significa dizer que o direito ao esquecimento não representa propriamente um novo direito, mas sim uma particular manifestação “de um conjunto de princípios e direitos fundamentais já consagrados” (SARLET, 2015b, p. 3).

Stefano Rodotà (2012) dispõe que o direito ao esquecimento apresenta-se como o direito de governar a própria memória, de conceder a todos a possibilidade de se reinventar, de construir a sua personalidade e a sua identidade, especialmente porque “*il passato non può essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto*”. Na concepção de Daniel Bucar (2013, p. 10), o direito ao esquecimento permite que seja concretizada a plena autodeterminação informativa da pessoa, para que ela “exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado”.

Para Ingo Sarlet (2015b, p. 2), a ideia central que dá norte ao direito ao esquecimento está relacionada com a pretensão do indivíduo, no sentido de que determinadas informações que lhes dizem respeito – com destaque especial às informações ligadas aos direitos de personalidade – “não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social”.

Maria Helena Diniz (2017, p. 18), por sua vez, dispõe que o direito a ser esquecido é um dos direitos da personalidade, “por ser um direito subjetivo *excludendi alios*, de defender a memória privada e de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo esse bem inato”. Este comportamento negativo não se dá no sentido de que seja imposto um dever de esquecer uma determinada informação, mas sim no sentido de “impedir que se recorde, injustificadamente, mediante uma nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade” (DINIZ, 2017, p. 18).

Ademais, o direito ao esquecimento está inserido na disciplina da proteção da privacidade, e “incorpora uma expressão do controle temporal

de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual” (BUCAR, 2013, p. 7). Nesse contexto, o controle espacial encontra sua razão na inserção da pessoa no cenário social, “assegurando-lhe, através da privacidade, o livre desenvolvimento de suas habilidades, como produto de uma vontade própria, afastadas dos ditames da normalidade, estigmatização e dominação externa” (BUCAR, 2013, p. 7). Aliado ao controle espacial, o controle contextual corresponde à ciência quanto a exatidão da informação, a qual deverá refletir o contexto correto no qual ela foi recebida. Finalmente, o controle temporal demanda uma proteção das escolhas pessoais “após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado por dados do passado” (BUCAR, 2013, p. 9).

No cenário brasileiro, para além do acertado reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental – a partir das perspectivas da fundamentalidade formal e material – em 2013, a VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, publicou o Enunciado nº 531, no sentido de que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Ressalta-se, ademais, que o referido Enunciado teve por justificativa o fato de que, nos dias atuais, os danos que são provocados pelas novas tecnologias estão cada vez mais se acumulando. Na sequência, em 2015, a VII Jornada de Direito Civil editou o Enunciado nº 576, afirmando que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”.

O contexto da Sociedade da Informação, por decorrência das transformações das relações sociais, pessoais, econômicas, políticas e culturais fez surgir, em diversos ordenamentos jurídico-constitucionais ao redor do mundo e, especificamente no que aqui nos interessa, também no cenário brasileiro, a necessidade de proteção de novos aspectos da personalidade. O direito ao esquecimento figura como um desses novos âmbitos da personalidade que devem ser protegidos, especialmente para que sejam consolidados e efetivadas as disposições dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade.

## **5. CONCLUSÃO**

O avanço tecnológico e a revolução da Era Digital deram origem ao que se convencionou chamar de Sociedade da Informação. Diante do fenômeno tecnológico e da velocidade cada vez mais expressiva de coleta,

armazenamento, utilização e reprodução de informações, novos e diferentes aspectos da personalidade tornam-se passíveis de serem afetados o que, necessariamente, merece atenção e atuação dos ordenamentos jurídico-constitucionais.

A realidade da Era Digital tem por inevitável consequência uma maior vulnerabilidade dos direitos de personalidade. A memória digital impede o controle sobre a possibilidade de esquecimento, uma vez que consolida uma massa de informações, independentemente da intenção individual das pessoas. A possibilidade e, mais recentemente, a consolidação do reconhecimento de um direito ao esquecimento – ou direito a ser esquecido – tem se tornado cada vez mais intensa nos ordenamentos jurídico-constitucionais ao redor do mundo, justamente por decorrência de uma necessária adaptação do Direito às necessidades individuais e sociais.

No Brasil, o direito ao esquecimento não está disposto na Constituição Federal de 1988, mas, por decorrência da abertura do texto constitucional, conferida por seu art. 5º, § 2º, é possível extrair a fundamentalidade material do direito ao esquecimento, especialmente a partir do postulado da dignidade da pessoa humana. A doutrina e a jurisprudência têm dispensado esforços no sentido de melhor garantir a proteção deste “novo” direito, bem assim para delimitar seu conceito, suas características e seu âmbito de atuação diante do contexto da Sociedade da Informação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., 5ª tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUCAR, Daniel. Controle Temporal de Dados: O Direito ao Esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 2, nº 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/control-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 24 set. 2020.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa, 2005.

CJF. **Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em 24 set. 2020.

CJF. **Enunciado nº 576, da VII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em 24 set. 2020.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na Internet: a *scarlet letter* digital. In SCHREIBER, Anderson (org.). **Direito e Mídia.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 184-206.

DINIZ, Maria Helena. Efetividade do Direito a Ser Esquecido. In **Revista Argumentum.** Marília/SP, v. 18, n.º 1, p. 17-41, jan./abr. 2017.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje.** Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Dai ricordi ai dati l'oblio è un diritto?* **La Repubblica**, 30-01-2012.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Apontamentos no Direito Brasileiro dentro do contexto da Sociedade da Informação. **Revista Esmat**, Palmas/TO, nº 6, ano 5, p. 11-30, jul./dez. 2013. Disponível em: <[http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/57/63](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57/63)>. Acesso em 21 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. In **Consultor Jurídico (Conjur)**, 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet?imprimir=1>>. Acesso em: 24 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. In TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 367-384.

TAKAHASHI, Tadao. **A Sociedade da Informação no Brasil**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

XAVIER, José Tadeu Neves. A Temática do Direito ao Esquecimento no Direito Brasileiro. **Tese de Pós-Doutorado**. Santiago de Compostela (ES): Universidade de Santiago de Compostela, 2018.

# O EXPANSIONISMO PENAL NA CIBERCULTURA PARA ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE VIRTUAL EM UMA SOCIEDADE DE RISCO

VITOR FONTANA DE ÁVILA<sup>1</sup>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo é resultado de reflexões no primeiro semestre do ano de 2020 durante as aulas da disciplina *Patologias Corruptivas e Interesses Públicos Indisponíveis*, ministrada pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, vinculada à linha de pesquisa *Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados*, do Programa de Pós-Graduação Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

A pesquisa tem, como propósito, verificar a plausibilidade do Direito Penal em seu fenômeno expansionista como instrumento jurídico adequado para a tutela efetiva de bens jurídicos indisponíveis para combate à criminalidade virtual diante da atual cibercultura desenvolvida, no contexto de uma Sociedade de Riscos. Na primeira oportunidade, será abordada a Sociedade de Riscos em seu conceito e decorrências ló-

---

1 Aluno integrante do PPGD/FMP Mestrado Acadêmico em Direito, na Fundação Escola Superior do Ministério Público, orientado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Jr. Integrante do grupo de pesquisa CNPq *O terrorismo contemporâneo: conformação histórica e regulamentação jurídica*, sob orientação do Dr. Bruno Heringer Jr., vinculado à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Integrante dos grupos de pesquisa CNPQ *Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação*, sob orientação do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho; *Teoria do Direito: da academia à prática*, sob orientação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos os grupos vinculados à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Especialista *lato sensu* em Direito Público, pela Escola Verbo Jurídico/Centro Universitário Leonardo da Vinci. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Franciscana. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8371305660618338>. E-mail: [vitor.f.avila@hotmail.com](mailto:vitor.f.avila@hotmail.com)

gico-teóricas. Após, será analisado como a cibercultura é vinculada ou derivada do avanço tecnológico pela emergência da Internet, risco tecnológico oriundo da Sociedade de Riscos. Posteriormente, verificar-se-á de que maneira a criminalidade virtual se tornou possível numa cibercultura e, assim, verificar o Direito Penal em sua face expansionista, de acordo com a teoria das velocidades do Direito Penal e sua aplicação em *ultima ratio* numa Sociedade de Riscos.

Com metodologia hipotético-dedutiva de abordagem, parte-se da consideração da sociedade de riscos e a emergência da cibercultura nesse contexto, cuja criminalidade virtual parece estar relacionada. Acompanhado pela metodologia procedimental bibliográfica e documental, a problemática que conduz esta breve pesquisa é a verificação do expansionismo penal como instrumento jurídico capaz de combater a criminalidade virtual e, sendo positiva a investigação, resultar na tutela efetiva de bens jurídicos indisponíveis, trazendo segurança aos relacionamentos sociais e devida sanção aos atos criminosos, no contexto maior da sociedade de riscos que alimenta uma cibercultura comum.

## **1. A EMERGÊNCIA DA CIBERCULTURA NA SOCIEDADE DE RISCOS**

Antes de adentrar na problemática que o artigo se propõe, necessário é contextualizar a pesquisa dentro de um panorama maior que auxiliará na construção do argumento referente à cibercultura, criminalidade virtual e o expansionismo penal. No caso, o panorama maior é a *sociedade de riscos*.

A *sociedade de riscos*, temática de pesquisa sociológica-empírica atribuída em sua origem a Ulrich Beck, foi introduzida no vocabulário sociológico-globalizado a partir de sua formulação, em 1986 (BOSCO, 2016, p. 181). Em apertada síntese, haja vista a amplitude de considerações a respeito do tema, um conceito geral da *sociedade de riscos* trata-se de

uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, na qual os sucessos da modernização industrial passam a gerar efeitos colaterais imprevisíveis, diagnosticados como causa de danos e destruições (ambientais, econômicos, políticos e individuais) e, num segundo momento, como riscos cientificamente projetados e social, econômica e politicamente percebidos e geridos. Entende-se com isso que a modernização finalmente produz consequências

que tendem a escapar dos mecanismos de controle e proteção institucional da sociedade industrial (BOSCO, 2016, p. 186).

Aqui, há a presença do *risco* como um estado de possibilidade ou probabilidade daquilo que é atual para o que é projetado ao futuro, com base em ciência e experiência pretéritas. Em outras palavras: o *risco* em uma sociedade surge associado a oportunidades de obtenção e atual potencialidade de perigos que são passíveis de acontecer no futuro, determinando tanto a experiência como a consciência no presente. Esse *risco* se generaliza, tornando possível a expressão *sociedade de risco*, pois, é estabelecido uma vinculação da destruição com a modernização e, diante de uma percepção da emergência do dano e da destruição como resultado da ação do ser humano, podem os atos danosos e destrutivos serem, em tese, evitados. *Risco*, portanto, enquanto vínculo generalizado na sociedade de destruição e modernização, não é algo dado por si só ou detém uma existência própria mas, antes, depende da mediação empírica de *discutibilidade* da sua definição pelos interesses (ou *racionalidades*) que se colidem em sociedade (BOSCO, 2016, p. 181-182). Esses interesses estão presentes na própria constituição da sociedade, onde percebe-se que as estruturas de significação, de dominação e de legitimação somente podem ser separados analiticamente. Não é possível perceber essas estruturas sem conexão entre si e, sendo assim, a influência penetrante do poder na vida social é perceptível (GIDDENS, 2003, p. 37, 39).

De fato, diante de interesses que encontram já na constituição da sociedade, todas as sociedades podem ser vislumbradas como soluções para o próprio perigo, contudo, o conceito de risco é moderno, pois, riscos estão vinculados às decisões humanas, haja vista que são produtos necessários para o progresso civilizatório e são, propriamente, conceitos produzidos por esses movimentos de atividade humana (BECK, 2004, p. 109). Os riscos surgem, portanto, pautados em interesses numa hipermodernidade sociológica atual e, aqui, com grande preocupação, uma vez que são potencializadas as frustrações e experiências traumáticas de desapontamento numa Sociedade Hipermoderna. Pela ocorrência da maximização de concepções futuras ideais que não corresponde a desenvolvimentos ordinários do presente tempo, indivíduos na sociedade acabam se frustrando e perdendo parâmetros de adequação que possibilitariam a percepção de dimensão de condições e plausibilidades de desejos, enfrentando círculos viciosos de ainda maiores frustrações e, assim, reduzindo os níveis de racionalidade para processar cognitiva e compreensivamente a verdadeira



realidade que circunda os indivíduos. Aqui, há espaço para afetos de ordem individual, comunitário e difuso, de insegurança e medo diante de riscos e perigos à integridade física, patrimonial e das próprias liberdades jurídicas que parecem resistir em vão aos interesses dos mais diversos: políticos, econômicos, institucionais, e também entre si. Logo, restará prejudicado o funcionamento adequado do Direito diante da expectativa comportamental do indivíduo em sistema social (LEAL, 2020, p. 32-33).

É possível, diante desse cenário atual, perceber diferentes abordagens sobre o risco. Isto é, compreender pontos de vista como, por exemplo, de que esses riscos são presentes na sociedade, logo, a possibilidade da segurança absoluta se esvai. Afinal, o risco é permanente. Contudo, talvez o risco seja inevitável em certa perspectiva quando decisões são tomadas ou ainda, em outra perspectiva, não decidir também é um risco. Em decorrência desses posicionamentos, uma hipótese que emerge é que, visto que não há decisões com garantia de que há liberdade frente ao risco, deve ser abandonada a esperança de que, com ainda maior investigação e mais conhecimento, poderia ser possível passar do risco para a segurança. A experiência ordinária parece discordar, por sua vez, pois, quanto mais conhecimento e racionalidade são produzidos, maior a consciência sobre o risco é ampliada. Assim, o foco não deve estar no risco, mas, antes, na *prevenção*, isto é, a maneira pela qual se dá o caminho entre a decisão e o risco. Em outras palavras: uma preparação contra os danos futuros que resultem em insegurança, reduzindo probabilidades de ocorrência ou a extensão desses danos. Uma atitude preventiva pode, assim, ser praticada em face do perigo e, também, diante do risco (LUHMANN, 1992, p. 40).

A discussão sobre prevenção deveria avançar para acompanhar o desenvolvimento tecnológico, haja vista que é um instrumento de altíssima estima para realizar progresso socioeconômico, grandes *joint ventures*, além da obtenção de prestígio e poder em uma nação. Desde a revolução industrial que ocorreu dois séculos atrás, políticas públicas e interesses privados estimulam o avanço tecnológico (BARAM, 2009, p. 271). Esse avanço tecnológico resultou na internet que, sendo instrumento tecnológico, possibilitou o contato de pessoas a nível internacional de forma virtual, quebrando a antiga ideia de que os Estados-Nações seriam espaços sociais fechados, com rotinas comuns de interesse em sua própria comunidade. Toda essa ideia está sendo dissolvida, de dentro para fora, pelo contato internacional que a internet possibilitou (BECK, 2004, p. 180). Nesse contexto, surge a *cibercultura*.

## 2. A CIBERCULTURA E SEU LADO OSCURO: A CRIMINALIDADE VIRTUAL

A *cibercultura* não se trata de considerar a internet como uma panaceia pela qual todos os problemas culturais e sociais do planeta serão resolvidos (LÉVY, 1999, p. 11). Na verdade, sua contextualização é mais simples, partindo do reconhecimento de dois eventos:

Em primeiro lugar, que o crescimento do ciberespaço resulta de um movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem. Em segundo lugar, que estamos vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação, e cabe apenas a nós explorar as potencialidades mais positivas deste espaço nos planos econômico, cultural e humano.

[...]

Uma das principais hipóteses [...] é a de que a cibercultura expressa o surgimento de um novo universal, diferentes das formas culturais que vieram antes dele no sentido de que ele se constrói sobre a indeterminação de um sentido global qualquer. Precisamos, de fato, colocá-la dentro da perspectiva das mutações anteriores da comunicação [sic] (LÉVY, 1999, p. 11).

Isto é, trata-se de abordagem sobre as decorrências culturais que as tecnologias digitais de informação e, também, de comunicação, vieram a desenvolver. Especificamente, a cibercultura leva em consideração a atitude geral da sociedade diante da progressividade das novas tecnologias, a informação virtualizada que está ocorrendo e a mutação global que surge como resultado (LÉVY, 1999, p. 17). *Ciberespaço* e *cibercultura*, portanto, são neologismos criados para explicar o momento atual do expansionismo tecnológico oriundo da Internet. Quanto ao primeiro neologismo, o *ciberespaço*

[...] é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo 'cibercultura', especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço [sic] (LÉVY, 1999, p. 17).

É momento atual, portanto, de avanço tecnológico e social de grandiosa estima para o indivíduo e para a comunidade internacional que compartilhe de um *ciberespaço* e, a partir disso, elaborar e reinterpretar a própria *cibercultura* para além dos ditames espaço-temporais usuais dos Estados-Nações, como mencionado acima.

Contudo, os riscos permanecem. Pois, os problemas e conflitos na modernidade tardia surgem do ato de produzir, definir e distribuir riscos científicos e tecnológicos (BECK, 2010, p. 23). O avanço tecnológico pode ocasionar, conseqüentemente, em ameaças – *riscos* – para a saúde, segurança e ao meio ambiente. Os empreendimentos tecnológicos desenvolvidos em várias áreas, como em setores químicos, elétricos, logísticos, manufaturados, mineração etc., podem causar vários riscos à integridade do indivíduo e da sociedade, sejam eles os riscos físicos e químicos, como riscos biológicos e, ainda, psicológicos (BARAM, p. 209, p. 71). De fato, o risco é perene e surge mesmo em cibercultura, pois, depende da decisão advinda da atividade humana, como visto acima. Logo, não é possível deduzir que tudo na cibercultura é benéfico ao indivíduo e à sociedade, inclusive também pelo exercício de poder de alguns privilegiados que, sentindo-se ameaçados pela descentralização da realidade virtual a nível global, tentam excluir sempre aqueles (ainda) desprovidos de tecnologias mais variadas e avançadas que surgem dessa nova configuração de comunicação, no caso, a *cibercultura* (LÉVY, 1999, p. 12, 13).

Analisar a cibercultura tal qual se apresenta, portanto, deve levar em conta que, entre os *espaços de fluxos* – espaços de comunicação que interligam práticas sociais e organizam materialmente a fluência temporal comum – e os *espaços de locais* – locais físicos onde as práticas sociais ganham sentido e significado nos indivíduos (BELL, 2007, p. 69, 73, 74), podem surgir *criminal networks*, isto é, *redes virtuais criminosas* que, localizadas fisicamente em regiões de exercício de poder ilícito, como gangues, cartéis, etc., laboram em alianças estratégicas realizando uma verdadeira *economia criminosa global*, mostrando um lado negativo não somente da cibercultura mas, ainda, do capitalismo global em si, pela manifestação do crime em rede internacional de computadores, de forma organizada e transnacional por meio de tráfico de vários objetos: drogas, armas, material nuclear, pessoas, órgãos do corpo humano, e dinheiro. Ou seja, é a mesma lógica da exclusão social que conduz à criminalidade: as *conexões perversas* da economia criminosa global se tornam o meio pela qual pode alguém obter lucro por tráfico, realizado de forma comum, mas, pela internet, com muitas maneiras tecnológicas para vários fins ilícitos (BELL, 2007, p. 57, 66).

É sabido, assim, que a criminalidade física tem atividade comunicada a nível transnacional pela criminalidade virtual. Um exemplo de repercussão virtual da criminalidade física são as máfias:

[...] em passado não muito longínquo, tinham interesses em vários setores da economia dos países em que operava (imobiliário, restaurantes, casa de jogos), e nestes aportava recursos e investimentos, inclusive para lavagem de dinheiro, chamando para si a atenção das autoridades. Hoje, todavia, há determinados espaços de ocupação por parte destas mesmas máfias que são fundamentalmente virtuais, como: (a) mercado de ações; (b) participações societárias difusas, a partir de pessoas jurídicas fictícias; (c) os novos *e-commerces* totalmente virtuais. Em boa medida, a sinergia entre crime organizado e internet só aumenta e se sofisticada em termos de presente e futuro, fornecendo esta nova fronteira alternativas para negócios e lucros consideráveis com níveis de riscos muito baixos. Nesta onda nova, profissionais especializados de sistemas de segurança bancária vendem serviços ilegais para organizações criminosas, como clonagem de banco de dados privados para os fins de incluir neles operações financeiras de lavagem de dinheiro em fundos regulares de importantes instituições públicas e privadas (LEAL, 2020, p. 259-260, grifo do autor).

Diante desse quadro, talvez os mais notáveis desenvolvimentos do crime na era digital sejam suas implicações transnacionais, e os *riscos* para a privacidade pessoal advinda das novas tecnologias. A velocidade das transações eletrônicas permite que um ofensor inflija dano ou perda de algo valioso ao outro, mesmo alguém estando do outro lado do mundo, alterando até mesmo o sentido do termo *controle remoto*. Aliado a isso, há o lado positivo e reacional que a tecnologia digital traz para o setor privado e para as agências públicas, num grau que é, praticamente, revolucionário: a facilitação da vigilância (GRABOSKY, 2001, p. 243).

Aparentemente, diante da convergência entre a computação e a comunicação, talvez a forma de cometer crimes não seja diferente em si, exceto pelas formas que se manifesta. Contudo, a era digital traz consigo novos desafios para o Estado, ao mesmo tempo (GRABOSKY, 2001, p. 243, 245). Se assim procede, logo, um expansionismo penal deve ser considerado, pois, diante dessas novas tendências de criminalidade que alcançam universo tão grandioso de patrimônios e interesses, as vítimas não conseguem sequer reagir adequadamente senão pela cooperação do cometimento ou maior desenvolvimento de atos ilícitos (GESTA, 2020, p.

260-261). Sendo o caso, portanto, de bens jurídicos indisponíveis que são protegidos em criminalidade física pelo Direito Penal e, analogamente, o crime em meio digital é de motivação e finalidade semelhantes, verificar-se-á sobre o expansionismo penal como um instrumento normativo legítimo para preservação efetiva dos bens jurídicos indisponíveis violados pela criminalidade virtual.

### **3. ENFRENTANDO A CRIMINALIDADE VIRTUAL: O EXPANSIONISMO PENAL NA CIBERCULTURA PARA EFETIVA TUTELA DOS BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS NUMA SOCIEDADE DE RISCOS**

Como visto acima, a Sociedade de Riscos é um panorama contextual das relações sociais que, hoje, convivem entre a tomada de decisões e os riscos que podem causar para as próprias relações sociais. O desenvolvimento tecnológico é um risco, contudo, com boas possibilidades de aprimoramento social a nível global, formando uma cibercultura que vincula a todos em espaços de fluxo inovadores. De outro lado, com o surgimento da cibercultura há, também, um aspecto potencialmente prejudicial numa Sociedade de Riscos que é a própria criminalidade virtual, realçando os riscos, a sensação pública de insegurança e, principalmente, o medo que tem aumentado em decorrência disso. Alguns exemplos de criminalidade são as que seguem: atividades terroristas, narcotráfico, crime organizado em geral, tráfico de pessoas e órgãos, e a delinquência sexual (GESTA, 2020, p. 175). Esses crimes, como visto acima, também são empregados em modalidade virtual, facilitando o cometimento desses fatos puníveis. Diante dessa realidade, surge o problema da imputação de responsabilidade, tanto social, como política e jurídica,

pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que passa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente. Então, é legítimo que nos perguntemos *qual sistema jurídico se adequa mais a esta Sociedade de Riscos?* Seguramente o que tente ao menos reduzir a existência ou potencialidade nociva de suas ocorrências (protegendo à máxima potência direitos individuais e sociais), já que evitá-los peremp-

toriamamente se afigura impossível dada a complexidade de variáveis e fatores incontrolláveis que constituem as relações interpessoais e interinstitucionais que operam no cotidiano (GESTA, 2020, p. 175-176, grifo nosso).

Por mais que haja responsabilidades jurídicas clássicas, como a administrativa e a cível, ao lado da responsabilidade jurídico-penal, aqui parece ser possível lançar mão do caráter jurídico-político pelo uso do Direito Penal para enfrentar cenários hiper complexos resultantes da globalização, que conduzem à instabilidade e insegurança social pelo risco de atingir bens jurídicos protegidos por norma penal. O Direito Penal, assim, se sobressai não apenas pela firmeza da sanção mas, também, pela superioridade do perfil eminentemente indenizatório do Direito Civil e da neutralidade política, isto é, da relação de Poder e do fenômeno político que não ocorrem no Direito Penal como é passível de sofrer, a qualquer instante, a aplicação de sanção por meio do Direito Administrativo. O Direito Penal vai além da atividade indenizatória e se mantém firme em sua normatividade diante de pressões políticas internas e externas. Assim, esse Direito Penal se *expande* para além de limites já tradicionalmente demarcados, constituindo novos passos e novas maneiras de responsabilização jurídico-penal de agentes infratores de bens jurídicos indisponíveis, aliado ao caráter mais rápido e intervencionista do Direito Penal em evitar danos que fatos puníveis causam na vida de indivíduos e, igualmente, das instituições. Não somente por imputação de penas privativas de liberdade, mas, também, penas restritivas de direitos e pecuniárias inclusive em face de pessoas jurídicas (GESTA, 2020, p. 54-55).

O Direito Penal do século XXI, longe de ser uma repristinação do Direito Penal de matriz estritamente liberal, hoje caminha para uma compreensão de que, diante de diferentes consequências jurídicas, substancialmente diversas entre si, não se pode exigir – como o Direito Penal estritamente liberal requer – que todas as garantias devem ser aplicadas da mesma maneira e com o mesmo alcance. Nesse sentido, diante das demandas sociais atuais, uma certa expansão do Direito Penal deve ser esperada, sem precisar abrir mão dos corolários liberais que fundamentaram e legitimaram o Direito Penal. Na verdade, trata-se de pensar uma configuração dualista do sistema jurídico-penal que podem comportar regras de imputação de responsabilidade e princípios de garantia em dois níveis (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 151, 156). É aqui que se insere a teoria das velocidades do Direito Penal de Jesús-María Silva Sánchez, tratando-se de uma política

criminal que parte das demandas atuais da sociedade contemporânea, a fim de levar em conta, por meio do Direito Penal, formas e velocidades diferentes pelas quais o Estado realizará a imputação e responsabilização de agentes infratores de bens jurídicos indisponíveis, ou seja, haverá um *grau de expansão* do Direito Penal em diferentes momentos e em casos diversos, para que uma efetiva proteção das relações sociais em Sociedade de Riscos seja efetiva (LOPES SILVA; MOURA JUNIOR, 2018, p. 32).

Um expansionismo penal pode, portanto, ser reivindicado no caso da criminalidade virtual. Pois, está distante a compreensão antiga de que os *cibercrimes* eram crimes ocorridos de forma pontual, sem vínculo ou ordem, de agentes solitários e em frações pequenas de fraudes. Ocorria assim no início da popularização da Internet. Todavia, o cibercrime rapidamente se desenvolveu em uma criminalidade organizada, utilizando a Internet para, de acordo com autores intelectuais que estão por detrás dessas organizações, realizar seus crimes com desenvolvedores experientes de novas táticas e maneiras pelas quais o crime pode ser realizado. Trata-se de uma *máfia digital*. E não possuem o perfil de *hackers* que são adolescentes, residentes com a família. Criminalidade virtual tem o perfil de *experts* altamente sofisticados, experientes em computação, com uma média de idade de 35 anos, associados com o crime organizado. É possível concluir que a criminalidade virtual se tornou um ofício, e as organizações criminosas que atuam via Internet operam com muita semelhança com as organizações empresariais, que trabalham com profissionais altamente qualificados tanto na direção como na estrutura da organização (KREMLING; SHARP PARKER, 2018, p. 135).

Logo, a criminalidade virtual tem, dentro da Cibercultura e com várias técnicas avançadas, um privilégio para cometimento de crimes, afinal

o controle, visibilidade e transparência das ações que ali ocorrem são baixíssimas, podendo os delinquentes terem tempo maior para o planejamento e execução das suas artimanhas. Neste ponto, a investigação destes crimes, por operar com a lógica e práxis dos delitos físicos e tradicionais, por vezes, não tem instrumentos adequados; por vezes é engessada por procedimentos restringidos por Direitos Fundamentais Individuais (privacidade, intimidade, propriedade privada).

Desde o acesso não autorizado a sistemas de dados através do chamado *hackeamento* (que diz respeito ao acesso a sistemas privados, contornando medidas de segurança fornecidas no sistema que é violado); o chamado *superzapping* (que configura o uso não

autorizado de utilitários que permitem o acesso a qualquer lugar virtual, por mais protegido que seja, viabilizando que se apague, copie, insira ou use os dados armazenados nele); o *scavengning* (que consiste na coleta de informações residuais, físicas, manuais, diagramas, notas de programação, ou lógicas, residuais, arquivos temporários, para conhecer as formas de acessar o sistema); o *salemislacing* (que é a retirada diária de pequenas quantias em milhares de contas), dentre outros, vivemos em tempos de profunda insegurança em nossas relações sociais e institucionais. No mundo virtual inexistem fronteiras, e isto constitui característica muito atraente para quase todas as atividades criminais (GESTA, 2019, p. 20-21, grifo do autor).

É ausente de dúvida, portanto, que o combate à criminalidade virtual demanda expansionismo penal, uma vez que a Sociedade de Riscos não possui ferramenta jurídica mais apropriada para tutelar, efetivamente, bens jurídicos indisponíveis que são lesados dentro da cibercultura no amplo escopo da Sociedade de Riscos. Assim, deve ser pensado um Direito Penal que seja funcionalista, isto é, como um sistema controlador dos riscos aos bens jurídicos que são elevados à proteção constitucional e penal, a fim de que a segurança seja resguardada como síntese das condições necessárias e, também, estabelecidas, para que o indivíduo se desenvolva adequadamente na Sociedade (GESTA, 2020, p. 53). Algumas características iniciais de um Direito Penal de *ultima ratio* na Sociedade de Riscos e aplicável à criminalidade virtual são as que seguem:

(a) a intervenção do Direito Penal dar-se-ia em âmbitos diferentes do que tem sido seu espaço tradicional, ampliando-se o número de bens e comportamentos penalmente relevantes; (b) tratar-se-ia de um Direito Penal que oferece tutela a grande número de bens jurídicos de natureza supra individual ou coletiva; (c) ganhariam relevo neste novo Direito Penal os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato; (d) antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuráveis que poderíamos ter; (e) haveria modificações no sistema de imputação da responsabilidade, ampliando as situações de imputação objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; (f) haveria mudanças pontuais no âmbito das garantias processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo de certa forma alguns institutos clássicos do Direito Penal, como o da legalidade estrita, devido processo legal, con-



traditório, dentre outros – por óbvio que sem menoscabo deles (GESTA, 2020, p. 53-54).

Um Direito Penal aplicado à criminalidade virtual demonstra sua legitimidade inclusive para combater as atividades de corrupção relacionados ao cibercrime, pois, sua legislação penal, que restringe as possibilidades de abuso ou influência inapropriada e, ainda, influência pública de autoridades, permite a afirmação de políticas éticas e regramentos mais específicos de maneira normativa, jurídica (GESTA, 2018, p. 242).

Logo, haja vista a escalada ilícita que o crime organizado vem alcançando em tempos de cibercultura numa Sociedade de Riscos, com recursos tecnológicos que se tornam instrumentos de organização e execução de inúmeros crimes e, até mesmo, condutas ilícitas não ainda normatizadas que lesionam bens jurídicos-penais, é necessário que o Direito Penal seja utilizado, tanto em âmbito nacional e internacional, em sua face material e processual, para combater a criminalidade virtual. É na ampliação de marcos normativos-penais sobre os bens jurídicos indisponíveis violados pela criminalidade virtual que pode a Sociedade de Riscos contar para uma maior segurança: garante aos agentes públicos a possibilidade de melhor investigar e dismantelar atividades criminosas, recolher provas de grande importância e, também, garantir direitos de defesa para investigados, sejam pessoas físicas ou jurídicas. O combate efetivo à criminalidade virtual, por conseguinte, reside no expansionismo penal, através do trabalho integrado do Estado, Mercado e Sociedade, a nível nacional e internacional, em estratégias e táticas que garantam a responsabilização penal do crime organizado em meios virtuais (GESTA, 2020, p. 264, 266). Dessa forma, a Sociedade de Riscos pode ter sua segurança reafirmada e seus bens jurídicos indisponíveis resguardados, mesmo na cibercultura.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De início, a pesquisa se pautou no contexto maior que envolve a criminalidade virtual e a cibercultura: a Sociedade de Riscos. Em breve síntese, foi abordado o conceito de Sociedade de Riscos a partir de Ulrich Beck e do que o risco se caracteriza, além das decorrências teóricas relativas à prevenção do risco, que fica entre a tomada da decisão e a decisão realizada. Verificou-se que o risco, sendo inerente à sociedade, também está aliado ao desenvolvimento tecnológico que, por sua vez, trouxe a Internet e a cibercultura para a discussão, haja vista que, hoje, a globali-

zação desafiou as fronteiras terrestres e pode haver comunicação, linguagem e artefatos culturais comuns, numa rede mundial de computadores.

A partir daí, verificou-se que também há o lado obscuro da cibercultura, um submundo da criminalidade que atua virtualmente nos mesmos patamares da criminalidade física, porém, com maior rapidez, velocidade e com riscos de lesões potenciais a bens jurídicos indisponíveis, em nível muito alto. Essa criminalidade virtual, vinculada ao crime organizado e agindo com atos ilícitos dos mais horrendos, causa sensação de insegurança pelo maior aumento de riscos nas relações sociais e de bens jurídicos indisponíveis serem lesionados por meio da Internet.

Diante da criminalidade virtual que surge a partir de uma cibercultura e que está vinculada à Sociedade de Riscos, o artigo procurou investigar se, sendo o caso de bens jurídicos indisponíveis serem lesionados por cibercrimes, não seria o caso de recorrer ao Direito Penal, em aspecto expansionista, para abordar a criminalidade virtual de maneira efetiva e eficaz para repressão dos cibercrimes. Após verificar a possibilidade de abrangência maior do Direito Penal para além de suas fundações liberais, foi possível concluir que o expansionismo penal, isto é, o Direito Penal de *ultima ratio* numa Sociedade de Riscos pode ser invocado. O Direito Penal pode ser considerado em sua expansão, por determinações político-criminais de velocidades diferentes para consequências jurídico-penais díspares, aliado ao caráter superior da sanção penal sobre a cível e a normatividade firmada de maneira mais imparcial do que na responsabilidade administrativa.

O expansionismo penal, em conclusão, é instrumento jurídico eficaz e efetivo para tutelar bens jurídicos indisponíveis diante da criminalidade virtual que cresce exponencialmente na cibercultura, se tornando ferramenta legitimamente jurídica para restaurar a segurança pública e punir, nos ditames do Direito, *digital mobs* na Sociedade de Riscos.

## REFERÊNCIAS

BARAM, Michael. Governing Technological Risks. In: ASVELD, Lotte; ROESER, Sabine. *The Ethics of Technological Risk*. Londres, Reino Unido: Earthscan, 2009. p. 271-281.

BECK, Ulrich. *Conversations with Ulrich Beck*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELL, David. *Cyberculture theorists: Manuel Castells and Donna Haraway*. Nova York, Estados Unidos: Routledge, 2007.

BOSCO, Estevão. *Sociedade de risco – introdução à sociologia cosmopolita de Ulrich Beck*. São Paulo: Annablume Editora, 2016.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da Sociedade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRABOSKY, Peter N. Virtual Criminality: Old Wine in New Bottles? *Social & Legal Studies*, vol. 10, no. 2, junho, 2001, p. 243-249, doi:10.1177/a017405. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/a017405>. Acesso em: 04 jul. 2020.

KREMLING, Janine; SHARP PARKER, Amanda M. *Cyberspace, Cybersecurity, and Cybercrime*. Londres, Reino Unido: SAGE Publications, 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Invasão de privacidade e crime: contribuições do direito penal. In: LEAL, Rogério Gesta; CANO, Carlos Aymerich; SILVEIRA, Alessandra A. S. *V Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: EDIUNISC, 2019. p. 13-29.

LEAL, Rogério Gesta. *O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: Aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos)*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEAL, Rogério Gesta. Predatory effects of corruption on the market and civil society: some indicators. In: STURMA, Pavel; MOZETIC, Vinícius Almada et al. *Business and Human Rights*. Waldkirchen, Alemanha: rw&w Science & New Media Passau-Berlin-Prague, 2018. p. 238-250.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LOPES SILVA, Maria Laura Santos; MOURA JUNIOR, Osvaldo. Sociedade de Risco e o Expansionismo Penal. *Revista Universitária*, ano 9, nº 19, p. 26-39, julho/dezembro, 2018. Disponível em: <http://www.salesianolins.br/universitaria/artigos/no19/artigo3.pdf>. Acesso em 04 jul. 2020.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara, México: Universidad Iberoamericana, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. ampl. Madrid, Espanha: Civitas Ediciones, 2001.



# TEORIA DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E O MODELO ASSIMILACIONISTA-IGUALITÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

ANUSKA LEOCHANA MENEZES ANTONELLO<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados e os submodelos dela decorrentes que buscam resolver os conflitos típicos das sociedades multiculturais, bem como indicar o preponderante posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro dentro desta construção teórica. Este conceito teórico é decorrente da globalização típica da idade moderna que vem facilitando a proximidade entre os países e, também, o trânsito entre os indivíduos originários dos mais diversificados locais de nosso planeta, os quais trazem consigo múltiplas formas de viver a vida, contextos sociais dissemelhantes, bem como estruturas econômicas, políticas e culturais extremamente diversificadas entre si.

Nessa conjuntura, desponta estrutura teórica dos Crimes Culturalmente Motivados que tem por objeto o questionamento relacionado à acomodação dos diversos povos em um mesmo ambiente físico e os correlatos impactos que refletem, especialmente, na seara do direito penal. Para tanto, elenca o modelo assimilacionista, que se subdivide nas categorias assimilacionista-igualitário e assimilacionista-discriminatório; e o modelo multicultural, subdividido nas categorias multicultural fraco ou

---

1 Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPE/RS. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal/RS. Integrante do grupo de pesquisa: Terrorismo contemporâneo – conformação histórica e regulamentação jurídica (FMP/RS). Contatos por email em: anuska\_lma@hotmail.com; anuska@mprs.mp.br.

*cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*, como ferramentas de enfrentamento da casuística.

Predominantemente, a metodologia empregada para a elaboração do trabalho foi à pesquisa bibliográfica e tipológica baseada em obras científicas, com abordagens específicas sobre o tema em estudo; investigação da normatização nacional; diligência sobre as construções doutrinária e jurisprudencial brasileiras, as quais contribuíram para a construção do panorama histórico e atual dos julgamentos sobre o tema. Por outro lado, empregou-se, também, o método de procedimento comparativo, através do qual, com base no conhecimento da ciência jurídica pertinente ao objeto do estudo, procurou-se verificar semelhanças e explicar divergências existentes entre os institutos que foram estudados na integralidade de seus aspectos.

Então, passou-se à aplicação do método de abordagem hipotético-dedutivo, buscando soluções para a problemática existente através da construção de hipóteses e da identificação de seus falseamentos a fim de comprovar a predominante filiação do Brasil ao modelo de assimilação-igualitário.

## **1. TEORIA DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS**

O objeto de discussão tratado pela Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados é a “controvérsia que surge diante da prática de atos considerados culturalmente válidos no ordenamento jurídico da cultura étnica minoritária e, de forma oposta, considerados transgressores na cultura dominante” (ANTONELLO, 2019, p. 175). Tal construção decorre da inquietação de diversos teóricos ao observarem que a globalização culminou por afastar o modelo cultural vigente até o século XIX que tinha por ideal social a presença de uma única cultura global e, então, passou a inserir novo paradigma social pautado na multiculturalidade das relações, ou seja, na aceitação e no fomento à coexistência de culturas diferentes entre si em uma mesma base territorial. (DIAS, 2017)

Todavia, a convivência plural nas sociedades nem sempre é pacífica, ao passo que os conflitos de cunho cultural são resultantes prováveis e, inclusive, esperáveis em face da corrente polarização de valores ocorrida entre os indivíduos nelas existentes. E, diante dessa realidade, o direito penal passa a ser invocado para solucionar os conflitos de cunho cultural.

Nessa perspectiva, portanto, desponta a definição de crimes culturalmente motivados em diversificadas propostas.

Para Van Broeck significam (ÁVILA, 2018, p. 222):

Un acto de un miembro de una cultura minoritaria que es considerado un delito por el sistema jurídico de la cultura dominante. El mismo acto es, sin embargo, dentro del grupo cultural del delincuente, perdonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o, incluso, promovido em una situación dada.

Ao seu turno, para Raúl Carnevali Rodrigues, retratam (RODRIGUES, 2007, p. 1-28):

La conducta se desarrolle por alguien perteneciente a una cultura minoritaria, la que estima que el comportamiento desplegado no es delito dentro de su esfera cultural, ya sea porque es atípico, justificando o exculpado, pero que, sin embargos, si lo es dentro del sistema penal de la cultura mayoritaria. O, siendo delitos em ambas culturas, tienen un tratamiento penal diverso.

Já para Augusto Silva Dias, o surgimento dos crimes culturalmente motivados ocorre “quando o conflito normativo é dirimido através da violação de normas jurídico-penais do país de destino em cumprimento das regras do próprio código etnocultural cujo sentido diverge daquelas” (DIAS, 2017, p. 16).

No que lhe concerne, Cristina De Maglie compreende-os nos seguintes termos (DE MAGLIE, 2017, p. 70):

Um comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário, que vem a ser considerado como delito pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente, é, por outro lado, aceito como normal ou aprovado ou, em determinadas situações, é até mesmo imposto.

Pois bem, desse apanhado capta-se que, em aspectos gerais, os crimes culturalmente motivados correspondem à realização de um ato cultural por parte de um indivíduo pertencente a um agrupamento étnico minoritário, o qual, todavia, é tido como transgressor pelo agrupamento majoritário no qual encontra-se o sujeito inserido fisicamente.

Exemplifica-se está modalidade delitiva através do *caso Saeturn*, ocorrido em 1998 nos EUA. Nesta ocasião, Kouay Saeturn e Kao Saeturn,



naturais da República Democrática Popular do Laos localizada no sudeste asiático, cultivaram ópio - caldo extraído de papoulas utilizado como narcótico – com intuito de utilizá-lo como medicamento para a cura de doenças crônicas, pondo em prática ato tradicionalmente realizado por sua comunidade de origem. Contudo, a referida conduta, em solo americano, caracteriza-se como crime de tráfico de entorpecentes, o qual, inclusive, é severamente punido (DE MAGLIE, 2017, p. 130-133).

Então, devido a isso, ambos os sujeitos passaram a ser processados criminalmente. No decorrer da ação penal, a defesa utilizou argumento relacionado à defesa cultural e realizou perícia antropológica na qual fora atestado que o povo ao qual pertenciam Kouay Saeturn e Kao Saeturn faz tradicional utilização do ópio como método de cura para diversas doenças assentando que “os Mien residem principalmente no Laos do Norte, ao longo das fronteiras com China, Birmânia e Tailândia” e que este grupo étnico “usa o ópio para curar as dores de artrite ou outras doenças crônicas (...) quase todos os habitantes da aldeia dos Saeturn usam o ópio como fármaco”, referindo, por fim, que “o ópio em posse dos Saeturn era para uso pessoal”. Dito isso, a Corte criminal ao sentenciar considerou o elemento *fator cultural* como uma causa redutora da pena, fundamentando tal proceder na assertiva de que “os Saeturn não somente afirmam que o uso do ópio é uma prática comum entre os Mien, mas demonstram que o uso da substância faz parte integrante da cultura Mien” (DE MAGLIE, 2017, p. 130-133).

Dito isto, cabe esclarecimento sobre o elemento perícia cultural.

A perícia cultural busca verificar se o comportamento praticado pelo sujeito encontra alinhamento com a Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados ou não. Para tanto, faz uso de um processo composto por três fases denominadas motivo cultural, coincidência de reação e confronto entre culturas, as quais se sobrepõem entre si. (DE MAGLIE, 2017, p. 196).

A primeira fase é o motivo cultural que verifica se a razão ou a motivação psíquica provocadora do ato pelo indivíduo deriva de valores culturais. Deste modo, o prisma avaliado nesta etapa relaciona-se com a dimensão subjetiva do processo de apuração de um fato como sendo culturalmente motivado (DE MAGLIE, 2017, p. 196).

A segunda fase é a coincidência de reação que se encarrega de avaliar se há efetiva compatibilidade entre a motivação cultural do ato externado pelo agente com a expressão cultural do grupo étnico ou, contrariamente, se corresponde meramente a um fato isolado. Nesta etapa, pois, há a identificação do grupo étnico, de suas expressões culturais, da efetiva

pertença do sujeito ao grupo e, ainda, da influência cultural do grupo no agir do indivíduo. Deste modo, o prisma verificado nesta etapa relaciona-se com dimensão objetiva do processo de análise da prova da cultura.

Acerca da efetiva pertença, DE MAGLIE ensina (DE MAGLIE, 2017, p. 206):

Não se trata, como é evidente, de uma pertença meramente formal (o imputado é tâmil, é um Rom, é japonês, é chinês, e daí por diante), mas sim de uma pertença efetiva do imputado ao grupo étnico de referência. Isto é, será necessário verificar se a cultura individual do imputado corresponde à cultura específica do grupo, ou seja, se o imputado assume como própria a cultura do grupo e se o grupo reconhece como própria a cultura do indivíduo.

A terceira fase é o confronto entre culturas que se ocupa em realizar um paralelo entre o sistema cultural anfitrião e o sistema cultural minoritário. Assim, constatando-se a discordância de valores entre ambos os sistemas e o adimplemento das duas etapas anteriores, estar-se-á perante um fato culturalmente motivado (DE MAGLIE, 2017, p. 198).

A perícia cultural, como se vê, refere-se a um procedimento complexo que necessita da atuação de peritos culturais para sua elaboração, especialmente antropólogos. Trata-se, ainda, de um procedimento indispensável para delimitar os contornos de uma dada cultura e, também, para avaliar a caracterização de um ato como sendo culturalmente motivado e, assim, permitir que seja a responsabilidade criminal do autor cultural diminuída ou, inclusive, afastada em razão das diferenças entre ambos os sistemas confrontados.

Esta nova categoria de crimes não possui unicidade em relação à resposta jurídica a ser ofertada. Deste modo, as soluções perceptíveis variam entre a adoção da hermenêutica penal multicultural e a não aceitação de sua utilização para solver conflitos criminais.

Os modelos de direito penal que despontam para o enfrentamento dos crimes culturalmente motivados são o modelo assimilacionista e o modelo multicultural, subdividindo-se o primeiro em assimilacionista-igualitário e assimilacionista-discriminatório e, por sua vez, o segundo em multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*.

Vejam-se, pois, as suas principais características.

O modelo assimilacionista é próprio aos sistemas jurídicos que são indiferentes ao fenômeno da diversidade cultural (DE MAGLIE,

2017, p. 71). Ambos os submodelos dele derivado trazem em si esta característica aliada a algumas especificidades contrastantes.

O submodelo assimilacionista-igualitário busca a edificação de um arranjo social homogêneo no aspecto cultural e, para isso, conduz as suas produções legislativas para o fim de alcançar a incorporação dos sujeitos integrantes de outras culturas, tendo como pilar para atuação o princípio da igualdade jurídica formal (MULAS, 2018, p. 42). Exemplifica-se através da lei francesa nº 228/2004 que buscou o afrancesamento de imigrantes ao proibir o uso ostensivo de símbolos religiosos nas escolas, refletindo diretamente na mulher islâmica que utiliza o véu (MULAS, 2018, p. 18-19).

O submodelo assimilacionista-discriminatório busca hiperpunir atos culturais, posto que “a ausência de adequação à cultura do sistema anfitrião pode desencadear até mesmo reações hiperpunitivistas”, o que é exemplificado através da legislação italiana que “introduziu recentemente no Código Penal, no art. 583bis, o crime de ‘mutilações genitais femininas’: uma hipótese hipercriminalizadora que pune mais do que se puniria utilizando os tipos de lesões” (DE MAGLIE, 2017, p. 72).

Por sua vez, o modelo multicultural é próprio aos sistemas jurídicos que buscam a integração de grupos culturais distintos, tendendo a recepcionar os pleitos que despontam com a Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados. (DE MAGLIE, 2017, p. 72).

O submodelo multicultural fraco ou *cultural offenses* se caracteriza pela “valorização da diversidade cultural sem, contudo, comprometer os princípios sobre os quais se funda o direito penal local” e, desde modo, “vale-se de novas interpretações acerca das estruturas tradicionais penais para solver as situações decorrentes dos impasses culturais” (ANTONELLO, 2019, p. 177).

Já o submodelo multicultural forte ou *cultural defense* se define por ser aberto à diversidade cultural ao ponto de, inclusive, afastar a responsabilidade criminal do autor cultural (DE MAGLIE, 2017, p. 72). A concretização jurídica deste modelo teórico ocorre por meio da criação de categoria autônoma de exclusão ou diminuição da responsabilidade penal, tendo Raúl Zaffaroni proposto o erro de compreensão culturalmente condicionado (ZAFFARONI; PIERANGELI 2019):

[...] haverá casos de consciência dissidente em que apareça um verdadeiro erro de compreensão invencível e em tais hipóteses não haverá culpabilidade. Neste sentido, serão particularmente

relevantes os erros de compreensão culturalmente condicionados, isto é, quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena, antes exposto.

[...]

A exigibilidade da internalização da regra de conduta estabelecida pela norma tem sempre um certo grau que, como toda a culpabilidade, não pode ser indicado com um limite fixo. Tal autor por consciência pode ser um fanático terrorista como um indígena amazônico trazido por um explorador que quer ilustrar suas conferências “ao vivo”, mas é evidente que a exigibilidade de internalização (de compreensão) da antijuridicidade é maior a respeito do primeiro do que do segundo. Quanto ao primeiro – salvo que esteja louco –, pode ser reprovada a conduta antijurídica que realize por conta da organização, ao segundo será difícil formular uma reprovação, porque não internalizou “nossa” antijuridicidade.

[...]

Como regra geral, o erro de compreensão culturalmente condicionado será um erro de proibição invencível, que eliminará a culpabilidade da conduta, por mais que a consciência dissidente, em princípio, por si mesma, não seja uma causa de inculpabilidade.

Portanto, inerente à globalização das relações típica da sociedade moderna, é que desponta a Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados, bem como diversos modelos aptos a lidar com a questão.

## **2. ABORDAGEM BRASILEIRA AO CONFLITO MULTICULTURAL**

O poder judiciário brasileiro inúmeras vezes foi requisitado para apreciar questões que se englobam no que é compreendido como sendo um crime culturalmente motivado, nos moldes em que anteriormente conceituado. Dentre essas casuísticas estão inclusos os casos da briga de galo e do sacrifício de animais em rituais religiosos.

Em ambas as ocasiões houve o questionamento acerca da licitude de práticas culturais realizadas por determinados grupos culturais minoritários. Naturalmente devido à magnitude dos conflitos que envolvem direitos coletivos, ações judiciais foram propostas e levadas até a Suprema Corte brasileira para solver a questão de colisão entre direitos fundamentais. Na primeira hipótese, o confronto ocorreu entre o direito de mani-

festações das culturas populares (artigo 215, *caput* e § 1º, da Constituição Federal) com o direito ao meio ambiente sadio que veda a submissão de animais à crueldade (artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal) (BRASIL, 2011, on-line). Na segunda hipótese, o confronto ocorreu entre o direito às manifestações culturais e o direito à liberdade religiosa (artigos 5º, inciso VI, e 215, *caput* e § 1º, ambos da Constituição Federal) com o direito ao meio ambiente sadio (artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal) (BRASIL, 2019, on-line).

O caso da briga de galo diz respeito a ato cultural praticado, aproximadamente, a cinco mil anos. Trata-se, pois, de um combate entre galos previamente preparados para o duelo e, na busca de equidade entre os competidores, muitas vezes são acopladas esporas artificiais aos animais para que alcancem idêntico potencial de combate de seu oponente e, assim, desponte um único animal vencedor (Teixeira, 1997).

A prática cultural, por ser muito comum no estado do Rio de Janeiro, levou à edição da Lei nº 2.895/98 com fins de regulamentá-la e, ainda, legitimá-la como um ato tradicional fluminense. Devido a essa produção legislativa, a Procuradoria-Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856, inquirindo sobre a validade jurídico-constitucional da Lei e, ao atuar em defesa da norma, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro sustentou que “preocupação houve, por parte desta Casa Legislativa, em regulamentar-se atividade que, a partir da sua promulgação, passa-se a controlar e a fiscalizar, oficialmente” (BRASIL, 2011, on-line).

No julgamento, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual, referindo que a briga de galo “além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade”, de modo que “não permite sejam qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico” (BRASIL, 2011, on-line).

Veja-se, pois, relevante fragmento da decisão dando conta de que “não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República” (BRASIL, 2011, on-line):

Nem se diga que a “briga de galos” qualificar-se-ia como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais.

“A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil”, como enfaticamente proclamou esta Suprema Corte (ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU), que, por mais de uma vez, também rejeitou a alegação de que práticas como a “briga de galos” e a “farra do boi” pudessem caracterizar manifestações de índole cultural, fundadas em usos e em costumes populares verificados no território nacional, como bem destacou, em douto voto, o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA (RE 153.531/SC, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO): “No ponto, duas vertentes de exame da matéria põem-se: de um lado, a que contribuiria para a sustentação do acórdão no art. 215 da Constituição quando, dispondo sobre a cultura, estipula: ‘Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.’

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 2011, on-line).

Portanto, neste julgamento o Supremo Tribunal Federal afirmou não se tratar a briga de galo de prática cultural apta a receber tutela pelo texto constitucional. De modo que, em atenção à integralidade dos princípios e valores que edificam a Carta Magna, impõe-se o respeito à norma do inciso VII do artigo 225 com a vedação a qualquer manifestação cultural que culmine por submeter os animais à crueldade, especialmente, no que se relaciona a briga de galos.

Ao seu turno, o caso do sacrifício de animais em rituais religiosos diz respeito ao Código Estadual de Proteção aos Animais do Estado do Rio Grande do Sul (Lei nº 11.915/2003) que, inicialmente, elencou práticas proibidas a serem perpetradas contra animais e, com o advento da Lei nº 12.131/2004, passou a relativizar a tutela permitindo o sacrifício de animais nas hipóteses de cultos exclusivamente africanos. Devido a isso, despontou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690 questionando a competência para edição da matéria que supostamente englobaria conteúdo criminal e não meramente ambiental e, também, a incidência do

princípio da igualdade porquanto a exceção que despontou na Lei gaúcha se destinou exclusivamente às religiões de matriz africana, deixando de englobar outras crenças (HERINGER JUNIOR, 2018, p. 71-88).

Do trâmite processual, emergiu o Recurso Extraordinário nº 494.601 (BRASIL, 2019, on-line), no bojo do qual a Suprema Corte ao conferir interpretação conforme a Constituição à Lei estadual sustentou que, primeiramente, a “invasão, no entanto, não ocorre” posto que “a norma impugnada não cuida de causas de exclusão de crime, mas, simplesmente, de instituir o Código Estadual de Proteção aos Animais” e, assim, tendo em conta o teor do artigo 24, inciso VI, da Constituição Federal, a competência fixada aos Estados é “a concorrente para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”. E, para solver a segunda questão, o Supremo Tribunal Federal discorreu sobre os direitos fundamentais à liberdade religiosa e à cultura em confronto com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assentando que “não parece plausível sustentar que a prática de rituais com animais subsuma-se ao dispositivo constitucional que proíbe as práticas cruéis com animais”, posto que “é preciso dar ênfase à perspectiva cultural”, pois “constituem os modos de ser e viver de suas comunidades” e, também, “a experiência da liberdade religiosa é, para essas comunidades, vivenciada a partir de práticas não institucionais”.

Destacou-se, ainda no julgado, que imprecisões são capazes de conferir prevalente tutela constitucional ao direito à liberdade religiosa. Veja-se (BRASIL, 2019, on-line):

[...] de um lado, as incertezas acerca do alcance do sofrimento animal, e, de outro, a dimensão plural que se deve reconhecer às manifestações culturais, é evidente que a proibição do sacrifício acabaria por negar a própria essência da pluralidade.

Ademais, singularmente, o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso destacou que “de acordo com a tradição e as normas das religiões de matriz africana, não se admite nenhum tipo de crueldade contra o animal. Ao contrário, são empregados diversos procedimentos e técnicas para que sua morte seja rápida e indolor”, acrescentando que “segundo a crença, somente quando a vida animal é extinta sem sofrimento, estabelece-se a comunicação entre os mundos sagrado e temporal”. Também, referiu que “a proteína animal é servida como alimento tanto para os deuses quanto

para os devotos e, muitas vezes, para as famílias em torno dos terreiros ou casas de culto de baixo poder aquisitivo” (BRASIL, 2019, on-line).

E, ao final de seu voto, concluiu que:

Considero que a ética animal também é um avanço civilizatório no mundo contemporâneo, endossada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes, que interditaram manifestações culturais que envolviam crueldade contra os animais, creio que a diferenciação aqui é evidente, não apenas porque não se trata de sacrifício ou de sacralização para fins de entretenimento, mas, sim, para fins de exercício de um direito fundamental, que é a liberdade religiosa, como também porque, pelo que pude apreender, não existe tratamento cruel desses animais. Pelo contrário, a sacralização deve ser conduzida sem o sofrimento inútil do animal (BRASIL, 2019, on-line).

Por sua vez, o Exmo. Ministro Luiz Fux referiu “esse exemplo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal vai dar um basta nessa caminhada de violência e de atentados cometidos contra as Casas de Cultos de Matriz Africana” (BRASIL, 2019, on-line).

Por fim, a Suprema Corte, valendo-se da globalidade dos supracitados argumentos, categoricamente assentou que:

Ao proteger o livre exercício dos cultos religiosos e proteger as suas liturgias, a própria Constituição da República desautoriza que se considere juridicamente ilegítima, em qualquer esfera, as práticas de sacrifício e abate ritual de animais realizadas com finalidade litúrgica (BRASIL, 2019, on-line).

Como se vê deste julgamento, a constitucionalidade da Lei estadual foi amplamente afirmada ao se fazer prevalecer o direito às manifestações culturais em conjunto com a liberdade religiosa quando em confronto com o direito ao meio ambiente sadio, que veda práticas que submetam os animais a crueldade. Destacando a Suprema Corte que “será sempre possível aferir a prevalência, ou não, do direito à liberdade religiosa em cada caso, verificando os limites de compatibilização entre manifestação cultural e proteção aos animais” (BRASIL, 2019, on-line), ou seja, a ponderação será realizada caso a caso.

Portanto, é perceptível dessas casuísticas que o embate entre as citadas normas constitucionais de direitos fundamentais foi resolvido por meio



do método da ponderação, tendo a Suprema Corte atribuído maior peso ora a um direito fundamental, ora a outro. À vista disso, é possível afirmar que majoritariamente o Supremo Tribunal Federal concede tutela constitucional prevalente ao direito ao meio ambiente quando em colisão com o direito à cultura – o que é corroborado, também, pelos casos da vaquejada e da farra do boi; salvo, quando a colisão ocorre entre o direito ao meio ambiente e o direito à liberdade religiosa, ocasião em que este último prevaleceu.

### **3. MODELO ASSIMILACIONISTA-IGUALITÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dentre os modelos insculpidos pela Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados é atualmente pertinente situar o sistema jurídico brasileiro no modelo assimilacionista, especificadamente no conteúdo próprio ao submodelo assimilacionista-igualitário.

Explica-se.

O modelo assimilacionista que é “insensível diante dos crimes culturalmente motivados” (DE MAGLIE, 2017, P. 71), tem em seu submodelo assimilacionista-igualitário a característica de buscar a concretização do princípio da igualdade jurídica formal com a construção de uma sociedade homogeneizada culturalmente, lastreando a atuação estatal na absorção de sujeitos às suas próprias particularidades jurídicas e culturais (MULAS, 2018, p. 42).

Tal intuito é observado em uma gama de produções legislativas e jurisprudências relacionadas ao conflito multicultural no Brasil.

Dentre as quais, destaca-se a política brasileira destinada aos povos indígenas insculpidas no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973) que intencionava a integral absorção dos índios à nação brasileira, deixando de reconhecer os diversos agrupamentos indígenas situados no interior do território brasileiro como sendo nações autônomas e independentes. O atual direito penal, em atenção a esse raciocínio, catalogou esses indivíduos como sendo inimputáveis ou semi-imputáveis, tendo como parâmetro o grau de integração na sociedade brasileira (CUNHA; ARAÚJO, 2016, p. 284-285).

Para tanto, no curso de processos penais, há verificação acerca do nível de aculturação do indígena em relação à sociedade brasileira e a correlata catalogação como sendo indivíduo isolado, em vias de integração ou integrado. Cada uma dessas classes gera reflexos jurídicos distintos, veja-se:

[...] o indígena tido por isolado será considerado inimputável e será isento de pena em razão de não ser capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Já o sujeito considerado integrado será estimado como imputável e se submeterá à jurisdição penal em igualdade de tratamento com os demais cidadãos brasileiros praticante de ilícitos penais. Por fim, situação peculiar é depreendida no caso de indivíduo que for considerado “em vias de integração”, porquanto sobre ele é exigido laudo pericial antropológico para aferição do estágio de consciência em relação ao ilícito praticado antes de conduzi-lo sob uma das opções anteriormente destacadas. (ANTONELLO, 2019, p. 179/180).

Assim, exemplificativamente, elenca-se o *Habeas Corpus* nº 0032144-66.2017.4.01.0000 (TRF1), julgado em 08 de agosto de 2017, no qual foi afirmado que há a integral sujeição do indígena às normas que regulamentam a responsabilidade penal brasileira quando constatada a sua incorporação à comunhão nacional brasileira pelo exercício de direitos civis como, por exemplo, a educação formal e a posse de título eleitoral, independentemente de existir a conservação dos usos, costumes e tradições características de sua cultura pré-colombiana (BRASIL, 2017, on-line),

Como se vê, haverá responsabilização criminal do indígena ao não cumprir o regramento jurídico edificado pelo Estado brasileiro ainda que sua conduta seja pautada pelos valores culturais atinentes à sua nação pré-colombiana, em verdadeira promoção dos ideais de homogeneização cultural típicos do modelo assimilacionista. Especialmente, ao se verificar que os benefícios que existem no Estatuto do Índio incidem apenas ao sujeito não integrado à comunhão nacional brasileira, ou seja, é somente a plena ausência de consciência do indivíduo sobre as regras brasileiras que haverá o abrandamento de sua responsabilidade criminal.

Igualmente é perceptível este raciocínio nos julgamentos efetuados pela Suprema Corte em que ocorreu a colisão entre o direito fundamental de manifestação das culturas populares (artigo 215, *caput* e § 1º, da Constituição Federal) com o direito fundamental ao meio ambiente sadio que veda práticas que submetam os animais a crueldade (artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal) nos casos da Vaquejada, da Farra do Boi e da Briga de Galo, ocasiões em que o direito à cultura restou posicionado em patamar menos elevado em relação a outros direitos de idêntica hierarquia constitucional.

Já quanto aos demais submodelos - assimilacionista-discriminatório, multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense* -, não se verifica atualmente a viabilidade de vinculação

destas espécies teóricas com o atual sistema constitucional brasileiro.

Em relação ao submodelo assimilacionista-discriminatório, de pronto é cabível apontar a inviabilidade de vinculação entre os preceitos normativos constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988 com os ideais deste modelo, posto que prega que diante da “ausência de adequação à cultura do sistema anfitrião pode desencadear até mesmo reações hiperpunitivistas” (DE MAGLIE, 2017, P. 72).

Tal método de proceder, todavia, opõem-se ao claro viés pluralista da Carta Magna que busca zelar pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos III e V), vedar qualquer forma de preconceito e racismo (artigos 3º, inciso IV, e 4º, inciso VIII), salvaguardar a autodeterminação dos povos (artigo 4º, inciso III), assegurar a inviolabilidade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI), dentre outras prerrogativas plurais (BRASIL, 1988).

Em relação ao submodelo multicultural fraco ou *cultural offenses é perceptível que* inexistem interpretações das tradicionais estruturas típicas do direito penal na resolução dos conflitos culturais em prol da diversidade cultural que se mostrem adequadas para a supressão da lacuna no Direito Penal pátrio. Aliás, tal formato de resolução de impasses multiculturais utiliza estruturas como a inimputabilidade, o erro de permissão, o erro de tipo, a inexigibilidade de conduta diversa, dentre outras opções que são aptas em gerar discrepâncias e desigualdades nos casos concretos.

Em relação ao submodelo multicultural forte ou *cultural defense* que se caracteriza pela abertura à diversidade cultural com a criação de categoria autônoma de exclusão ou diminuição da responsabilidade penal (DE MAGLIE, 2017, p. 72), depreende-se que no âmbito do direito brasileiro inexistem sinais legislativos no sentido de inclusão desta categoria específica em decorrência do fator cultural.

Como se vê, em atenção ao contexto apresentado no presente trabalho, é possível afirmar-se que preponderantemente a expressão cultural é limitada no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese o viés pluralista da Carta Magna de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de conclusão, importante ressaltar que a temática da Teoria dos Crimes Culturalmente Motivados aguça a sapiência relacionada à diversidade cultural e, especialmente, o método e o grau de tutela a ela conferida tanto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros quanto no

Estado brasileiro a partir da pormenorização dos submodelos assimilacionista-igualitário, assimilacionista-discriminatório, multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*.

Isso decorre, especialmente, do contexto da globalização que estremeceu o tradicional formato de percepção das sociedades pautado no ideal de homogeneização cultural da sociedade. Aliado, ainda, à atual instrumentalização do direito penal para solver a batalha de acomodação social entre os diferentes povos e grupos étnicos situados em um mesmo espaço físico.

Em assim sendo, a partir do contexto desenvolvido no corrente estudo, observou-se que, em que pese o viés pluralista insculpido na Constituição Federal de 1988, a expressão cultural é preponderantemente limitada no ordenamento jurídico brasileiro fazendo como que o Brasil inclua-se no modelo assimilacionista-igualitário, o qual visa à edificação das sociedades homogeneizadas culturalmente.

Tal compreensão é amparada, inicialmente, com lastro no tratamento multicultural conferido aos povos originários, tanto por meio da produção legislativa quanto através da atividade jurisprudencial, sequencialmente, corroborado com as metodologias de ponderação do valor cultura constitucionalmente instituído com outros primados de mesma ordem hierárquica, ocasião em que a cultura majoritariamente sucumbiu aos embates postos.

## REFERÊNCIAS

ANTONELLO, Anuska. Crimes culturalmente motivados e modelos de direito penal: o tratamento jurídico-penal conferido aos povos indígenas. *In*: Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho. (Org.). **Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. 3. ed., Porto Alegre, 2019.

ÁVILA, Fátima Cisneros. **Derecho penal y diversidad cultural**. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2018.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1856**, Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: MIN. Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de maio de 2011. Diário da Justiça, Brasília-DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 494.601**, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: MIN. Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de março de 2019. Diário da Justiça, Brasília-DF, 19 de novembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000**, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná - RO. Relator: Desembargador Federal Ney Bello. Porto Velho, RO, 08 de agosto de 2017. Diário da Justiça, Porto Velho-RO, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/Pesquisa-MenuArquivo.asp?p1=321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 10 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. **Crimes Federais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Augusto Silva. **Crimes Culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas**. Coimbra: Almedina, 2017.

HERINGER JUNIOR, Bruno. Liberdade de religião e proteção do ambiente natural: sacrifício de animais nos ritos de matriz africana (a questão de inconstitucionalidade do Código de Proteção aos Animais do Estado do Rio Grande do Sul). **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v.7, n.19, p.71-88, jan./abr. 2018.

MULAS, Nieves Sanz. **Delitos culturalmente motivados**. Valência: Editora Tirant ió Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Sérgio Alves. Simbolismo essencial das brigas de galos. **Horizontes antropológicos**. Porto Alegre, ano 03, n. 6, p. 223-280, outubro, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0104-718319970002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0104-718319970002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 10 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



# **CRIME E CASTIGO DIANTE DO TOTALITARISMO: PERDOAR O IMPERDOÁVEL?**

PATRÍCIA MARTINS SARAIVA<sup>1</sup>

## **1. INTRODUÇÃO**

O início do século XX foi marcado por numerosos conflitos pontuais e duas grandes guerras mundiais que alteraram significativamente os padrões até então existentes da sociedade. Nestes conflitos destacamos uma característica comum e marcante, em diversos países, que permeou, na primeira metade do século XX, a Alemanha, União Soviética e a antiga Iugoslávia: o Totalitarismo.

Sob o pretexto da adoção e defesa de uma política de governo, foram cometidas as maiores atrocidades contra o ser humano, muitas delas sob a égide da lei imposta por um executivo forte - Adolf Hitler, Benito Mussolini, Josef Stalin, - ou um legislativo fraco. Verificamos durante o governo de Hitler, as mais desprezíveis práticas de desumanização e degradação humana, onde o “ser humano” foi despido de toda a sua humanidade e dignidade em escala quase industrial.

Foram praticadas diversas atrocidades por sucessivos governos totalitários, sem que nenhuma atitude fosse tomada para cessar a violência e os abusos, surge o questionamento sobre a possibilidade das vítimas, através de um exercício de verdade, memória, justiça e reparação exercerem o perdão aos perpetradores de crimes tão violentos, cometidos contra a humanidade.

Este artigo pretende apresentar um relato de como se deu o fenômeno do totalitarismo, a base da ideologia nazista e sua política de governo baseada na desumanização e eliminação do outro; o significado do perdão

---

<sup>1</sup> Advogada, Mestranda em Direito na FMP; especialista em Direito Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; E-mail: patricia.advcriminal@gmail.com



e a possibilidade de ser ou não exercido diante dos crimes violentos cometidos por regimes totalitários, devido à complexidade que significa este ato; a análise dos crimes contra a humanidade sua caracterização e por fim o papel que poderia ter sido exercido no passado e no futuro pelas Comissões de Verdade e pelo Poder Judiciário, atuando a primeira na promoção e incentivo de práticas de perdão e o segundo na promoção da responsabilização penal dos perpetradores das violações de direitos humanos.

O procedimento utilizado foi histórico-comparativo, pois destaca as circunstâncias e investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado e faz a comparação da posição de juristas, filósofos e historiadores sobre os temas tratados. As conclusões são apontadas ao longo do texto e propostas soluções ao final.

## **2. O SÉCULO XX E A MARCA DO TOTALITARISMO**

Podemos apontar características comuns, desde os primeiros regimes totalitários, onde vemos a chegada ao poder de uma personalidade divinizada pela população, da eleição de uma política de governo baseada na escolha de um inimigo do Estado, de uma forte propaganda divulgada por meios de comunicação controlados pelo Estado, forte controle sobre a economia, com restrição de direitos por meio de uma polícia forte e controle uns dos outros (delação) o que se constituía numa vigilância permanente (massiva), usando o terror como forma de manter o poder.

O regime nazista possuía estas características e marcou o século XX pelo poder do líder político, a propaganda e a comunicação de massa, por inovar nas técnicas de tortura e extermínio, provocar grande sofrimento nos “inimigos do governo” até atingir o âmago da sua dignidade e degradar sua condição de pessoa humana, culminando na sua despersonalização. O Estado lançou mão de todo aparato legal e administrativo para eliminar seus inimigos, um grupo de pessoas determinado, em escala “fordista”, ou seja, fomentou uma linha de produção da morte em escala industrial para aqueles que eram eleitos como inimigos do Estado e contra os que ousavam se opor ao governo ou suas práticas de controle social e político.

O tratamento desumano e a conseqüente despersonalização das vítimas se encontram descrito nas palavras de Agamben (2002, p. 16), ao referir que quando a exceção vira regra, a vida nua que vivia a margem do ordenamento passa a “coincidir com o espaço político”, ou seja o que era uma exceção impensada, passa a ser aceito como normal, passa a ser ro-

tina. Para Agamben (2007, p. 18) o “[...] nazismo e fascismo, que haviam feito da decisão sobre a vida nua o critério político supremo [...]”, caracteriza a presença da biopolítica nos governos totalitários. A biopolítica, entendida como o controle sobre a vida, o mesmo controle que garante a segurança dos cidadãos é o mesmo que tem o poder de decidir sobre a existência do ser humano e sua morte. No caso dos governos totalitários, seu “líder” detinha o poder de vida e morte sobre os cidadãos e no caso do nazismo, essas vítimas se faziam necessárias, pois integravam uma política de governo.

Nos regimes totalitários as pessoas eram eliminadas, simplesmente, por pertencerem a uma etnia - judeus, ciganos - ou segmento da sociedade - testemunhas de Jeová ou homossexuais. Neste sentido, destaca Weingarther (2009, p. 141-182)

[...]O nazismo e o holocausto (que atingiu também ciganos e homossexuais, vítimas menos visíveis) são exemplos históricos de novo limiar de intolerabilidade, fenômeno programado e realizado “cientificamente”, com apelo explícito de consenso, até filosófico, e propagandeado como modelo planetário.

A população virou alvo e ao mesmo tempo era um eficaz instrumento para manter a relação de poder e proteger e manter o status vigente, bem como seus líderes no poder, o que pode ser identificado como biopolítica, conceito desenvolvido em Agamben (2007, p. 14) em que o Estado passa a colocar “[...] a vida biológica no centro de seus cálculos [...]”, onde a vida humana é vista como matável, passando a ingressar na esfera do Estado para ser excluída, posteriormente, formando, portanto, “relação de exceção” como referido pelo mesmo autor Agamben (2007, p. 26).

Complementa a lição sobre a biopolítica nos governos, Zamora (2012, p. 100):

Por medio del exterminio genocida se pretende la liquidación física de los individuos por razón de su pertenencia a un grupo, sea este real o arbitrariamente establecido, de modo que todos los miembros del mismo están automáticamente amenazados, sin que ninguna decisión por su parte los salven de esa amenaza. Em el genocidio se lleva a cabo una masiva reducción de miembros de la especie humana a puros objetos carentes de humanidad, a meros objetos que se pueden liquidar y hacer desaparecer [...].

A ideologia inculcada pelo regime totalitário nazista foi articulada de tal forma e intensidade que podemos classificar como uma “cegueira”, uma total falta de pensamento, análise ou crítica e sequer culpa, o que inclusive causou espanto em Hannah Arendt, quando do julgamento de Adolf Eichmann, onde este não expressava qualquer tipo de arrependimento pelos atos cometidos, bem como não entendia que seus atos eram tidos como crime, ou contribuído para que diversos crimes, torturas e atrocidades fossem praticados pelo simples fato de ter cumprido ordens embarcado judeus nos trens de carga, sem questionar o destino dado a eles.

As declarações prestadas por Eichmann são no sentido de não se sentir responsável pelo extermínio: “Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não-judeu- nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem para matar fosse judeu fosse um não judeu; simplesmente não fiz isso [...]” (ARENDR, 1999, p. 33)

Os ocupantes de cargos relevantes, nos regimes totalitários, perderam a sensibilidade e a humanidade com o próximo, pois para eles o mal era causado pela simples existência do outro, sendo uma ameaça real que deveria ser eliminado para o bem de todos, não importando quais os meios e métodos deveriam ser utilizados para atingir este objetivo, pois o prejuízo que causavam a sociedade e ao país era muito superior aos atos recrimináveis, praticados pelo governo - nazismo.

O símbolo da banalização do mal foi Auschwitz, onde o impossível se tornou possível conforme explica Agamben (2008, p. 60), ao sustentar que “Auschwitz é o lugar de um experimento ainda impensado, no qual, para além da vida e da morte, o judeu se transforma em muçulmano, e o homem em não homem.” A banalização/coisificação foi ao extremo, ao ponto dos cadáveres não receberem essa denominação, eram denominados de *figurem*, ou seja, apenas figuras. No interior dos campos de concentração podemos verificar a existência de categorias de presos, ganhando relevância a figura dos *Sonderkommnado* e dos *muselman*, diferença que pode ser extraída de Agamben (2008, p. 34):

Os primeiros formavam um ‘esquadrão especial’ responsáveis pelas câmaras de gás e fornos crematórios. Sua função era levar os outros prisioneiros para a morte e depois arrastar para fora os cadáveres, como afirma Agamben “manchados de rosa e de verde em razão do ácido cianídrico, lavando-os com jatos de água; [...] arrancar os dentes de ouro dos maxilares; cortar os cabelos das mulheres e lavá-los com cloreto de amônia; transportar depois os cadáveres até os fornos crematórios e cuidar de sua combustão; e,

finalmente, tirar as cinzas residuais dos fornos”. Já os segundos são denominados de “muselmam”, conhecidos como os prisioneiros que abandonaram a esperança, que inclusive foram abandonados pelos companheiros de campo, eram espectros, cadáveres ambulantes. Assim verificamos a face cruel do campo onde os próprios prisioneiros promoviam a discriminação e segregação, seja por sobrevivência ou por banalização do mal.

Desta forma os nazistas apresentaram uma nova possibilidade de eliminação total de um povo, como algo necessário ao desenvolvimento do III Reich. Neste sentido a lição de Silva Filho (2013, p. 13):

Nessa metódica, técnica e burocrática tarefa de eliminação, o que delimita o grupo a ser exterminado não são motivos utilitaristas, interesses econômicos ou políticos localizados, nem mesmo paixões violentas que desencadeiam o ódio e o instinto assassino, mas simplesmente uma determinada característica que é inerente às pessoas que compõem este grupo. No caso o nazismo, o simples fato de alguém ter nascido judeu era o suficiente para que contra si fosse iniciado o processo de desumanização e extermínio.

Corroborando este mesmo entendimento Piovesan (2012, p. 184):

[...] a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana.

Cumprido destacar que o surgimento dos regimes totalitários foi fruto de diversos fatores pós I Guerra Mundial, sendo estes fortalecidos com a derrota da Alemanha e assinatura do Tratado de Versalhes, quando a “grande potência” saiu humilhada com a entrega de alguns territórios como a Alsácia-Lorena, colônias, material de guerra, redução do exército a 100 mil homens, entrega de parte da frota mercante, gado e carvão, bem como o pagamento de indenização aos países vencedores da I Guerra. Soma-se a esta derrota, a grande depressão de 1929, que trouxe alta no desemprego e a posterior queda da República de Weimar, com a ascensão do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães de extrema direita ao poder, ensejando o recrudescimento dos movimentos nacionalistas.

Segundo Hobsbawm (1995, p. 122-23):

O cimento comum desses movimentos era o ressentimento de homens comuns contra uma sociedade que os esmagava entre a grande empresa, de um lado, e os crescentes movimentos de trabalhistas, do outro.

Os líderes totalitários lançaram mão desta incerteza, ressentimento e das dúvidas e passaram a manipular estes sentimentos, de forma a atender aos seus interesses de manutenção do poder.

Os crimes e atrocidades praticados pelo regime nazista não se resumiram apenas aos campos de concentração e extermínio, a forma mais rápida de chegar à “solução final”, representada pela eliminação física de um grupo de pessoas (judeus, ciganos, testemunhas de Jeová, homossexuais). Sobre isto nos fala com muita propriedade Arendt (2012, p. 582.):

Os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana, e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo que nem os animais são.

Antes da “solução final” o indivíduo era submetido a um processo progressivo de desumanização, sendo expulsos do serviço público, dos círculos acadêmicos, proibidos de fazer negócios, manter comércio e propriedade privada, ou seja, os nazistas despeiam as vítimas de sua condição legal, segregavam em guetos e promoviam o extermínio, como afirma Arendt (2012, p. 402):

[...] antes de acionarem as câmaras de gás, haviam apalpado cuidadosamente o terreno e verificado, para a sua satisfação, que nenhum país reclamava aquela gente. O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado.

O Estado se valeu de todo seu aparato legal para implantar esta política de horror contra determinada parcela da sociedade, para isso podemos afirmar que através da edição de leis, foi legitimada a violência e o extermínio tanto da população judaica, quanto de outras minorias, opositores do gover-

no. Dentro deste contexto, todas as leis de segregação promulgadas durante o III Reich, eram legítimas, conforme a expressão do princípio da legalidade alemão - norma aberta -, foi dada a permissão pelo Direito para o genocídio.

Os regimes totalitários tornaram as pessoas invisíveis, excluídas da ordem jurídica ou social até o ponto de ninguém mais sentir sua falta, oportunizando o surgimento dos campos de concentração para onde eram enviados. Os países “invadidos” pelo III Reich entregavam seus “judeus” sem uma efetiva resistência. Alguns lutaram e resistiram contra a dominação nazista, em defesa da sua pátria invadida, mas não em defesa dos judeus ou dos perseguidos.

Nos valem novamente da lição de Piovesan (2012, p. 184):

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.

As ações dos Estados totalitários nos mostraram a facilidade de eliminar pessoas, através da prática do genocídio, em escala industrial. Os alemães utilizaram métodos de extermínio em massa, de acordo com a conveniência da situação e a necessidade de acelerar o processo de eliminação dos inimigos do Reich, ou seja, era adotado sempre o método mais fácil e rápido de reconstrução do Estado alemão, que, para ser atingido, necessitava da eliminação dos judeus e outras minorias, assim se era constatado ser fácil fuzilar as pessoas, assim era feito ou então, enviadas para as câmaras de gás, por ser um processo mais rápido.

### **3. O QUE É O PERDÃO**

Perdão sendo o contrário da vingança, é uma figura de duas faces, onde vemos de um lado a questão do direito e da justiça e de outro lado a face espiritual e religiosa, sendo que muitas vezes estas faces se misturam, mas pode, também, ser considerado um ato de amor, o que

não significa esquecimento. Algumas vezes é confundido com os institutos jurídicos da anistia, indulto ou da prescrição ou relacionado com a justiça, a reparação ou com a lógica judaico-cristã.

O perdão é manifestação expressa de vontade do ofendido, atua dentro do campo da espontaneidade do indivíduo, sendo um ato posterior ao ato e para ter eficácia deve ser aceito, pelo “algoz”, ou seja, é ato bilateral. Para termos uma situação de perdão se faz necessário a alteridade, ele não ocorre sozinho.

Destaca Arendt (2011, p. 297) que o descobridor do perdão com estas características acima referidas foi Jesus de Nazaré: “O fato de que ele tenha feito essa descoberta em um contexto religioso e a tenha enunciado em linguagem religiosa não é motivo para levá-la menos a sério em um sentido estritamente secular.”

Para Boella (2013, *s.p.*) existem mais indagações a respeito do perdão do que respostas: “perdoa-se a inconsciência (ele não sabia o que fazia) ou a maldade? A ação ou o agente? Para reconstruir, recomeçar, compreender, converter ou simplesmente para esquecer? Geralmente, interpreta-se o perdão como um gesto sublime capaz de livrar o culpado de um passado doloroso.” Ele é buscado como uma opção pela reconstrução dos vínculos sociais, visando a paz social

Após o final da segunda guerra mundial, com a descoberta das atrocidades cometidas pelo nazismo, nos campos de concentração e extermínio podemos citar como símbolo dos horrores Auschiwitz e Treblinka, que servem de base para análise dos parâmetros a serem utilizados nos julgamentos e de como poderia se obter o perdão.

Em entrevista ao Instituto Humanitas Slavutzky (2020, p. 25), se valeu de uma figura, para explicar ou tentar demonstrar a questão do perdão: “Recordo a história de uma tia que teve suas meias de nylon rasgadas, cujo responsável logo lhe pediu desculpas. Ela disse que desculpa, desculpa, mas o buraco na meia ficou”. O exemplo reforça a ideia de que o perdão não é esquecimento, é o outro sendo aliviado de seu fardo e a vítima dá por finalizada uma etapa inesquecível da sua vida e recomeça uma nova história.

O exercício do perdão passa pelo estudo de dois autores que tratam com relevância este tema: Hannah Arendt e Jacques Derrida.

Para Arendt (2012, p. 608-9) o significado de perdão está ligado a capacidade de punir determinada conduta, ou seja, “[...] os regimes totalitários descobriram, sem o saber, que existem crimes que os homens não podem punir nem perdoar. Ao tornar-se possível, o impossível passou a ser o mal ab-

soluta, impunível e imperdoável [...]”. São tidos como crimes que não podem ser explicados, não existe motivo justificador para tais atrocidades.

A autora refere os crimes nazistas como algo imperdoável, pois entendia que era um crime novo, fruto de um massacre administrativo, determinado e implantado metodicamente, por um executivo forte e com a conivência das outras esferas de governo por entenderem que este poderia ser um “mal necessário” para a recuperação da Alemanha.

Os crimes praticados durante o regime nazista, até então eram inexistentes, logo, não havia um sistema punitivo adequado, que atendesse de forma satisfatória preceitos punitivos e desse uma resposta justa e adequada ao nível de crueldade e barbárie desenvolvidas pelo regime apontado. Neste sentido:

A necessidade da criação de uma nova figura se deu, entre outros, pelo fato de que a perseguição a seus próprios cidadãos, pela Alemanha, não poderia ser qualificada como crime de guerra. A expulsão, deportação e assassinatos levados a efeito por um país, de seus cidadãos, era algo inédito na história das guerras. (MOISÉS, 2006, p. 217).

A necessidade de proteção da sociedade e a punição (justiça retributiva) não apresentavam parâmetros suficientes para punir, de forma adequada os atores do extermínio e atrocidades do III Reich. Assim, ficamos diante de dois vetores para que fosse feita justiça – de um lado os crimes nunca praticados pela sociedade, inéditos no grau de crueldade e de outro lado a inexistência de previsão penal para punir tais crimes, pois diante de sua magnitude passaram a ser denominados de crimes contra a humanidade. Estes fatores passaram a interferir no que se tinha como passível de perdão, pois este da forma como existia não servia mais para estes agentes do mal impensado. Nenhuma punição parecia razoável para o absurdo dos crimes que foram descritos e muitos deles filmados, pois a propaganda fazia parte do projeto de dominação totalitária.

De outro lado, Jacques Derrida examina o perdão por outra face, para ele assume caráter divino, mesmo que feito pelo homem. Sua preocupação reside no fato do perdão ter um aspecto de excepcionalidade, não pode ser algo banal. “Para ele, só é possível perdoar o imperdoável. O perdão não pode ser banalizado, deve ser sempre excepcional.” Derrida (2000, *apud* MOISÉS, 2006, p. 213).

Derrida entende que o perdão só é possível para o imperdoável, cabível em casos de excepcionalidade, assim nos leva ao entendimento de



que as práticas nazistas eram “eventos extraordinários ocorridos durante a Segunda Guerra” Derrida (2000, apud MOISÉS, 2006, p. 214), portanto, algo inédito, impensado, a tal ponto de oportunizar o surgimento de um novo conceito e categoria de crime, até então inexistente: os crimes contra a humanidade. Como consequência do pensamento do grande escritor, podemos dizer que os crimes praticados durante o período do nazismo, algo inédito, de grande monta e extraordinário, são possíveis de perdão, pois segundo ele só o imperdoável pode ser perdoado.

Essa conclusão decorre da leitura da obra do autor que afirma que o perdão é mais fácil de ocorrer quando o fato é inédito e extrapola a previsibilidade humana. Jacques Derrida entende que o perdão só pode ocorrer se aquele que fez algo prejudicial reconhece seu erro, se arrepende e pede perdão, pois ele não é unilateral e somente as pessoas podem perdoar, o Estado não. Segundo Derrida (2000, apud MOISÉS, 2006, p. 214) “[...] o corpo anônimo do Estado ou da instituição pública não pode perdoar. O Estado pode julgar, mas o perdão não tem nada a ver com o julgamento, nem mesmo com espaço público ou político.”

#### **4. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE - É POSSÍVEL PERDOAR O IMPERDOÁVEL?**

Como resultado dos crimes bárbaros praticados durante a II Guerra Mundial surge nova categoria de crimes denominada de “crimes contra humanidade”, que passou a ter uma existência concreta a partir do julgamento de Nuremberg, em razão do qual, com o fim da Segunda Guerra e a descoberta dos horrores praticados pela Alemanha nazista - *deportações, expulsões, assassinatos em massa, campos de extermínio, trabalhos forçados* -, foi necessária a criação de novas figuras típicas.

Não era possível enquadrar os crimes praticados pelo regime nazista na categoria de crimes de guerra, uma vez que estes, previstos em tratados, diziam respeito apenas aos combatentes e não a população civil, pois cidadãos e agentes do governo tiveram papel relevante no extermínio dos judeus e perseguidos políticos.

Importa esclarecer que o crime contra a humanidade nada mais é que um crime cometido pelo Estado em nome de uma política de governo. Estes crimes de massa, decorrem de uma ordem superior de perseguição e posterior eliminação, envolvendo uma ordem e uma cadeia

de comando de subordinados, desde os altos escalões até o mais simples soldado. Não existe uma preocupação com a forma de execução e eliminação dos inimigos indicados pelo Estado, como tal, sendo permitida qualquer forma de ação para sua efetiva eliminação. Ele difere dos crimes de guerra, onde temos um exército contra o outro, pois extrapola os limites do campo de batalha, pois no crime contra a humanidade a “artilharia” sai da trincheira e passa a ser direcionada aos civis. Segundo Antoine Garapon (2002, p. 105):

O crime contra humanidade começa quando um exército ataca inocentes que, não só não combatem, como não representam, qualquer perigo nem obstáculo para concretização de objectivos estratégicos, isto é, quando o massacre passa a ser a própria finalidade da guerra.

Em entrevista, Pires (2020, p. 40) ao Instituto Humanitas, foi feita a seguinte pergunta: “É possível perdoar crimes contra a humanidade? Como?” A estudiosa respondeu de forma categórica:

Eu penso que não, isso é destruir a humanidade. Crimes políticos são diferentes de crimes contra a humanidade. Estes os diversos Tribunais Internacionais já definiram, e a Tortura é um crime contra a humanidade. Não se trata de qualquer transgressão.

Diante de fatos tão estarrecedores, como os ocorridos em Auschwitz, é necessário reinaugurar uma nova ordem democrática, sendo importante para esta construção a promoção da justiça para as milhares de pessoas que passaram pelo “naufrágio da dignidade” (AGAMBEN, 2008, p. 69) e por uma situação única e considerada ainda por muitos como incompreensível, que foi a experiência dos campos de concentração e extermínio.

No crime contra a humanidade, perquirimos como vai ser realizada a sua classificação dentro do sistema penal e como será seu processamento, ou seja, como vai ser equacionada a sua punição, deve ser feita uma readequação de conceitos normativos, bem como o seu processamento, é o que se extrai da afirmação de Arendt (2012, p. 585): “Porque, no fundo, qual o significado do conceito de homicídio quando nos deparamos com a produção dos cadáveres em massa?”

Para Vicente (2010, p. 06):

Ninguém pode decretar em seu lugar que determinado crime monstruoso deve um dia ser perdoado pelos parentes próximos das vítimas ou por aqueles que se salvaram do terror. Ninguém tem o controle do tempo do sofrimento e do tempo de luto. Impunível porque o mais alto grau de condenação, a pena de morte, é irrisória face à amplitude do mal realizado. Com o enforcamento de Eichmann, por exemplo, o mal não foi reparado. E mais, esse mal cometido, era inteiramente desconhecido pelos nossos aparatos jurídicos – ele está acima de qualquer tipo de legalidade humana; o direito está absolutamente incapaz de aplicar uma pena que seja proporcional ao mal cometido sem se tornar ele próprio inumano, ou seja, sem se auto destruir.

O perdão, da forma tradicional como era conhecido e praticado, principalmente, dentro do contexto religioso, não apresentava uma resposta satisfatória para pacificar a dor e sofrimento resultantes do período pós segunda guerra mundial e massacres posteriores na Europa e África, denominados de crimes de massa contra a humanidade.

Estes crimes extrapolaram todas as previsões de existentes nos ordenamentos jurídicos vigentes, logo, não haveria no campo do judiciário previsão legal capaz de abarcar e punir, satisfatoriamente, estes crimes, tendo em vista sua crueldade e alcance a uma parcela significativa da humanidade, pois não conseguiria dar uma resposta suficiente para a pacificação social.

## **5. O PAPEL DAS COMISSÕES DA VERDADE E DO JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO PERDÃO**

Após o término dos regimes totalitários ou de exceção é necessária a reconstrução do tecido social, tendo em vista que os meios tradicionais de processamento e punição não atingiram os objetivos de dar uma resposta à sociedade, sendo, também, necessário o restabelecimento de regime democrático. Para tanto é imprescindível que se conheça o passado, através do exercício da verdade, bem como o reconhecimento de que os crimes perpetrados sejam investigados e julgados para não gerar impunidade, o que pode ser efetivado via judiciário ou comissões da verdade.

As Comissões da Verdade, nos países em que foram constituídas, tem como objetivo de promover “conocimiento y declaración

oficial sobre las atrocidades cometidas durante un período de tiempo determinado” (SUMALLA, 2010, p. 46).

Elas detêm a função de dar voz às vítimas, ou seja, permite a comunicação, via testemunho, dos fatos acontecidos, bem como proporciona seu reconhecimento e, posteriormente, a reparação material e moral, via indenização simbólica e pedido de desculpas. As Comissões da Verdade não são substitutas do processo judicial, mas possibilitam a explicação de fatos ocorridos no passado, para Arbour (2012, p. 295):

Em última instância, espera-se que o trabalho da comissão ajude a sociedade a compreender e reconhecer uma história que se nega ou se põe em causa e, com isso, fazer conhecer publicamente os testemunhos e as histórias das vítimas que, muitas vezes, foram ocultados da população.

Busca-se, assim através das comissões da verdade, a formulação de recomendações e sugestão de políticas públicas e reformas institucionais, visando a reparação, bem como prevenção de novos abusos.

A comissão da verdade permite o exercício da memória e da verdade, sendo um dos seus pontos positivos, conforme a lição de Sumalla (2010, p. 48) “[...] capacidad para fijar un relato común que permite elaborar el pasado y cerrarlo, de modo que la vida social y política no se vea entorpecida por una permanente discusión sobre lo sucedido”, através deste instrumento se proporciona a revelação de um passado de abusos e crimes, com o objetivo de dar conhecimento a sociedade e promover a não repetição destes fatos. Essas propiciam e asseguram “(...) o reconhecimento oficial do direito à verdade, como um direito à cidadania” (ABRÃO; GENRO, 2012, p. 39).

Uma possibilidade de efetivar o perdão, ou seja, oportunizar uma reconciliação entre “vítima” e “criminoso” seria através da constituição de uma Comissão da Verdade e Reconciliação, a fim de promover ou facilitar o perdão entre os envolvidos.

Algumas Comissões da Verdade foram formuladas no sentido de promover a reconciliação nacional, como foi o caso da Comissão de Reconciliação e Verdade - Truth and Reconciliation Commission - promovida na África do Sul por Nelson Mandela, quando do fim do *apartheid*, tendo sido criada no ano de 1995 e iniciado seus trabalhos em 1996, buscando o restabelecimento da democracia, reconhecimento às vítimas e a reconstrução da sua dignidade, bem como o perdão aos perpetradores, conforme afirma Gomes Santos (2013, p. 04) “como fórmula de reconstrução do tecido social”.

Não existe um modelo padrão de comissão da verdade a ser seguido, pois elas são criadas e instaladas conforme as necessidades e características de cada Estado.

Podemos apontar três modelos de reconciliação, o minimalista que preconiza que o passado deve ficar para trás, devendo a anistia ser a solução melhor empregada, os maximalistas entendem que a transição somente poderá se dar de forma efetiva através da justiça penal, ou seja, com o julgamento e punição dos criminosos e os pragmatistas que optam por analisar primeiramente a conjuntura política do país, para então privilegiar uma ou outra solução,

Segundo Gomes Santos (2013, p. 10) os pragmatistas “Creem que a opção por privilegiar a estabilidade futura ou a justiça deve ser tomada uma vez avaliado o contexto político do país em questão.” Esta corrente vê como possível e aceita a anistia, os julgamentos criminais bem como a possibilidade de afastamento dos responsáveis dos cargos que ocupam.

Conforme lição de Safatle (2010, p. 310) a comissão de reconciliação e verdade possuía a seguinte configuração: “Com a apuração das violações aos direitos humanos por meio da narrativa das vítimas e, também, via confissão dos responsáveis pelos crimes, a punição seria trocada pela anistia diante da confissão dos crimes”. Cumpre destacar que um dos seus principais objetivos era promover o diálogo entre vítima e criminoso através da utilização de práticas restaurativas. No caso da África do Sul, ela se valeu de um fundamento religioso – *ubuntu* – o lema dessa visão de mundo seria “sou humano porque eu pertencço à humanidade, só atinjo essa condição por meio do outro. A harmonia social só pode ser atingida se o perdão for exercitado e a reconciliação alcançada” (QUINALHA, 2013, *s.p.*). E somente assim seria possível a via do perdão através da reintegração do acusado.

Os processos de transição política, em geral apresentam uma base comum, sendo no caso brasileiro a memória, verdade, justiça e reparação e neste processo de transição pode ser trabalhado o perdão de forma interdisciplinar, tendo em vista os vários aspectos técnicos envolvidos para que atinja seus objetivos com sucesso.

O exercício da memória, na maioria dos casos se dá pelo testemunho das vítimas e perseguidos, que passam a dar uma versão mais autêntica aos fatos históricos relatados pelos dominadores ou propaladores de uma verdade oficial. Podemos afirmar que existe um direito a verdade que integra o rol de direitos fundamentais da sociedade como parte da dignidade da pessoa humana. Neste sentido Sumalla (2010, p. 52), ao

comentar a sentença do caso Ximenes Lopes informa que “La corte ha declarado que el conocimiento de la verdad es un derecho inalienable, un medio de reparación para la víctima y sus familiares y una forma de prevención de violaciones em el futuro.”

Ao lado do direito à verdade existe a justiça com o papel de auxiliar na construção da memória bem como contribuir para que segundo Garapon (2002, p. 194.): “Sem a justiça, haveria o risco de as atrocidades permanecerem no estádio de uma memória desorganizada e, conseqüentemente, vingadora”. Assim, o tribunal oferece as vítimas do mal radical uma possibilidade de reparação deste sofrimento e trazê-lo para a realidade. O processo judicial vai cumprir o papel de evitar a injustiça e a impotência. Cabe ao Estado apurar a verdade dos fatos através de investigações efetivas e proporcionar a punição dos violadores dos direitos humanos dentro do devido processo legal. Assim a perseguição penal somente será eficaz nos termos que propões Eser (2013, p. 59-60):

[...] o Direito Penal somente pode ser um instrumento eficaz para impedir e sancionar a injustiça do sistema político e dos crimes internacionais se forem cumpridos os seguintes requisitos básicos: em segundo lugar, devem ser excluídas as causas de isenção de pena, sobretudo aquelas que foram introduzidas na legislação pelos detentores do poder como forma de se proteger contra posterior perseguição penal, tais como as imunidades e anistias; e em terceiro lugar, deve-se garantir, por um lado, uma satisfação apropriada às vítimas, e, por outro, o devido processo legal aos acusados. Mas, não em último lugar, estes requisitos devem ser constitucionalmente garantidos.

O papel da justiça ainda segundo Garapon (2002, p. 193) é:

[...]o reconhecimento das vítimas e a publicação dos factos, ou seja, através de todo o “ritual” a ser promovido pelo processo que busque reavivar os fatos acontecidos, colocar frente a frente vítima e acusado bem como ao final encontrar uma solução “justa”, correta, apropriada para essa categoria de crimes, que como foi exposto é incomensurável. Se faz necessário como afirma ainda Garapon o uso do “palco” e do “espetáculo judicial.

A representação da justiça pode ser vista, no caso dos crimes cometidos pelos nazistas, através do julgamento de Nuremberg, realizado na cidade de mesmo nome reconhecida como o berço de toda

ideologia do nacional-socialismo, como uma tentativa de “anular o crime” (GARAPON, 2002, p. 195), um expediente de ordem psicológica. Essa “representação” ocorre em diversos casos como no julgamento de Eichmann ocorrido na cidade de Jerusalém e a Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul que ocorreu no prédio da prefeitura da cidade, simbolizando assim uma ruptura do Estado com a antiga política.

O que se questiona é se a justiça, nos moldes em que encontramos hoje, é capaz de equacionar de forma “justa” os crimes contra a humanidade, pois os processos, nos tribunais, se arrastam por anos, ainda que se tratando de um único homicídio, quiçá de milhares de homicídios e outros crimes relacionados, permanecendo a dúvida se este Tribunal, onde seriam julgados estes crimes, teria capacidade de processar um acusado da prática de milhares de mortes e outros crimes como tortura, mutilação e desaparecimento.

Devemos ter em mente o papel que o direito penal exerce nestes crimes, mas ele não pode ser visto como a única solução pertinente e possível, conforme se verifica da lição de Eser (2013, p. 158):

Por um lado resultou que a persecução penal, enquanto sequer tenha sido iniciada ou pelo menos levada a cabo até certo ponto, não pode ser a única resposta à criminalidade do sistema político. Não é menos importante, e talvez sejam mais urgentes, as investigações feitas pelas comissões de verdade e reconciliação, reabilitação e indenização das vítimas, ou medidas não penais de caráter similar.

O processo permite que vítima e algoz sejam colocados frente a frente e percebam, analisando o passado comum, que suas feridas mais dolorosas são percebidas, novamente, e não ficaram no passado, pois não foi construída uma ponte ligando passado e futuro, através do perdão ou de uma punição adequada.

Com o processo vamos ter o fim de uma ação, um encerramento, ou seja, um ponto final ao crime cometido, que será relegado ao passado, embora não deixe de existir, “O papel do processo é terminar uma acção, encerrá-la com a sua repetição. A justiça fecha um parêntesis” Antoine Garapon (2002, p. 211).

## 6. CONCLUSÃO

A discussão do perdão aos crimes cometidos pelos regimes totalitários, como os do III Reich e mais, recentemente, no Brasil durante o período da última ditadura civil/militar, permite estabelecer uma relação entre eles e refletir sobre as atrocidades cometidas no passado pelos regimes totalitários, que em alguns aspectos se assemelham às adotadas pelo nosso regime de exceção no período de 1964 /1985.

É importante, neste caso, o exercício da memória para que, as novas gerações saibam o que de fato aconteceu com as vítimas em períodos de exceção, sendo eles guerras ou conflitos civis e lutem para que prevaleça o Estado Democrático de Direito, em detrimento de qualquer outro regime político, com o objetivo de que os crimes contra a humanidade, cometidos durante este período, não se repitam.

Devemos buscar compreender e atentar ao fato de que como pessoas tidas como “*normais*”, que tinham família e trabalho foram capazes de contribuir e participar do extermínio de milhares de pessoas pelo simples fato de pertencerem a um grupo diferente do seu ou perseguir um grupo de resistentes ao regime político vigente, até seu extermínio e aniquilação, porque um líder disse que assim deveriam ser vistos e tratados – como inimigos do governo – nos dois casos.

Vemos, nos dois casos, que a diferença e pensamento divergente não era tolerada e poderia ou deveria ser eliminada, em prol de um bem maior, segundo a propaganda destes governantes e Estados.

Diante do quadro comum de crimes contra a humanidade é necessário examinar a possibilidade da efetivação de uma justiça que possa dar uma resposta para estes casos, tidos como inéditos, tendo em vista a magnitude da crueldade praticada contra a própria população, contra um vizinho, contra um colega ou um amigo. Uma alternativa a possíveis formas de pacificação, em relação aos crimes praticados pelos regimes totalitários e de exceção, é possibilitar e exercitar o perdão que deve ser um ato espontâneo, buscando assim evitar que essa memória não permaneça viva e recalçada, podendo ressurgir, adiante, nutridos pelo ódio e ressentimento estabilizados no período forçado de esquecimento e negação dos fatos.

Existe, para alguns dos sobreviventes aos crimes do III Reich ou do período de Ditadura a possibilidade de reconciliação e retomada de suas vidas, após a punição dos seus algozes ou para outros pelo exercício do perdão. A questão que surge e que só poderá ser respondida após a análise de cada caso concreto é se seria possível perdoar crimes conside-



rados imperdoáveis, em razão de sua gravidade. Para responder a esta dúvida lançamos mão de dois autores renomados, que exploram de forma insuperável o tema do perdão nos casos de crime contra a humanidade que são a Hannah Arendt e Antoine Garapon.

Infelizmente esta é uma realidade difícil de se concretizar, pois inúmeros focos de regimes de exceção ainda se fizeram e fazem presentes em nossa sociedade, como os conflitos mais recentes da Iugoslávia, Ruanda, Síria, que nos permitem dizer que o simples conhecimento das atrocidades cometidas no passado não impediu que elas fossem repetidas, o que nos leva a constatar que nem sempre o conhecimento das atrocidades e a pacificação social, através do perdão é suficiente para evitar ódios e ressentimentos de forma que estes crimes não se repitam.

## 7. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (homo sacer III)**. São Paulo: Boitempo. 2008.

ARBOUR, Louise. **Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que tenham saído de um conflito: comissões da verdade**. Revista da Anistia Política e Justiça de Transição. Brasília. n.05. p.295, 2012.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2011.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

BOELLA, Laura. **O perdão, um escândalo necessário**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/522870-o-perdao-um-escandalo-necessario-artigo-de-laura-boella>. Acesso em: 03/08/2020.

ESER, Albin. **Medidas nacionais e transnacionais contra a criminalidade amparada pelo Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a justiça de transição**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (org.). Desenvolvidos atuais das Ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional**. Piaget: 2002.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

MOISÉS, Cláudia Perrone. **O perdão e os crimes contra humanidade: um diálogo entre Hannah Arendt e Jacques Derrida**. In CORREIA, Adriano. Hannah Arendt e a Condição Humana. Salvador: Quarteto, 2006. p.211-224

NETO, Jayme Weingarther. **Auschwitz e exercícios de memória: pressupostos para futuros debates**. Revista da Faculdade de Direito da FMP. n.3, p. 141-182, 2009.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Cecília. **Não se deve confundir perdão com esquecimento**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/formacao/041cader-nosihuemformacao.pdf>. Acesso em: 17/08/2020.

QUINALHA, Renan Honório. **A verdade de cada um. A Comissão de Verdade e Reconciliação Sul- Africana e a Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/521758-a-verdade-de-cada-um-artigo-de-renan-honorio-quinalha>. Acesso em: 20.07.2020.

SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (org.). **Entre justiça e violência: Estado de Exceção nas democracias do Brasil e África do Sul**. In: O que resta da ditadura: a exceção Brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

SANTOS, Rita Gomes. **A comissão da verdade e reconciliação na África do Sul: a caminho da reconciliação nacional?** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/18005386/A-Comissao-de-Verdade-e-Reconciliacao-da-Africa-do-Sul>. Acesso: 20.11.19.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O anjo da história e a memória das vítimas: do holocausto à ditadura civil- militar no Brasil.** In: Direitos humanos e a Shoah. IV jornada interdisciplinar para o ensino da história do holocausto. Porto Alegre. p.13. set. 2013.

SUMALLA, Josep Tamaril. **Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de La verdad.** In: Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2010.

SLAVUZKY, Abrão. **Holocausto e o dever da memória.** Disponível em: [http://memorialdh.sites.ufsc.br/wp-content/uploads/2012/04/041\\_cadernos\\_ihu.pdf](http://memorialdh.sites.ufsc.br/wp-content/uploads/2012/04/041_cadernos_ihu.pdf). Acesso em 10.07.20.

VICENTE, José João Neves Barbosa. **Natureza Humana e Totalitarismo.** Disponível em: <http://www.ufrb.edu.br/griot>. Acesso em: 17/07/20.

ZAMORA, José A. **Perdón y política en contextos de justicia transicional.** In: RUIZ, Castor M.M. Bartolomé (org.). Justiça e memória. Direito à justiça. Memória e reparação: a condição humana nos estados de exceção. São Leopoldo: Casa Leiria, 2012.

# LA CONVENIENCIA O NO DE LA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A PERSONAS CON ANTECEDENTES PENALES POR HECHOS DE VIOLENCIA FÍSICA

JUAN MARCELINO GONZÁLEZ GARCETE<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Es dable señalar que no podemos dudar que nuestro sistema procesal penal (Ley 1286/98) ha implicado la vigencia de numerosos cambios en materia de *justicia penal*, un cambio de paradigma del sistema inquisitivo al tránsito al sistema acusatorio.

Una de estas innovaciones, es justamente la regulación de la aplicación de las medidas cautelar. Llobet Rodríguez (2005) sostiene que: “La prisión preventiva es un instituto problemático por el grado de injerencia en la libertad personal que implica a una persona que se presume inocente. Por ello tiene gran importancia los límites que de acuerdo al derecho

---

1 Abogado. Notario y Escribano Público. Mejor Egresado y Medalla de Oro de la Promoción 2000 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2008). Doctor en Ciencias Políticas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2017) Maestría en Ciencias Criminológicas. Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Columbia del Paraguay. Diplomados en Derecho Procesal Civil, Derecho Penal, Procesal Penal y Procesal Constitucional, realizados a nivel nacional y en el extranjero. Profesor de Maestría y Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de la Universidad Tecnológica Intercontinental, de la Universidad del Pacífico. Premio Themis de la excelencia Académica y Premio al Orden de Méritos Comunerotorgado por la Cámara de Diputados, máxima condecoración otorgado a un ciudadano paraguayo. Autor de numerosas obras jurídicas. Conferencista internacional. Correo institucional: marcelino@der.una.py

constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos trazan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad” (p. 79)

En base a las breves consideraciones que anteceden, deben estudiarse los distintos elementos de convicción que deben concurrir a nuestro modesto entender para que pueda ser dictada una medida cautelar a personas que cuenten con antecedentes penales por hechos de violencia física.

## **2. NORMATIVA ACTUAL**

En primer lugar, debe estudiarse lo que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 245 modificado del Código Procesal Penal (Ley N° 4.431/11), amén de los tratados internacionales suscriptos en materia de derechos humanos (Ley N° 1/91), o los precedentes de la Corte IDH, cuyos fallos son obligatorios para los países sometidos a su jurisdicción.

## **3. JURISPRUDENCIA.**

En el trabajo de investigación realizado por Ortiz Rodríguez y Cataldi López (2016) tenemos que la postura asumida por la Corte Suprema de nuestro país, tanto en lo que respecta a la Sala Constitucional, como a la Sala Penal, en el tratamiento de las medidas cautelares, cuando estos llegan a su competencia, ya sea como recurso extraordinario de casación, apelación, acción de inconstitucionalidad o Hábeas corpus, ha sido de carácter restrictivo.

La Sala Penal de la CSJ en ese sentido ha fundado en los artículos 477 y 478 del código procesal penal, la posibilidad de estudiar la procedencia o no de la aplicación de las medidas cautelares, aun en casos extremos como el de cumplimiento de la pena mínima o la extinción de la acción, es decir, que solamente pueden estudiar las resoluciones originarias del Tribunal de Apelaciones.

La Sala Constitucional de la CSJ, por su parte, ha rechazado todas las acciones impetradas contra el auto interlocutorio que impone o rechaza medidas, fundada principalmente en estos criterios: 1) la competencia de la Sala Constitucional es excepcional y por lo tanto sólo debe abocarse a vulneraciones verosímiles de normas constitucionales, las cuales no son

vislumbradas en casos de imposición de medidas por un juez competente; 2) la cuestión sometida a estudio deber ser decisiva para la suerte del litigio y no una cuestión accesoria al proceso como la imposición de medidas cautelares; etc.

El hábeas corpus, quizás se la única vía procesal idónea para que la Corte Suprema de Justicia, estudie la procedencia de la aplicación de las medidas cautelares, sin embargo, muy pocas veces, ha otorgado el habeas corpus a favor de los recurrentes.

#### 4. CUESTIONES A CONSIDERAR

Nuestro Código Penal, tipifica los hechos punibles de violencia física, en maltrato físico (art. 110); lesión (art. 111), lesión grave (art. 112), lesión culposa (art. 113), violencia familiar (art. 229) y la Ley N° 5777/2017 “De protección integral a las mujeres, contra toda forma de violencia”.

En ese sentido, los hechos punibles de maltrato físico, lesión y lesión culposa, por ser considerados hechos punibles de acción privada, es decir, perseguibles exclusivamente por querellas autónomas (art. 17, incisos 1, 2, 3 del Código Procesal Penal), de conformidad al artículo 237 del CPP, no podrá aplicarse la medida cautelar de la prisión preventiva.

Sin embargo, con relación a los hechos punibles de lesión grave y violencia familiar, sí podrían aplicarse la prisión preventiva. En el caso de lesión grave, el inciso primero del tipo legal, sanciona hasta 10 años de pena privativa de libertad, y en el inciso segundo hasta cinco años, inclusive castiga la tentativa, por lo que conforme a la modificación del artículo 245 del CPP, solo sería aplicable las medidas alternativas o sustitutivas cuando se tipifica en el hecho punible dentro del artículo 112 inciso 2°.

Con relación al hecho punible de **violencia familiar**, que sufriera varias modificaciones posteriores a la sanción de la Ley N° 1.160/97, siendo la última la Ley N° 5.378/14, que establece una pena privativa de libertad de uno a seis años, por lo que no es aplicable las medidas alternativas ni sustitutivas a la prisión preventiva.

En la Ley N° 5777/2017, que entrará en vigor en noviembre de este año, salvo el artículo 50 de dicho cuerpo legal, que castiga con una pena privativa de libertad de diez a treinta años, el que matará a una mujer por su condición de tal.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por cuestiones de metodología del trabajo, se presenta una conclusión sobre el tema planteado, de manera parcial sin ser definitivo, ya que el derecho es una *dinarsis*, por lo que muchas veces resulta difícil llegar a una conclusión o parecer final sobre un tema.

En ese sentido, soy del criterio, de que la medida cautelar de la prisión preventiva no puede estar determinada únicamente por la gravedad del delito, tampoco puede estar fundada bajo ninguna circunstancia por la presunta peligrosidad sustancial —o social— del imputado, es decir, por contar con antecedentes penales sobre hechos de violencia física, ni mucho menos puede fundarse la prisión preventiva en la alarma social, asociada a la necesidad de tranquilizar a la comunidad.

A mi entender, inclusive la Ley N° 2493/04, que modificó el artículo 245 del CPP, no solo es INCONSTITUCIONAL, porque viola expresamente la disposición del artículo 19 de la C.N., sino también por el control de convencionalidad en virtud del artículo 137 de la Constitución Nacional, es decir, no se puede limitar el derecho a la libertad personal del que goza todo ser humano, solo «en virtud del delito imputado en su contra», o lo que es peor, por «el simple hecho de sus antecedentes».

Si bien la prisión preventiva, como tal, no está prevista en la Convención Americana, hay dos normas que indirectamente la regulan, el artículo 7.3 y el artículo 8.2. De estas dos normas convencionales, la Corte Interamericana ha derivado una rica jurisprudencia en torno a la prisión preventiva.

Por lo que la prohibición de medidas cautelares a personas que cuenten con antecedentes penales por hechos de violencia física no solo sería inconstitucional sino inconventional, según nuestro modesto entender.

Si bien es cierto, conforme surge de la publicación del diario “Ultima Hora”, de fecha 30 de enero del 2017, página de Sucesos, en el informe del observatorio de seguridad, tuvo como resultado que de cada 3 de cada 10 crímenes de mujeres son feminicidios, según datos estadísticos comprendidos entre los años 2011 hasta el 2015, soy del criterio de que la Ley N° 5777/2016, establece razonablemente medidas de protección y apoyo en casos de violencia familiar o doméstica, que deberá ser adoptadas tanto por el Ministerio Público, Jueces de Paz y Juzgado Penales de Garantía, y no por ello, aplicar solamente la prisión preventiva, como primer recurso para la protección de la víctima.

Esta tesis no supone verdad. Es tan solo mi punto de vista.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

Vázquez Rossi, Jorge E; Centurión, R.F. (2002). Código Procesal Penal Comentado. Asunción. Editorial Intercontinental

Ortíz Rodríguez, Juan F, Cataldi López, M. L. (2016). Medidas de coerción en el proceso penal. Prisión preventiva y medidas. *Revista Jurídica (CEDUC)*, Número 25, cita IJ-CCLIII-811

Llobet Rodríguez, J. (2005). Derecho Procesal Penal. Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.

CORTE IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154

CORTE IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie c, núm. 35, párr. 97

CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2.005, serie C, núm. 135, párr. 198

CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íniguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 51, y caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 89

CORTE IDH. Caso Yvón Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, N° 180, párr. 90

CORTE IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 121

CORTE IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones, sentencia del 7 de setiembre de 2.004, serie C, núm. 114, párr. 106.





# A SEGURANÇA JURÍDICA E AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DA CUSTÓDIA DA PROVA

RODRIGO ROSA DE LIMA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A segurança jurídica constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e possui aplicação fundamental neste cenário de hipercomplexidade, de relações jurídicas dinâmicas, de avanço tecnológico, de promulgação diária de novas leis, tornando o Direito estável no decorrer do tempo e protegendo a justa expectativa do indivíduo em face da atuação estatal.

A cadeia de custódia encontra proteção na previsão constitucional do direito à prova lícita, sob seu viés de proibição de insuficiência e sob seu viés de imperativo de tutela. Mais do que simplesmente documentar atos, essa exigência traduz a necessidade de que se possibilite o efetivo contraditório, sendo dever do órgão acusador e da polícia judiciária a disponibilização de recursos e meios que mais do que possa possibilitar mero acesso a elementos de prova, tragam conteúdo íntegro, coerente, consistente, que possa ser rastreado e verificado.

Diante disto, utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, o objetivo do presente estudo é investigar a garantia da segurança jurídica em especial na produção da prova, sua coleta e guarda e as consequências da quebra da cadeia da custódia da prova.

Para tanto, o trabalho é estruturado em duas partes. A primeira investiga a segurança jurídica, suas bases constitucionais e aplicação. A segunda analisa a cadeia da custódia da prova e as consequências advindas de quando há uma quebra desta cadeia, analisando-se com conceitos e consequências na vida social, enfatizando a atuação do Poder Público, caracterizada pela utilização de fontes já desgastadas, mas que visam a proteção do instituto da segurança jurídica.

---

1 Advogado, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, Mestrando em Direito Stricto Sensu, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, e-mail: rodrigoadv@live.com.

## 2. A SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia de segurança jurídica supõe uma esclarecedora distinção entre a segurança pelo direito e a segurança do direito (VALIM, 2009, p. 39). “Não se trata de um mero jogo de palavras, mas um expediente para que autonomizemos o princípio da segurança jurídica”. Segundo Valim (2009, p. 39), a primeira expressão, “segurança pelo direito”, representa uma noção clássica, pela qual o Direito, em virtude da positividade de suas normas, representaria as pretensões de paz e ordem. Tal vertente, no entanto, confunde Direito com segurança jurídica e parte da premissa de que todo o Direito seria em tese dotado de segurança aos indivíduos.

No presente estudo, tratar-se-á da segurança do Direito, pela qual concebe-se o instituto como ferramenta de autocorreção do próprio Estado de Direito por meio da previsão de normas que assegurem a integridade do próprio sistema jurídico, cada vez mais complexo.

Com efeito, a adoção do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no artigo 1º, caput, da Constituição impôs uma alteração substancial no campo da validade da lei, que deixa de estar vinculada, como nos paradigmas anteriores do Estado Moderno, à simples regularidade do processo legislativo, agregando-se a necessidade de compatibilização com as normas e garantias constitucionais (ZAGREBELSKY, 2011, p. 28-29).

No que tange especificamente à segurança jurídica, apesar de possuir referência expressa apenas no artigo 103-A, §1º, da Constituição Federal, tem-se que se trata de garantia prevista no rol de direitos fundamentais, tanto no preâmbulo quanto no caput do artigo 5º da Carta Constitucional (ÁVILA, 2011, p. 203-204).

Concebe-se a segurança jurídica em dois sentidos. Pelo sentido amplo, tem por escopo garantir e proteger, de forma geral, diversos campos do Direito. Pelo sentido estrito, objetiva a estabilidade das relações jurídicas, garantindo solidez ao indivíduo em suas escolhas, no sentido de que, mesmo se houver modificação legislativa, eventual relação jurídica estabelecida permanecerá inalterada (SILVA, 2006, p. 6654).

Na realidade social, caracterizada pelo dinamismo das relações jurídicas e, sobretudo, pela promulgação diária de uma infinidade de leis novas, a segurança jurídica possui função imprescindível, no sentido de estabilizar o Direito no decorrer do tempo. “É aqui que entra a segurança jurídica como um direito fundamental” (FERRAZ JR., 2005, p. 264-265). Na medida em que consagrada como direito fundamental, nos exatos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, tem-se que a segurança jurídica possui aplicação irrestri-

ta e imediata (DIMOULIS; MARTINS, 2014, P 95), revestindo-se do caráter de direito subjetivo, cujo exercício pode se dar tanto verticalmente, em face do Estado, quanto horizontalmente, em face de outro particular (OLIVEIRA, 2015, p. 28). A eficácia horizontal também possui um efeito indireto, de irradiação, sobre a legislação comum (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 105).

A segurança jurídica se aplica não apenas para evitar a arbitrariedade, mas também para exigir dos órgãos governamentais que atuem por meio de “normas gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes ao longo do tempo, prospectivas, não contraditórias e possíveis de cumprir” (WALDRON, 1989, p. 84), permitindo ao indivíduo que determine, mediante informações confiáveis, as suas atitudes e escolha livremente o curso de sua vida (ÁVILA, 2019, p. 14).

Em suma, para que a segurança jurídica seja efetivada, imperioso se faz que o ordenamento jurídico se caracterize pela “cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade” (ÁVILA, 2011, p. 211).

Por meio da cognoscibilidade, exige-se que o Direito seja compreendido pelo indivíduo, de modo que a lei tenha condições de orientar plenamente os sujeitos que a ela devem respeitar (RAZ, 1979, p. 213-214). Por confiabilidade, impõe-se que ao indivíduo sejam garantidos o cumprimento e a realização do Direito previsto, devendo existir “um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes” (ÁVILA, 2011, p. 291-292). Por fim, em relação à calculabilidade do Direito, a segurança jurídica atuará de modo a evitar surpresas por mudanças repentinas e improváveis na lei, ou seja, o Direito somente será calculável se o sujeito tiver condições de identificar a forma e os momentos em que a lei poderá ser alterada, de modo a, hoje, poder “presentificar o futuro” (ÁVILA, 2011, p. 292).

Analisando-se a questão sob este prisma, entende-se que descumprir a segurança jurídica implica violação ao próprio Estado Democrático de Direito. Tal infração ocorre quando, por exemplo, o indivíduo é surpreendido pela má aplicação ou pela aplicação retroativa de uma norma. Em tal paradigma os indivíduos devem ser tratados como sujeitos que possuem autonomia, viabilizando que planejem suas atitudes e seu futuro de acordo com a lei (RAZ, 1979, p. 222). Isto quer dizer que se não houver segurança jurídica não haverá dignidade, liberdade, e muito menos um Estado Democrático de Direito (ÁVILA, 2019, p. 19).

Segundo Ávila (2019, p. 19), somente há segurança jurídica quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e

quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente.

Nesta senda, a segurança jurídica se mostrará efetivada quando o ordenamento jurídico conferir aos cidadãos a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito. Em conjunto com a legalidade, a segurança jurídica constitui os “dois pilares de sustentação do Estado de Direito” (SILVA, 2005, p. 54).

Em uma sociedade organizada, a segurança jurídica serve a impedir que crimes sejam cometidos, conforme se passará adiante, vivemos em uma sociedade de risco, onde a garantia deste pilar constitucional da segurança se faz de extrema importância, mas que na busca pela justiça, acaba por aniquilá-lo.

### **3. A CADEIA DA CUSTÓDIA DA PROVA E AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA**

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 32).

É através do processo penal que o Estado exerce o seu poder punitivo, almejando a aplicação da pena a quem cometeu a infração, conforme LOPES JÚNIOR (2008, p. 23) “*Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena*”.

O processo serve para tutelar os direitos fundamentais, ou seja, como uma garantia do indivíduo de que não será submetido a uma pena sem a observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição, tendo como pilar a segurança jurídica.

MARQUES (1980. p. 79-80), exemplifica, dizendo que:

O Direito Processual é um dos ramos das ciências jurídicas que tem o contato mais íntimo e próximo com os preceitos constitucionais, já que regula o exercício da atividade jurisdicional, uma das funções fundamentais do Estado. Sendo a jurisdição uma atividade específica de um dos órgãos da soberania nacional, isto é, do Poder Judiciário, não há dúvidas de que a atividade estatal realizada no processo deve buscar uma constante aproximação com os textos constitucionais”.

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos).

Nesta toada, a prova é o eixo central do Processo Penal pois tudo gira em torno delas como um instrumento recognitivo e persuasivo, servindo ao mesmo tempo para a busca da reconstituição aproximativa e parcial de um fato passado, histórico, “*É através das provas que se convence um juiz sobre uma verdade, a prova é o meio utilizado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade*” (ARANHA, 2006, p. 6), não podendo se renunciar a busca pela verdade, posto que está ligado diretamente ao mecanismo estatal de construção da verdade (NICOLITT, 2016, p. 647).

Portanto, a prova é de extrema importância e merece tratamento que garanta sua validade, legalidade e fiabilidade, para que garanta o resultado almejado da verdade real e a segurança jurídica do processo, entregando ao magistrado que julgará o caso a certeza de basear-se para sua decisão. A busca pela verdade durante a persecução penal proporciona ao réu e ao Estado a paridade de armas, não deixando nenhuma das partes em desvantagem (GOMES, MAZZUOLI, 2010, p. 113).

Conforme visto, ao acusado deve ser garantido a segurança jurídica de estar litigando em um processo justo e portanto, não se pode limitar a garantia constitucional da prova, sendo se suma importância que a prova coletada seja a mesma ao chegar para análise do magistrado que julgará a prova, sem alterações, desta forma, a cadeia de custódia consiste em um mecanismo garantidor de autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração.

EDINGER (2016, p. 248), explica o conceito de cadeia de custódia como:

Uma sucessão de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado – e, também, direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado.

Assim sendo, a cadeia da custódia da prova tem o condão de garantir que desde o início, na coleta da prova, haverá todo um procedimento garantidor e seguro, a fim de assegurar e certificar a preservação íntegra de todos os passos havidos (coleta, recebimento e análise), permitindo que a não haja qualquer adulteração, é o conjunto de procedimentos que deve obedecer a um rigoroso sistema (DEL-CAMPO, 2008, p. 55).

PRADO (2014, p. 16-17) observa que o instituto da cadeia de custódia da prova objetiva a discussão da concreta possibilidade de manipulação indevida do elemento probatório, notadamente, porque a cadeia de custódia da prova, nas suas palavras:

Leva em considerações questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judícia

A cadeia de custódia tem duas principais ações em um processo criminal, o de manter e documenta o processamento das provas, evitando, assim, conforme já referido, que a prova seja adulterada a fim de inocular ou incriminar alguém, é um registro cronológico, documentado que garante a preservação da prova, para que assim chegue ao destinatário final (magistrado) exatamente como foi colhida, da mesma forma a cadeia da custódia da prova, é de suma importância para que as partes possam acusar e se defender, sem que haja desconfiças quanto a sua validade, garantindo a segurança jurídica desde a fase do vestígio, até a análise final, é o que se chama de “mesmidade”.

Quando da análise do material colhido se faz necessário ter a certeza do histórico da prova, garantindo a correta custódia da prova, em havendo a necessidade de manuseio da prova, esta deverá ser disposta em ambiente do órgão oficial, na presença de assistentes (§ 6, Art. 159, do CPP)<sup>2</sup>.

A prova não poderá gerar desconfiça, posto que, isto gera a quebra da cadeia da custódia da prova, gerando desconfiça quanto a sua integridade, “*por integridade entende-se o caráter daquilo que está inteiro, ileso, que não sofreu alteração, incólume, idôneo*” (DIAS FILHO, 2012, p. 403)

---

2 Art. 159 CPP § 6o Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Não há no Código de Processo Penal Brasileiro regras ou regulamentos diretos a respeito da cadeia da prova, a Portaria nº 82 de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública<sup>3</sup> é que disporá as diretrizes dos procedimentos que devem ser observados quanto a cadeia de custódia dos vestígios.

O projeto de lei n. 6.341/2019, chamado “pacote anticrime”, que promove significativas mudanças no atual CPP, trará referência direta à cadeia da prova, sendo definida como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”<sup>4</sup>.

Quando quebrada a cadeia de custódia da prova, ocorre o enfraquecimento da prova e até mesmo sua destruição, conforme PRADO (2014, p. 44), e portanto interfere na persecução penal, o Autor ainda aconselha que a prova seja manipulada por o mínimo de pessoas, para que não haja o rompimento da cadeia, que invalidara a prova.

Desta forma, se verifica que a correta custódia da cadeia da prova proporciona a segurança jurídica almejada pelo processo, possibilitando à defesa e ao acusador uma paridade de armas, garantindo à acusação e a defesa que a prova colhida inicialmente não foi adulterada e será a mesma a ser analisada pelo julgador.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar a importância de respeito e efetivação da segurança jurídica no processo penal em especial a garantia de um processo justo, assegurando às partes a paridade de armas e a defesa do acusado na preservação íntegra das provas colhidas. A prova da cadeia de custódia deve ser apta a suplantar dúvidas razoáveis. Do contrário, será ela inadmissível e, conseqüentemente ilícita. A forma de se provar isso variará conforme os elementos de prova.

Apesar de não haver no código de processo penal regra clara e específica quanto a cadeia da custódia da prova, uma das manifestações mais

3 Disponível em [http://www.lex.com.br/legis\\_25740023\\_portaria\\_n\\_82\\_de\\_16\\_de\\_julho\\_de\\_2014](http://www.lex.com.br/legis_25740023_portaria_n_82_de_16_de_julho_de_2014) acesso em 11 de jul. de 2020.

4 Art. 158-A, caput, do CPP, do Projeto de Lei n. 6.341/2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm) acesso em 10 de jul. de 2020.



importantes sobre o tema, no arcabouço jurídico pátrio, deu-se por meio da Portaria 82, de 16 de Julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, sobretudo porque delimitou com precisão o mecanismo de segurança para resguardar a cadeia de custódia da prova, iniciando-se na sua coleta na cena do crime até a entrega do laudo pericial e eventual descarte.

Com o advento das modificações a serem inseridas no código de processo penal, pelo projeto de lei n 6.341/2019, chamado “pacote anticrime”, a custódia da prova ganhará o devido status, servindo de parâmetro para as autoridades incumbidas da investigação criminal, como forma de tutelar a “mesmidade” da prova, ou seja, que o elemento probatório utilizado no processo criminal é efetivamente aquele encontrado na cena do crime, assim como superar a “desconfiança” de que não houve alteração ou manipulação indevida no vestígio (hoje somente existente na citada portaria 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública).

Há muito ainda o que se analisar quando a cadeia da custódia da prova. No entanto, é necessário atentar que em um Estado Democrático de Direito, a lei deve ser clara e firme a ponto de garantir a estabilidade das relações jurídicas e, portanto, garantir a segurança e a previsibilidade das relações sociais e procedimentos.

O tema é extenso e merece ser aprofundado, devendo o Estado aprimorar-se, para que os elementos probatórios que não possuem uma rastreabilidade adequada sejam considerados ilícitos, pois eles violam o devido processo legal, o contraditório, a integralidade da prova, a lealdade entre as partes e, principalmente, a vedação constitucional às provas ilícitas, causando uma insegurança jurídica no sistema.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL, Presidência da República, Portaria nº. 82 de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcantara. Exame e levantamento técnico-pericial de locais de interesse à Justiça Criminal: abordagem descritiva e crítica. 252 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, São Paulo, USP, 2008,

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de Custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio a evidência. Doutrinas Essenciais – Processo Penal. v.3. São Paulo: RT, 2012.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005, p. 264-265.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal, 6ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo:

Marcial Pons, 2014

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: **The authority of law. Essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/1999). In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. **Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 59, p. 6653-6661, jan. 2006.

VALIM, Rafael Ramires. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009.

WALDRON, Jeremy. **The rule of law in contemporary liberal theory**. Ratio Juris, v.2, n.1, p. 79-96, mar. 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Trad. De Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011, p. 28-29.

# INSTITUTOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO BRASILEIRO

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA<sup>1</sup>  
DÉBORA BERVIG<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Essa investigação tratará de uma pesquisa versando sobre a temática da justiça penal negociada explanando de que forma ocorreu a sua introdução no Direito Penal brasileiro, ensejando na expansão do Direito Penal para abarcar os novos institutos despenalizadores, especialmente, no tocante à transação penal, ao acordo de colaboração premiada e ao acordo de não persecução penal.

Ainda, realizar-se-á um comparativo das diferenças entre os institutos supramencionados, principalmente, no que tange aos conceitos, condições, consequências, controle jurisdicional e requisitos.

Por fim, a justificativa do problema afigura-se na potencial violação de direitos e garantias fundamentais do acusado/investigado em virtude da justiça penal negociada à luz do Estado Democrático de Direito.

O método empregado no objeto em estudo é o hipotético-dedutivo e comparativo, a partir de análise bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e legislação existente sobre o tema.

---

1 Advogado, inscrito na OAB/RS sob o número 84.529. Pós-Graduado em Ciências Penais. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões e do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: venancioterra@hotmail.com.

2 Advogada, inscrita na OAB/RS sob o número 109.692. Acadêmica do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: debora\_brvig@hotmail.com.

## 2. DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Primeiramente, antes de adentrar nos sistemas da justiça penal negociada no ordenamento brasileiro, é mandatário remontar às formas mais tradicionais no direito comparado, principalmente no Direito Penal norte-americano (*plea bargaining, nolo contendere*) e do Direito Penal europeu, notadamente, no Direito Penal italiano (*patteggiamento*) e no Direito Penal alemão (*absprachen*) (BRANDALISE, 2016).

O modelo norte-americano da justiça penal caracteriza-se pela ampla disponibilidade processo penal pelas partes, ensejando na própria incidência do *plea bargaining* (ALBERGARIA, 2007) (acordo para obtenção de uma pena potencialmente inferior à que poderá ser imposta ao final do processo) e do *nolo contendere* (não contestação para fins de obtenção de uma pena inferior àquela aplicada ao caso concreto). Há uma forte independência concedida ao Ministério Público, já que “[...] grande parte das condenações proferidas lá decorrem da negociação – *plea of guilty*, onde também se insere a concepção de *plea bargaining*.” (BRANDALISE, 2016, p. 67).

Contudo, Eugenio Raúl Zaffaroni (2013) critica o modelo, uma vez que seria uma espécie de “julgamento abreviado” ou “modelo extorsivo abreviador”, criado para resolver o problema de uma prisão “por nada”, no qual ocorreria uma condenação “por nada”, visto que seria uma “[...] forma de condenar a todos sem julgamento. O preso deve optar entre admitir uma pena ou ser julgado por um tribunal que o condenará a uma pena maior [...]” (ZAFFARONI, 2013, p. 228).

Já no Direito Penal Alemão, por ter um sistema lastreado nos princípios norteadores do Direito, no qual o magistrado “[...] está obrigado a procurar a verdade, pelo que até mesmo a definição jurídica do fato não encontra possibilidade de negociação [...]” (BRANDALISE, 2016, p. 93). De tal modo, o acordo pode ocorrer somente “entre o juiz e o arguido e seu defensor”, fato criticado por Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 93), já que o acordo ocorreria “sem uma participação mais ativa do Ministério Público”, que pugnaria pela observância das regras Constitucionais. O acordo deve ser realizado perante a corte e em audiência, em consonância com as regras da oralidade e publicidade (KOBOR, 2008). A justiça penal negociada na Alemanha é resquício do próprio Direito alemão (BRANDALISE, 2016).

Todavia, no Direito italiano, de modo diverso do alemão, o magistrado não interfere no acordo (*patteggiamento*) entabulado entre as partes, ficando adstrito ao aceite por sentença ou à rejeição com a devida fundamentação. Rejeitado o acordo, ocorre à devolução ao Ministério Público,

que poderá reajustar o acordo, caso contrário, deverá o processo ter o seu julgamento. Vale destacar o fato de que no *patteggiamento* “[...] o arguido possui informações suficientes sobre a pena a ser aplicada pelo juízo na hipótese de aceitação do acordo, de forma que a não utilização de direitos processuais pelo arguido vem justificada pelo conhecimento [...]” sobre o *quantum* da condenação e da pena que seria imposta no caso de condenação (BRANDALISE, 2016, p. 93). O *patteggiamento* assemelha-se ao *nolo contendere* (negativa em contestar a ação penal) (LANGER, 2010, p. 60-65).

Chegando ao Direito brasileiro, faz-se mister lembrar que se trata de um regramento jurídico que sofreu e sofre forte influência do Direito europeu, tendo adotado “[...] o princípio clássico da legalidade/obrigatoriedade da ação penal.” (BRANDALISE, 2016, p. 136). Assim, seguindo a tendência dos países que influenciam nosso ordenamento jurídico, a legislação pátria deu os primeiros sinais de mitigação da obrigatoriedade da ação penal através da vigência da Lei Federal 9.099 de 1995, que apesar de ter conteúdo misto, ao versar tanto do procedimento do juizado especial cível, quanto do juizado especial criminal (BRASIL, 1995), trouxe, pela primeira vez, “[...] possibilidades de consenso dentro do ordenamento jurídico brasileiro [...]” (BRANDALISE, 2016, p. 137), através dos institutos da composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e transação penal.

Posteriormente, com o advento da Lei Federal 12.850 de 2013 (nova Lei das organizações criminosas) (BRASIL, 2013), o legislador buscou um melhor enfrentamento às organizações criminosas atuantes no Brasil, através do instituto da colaboração premiada, ocorrendo uma espécie de “direito premial” (LIMA, 2017) ao colaborador. O instituto da colaboração premiada baseou-se no *plea bargaining*.

Por fim, recentemente, no final do ano de 2019, através do “pacote anticrime”, Lei Federal 13.964 de 2019 (BRASIL, 2019), o legislador realizou uma verdadeira reforma no sistema criminal pátrio, trazendo para a legislação brasileira novas hipóteses de incidência da justiça penal negociada com os acordos de não persecução penal e não persecução cível. O primeiro possui morada no Código de Processo Penal de 1941 (CPP), sendo um “[...] negócio jurídico de natureza extrajudicial.” (LIMA, 2020b, p. 218), e o segundo na Lei Federal 8.429 de 1992, “lei de improbidade administrativa” (BRASIL, 1992).

Com estas primeiras considerações, realizar-se-á um estudo acerca dos institutos da transação penal, da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal, explicitando suas principais diferenças e semelhanças.

### 3. DA TRANSAÇÃO PENAL

O conceito de transação penal reside na ideia da elaboração de uma negociação visando um acordo celebrado entre o “[...] Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, evitando-se, assim, a instauração do processo” (LIMA, 2020a, p. 1566).

Desta forma, objetiva-se que “[...] não haja a necessidade de oferecimento da acusação. E somente será cabível quando não ocorrer conciliação prévia [...]” (BRANDALISE, 2016, p. 141) ou não for caso de arquivamento.

A previsão legal do instituto tem morada no artigo 76 da Lei Federal 9.099 de 1995 (BRASIL, 1995) o qual decorreu de uma “interposição constitucional” (BRANDALISE, 2016) que fundamentou a transação “[...] em dois dispositivos da Carta Magna: art. 98, inciso I, que a autoriza, nas hipóteses previstas em lei; e, ainda, no art. 129, inciso I, que diz que são funções institucionais do Ministério Público promover a ação penal, na forma da lei” (LIMA, 2020a, p. 1566). Assim, o mister do “[...] exercício da ação penal pública deve, portanto, ser feito de acordo com os contornos da lei. E é exatamente a Lei nº 9.099/95 que traz o delineamento do cabimento da transação penal” (LIMA, 2020a, p. 1566).

No tocante aos pressupostos para o oferecimento do acordo de transação penal, seguindo a dicção do artigo 76 da Lei, Renato Brasileiro de Lima (2020a) observa à necessidade de respeitar os seguintes requisitos:

O primeiro deles habita no fato de o caso versar sobre infração penal de menor potencial ofensivo, entendida como as contravenções penais e crimes que tenham a pena máxima não superior a dois anos, cumuladas ou não com multa, salvo hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher (Brasil, 1995). Já o segundo, observa o fato de não ter ocorrido o arquivamento do termo circunstanciado, apesar de não ser analisado “[...] por ocasião do oferecimento da proposta de transação penal.” (LIMA, 2020a, p. 1567).

No terceiro requisito, o legislador assevera o fato de o autor não ter sido condenado, em razão da prática de crime sujeito à pena privativa de liberdade, com sentença penal condenatória transitada em julgado (sentença definitiva), subentendendo-se que a “[...] anterior condenação à pena restritiva de direitos ou multa pela prática de crime, ou prévia condenação pela prática de contravenção, não são óbices à concessão da transação penal.” (LIMA, 2020a, p. 1567). É necessário observar, ainda,

que “[...] a lei não se utilizou do termo reincidência exatamente para impedir a transação em tais situações” (LIMA, 2020a, p. 1567), pois a intenção do legislador foi tornar a transação incompatível com a reincidência.

No quarto requisito mora a hipótese de vedação ao agente que tenha sido “[...] beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, por outra transação penal, a ele não se defere a possibilidade de obter nova proposta do Ministério Público.” (LIMA, 2020a, p. 1567). Já o quinto, fica adstrito a verificar se o agente possui antecedentes, conduta social, personalidade, bem como os motivos e circunstâncias do delito favoráveis, uma vez que nos termos do art. 76, § 2º, inciso III, não se admitirá a proposta se ficar comprovado não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, além dos motivos e as circunstâncias, necessárias e suficientes para adoção da medida. (LIMA, 2020a, p. 1567).

Em que pese o sexto requisito estar expresso no caput artigo 76 da Lei Federal 9.099 de 1995, no sentido de que “a proposta de transação penal só pode ser oferecida em relação aos crimes de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, já que o dispositivo refere-se apenas a tais delitos” (LIMA, 2020a, p. 1568), o entendimento que prevalece, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência é o de que “[...] não há fundamento razoável para não se admitir a transação penal em crimes de ação penal privada.” (BRASIL, 2004, p. 457). Nesse sentido, é necessário mencionar o inteiro teor do enunciado nº 112, do XXVII FONAJE, Fórum Nacional de Juizados Especiais, ocorrido na cidade de Palmas, no estado do Tocantins, estabelecendo que “[...] na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.” (FONAJE, 2020, doc. eletrônico).

Por fim, o último requisito habita na hipótese de ocorrência de crime ambiental de menor potencial ofensivo, em que tenha existido prévia composição do dano ambiental, salvo no caso de uma comprovada impossibilidade, segundo a dicção do artigo 27 da Lei Federal 9.605 do ano de 1998 (BRASIL, 1998).

Para Rodrigo Brandalise, “o Ministério Público está vinculado aos requisitos antes mencionados, apesar de a lei definir o instituto como uma forma de ‘transação’. Caso preenchidos os pressupostos indicados, deve ofertá-la [...]” (BRANDALISE, 2016, p. 142). Todavia, se estiverem ausentes quaisquer dos requisitos, ou não for aceita a proposta pelo autor do fato, deverá ser proposta a ação penal, em razão do princípio da obrigatoriedade.

A transação penal pode ser enquadrada como um “poder-dever” (FERNANDES, 2012) conferido ao Ministério Público. Assim, o acordo



de transação pode ser oferecido “[...] oralmente ou por escrito, e deve consistir na imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, as quais serão devidamente especificadas na proposta formulada [...]” (LIMA, 2020a, p. 1569).

No entanto, quanto ao controle jurisdicional, o magistrado pode não concordar com a propositura do acordo ofertado pelo membro do *Parquet*, devendo, neste caso, encaminhar ao Procurador Geral do respectivo Ministério Público do qual o membro do Ministério Público estiver vinculado, aplicando-se o artigo 28 do Código de Processo Penal de 1941, em conformidade com o exposto no artigo 129, I da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) (BRANDALISE, 2016).

O momento procedimental tido como adequado para o oferecimento da proposta do acordo de transação penal deve ser antes do recebimento da peça acusatória. Entretanto, na hipótese de ocorrer alteração da classificação do fato delituoso no curso do processo, e, se essa nova capitulação delitiva enquadrar-se no conceito de infração de menor potencial ofensivo, passar-se-á a admitir à concessão do acordo de transação penal no curso do processo, a exemplo do instituto da *emendatio libelli* (artigo 383, §2º do CPP), mesmo que o processo não seja de competência originária do Juizado Especial Criminal. Logo, a competência dos Juizados Especiais Criminais para o instituto possui natureza relativa (LIMA, 2020a).

No caso de ocorrer descumprimento injustificado do acordo de transação penal, aplicar-se-á o disposto no enunciado da Súmula vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal, retornando a situação ao estado anterior, possibilitando que o Ministério Público continue com a persecução penal oferecendo a denúncia ou requisitando a instauração do inquérito policial.

A transação penal não deve ser confundida com os institutos do *plea bargaining* ou com o *guilty plea* do Direito Penal americano, já que se aproxima muito mais ao *nolo contendere*, na medida em que “[...] ela não é celebrada para fins de obtenção da confissão do acusado para alguma diminuição da imputação ou da pena, bem como não há qualquer reconhecimento de culpa para tal hipótese.” (BRANDALISE, 2016, p. 142).

Uma vez cumprido o acordo de transação penal, operar-se-á a extinção da punibilidade do agente, visto que as causas de extinção previstas no artigo 107 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940) são, meramente, exemplificativas. Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 664) lecionam que a punibilidade não é uma mera “[...] característica do delito, e sim um resultado de sua existência. Assim, torna-se tautológico definir

o delito como ‘punível’, porque ser ‘punível’ depende de que seja típico, antijurídico e culpável, e, é claro, acima de tudo, de que seja conduta”.

Após abordar o universo de aplicação do instituto da transação penal, partir-se-á para o estudo acerca da colaboração premiada.

#### 4. DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada teve fundamentado no instituto do *plea bargaining*, cujo ápice ocorreu na campanha norte-americana contra a máfia, uma vez que ocorria “[...] uma transação de natureza penal, firmada por Procuradores Federais e alguns suspeitos [...]” (LIMA, 2020a, p. 866), em troca “[...] era prometida a estes a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda a organização e seus membros.” (LIMA, 2020a, p. 866).

Desta forma, conceitua-se o acordo de colaboração premiada como sendo “uma técnica especial de investigação” na qual ocorre a obtenção de uma prova por meio extraordinário, através da atuação do próprio agente infrator da lei, que na condição de coautor e/ou partícipe de uma infração penal, realiza a confissão de todo o seu envolvimento no fato delituoso, fornecendo, desta forma, aos órgãos responsáveis pela persecução penal (Ministério Público e/ou Polícia Judiciária) “[...] informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal” (LIMA, 2020a, p. 867).

Assim, o investigado/acusado realiza a confissão de sua conduta delituosa, abdicando do “seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*)” (LIMA, 2020a, p. 867), inserindo-se no contexto de ser uma fonte probatória para o municiamento da acusação quanto a fatos e/ou corrêus.

Deste modo, a colaboração premiada pode ser entendida como a atuação de um “[...] criminoso como testemunha contra seus cúmplices. Sua colaboração pode ser utilizada para que ele deponha em juízo como testemunha contra seus pares ou apenas para que sirva de fonte de informação para a colheita de outras provas [...]” (MORO, 2010, p. 103).

Alguns doutrinadores utilizam-se das expressões colaboração premiada e delação premiada como sendo expressões sinônimas. No entanto, “[...] a chamada ‘delação premiada’ (ou chamamento de corrêu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.” (LIMA, 2020a, p. 869).

O instituto da colaboração premiada, tal como conhecemos, foi inserido no direito brasileiro através da Lei Federal 12.850 de 2013 (Lei das organizações criminosas), que discorre sobre o instituto a partir do artigo 3º-A até o 7º. A colaboração premiada possui natureza jurídica de “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova” (BRASIL, 2013), uma vez que, necessariamente, pressupõe a utilidade e interesse públicos.

É imprescindível aludir que, nos termos do §1º do artigo primeiro da referida lei, considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo que informalmente, mas que tenha a finalidade de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, por intermédio da prática de infrações penais que tenham penas máximas superiores a quatro anos, ou que tenham atuação transnacional (BRASIL, 2013).

De toda sorte, é necessário citar que o instituto do acordo de colaboração premiada, *a priori*, de modo diverso do acordo de transação penal, não incidiria sobre infrações penais de menor potencial ofensivo, já que a sua incidência, segundo preconiza o artigo 1º em consonância com a dicção do artigo 4º, III da lei das organizações criminosas, estaria restrita às hipóteses de crimes com pena máxima superiores a quatro anos cometidos pela atuação de organizações criminosas, organizações terroristas e as infrações penais que estejam previstas em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Contudo, deve ser ventilada a possibilidade de existência de infração penal de menor potencial ofensivo praticada por organização criminosa, em virtude da brecha deixada pelo legislador, a exemplo da potencial existência de uma organização criminosa que tenha sua atuação voltada para à prática de delitos, aqui inserem-se crimes ou contravenções penais de caráter transnacional ou que estejam previstos em tratados ou convenções internacionais, cujas penas não suplantam dois anos, cumuladas ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial, excetuadas às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 20) leciona que o limite superior a quatro anos cominado à pena máxima da infração penal praticada é “fruto de política criminal” e equivocado, já que não “[...] há sentido em se limitar a configuração de uma organização criminosa, cuja atuação pode ser extremamente danosa à sociedade, à gravidade abstrata de infrações penais [...]”. O autor critica o fato de que “[...] é evidente poder existir uma organização criminosa voltada à

prática de jogos de azar (contravenção penal) ou de furtos simples (pena máxima de quatro anos) [...]”. Todavia, quando o legislador se referiu à “prática de infrações penais de caráter transnacional”, independe a “[...] natureza da infração penal (crime ou contravenção) e de sua pena máxima abstrata, caso transponha as fronteiras do Brasil, atingindo outros países, a atividade permite caracterizar a organização criminosa [...]”.

Cleber Masson e Vinícius Marçal, acompanhando a doutrina majoritária, entendem não ser possível a soma das penas máximas no caso de concurso de crimes para que seja atingido o patamar estabelecido em lei, posto que “[...] o conceito previsto no § 1.º do art. 1.º da Lei 12.850/2013 fala em ‘infrações penais’ com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos e não ‘imputações penais’ [...]” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 61). Logo, devem ser observados de modo isolado.

Quanto ao momento adequado para o oferecimento do acordo de colaboração premiada, seguindo o teor da redação do artigo 4º, §5º da Lei das organizações criminosas, resta evidente que a mesma pode ser oferecida a qualquer tempo, posto que o citado artigo alude à possibilidade de a colaboração ocorrer posteriormente à sentença. Essa é uma grande diferença entre os institutos da colaboração premiada e da transação penal, na medida em que a transação ocorre, somente, antes do processo, a colaboração pode ocorrer a qualquer tempo.

Acerca da legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada com o acusado/investigado, é indispensável à observância dos parágrafos §2º e §6º pertencentes ao artigo 4º, da Lei 12.850 de 2013 (BRASIL, 2013), que possibilitam que o acordo de colaboração premiada seja celebrado com o Ministério Público a qualquer tempo, ou com o Delegado de Polícia nos autos do inquérito policial, observada a manifestação do *Parquet* e, em qualquer hipótese, assegurada a presença do defensor do acusado/investigado. Assim, no cerne da legitimidade, reside outra grande diferença com o acordo de transação penal que somente pode ser celebrada entre o agente (investigado) e o Ministério Público.

No momento em que ocorrer o recebimento da proposta para formalização do acordo de colaboração premiada, demarcar-se-á o início das negociações, constituindo o ponto inicial da confidencialidade, sendo vedado o levantamento do sigilo, salvo por decisão judicial. A proposta poderá ser sumariamente indeferida, do contrário, as partes deverão firmar termo de confidencialidade. O recebimento da proposta de colaboração para apreciação ou o termo de confidencialidade não obstam, por si só, na suspensão das investigações, bem como medidas cíveis ad-

missíveis ao caso concreto. É de extrema importância, sendo considerado indispensável, que tanto os termos do recebimento da proposta, quanto à confidencialidade sejam elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo seu procurador com poderes específicos, pouco importando se advogado ou defensor público.

A lei reserva a hipótese de que no caso de não ocorrer celebração do “[...] acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.” (BRASIL, 2019 doc. eletrônico), nos termos do artigo 3º-B, §6º (incluído pelo pacote anticrime).

O pacote anticrime buscou encorpar maior garantia e segurança ao colaborador, já que no corpo do artigo 3º-C e parágrafos, inseridos pela referida lei, é possível perceber que “Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público” (BRASIL, 2019 doc. eletrônico), bem como em caso de existir “[...] eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público.” (BRASIL, 2019 doc. eletrônico). Outrossim, o que de fato objetiva-se no acordo é que o colaborador narre todos os fatos ilícitos ocorridos e que tenham relação direta com os fatos investigados (§3º do art. 3-C).

Quanto aos pressupostos para a celebração do acordo de colaboração premiada, é necessário observar à redação do artigo 4º da Lei 12.850 de 2013 (BRASIL, 2013), na medida em que os requisitos e os eventuais prêmios da colaboração do investigado/acusado encontram-se disciplinados ao longo do artigo. Destarte, toda e qualquer colaboração deve ser prestada de forma efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal, bem como, será levada em consideração à personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração. Desta feita, caso a colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados (a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada), o juiz, poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir a pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou substituí-la por pena restritiva de direitos.

No caso de relevância da colaboração prestada, o *Parquet*, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, somente nos autos do inquérito policial, observada a manifestação do Ministério Público, poderão requerer (MP) ou representar (autoridade policial) ao juiz pela concessão do perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial como resultado da colaboração.

Ainda, é necessário observar o fato de que o Ministério Público poderá não oferecer a denúncia se a proposta de colaboração premiada referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento, mas, para tanto, o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa e deve ser o primeiro a prestar efetiva colaboração sobre a infração penal até então desconhecida (sem existência prévia de IP ou PIC). Ocorrendo colaboração premiada após a sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime mesmo que ausente os requisitos legais.

Diferentemente da transação penal, na colaboração premiada tanto os requisitos, quanto as consequências da colaboração ocorrem de modo diverso. Contudo, ao aprofundar análise acerca das possíveis consequências obtidas como prêmio da colaboração premial, nas hipóteses de ocorrência do perdão judicial ou de o Ministério Público não oferecer a denúncia (exceção ao princípio da obrigatoriedade), nos termos do artigo 107 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), teremos causas de extinção da punibilidade, guardando semelhança com a consequência do cumprimento da transação penal que enseja na extinção da punibilidade do agente.

O controle judicial na colaboração premiada ficará adstrito à homologação judicial, funcionando como espécie de “[...] condição de validade do acordo de colaboração [...]” (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 171). Não obstante, deve ser explicitado que nesse momento não cabe ao magistrado realizar exame quanto ao mérito da avença. Na lição de Dinamarco (2009), no momento da homologação do acordo pelo magistrado, ocorre a jurisdicionalização do compromisso avençado pelas partes, alcançando-lhe a própria eficácia dos que ele mesmo teria realizado.

Apesar de a lei ser clara no sentido de o juiz não participar das negociações do acordo, é possível destacar o papel do Poder Judiciário em três momentos da colaboração: inicialmente, na fase de homologação judicial, quando o acordo inicialmente é submetido ao controle judicial; num segundo momento, de acompanhamento de eventuais pedidos que demandem intervenção judicial; e, ao final, no momento da concessão dos benefícios (ANSELMO, 2018).

No momento da homologação do acordo de colaboração premiada, “[...] o juiz não deve emitir juízo de valor a respeito das declarações eventualmente prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, nem conferir o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores [...]” (LIMA, 2020a, p. 905). Assim, o juiz adota “postura equidistante” em relação às partes no processo penal prestigiando o próprio sistema acusatório. Se, porventura, “[...] as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas ‘no momento do julgamento do processo’, no momento diferido, qual seja, na sentença [...]” (LIMA, 2020a, p. 905), nos termos do §11 do art. 4º da Lei 12.850 de 2013. É nesse momento, que serão analisados os elementos que foram trazidos pela colaboração e sua real efetividade.

Outro ponto diferencial no tocante à transação penal é o de que na colaboração premiada existe a possibilidade de ocorrer retratação do acordo, à luz do teor do artigo 4º, §10. No entanto, segundo o referido artigo, “[...] as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor [...]” (BRASIL, 2013, doc. eletrônico).

O Estado elenca diversos direitos ao colaborador ao longo do artigo 5º da Lei 12.850 de 2013, no entanto, não menciona a possibilidade de “separar o delator em certo presídio e, dentro deste, em ala específica, longe dos demais presos”, sendo um fardo perigoso, conforme bem observado por Nucci (2019, p. 103).

Zaffaroni (1996, p. 45), em tom crítico, leciona que “[...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria [...]”.

## **5. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Com previsão no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, através da resolução de nº 181, de 07 de agosto de 2017 (BRASIL, 2017), o acordo de não persecução penal, finalmente, ganhou vida no Código de Processo Penal, sendo inserido no artigo 28-A da Lei do processo penal brasileira (BRASIL, 1941), através da Lei nº 13.964 de 2019 (BRASIL, 2019).

O instituto pode ser conceituado como um “[...] negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente.” (LIMA, 2020b, p. 218), sendo que, ao menos em regra, seria

homologado pelo, atualmente suspenso, juiz das garantias, o que não vem acontecendo. O acordo de não persecução penal é “[...] celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito [...]” (LIMA, 2020b, p. 218), que se sujeita ao implemento de determinadas “[...] condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia [...]” (LIMA, 2020b, p. 218), sendo declarada extinta a punibilidade após a avença seja integralmente cumprida, assim como ocorre na transação penal.

O acordo de não persecução penal ocorre no momento investigativo, “[...] seja ele um inquérito policial, seja ele um procedimento investigatório criminal presidido pelo MP [...]” (LIMA, 2020a, p. 275) (PIC), deve ser admitida “[...] a celebração desse negócio jurídico extrajudicial. Afinal, o simples *nomen juris* do instrumento investigatório não pode ser fator determinante para se admitir (ou não) a celebração do acordo [...]” (LIMA, 2020a, p. 276). O instituto fundamenta-se na materialização do princípio da oportunidade, instrumento capaz de corrigir a desigualdade processual pugnano à eficácia, permitindo, assim, excluir causas de menor importância, que impedem o sistema penal de ocupar-se de assuntos mais graves (QUIROGA, 2014).

Contudo, o acordo de não persecução penal, possui requisitos intrínsecos diversos tanto do acordo de transação penal, quanto do acordo de colaboração premiada. O primeiro deles reside na medida do *quantum* da pena cominada ao delito como requisito de sua incidência, lastreando-se no tocante à pena mínima cominada ser inferior a quatro anos, ao passo que no acordo de transação penal (BRASIL, 1995) a pena máxima cominada ao delito não pode suplantar dois anos (infração penal de menor potencial ofensivo), e no acordo de colaboração premiada (Lei 12.850/13) (BRASIL, 2013) a pena máxima cominada, via de regra, deve ser superior a quatro anos, salvo no caso de o delito praticado ser de caráter transnacional.

Outro aspecto diverso dos institutos anteriormente estudados habita no requisito inerente de ter o “[...] investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça [...]” à pessoa (BRASIL, 1941, doc. eletrônico). Desta forma, “[...] o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito [...]” (LIMA, 2020a, p. 275), ou seja, a confissão é necessária para que ocorra o acordo de não persecução penal, que é uma discricio-



nariedade do membro do *Parquet*, uma vez que o artigo 28-A do Código de Processo Penal anuncia que o Ministério Público “[...] poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (BRASIL, 1941, doc. eletrônico), mediante o preenchimento cumulativo e alternativo das seguintes condições: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas pelo mesmo período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal), pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, à entidade pública ou de interesse social, indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou, cumprir, por determinado prazo, outra condição indicada pelo *Parquet*, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada ao agente.

No entanto, o acordo de não persecução penal guarda semelhanças consideráveis com o acordo de transação penal, sendo a mais perceptível delas, por óbvio, a de não ser caso de arquivamento da infração penal. Não obstante, a principal, reside no sentido de tanto a aceitação, quanto o cumprimento do acordo, não causarem prejuízos à culpabilidade do investigado. Tal fato pode ser comprovado com a simples leitura do artigo 28-A, §12 do Código de Processo Penal, segundo o qual “[...] a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal *não constarão de certidão de antecedentes criminais* [...]”, exceto para o fim de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos (BRASIL, 1941, doc. eletrônico, grifo nosso). Previsão idêntica é encontrada com a interpretação conjunta dos parágrafos §4º e §6º pertencentes ao artigo 76 da Lei 9.099 de 1995 (BRASIL, 1995).

Outrossim, ambos os institutos não possuem estrada nos delitos ocorridos no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340/2006) (BRASIL, 2006b), posto que na transação penal, há se de respeitar o teor da Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020b), ao passo que no acordo de não persecução penal, devido à dupla vedação legal, tanto do caput do artigo 28-A do CPP quando o legislador condiciona a incidência às “[...] infrações penais sem violência ou grave ameaça [...]”, quanto no artigo 28-A, §2º, IV do CPP “nos crimes

praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.” (BRASIL, 1941, doc. eletrônico). Mesmo com a existência de vedação legal expressa da não incidência do acordo de não persecução penal quando cabível a transação penal (art. 28-A, §2º, I do CPP), ao analisar ambos os institutos, constata-se que os efeitos nas esferas da culpabilidade e punibilidade são semelhantes.

De acordo com a simples leitura dos dispositivos legais (art. 28-A do CPP e do art. 3-A e seguintes da Lei 12.850/13), é indispensável apresentar algumas diferenças consideráveis existentes entre os acordos de não persecução penal (ANPP) e de colaboração premiada (ACP): o ANPP incide apenas para o investigado, ao passo que o ACP cabe tanto para o investigado, quanto para o acusado; quanto à natureza, o ANPP possui natureza de negócio jurídico extrajudicial, por sua vez, o ACP possui natureza de negócio jurídico judicial (pressupõe interesse público); quanto ao momento, o ANPP somente pode ser celebrado antes do recebimento da denúncia, enquanto que o ACP pode ser celebrado tanto antes, quanto durante, ou, até mesmo, após o processo; no tocante à autoridade competente para a celebração do acordo, temos a exclusividade do Ministério Público no ANPP, todavia, no ACP tanto o delegado de polícia (somente nos autos do inquérito policial, com a manifestação do MP), quanto o Ministério Público, a qualquer tempo, podem celebrar o acordo com o investigado/acusado na presença de seu defensor que, também, deve firmar a avença, devendo ter, no caso do ACP, procuração com poderes específicos.

É vedada a celebração do ANPP nas hipóteses descritas nos incisos do §2, do artigo 28-A do CPP (hipótese de transação penal; reincidência ou elementos indicarem ser criminoso habitual, reiterado ou profissional, exceto quando presente à insignificância; quando o agente tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração pelos acordos de não persecução ou transação penal, ou suspensão condicional do processo; e, crime cometido no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por questões do sexo feminino) (BRASIL, 1941).

O controle jurisdicional, conforme já mencionado, ocorre por parte do juiz das garantias que possui três opções, segundo a doutrina de Renato Brasileiro de Lima (2020b, p. 234): a primeira, homologar o acordo, devolvendo os autos “[...] ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo da execução penal (CPP, art. 28-A, §6º). A

vítima deve ser intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento [...]”; a segunda, devolver os autos ao Ministério Público, caso “considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo”, para que o *Parquet* reformule a proposta do acordo, com a devida “concordância do investigado e seu defensor (CPP, art. 28-A, §5º)”; e, por fim, o magistrado poderá recorrer à homologação da “proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação anteriormente mencionada”, conforme o teor do art. 28-A, §7º, do CPP. Vale destacar o fato de que “o magistrado não poderá intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo, o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a própria imparcialidade objetiva do julgador”.

Ocorrendo o descumprimento do acordo de não persecução penal, em “[...] quaisquer das condições voluntariamente ajustadas, o Ministério Público comunica o juiz para que decrete sua rescisão, possibilitando ao titular da ação o oferecimento da denúncia [...]” (CUNHA, 2020, p. 138). Assim, é necessário que exista um requerimento do *Parquet* para que o juiz julgue rescindido o acordo, o qual possui natureza constitutiva negativa. Contudo, deve ser assegurado o respeito e à observância do contraditório e da ampla defesa ao compromissário. Ainda, somente o descumprimento injustificado possui aptidão capaz de gerar a rescisão do acordo.

Por fim, quanto ao prêmio do cumprimento da barganha da justiça penal negociada, há de mencionar-se que tanto no caso de acordo de não persecução penal, quanto no do acordo de transação penal, habita o mesmo resultado, ou seja, a causa extintiva da punibilidade do agente/investigado. Todavia, remetendo às hipóteses premiais do acordo de colaboração premiada em que o Ministério Público não oferece à denúncia ao investigado, ou ocorrendo o perdão judicial do acusado, à luz do artigo 107 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), teremos causas de extinção da punibilidade. Destarte, os três institutos, até aqui, estudados podem ter a mesma consequência, que resulta na extinção da punibilidade do investigado/acusado.

Desta forma, sendo “[...] cumprido integralmente o acordo, dispõe o art. 28-A, §13, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, que o juízo competente deverá decretar a extinção da punibilidade [...]” (LIMA, 2020b, p. 236). Apesar de a fiscalização das condições pactuadas ficarem adstritas ao juízo da execução penal (art. 28-A, §6º do CPP), é o juízo que homologa o acordo de não persecução penal o responsável para decretar a extinção da punibilidade do investigado.

O processo penal necessitava do instrumento, posto que, “inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento” (CUNHA, 2020, p. 128).

Deste modo, o processo penal tornou-se mais eficaz, tendo na celeridade e na eficiência os maestros da tutela penal em detrimento da impunidade.

## 6. CONCLUSÃO

Primeiramente, restou claro que no acordo de não persecução penal o legislador teve a intenção de criar uma nova espécie de transação penal aplicável aos crimes com pena máxima superior a dois anos e com pena mínima inferior a quatro anos, desde que estas infrações não tenham sido cometidas com violência ou grave ameaça à pessoa e que, obrigatoriamente, o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal. As consequências em ambos os institutos são idênticas, causas de extinção da punibilidade.

Assim, depreende-se que o legislador tentou escalonar os institutos da justiça penal negociada de acordo com a pena abstrata cominada ao delito, ou seja, quando não for possível à celebração do acordo de transação penal, poderá ser possível à celebração do acordo de não persecução penal. Todavia, nos casos em que seja possível à celebração do acordo de colaboração premiada (infração penal for praticada por organização criminosa), o legislador não ficou adstrito ao *quantum* máximo da pena abstrata cominada ao delito, pois objetivou o desmantelamento das organizações criminosas que atuavam livremente no país, inclusive no meio político.

Apesar de os institutos da justiça penal negociada no Direito brasileiro terem se fundamentado em institutos consolidados do direito comparado (Europa e EUA), esses institutos representaram uma quebra de paradoxo aos princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade da Ação Penal Pública Incondicionada, cuja titularidade é do Ministério Público, em detrimento do princípio da Oportunidade.

Entretanto, no cenário atual em que estamos inseridos, a celebração de acordos através da justiça penal negociada não atenta, de forma alguma, contra direitos e garantias fundamentais do investigado/acusado, na medida em que a celebração é uma faculdade, voluntariedade e não

uma obrigatoriedade, assim, resta inverossímil que a celebração é livre e não forçada. Ademais, o legislador, explicitamente, nos dispositivos referentes aos acordos de transação penal e de não persecução penal deixou assegurado em lei que não importam em reincidência.

Ainda, vale destacar, que desde o ano de 1984 (há mais de 35 anos) foi acrescentado o inciso III, letra 'd' ao artigo 65 do Código Penal, possibilitando a incidência da atenuante da confissão espontânea perante a autoridade da autoria do crime, ou seja, a corrente doutrinária que insiste em criticar os institutos da justiça penal negociada sob a alegação de violação do direito do acusado/investigado de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), deveria, antes disso, criticar a incidência da atenuante da confissão espontânea que está vigente há mais de 30 anos e configura circunstância atenuante preponderante aplicável à pena.

Por fim, o processo penal pátrio necessitava do implemento de mudanças capazes de propiciar um novo panorama em detrimento da morosidade e impunidade, principalmente calcadas na prescrição. Portanto, a justiça penal negociada é um instrumento capaz de materializar os princípios constitucionais do acusatório, da celeridade, da eficiência e da proporcionalidade à luz de um Estado Democrático de Direito, que vislumbra nos acordos da justiça penal negociada rara oportunidade de um real enfrentamento à impunidade da criminalidade.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra, Portugal: Almedina, 2007.

ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração premiada: homologação judicial. *In*: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 171-177.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

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/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm#art1). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus**: HC 34085 SP 2004/0028170-2. Admitindo a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo aos crimes de ação penal exclusivamente privada. Relator: Min. Laurita Vaz, 2 ago. 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmulas vinculantes**. Brasília, DF, 2020a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 536**. Brasília, DF, 2020b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em: 30 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime - Lei 13.964/19**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FÓRUM ESPECIAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciados**: Enunciados atualizados até o 44º FONAJE. [Porto Velho], 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em: 20 set. 2020.

KOBOR, Susanne. **Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany**. Bern, Switzerland: Peter Lang, 2008. (Augsburger Studien zum internationalen Recht, 2).

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: THAMAN, Stephen C. **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 60–65.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020a.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**: comentários à Lei

13.964/19 - artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020b.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Tratado de derecho procesal penal**. 6. ed. Espanha: Arazadi, 2014. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45–67, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (org.). **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.





# PLEA BARGAIN: UM OLHAR PONDERADO PARA AS FORMAS FLEXÍVEIS DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE CRISE<sup>1</sup>

BIANCA MEDRAN MOREIRA<sup>2</sup>

ROBERTA SCHAUN<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Os mecanismos de composição são tendência mundial inevitável para o futuro. Como e em que medida serão implementados, na esfera penal, parecem as grandes questões que determinarão refrigério ou agravamento da crise que assola o sistema judicial brasileiro. O Brasil tem sérios problemas relacionados ao processo penal, dentre os quais destaca-se, aqui, a extrema lentidão, que viola os interesses de todas as partes e atenta contra o direito fundamental à razoável duração do processo, consagrado, de forma expressa, constitucionalmente, desde 2004. A primeira premissa posta em tela, assim, é a de que, infelizmente, a falta de eficiência e presteza faz com que o processo penal simplesmente não cumpra sua missão social e gere descrença na administração da justiça, o que termina por instigar o debate sobre outras formas de condução da

---

1 Artigo confeccionado para submissão V SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS.

Eixo temático: Tutelas à efetivação de direitos públicos indisponíveis.

2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em Direito Constitucional. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Advogada. Endereço eletrônico: biancame-dranmoreira@gmail.com.

3 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em Direito Público (Verbo Jurídico), Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Especialista em Direito Penal Empresarial (PUCRS). Advogada. Endereço eletrônico: robertaschaun@gmail.com.

persecução que, no mundo ideal de Platão, deveria sempre passar pelo perfeito controle jurisdicional, dentro dos limites da estrita legalidade.

Nesse contexto, surgem, cada vez mais, políticas legislativas de composição dos conflitos criminalizados. E elas, ao mesmo tempo que sugerem soluções consensuais, desafiam o sistema acusatório e os mais importantes instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais: as garantias constitucionais do procedimento penal. Especialmente na medida que propõem aplicação de pena privativa de liberdade, sem o devido processo.

O presente trabalho aborda, assim, primeiramente, a evolução da justiça penal negocial, no Brasil, e as principais críticas e exaltações que as alternativas consensuais sofrem, hoje, notadamente, face à Constituição Federal da República, de 1988. Em um segundo momento, a investigação trata sobre o instituto do *plea bargain*, como uma ferramenta possível para a jurisconstrução e faz fortes ressalvas para que haja real avanço e a aplicação das soluções negociais venha, já que inexorável, acompanhada de adequações profundas e verdadeira mudança de paradigma. Por fim, sugere-se a união íntegra de esforços dos atores processuais para promoção de um ambiente equilibrado, genuíno e de “benefício duplo”, com vistas ao verdadeiro desenvolvimento civilizatório, diante da tendência do acordo penal. É difícil pensar em diálogo e compreensão perante a ruptura que a maioria dos crimes geram e a pressão que sofre quem está sendo investigado/acusado, mas talvez seja possível que, justamente neste antagonismo, se construa a comunicação e a transformação de paradigma do litígio, pois é onde mais se precisa. Em considerações finais, sugere-se um olhar ponderado e aberto ao diálogo e ao debate, para a melhor regulação do *plea bargain*, com vistas a evolução do sistema e da própria justiça.

## **2. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O PANORAMA BRASILEIRO**

A Lei nº 9.099, de 1995 (com suas previsões de transação penal, suspensão condicional do processo e composição dos danos civis) estreou, no Brasil, a possibilidade de conciliação, na via penal, quando regulou e estabeleceu os contornos das chamadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”, previstas no artigo 98, I, da Carta Maior, desde 1988. A experiência do chamado JECRIM, entretanto, é alvo, até hoje, de duras críticas.

A mais conhecida delas é no que tange à “mercantilização das infrações” e diz, de uma maneira geral, que o Juizado Especial Criminal teria se transformado em um verdadeiro “balcão de negócios”. Outra é

mais profunda: dos pontos de vistas sociológico e epistemológico, pesquisas empíricas apontaram que o JECRIM, mesmo quando pensa tê-lo feito, não proporciona verdadeiro ACORDO *entre* as partes.

Segundo o Doutor em sociologia, Michel Lobo Toledo Lima, não há, no procedimento sumaríssimo, do Juizado, uma negociação de visões de mundo privadas para se administrar um caso, mas, sim, de como os operadores da justiça criminal categorizam e interpretam essas visões, com sua própria linguagem e lógica de disputa. Nesse sentido, ensina o pensador supracitado:

(...) “acordo”, correspondendo a 64% dos seus desfechos. Apesar de tal porcentagem, minhas observações em campo demonstram que a maioria dos casos de acordo não se refere a acordos consensuais entre as partes conflitantes, sendo comum que os operadores do juizado intervissem e até constrangessem as partes para que desistissem do processo judicial, categorizando tal ato como um acordo. (...) se, de um lado, há um processo de universalização de individualidades na categorização de conflitos pessoais em crimes (equalizando conflitos tidos como iguais em uma categoria penal), de outro, o campo jurídico individualiza leis e categorias jurídicas universalizantes, fazendo com que a administração desses conflitos (agora classificados como crimes) no juizado se ofereça, estritamente, por meio das possibilidades que a lei prevê para cada categoria jurídica. Por sua vez, a aplicação das possibilidades legais é orientada pela moralidade dos operadores do juizado em como resolver tais casos – sem incluir, necessariamente, a percepção dos que estão envolvidos no conflito –, individualizando a aplicação da lei a partir de seus valores frente a cada caso. (...) traduz-se um conflito pessoal numa categoria jurídica, genérica, universalizante e operacional. Assim, a categorização de conflitos interpessoais em crimes funciona como um tipo de filtro discricionário que generaliza individualidades, implicando uma desvalorização ou negação de identidades. Por outro lado, a administração desses casos, agora criminalizados no juizado, se dá, estritamente, através das possibilidades que a lei prevê, na qual as moralidades dos operadores do juizado os orientam como resolver os casos, individualizando a aplicação da lei a partir de seus valores e percepções em cada caso. (LIMA, 2018, p. 179)

É possível estabelecer, com esta amostra da pesquisa de análise da experiência de quase vinte e cinco anos de Juizado Especial Criminal

no Brasil, uma segunda premissa deste estudo: Mesmo alternativas que se pretendem consensuais esbarram nas matrizes fundadoras do processo e dos procedimentos de persecução penal, pois estas têm por base, no sistema brasileiro, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a lógica do contraditório e da ampla defesa.

Há, pois, obstáculo sistêmicos e dogmáticos de muito difícil transposição para o consenso. O direito penal, para compreender e proteger, excluiu quase que totalmente a possibilidade de diálogo e, assim, de acordo, entre as partes, quando forjou sua estrutura. A redução, para compreensão e aplicação dos fenômenos, caminha junto com a humanidade, apesar dos esforços de pensadores e filósofos da complexidade. (CAPRA, 1996, p. 30)

Mas o reducionismo do Direito Penal, quando além de simplificar, ignora completamente a realidade, o contexto social e o resto do próprio ordenamento, passa a não atender o panorama atual da sociedade hiper-complexa e de risco, tornando-se quase que “de papel” e disfuncional.

As regras nem sempre apresentam respostas suficientes à infinidade das relações humanas. Não se pode desprezar a magnitude e as mudanças da vida, defendendo-se, cegamente, procedimentos herméticos, antigos e legalistas, que não atendam mais ao bem comum.

Aquilo que a melhor doutrina passou a chamar de “espaço do consenso” foi, dessa forma, crescendo, paulatinamente, no ordenamento penal pátrio, como alternativa aos problemas do tempo e, também, do custo, do processo, passando pela delação premiada, até culminar com o acordo de não persecução penal. A aplicação da pena, nesta hipótese, não estaria mais vinculada ao controle tradicional jurisdicional, mas a uma certa discricionariedade do Ministério Público, mediante aceite do acusado.

O que traria, inegavelmente, de um lado, aumento de poder (e, com isso, também, de responsabilidade) ao órgão acusador (que teria uma atuação cada vez mais discricionária e política mesmo no exercício de cargo revestido, no Brasil, por garantias) e, de outro, a necessidade da parte perquirida renunciar garantias constitucionais, notadamente a da produção de provas, para que a pena lhe seja aplicada sem aferição exauriente de culpabilidade, após uma confissão prévia. O sujeito sai condenado e com pena a cumprir. Tudo sem o devido processo legal.

### 3. O MECANISMO DO PLEA BARGAIN À LUZ DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL PÁTRIA

Após se analisar o contexto brasileiro, resta a pergunta óbvia: será possível compatibilizar maior celeridade na resolução penal com comandos constitucionais? E, para além disso: É viável e, se for, como, realmente, tornar o acordo penal uma possibilidade legítima de benefício duplo e evolução, para que “valha a pena”? Ainda mais, se *o Judiciário brasileiro, especificamente a justiça criminal, não foi constituído como administrador de conflitos, mas como um arquiteto de punições?* (LIMA, 2010, p. 43)

Acomodar a adequada e eficaz proteção efetiva de bens jurídicos, com o respeito aos direitos e garantias fundamentais individuais não é tarefa fácil. Talvez nunca tenha sido para nenhum povo, em nenhuma época e em nenhum lugar do mundo. A regulação e aplicação de acordos na esfera penal necessita de um olhar sensível e equilibrado e de uma mudança cultural profunda, que passa quase que por uma refundação da lógica de todo o sistema penal. Para tanto, é preciso ampliar cada vez mais o debate e analisar, com cautela e incansavelmente, as possibilidades.

Dessa forma, passa-se, agora, ao que pode ser extraído da análise conjunta dos posicionamentos doutrinários contrários ao *plea bargain*, no sentido, principalmente, de que ele nunca funcionará como instrumento legítimo da Constituição Federal. Em linhas gerais, as principais críticas afirmam que o pacto penal afetaria, simplesmente, “de morte” direitos fundamentais (especialmente por violar os direitos ao procedimento e à presunção de inocência) e fustigaria a relação entre gravidade do fato e pena aplicada (que é a base de legitimação do direito e do processo penal), pois aqueles com maior conhecimento e domínio dos fatos (e que, portanto, figuraram, no cometimento do delito, com maior e mais importante participação e deveriam, pela lógica, receberem as maiores penas), com o *plea bargain*, poderão ter maiores benefícios e um melhor acordo, justamente pelo que justificaria uma pena mais severa, de tal forma que o instituto, nesse ponto, é paradoxal e não poderia ser tão aberto como está previsto no modelo proposto no pacote anticrime, sob pena de retrocessos e injustiças graves.

Outra boa parte dos problemas do acordo penal estariam relacionados à atuação do órgão acusador e à suposta violação ao princípio da paridade de armas e da obrigatoriedade da ação penal. Sustenta-se que a implementação das soluções negociadas causaria também “overchar-

ging” e encarceramentos em massa. Que a acusação poderia ameaçar com imputações desproporcionalmente graves, para coagir a defesa a um acordo ruim, ou, pior ainda, propor acordo em casos nos quais não teriam elementos mínimos sequer para oferecimento de denúncia. Aventa-se, ainda nesse sentido, a possibilidade de assunção de falsa culpabilidade, pelo acusado, para evitar o processo e as consequências estigmatizantes e nefastas de ser investigado ou figurar como réu, o que representaria o maior mal que pode sofrer o direito penal que é um inocente preso ou condenado. E se diz, além disso, que não haveria livre consenso por parte de quem está sofrendo acusação, restando ilusória a “voluntariedade” do acusado, ao negociar. Desaprova-se também a mitigação da busca pela verdade que o acordo traz e, por fim, alega-se que a prisão cautelar pode ser utilizada como instrumento de coação para obtenção de confissões e negociação, o que seria a instauração de uma nova e moderna era de tortura. O coroamento e ápice da crítica é, pois, nesse sentido. O *plea bargaining* seria, assim, completamente incompatível com o direito romano-germânico e, em suma, tratar-se-ia de um instituto que se vale de *meios de sedução e de pressão para burlar o sistema de garantias processuais do modelo acusatório*. (AGUIAR, 2017). Nesse mesmo sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao não homologar acordo de delação premiada, citando Máximo Langer:

Por isso, institutos arraigados no sistema anglo-saxão, como a admissão de culpa (*guilty plea*) não encontram amparo no sistema romano-germânico, no qual a confissão do acusado é possível, porém não sua admissão de culpa, como forma de finalização do processo (...) Em razão disso, a ampla discricionariedade do titular da ação penal mostra-se mais compatível com o sistema anglo-saxão do que com o modelo romano-germânico, porque, naquele, a acusação, como parte interessada, pode entender que determinada controvérsia não é digna de uma persecução penal. De outro lado, na metodologia romano-germânica, o núcleo essencial do processo consiste em apurar, por meio de uma investigação oficial e imparcial, se um determinado crime ocorreu e se o acusado foi o responsável por sua prática. Nesta sistemática, não há lugar para a ampla discricionariedade por parte do órgão acusador (LANGER, Máximo, op.cit., p. 21-22).<sup>4</sup>

---

4 Citação do Supremo Tribunal Federal, na petição número 7.265. Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

De outra banda, para os otimistas com o instituto do *plea bargain*, com boa vontade e proporcionalidade, na regulação e na aplicação, a maioria dos pontos acima expostos poderia ser facilmente solucionada e os benefícios, a nível geral, seriam bem maiores que os problemas. Os contrapontos, a bem da verdade, são utilitaristas, mas possuem alguma coerência e racionalidade. O primeiro é de que bens jurídicos transindividuais estão sendo violados como nunca, na atualidade, e o sistema não se adequa mais a realidade dos fatos, tampouco o processo e os procedimentos. Ademais, nenhum direito fundamental é absoluto e, na esteira dos ensinamentos de Alexy, é possível ponderar e preterir o direito ao procedimento e à jurisdição tradicional, para otimizar a própria aplicação do direito e, com isso, o próprio Estado de Direito. Medidas estruturantes, com políticas especiais (transitórias e temporais até por vezes), são necessárias em determinados momentos históricos, para reequilibrar e oxigenar o sistema, notadamente em tempos de crise de legitimação. O meio é adequado, o fim é legítimo, é mais que necessário e acaba por ser totalmente proporcional em sentido estrito, na medida que o acordo realmente gera efeitos de melhoria no sistema que justificam a intensidade da restrição ao procedimento.

Além disso, as provas e publicidade adversas poderiam ser eliminadas, com boa regulação, o acusado teria possibilidade de reabilitação imediata, haveria redução dos processos, rapidez e muita economia, com resoluções efetivas, sem maiores gastos para o Estado, dentro de um prazo razoável, garantindo aplicabilidade do processo. Também se argumenta que a grande maioria das críticas tem a ver com problemas de infraestrutura estatal e de atuação dos atores dos processos e não com o instituto em si.

A culpabilidade, por sua vez, seria modulada por quem melhor conhece seu limite e alcance e, para refutar a questão da verdade, dizem que regras processuais já legitimam a prova e a verdade já é, pois, contextualizada, limitada e relativa, já que depende do que o legislador selecionou como legalmente aceito. Portanto, o processo formal não apresenta melhor solução para a verdade, no ordenamento brasileiro, eis que o próprio sistema vigente admite a fragilidade na sua busca. Por fim, a indisponibilidade da ação penal, para muitos, já é extremamente mitigada, na própria legislação, além de se tratar de uma questão de política de Estado e não de um direito em si.

Entre entusiastas e fervorosos críticos, ainda que em teoria possam ser superados todos os óbices, é preciso um olhar moderado. De tal



forma que, com certo zelo, passa-se à abordagem de medidas que são apresentadas como possibilidades para otimização do ambiente convencional e que talvez tenham o condão de fazer com que o instituto funcione efetivamente como ferramenta útil e íntegra para resultados de verdadeiro duplo-benefício.

O primeiro ponto diz respeito à atuação do órgão acusador. Em uma sociedade democrática, que preveja barganha, o Ministério Público deve estar profundamente conectado com suas bases fundantes de verdadeira defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, resgatando atuação costumeira de épocas anteriores ao advento da defensoria pública, quando chegava, não raras vezes, a cumprir, em certa medida, o papel desta última, em comarcas pequenas. É preciso romper com eventuais formas de atuação estratégica porventura utilizadas na atuação criminal tradicional, dos tempos mais recentes. A primeira ressalva, com vistas ao equilíbrio e à ponderação, é, assim, no sentido de que a acusação, quando propuser o acordo, deve dar acesso ao investigado/acusado também àqueles elementos e circunstâncias favoráveis à sua defesa. Aliás, o ideal é que, para além disso, haja verdadeira mudança de paradigma e a política criminal do titular da ação penal seja mesmo a de investigar, também, circunstâncias de descargo que colaborem com a elucidação do fato. Por que não? O órgão acusador deve, destarte, expor tudo aquilo que for colhido, de forma cristalina, para o momento do acordo, fazendo, ainda, prévia análise da viabilidade da acusação, antes de propor o trato e aplicando o já consagrado princípio da não-surpresa, que inspirou as legislações processuais brasileiras mais modernas, em diversas outras áreas do direito.

Assim como o Ministério Público, a defesa precisa revisitar, para o acordo, o ímpeto costumeiro que a inspira de, por exemplo, anular processos por erros meramente formais e internalizar que também precisa mudar o paradigma da absolvição mesmo dos culpados e cogitar que os delinquentes, legitimamente confessos, sejam corrigidos, na estrita medida de sua culpa, com intensidade modulada e acordada. Imperioso lembrar que, ao negociar com o Ministério Público, pela ótica do consenso, está em posição de vantagem, em certa medida, eis que a outra parte do trato, dependendo do bem jurídico violado pelo crime cometido, não é a vítima direta do delito, o que, de alguma forma, pode colaborar para neutralizar e facilitar os termos do acordo, que se envolvesse diretamente a vítima poderia ser mais embaraçado ou até impossível. É preciso, enfim, que ambas as partes cedam para construção de consenso.

Seria medida balanceada se a legislação, ao regulamentar o *plea bargain*, previsse a aplicação direta também de penas alternativas às privativas de liberdade, como sanções ético-profissionais, por exemplo, mediante o acordo, bem como dispusesse e incluisse práticas verdadeiramente restaurativas e, ainda, se as negociações abrangessem réus que sofrem medidas assecuratórias, ainda em fase de inquérito ou mesmo soltos.

Prever formas padronizadas de informar expressamente sobre os direitos que estão sendo renunciados, pelo imputado, também melhoraria a qualidade e legitimidade da confissão e, conseqüentemente, de todo o trato. A questão da homologação do acordo é vista também, em certa medida, como empecilho ao instituto.

E será que um magistrado que presenciou o interesse do acusado em acordo e confissão, terá imparcialidade para julgá-lo, na hipótese de desentranhamento e não homologação do acordo? Porém a existência de um juiz para finalização do acordo, com competência preventiva negativa para julgamento da causa, parece ajustada aos fins de desafogamento do sistema que se pretende e se precisa? Enfim, o debate sobre a (in) constitucionalidade do *plea bargain* está instaurado, principalmente, nos termos acima expostos, e merece redobrada atenção e profunda reflexão pela conjuntura atual das tendências legislativas.

#### **4. DO CONFLITO À COOPERAÇÃO -PONTES SOBRE ABISMOS - O PROCESSO COMUNICATIVO E A JURISCONSTRUÇÃO PONDERADA COM O PLEA BARGAIN**

A ferramenta do *plea bargain* tem proveniência norte americana e a Suprema Corte, no caso *Brady v. USA* (1970), reconheceu a constitucionalidade do instituto. Nessa oportunidade, os julgadores estipularam quais seriam as condições para a validade do acordo, o que aprofundou o debate, que já estava inaugurado desde *McCarthy v. USA* (1969). De tal forma que se consolidou, há décadas naquele país, o entendimento no sentido de que o acusado precisa estar consciente das conseqüências do trato e dos compromissos assumidos, bem como que a declaração, do imputado, deve ser sempre desembaraçada e livre de ameaças ou promessas falsas. O acordo lá é muito amplo e não permite retratação. Os tribunais, por sua vez, precisam se certificar da voluntariedade das declarações, sempre orientadas por defensores qualificados tecnicamente, para

não pairarem dúvidas sobre a legitimidade das confissões. Na prática, a acusação coloca “as cartas na mesa” e propõe o acordo. O indiciado/ imputado pode, conforme sua vontade, aceitá-lo ou oferecer sua versão ou, ainda, fazer contraproposta (exibindo também o seu arcabouço probatório ou invalidando aquele apresentado pelo órgão acusador) como forma negociação e barganha. Assim:

Tais “acordos”, tipicamente, envolvem a confissão de um ou mais crimes, normalmente em quantidade inferior àquela apurada ou em “versões menores” – como, por exemplo, homicídio simples, e não qualificado; roubo simples, e não majorado; seis condutas de corrupção passiva, em vez de vinte e sete; etc... , mas, em alguns casos, podem resultar até mesmo no afastamento da denúncia, quando o acordante possui informações valiosas ao Ministério Público na apuração de delitos maiores, ou na persecução de “criminosos maiores”, assim entendido os líderes de organizações criminosas, articuladores de grandes esquemas fraudulentos, etc. Em situações mais “simples”, pode tratar-se de mera confissão direta do delito apurado, apenas em busca de uma sentença reduzida ou uma melhor condição de cumprimento da reprimenda – em lugar de um processo naturalmente desgastante – e, conseqüentemente, uma melhor ressocialização do acusado. (MUSCO, 2018, p. 31)

Na Alemanha, os acordos consensuais penais surgiram na prática forense germânica, curiosamente, sem qualquer autorização legal e evoluíram de modo informal, tornando-se rotineiros, a despeito da ausência de regulamentação formal (VASCONCELOS e MOELLER, 2016, p. 13). Diferente do *guilty plea* americano, na Alemanha, a confissão não extingue automaticamente o processo e deve ser confirmada, a partir de um lastro probatório complementar que autorize uma condenação. Em 1982, um artigo anônimo foi publicado, instaurando um intenso debate sobre o fenômeno, que tem como causa, principalmente, a sobrecarga do sistema jurídico alemão e, como pano de fundo, a dificuldade probatória, somada à expansão e “modernização” do direito penal, por meio de antecipação da tutela e criação de tipos abstratos. A Alemanha foi precursora na regulação de hipóteses de oportunidade, isto é, de previsões legais de não persecução, por meio de dispositivos legais.

Nos últimos 20 anos, dados apontam que, em certas localidades, a utilização do instituto disparou, especialmente nas hipóteses de crimes econômicos e organizados, tonando-se, pois, para alguns dou-

trinadores, uma necessidade para o funcionamento da justiça criminal germânica. Os *Absprachen*, como lá são chamados, antes da regulação formal em 2009, não possuíam regra escrita ou política prévia estabelecida, e o julgador tinha papel primordial, no procedimento, envolvendo-se na negociação e assumindo diretamente o compromisso prometido como benefício ao réu. Com frequência, os acordos incluíam, em seus termos, até mesmo renúncia do acusado a eventual recurso. (VASCONCELOS e MOELLER, 2016, p. 15)

Em 1997, decisão importante do Supremo Tribunal de Justiça (BGH) fixou, pela primeira vez, diretrizes sobre os acordos, determinando, resumidamente, (a) que deveriam ser descritos publicamente; (b) que o resultado deveria ser gravado e incluído nos expedientes processuais; (c) que os juízes leigos e o réu deveriam participar e poder se manifestar; (d) que seria proibida a barganha sobre as imputações penais; (e) que a Corte não poderia prometer sanção penal específica, mas somente limitar o máximo de pena; (f) que o réu não poderia ser indevidamente pressionado; (g) que a punição deveria refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor; (h) que a confissão deveria ser verificada pelo Tribunal e plausível, de modo a confirmar os atos de investigação já existentes. E, por fim, (i) que o acordo não poderia incluir a renúncia aos recursos. Em 2005, nova decisão do plenário do BGH ratificou esses pressupostos.

Os pronunciamentos judiciais pressionaram, assim, a introdução de nova legislação para regular legalmente a realização dos acordos. Em 2009, surgiu, então, a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, modificando o Código Penal alemão, para dizer expressamente que a Corte poderia, nos casos adequados, pactuar com os participantes do processo, sobre seu desenvolvimento e resultado, fixando limites mínimos e máximos da sanção penal. A confissão do réu é pressuposto da barganha e, em casos excepcionais, os limites fixados no trato podem não ser respeitados na sentença, se o juiz considerar que não refletem a gravidade do delito e a culpabilidade do acusado ou se as atitudes do réu não se adequarem às previsões.

A crítica é no sentido de que (1) houve rompimento das premissas fundantes do processo penal alemão, (2) foi conferido excessivo poder discricionário aos julgadores para incentivar o acordo e, depois, não cumprir promessas realizadas e (3) se os acordos sempre ocorreram de maneira informal, não há motivos para se acreditar que, repentinamente, os atores processuais vincular-se-ão às novas previsões legais. Da-

dos apontam, de fato, que muitos acordos são feitos, mesmo após 2009, sem atender aos requisitos determinados pelo recente regramento legal. ((VASCONCELOS e MOELLER, 2016, p. 21)

A constitucionalidade da nova legislação sobre os acordos penais foi analisada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão (BVerfG), que, diante do papel fundamental desempenhado pela barganha no sistema, entendeu ser inviável uma declaração de inconstitucionalidade e focou esforços na regulamentação dos requisitos e limitações que condicionassem a validade dos pactos. O Tribunal foi provocado em função de três casos, cujos acordos não atenderam aos pressupostos definidos em lei, pela não informação, aos réus, da possibilidade de desrespeito da Corte às limitações de pena acordadas. As impugnações foram aceitas nos casos concretos, mas a constitucionalidade da reforma de 2009 foi atestada, pelo BVerfG<sup>5</sup>.

Frisa-se que eventual regulação brasileira precisa dispor melhor sobre os requisitos da voluntariedade do imputado e da garantia da exata compreensão, por ele, das informações, declarações e direitos renunciados, se quiser realmente levar o instituto a sério, mas parece falaciosa a afirmação de que o acordo não é possível no sistema da *civil law*. Apenas o ambiente (especialmente a legislação e o agir das partes envolvidas) precisa ser realmente íntegro e de benefício duplo: O acusado com a tendência/certeza de receber uma pena menor do que aquela que teria caso houvesse um julgamento. E a acusação, que perde alguma quantidade de pena, mas ganha a certeza inequívoca da condenação. Todos se beneficiam em imagem, custo, tempo e legitimidade.

A aplicação do Plea Bargain (...) não apenas é uma proposta atraente do ponto de vista da análise econômica do Direito, mas também da efetividade da Justiça e até mesmo da efetivação de direitos e garantias fundamentais da pessoa presa – como, por exemplo, a possibilidade de ver-se finalmente respeitado o princípio da homogeneidade –, evitando-se os encarceramentos desnecessários ao mesmo tempo em que se reduz a sensação social de “impunidade” (conforme concepção popular do termo), mesmo nos casos de soltura, diante do trânsito em julgado imediato da sentença condenatória e

---

5 BVerfG, Urt. v. 19. 3. 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift, 2013, pp. 1058-1072. Em inglês disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-017en> (acesso em: 06 de junho de 2020)

do início de sua execução, o que dá ao Estado e, consequentemente, à sociedade, melhores ferramentas de acompanhamento e controle do comportamento social do flagrado. Do referido ponto de vista do aspecto econômico do Direito, basta mencionar que o tempo médio de duração de um processo criminal com réu preso, em Santa Catarina, na Comarca da Capital, é de cerca de 6 (seis) meses, e, sem sequer levar em conta todos os custos de estrutura envolvidos e os salários dos membros e servidores do Poder Judiciário, Ministério Público e, eventualmente, Defensoria Pública, em último censo sobre o assunto, o custo médio mensal de manutenção de um preso no Sistema Prisional catarinense era de aproximadamente R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), ou seja, a aplicação do instituto economizaria aos cofres públicos, por processo, R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), antes de se considerar os custos operacionais, apenas pela desnecessidade do encarceramento preventivo(...) (MUSCO, 2018, p. 105)

A implementação do *plea bargain* exige cooperação e mudança de cultura, com o diálogo mais próximo entre as partes, a possibilitar sistemática que tenha resultados práticos. E, nesse sentido, opera como possibilidade para o fortalecimento da mediação e, com ela, da administração da justiça, mesmo no âmbito penal. Especialmente no que tange à ampliação dos diálogos institucionais e à construção das necessárias pontes, na perspectiva da capacidade que a linguagem tem de estabelecer um princípio de solidariedade entre os atores do processo.

A responsabilidade social dos indispensáveis à manutenção da justiça exige, no panorama atual, um despertar de consciência para a integração e a superação da lógica do conflito, pois é isso que o futuro vai exigir. O processo é uma conversa entre as partes e a justiça precisa orientar-se para a harmonia, para a integridade e para o entendimento se se pretende de efetiva prestação.

Há um dever de cooperação que pode ser extraído da própria responsabilidade constitucional dos atores e eles precisam se fazer ativos na causa da cooperação. O discurso, que já devia mirar instintivamente no entendimento e na efetividade, no ambiente e na ótica do consenso, torna-se instrumento indispensável à justiça dialogal, com fim máximo de comunicação ética e de entendimento, para propiciar um ambiente de verdadeiro benefício-duplo propício à construção de uma real evolução, para se superar a crise atual na administração da justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por uma questão de princípio, não parece plausível ser terminantemente contra modelos de consenso para qualquer processo que seja. A ampliação de mecanismos e de procedimentos que valorizem o diálogo sempre merecem, no mínimo, atenção, seriedade e reflexão exaustiva. As alternativas precisam ser cogitadas com boa vontade, pois, inegavelmente, são potencialmente poderosas para a efetividade. Somente o diálogo amplo e profundo produzirá melhores regulamentações:

Expandir novas formas de resolução de conflitos no processo penal é, além de uma necessidade econômica e institucional, um modo mais apto a produzir justiça, celeridade, eficiência e democracia em uma das áreas onde classicamente a autonomia da vontade das partes sempre foi sufocada pelo paternalismo estatal (SOUZA JR., 2019, p. 111)

O *plea bargain* desafogaria o Poder Judiciário. E, se for íntegro, democrático e ancorado na teoria discursiva, pode ser transformador e propulsor de verdadeiro avanço civilizatório. Mas tudo isso dependerá da existência de espaço para real consenso e da ponderação entre a necessidade de justiça (utilitarismo e funcionalismo processual) e os direitos fundamentais dos imputados. Criar um ambiente capaz de produzir resultados de benefício-duplo é o maior desafio que se apresenta a um sistema que pretende administrar a justiça penal de forma mais flexível. Se a união de esforços entre juízes, promotores e advogados, pela boa administração da justiça, pode protagonizar a ampliação da negociação penal com êxito, no sistema brasileiro, e bem importar o instituto da barganha, só o tempo poderá mostrar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Rodrigo Chacon. **As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 49, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais**. Disponível em: . Acesso em: 20 mai. 2019

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava jato**. Portugal, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 146º nº4000, 2016.

CAPRA, Frijot. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado**. IBCCRIM, [S. l.], n. 317, abr. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). **Acordo de não persecução penal** (vários autores). Salvador: Juspodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FALCÃO Jr., Alfredo Carlos Gonzaga. **Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório**. Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2011. Disponível em:[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2011/2011\\_Dir\\_Penal\\_Falcao\\_Junior.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf). Acesso em: 27 nov. 2019

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Nicolás Rodriguez. **A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: Repercussões**. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 13, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015.



HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

IBCCRIM, Boletim. ANO 27 - Nº 318 - EDIÇÃO ESPECIAL - **Projeto de Lei “Anticrime” - Parte II de II** - MAIO/2019 - ISSN 1676-3661 Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim318.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2019.

LANGBEIN, John H. **Tortura e Plea Bargaining**. In: Sistemas Processuais Penais. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 141.

LOPES JR., Aury. **Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência anti-garantista**. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). Diálogos sobre a justiça negocial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

LOPES JR., Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A ilusão da voluntariedade negocial no processo penal**. Consultor Jurídico, [S. l.], 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/limite-penal-ilusao-voluntariedade-negocialprocesso-penal>. Acesso em: 26 nov. 2019.

LIMA, Michel Lobo Toledo. **Que justiça seja feita: dilemas entre acesso à justiça, demandas e reconhecimento de direitos**. Revista Antropolítica n. 45: Niterói, 2018.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Apontamentos sobre Política Criminal e a “Plea Bargaining”**. Revista de Processo, ano 16, n. 62, abr./jun. 1991.

MALAN, Diogo e MIRZA, Flávio. **Setenta anos do Código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTORO, ANTONIO EDUARDO RAMIRES; FILPO, Klever Paulo Leal. **Abrir espaço para as soluções consensuais no processo penal brasileiro?** Reflexões a partir do modelo empregado na cidade autônoma de Buenos Aires. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, v. 150, p. 121-144, 2018

SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. In: “Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 257.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**. Ijuí: Unijuí, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma proposta séria para fazer a *plea bargain* a sério!**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2019.

US SUPREME COURT. **Brady v. United States**, 397 U.S. 742 (1970)

VASCONCELLOS, Vinicius G.; MOELLER, Uriel. **Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volume 49, Issue 147, 2016, pp. 13-33.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.



# **VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO A PERSONAS INDÍGENAS EN MÉXICO<sup>1</sup>**

ADRIANA LÓPEZ GUTIÉRREZ<sup>2</sup>

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO<sup>3</sup>

## **INTRODUCCIÓN**

Los procesos jurisdiccionales tienen la finalidad de resolver un conflicto o *litis*, lo cual supone una contienda entre dos o más partes; en el caso del proceso penal, dicha contienda, de origen, se da entre un particular y el Estado, quien ejerce su *ius puniendi*, es decir, la facultad de prohibir determinadas conductas consideradas delitos e imponer las sanciones a quienes las realizan.

En el marco del debido proceso, se entienden una serie de ajustes a los derechos humanos que frente a un proceso penal tienen las personas indígenas, lo cual ha generado el surgimiento de diversas disposiciones encaminadas a que los agentes del Estado conozcan y respeten las obligaciones que por mucho tiempo fueron soslayadas. El reconocimiento de

---

1 Proyecto “Derecho procesal convencional de los derechos humanos” del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.

2 Estudiante de la Licenciatura en Derechos Humanos, por la Universidad Autónoma de Chiapas, CECOCICE. Licenciada en Derecho, por la Facultad de Derecho, UNAM. Especialista en la Procuración y Administración de Justicia, por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM. Secretaria Proyectista de Sala en materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial de la Ciudad de México. Contacto: adriana.lopez68@unach.mx

3 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.com

una persona indígena, por muchos años, se limitó a cuestiones de carácter lingüístico, y no obstante a ello, las autoridades soslayaron que el derecho de defensa tiene como presupuesto lógico el pleno conocimiento de los hechos imputados, que a su vez, implica una verdadera comunicación, en la cual se tome en consideración no solo la lengua dominante, sino aquel idioma que el justiciable maneja, pues sólo así se puede considerar que está en condiciones de enfrentarse a los órganos estatales.

Por ello, hoy en día se considera que las cuestiones lingüísticas no determinan o limitan el reconocimiento de una persona indígena, sino que, debido a la carga cultural que implica, es un derecho de la persona reconocerse como tal y obligación de los entes del Estado respetar tal reconocimiento. En el presente trabajo, se recopilan y analizan las disposiciones fundamentales que deben ser atendidas en el marco de todo proceso penal, frente al reconocimiento de una persona de pertenencia a un pueblo o comunidad indígena.

Respetar los derechos de las personas indígenas en el marco del proceso penal, constituye un mecanismo más para evitar que estos sectores sigan siendo víctimas de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, además de que ello coadyuba a combatir el contexto de marginación y pobreza en que muchas personas indígenas viven. En este tenor, a manera de ejemplo, se puede señalar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en México, señaló en su informe anual de actividades 2019,<sup>4</sup> que el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social de la Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, informó que *“hasta noviembre de 2015, la población indígena interna en los centros penitenciarios del país era de 8,412 personas. De ésta 7,728 pertenecen al fuero común y 684 al fuero federal y, en cuanto al género, 286 son mujeres y 8,126 hombres”*.

Asimismo, precisó que, de la población interna referida, los pueblos o comunidades indígenas que registran una población mayor de 100 personas son las siguientes: 1,849 náhuatl, 639 zapoteco, 527 mixteco, 499 tsotsil, 491 tseltal, 412 otomí, 403 maya, 361 mazateco, 356 totonaca, 334 tarahumara, 219 chol, 216 tepehuano, 212 chinanteco, 196 cora, 179 huasteco, 173 mixe, 172 mayo, 158 tlapaneco, 152 mazahua y 116 huicho.<sup>5</sup>

4 CNDH. Informe de actividades 2019. Véase: <https://tinyurl.com/y2tjy8gt>

5 Cfr. CNDH. Anexo III.11. C.1. Del Informe Anual de Actividades 2019. Véase: <https://tinyurl.com/yxdh73dj>

## 1. MULTICULTURALISMO EN EL PROCESO PENAL

El principio de universalidad de los derechos humanos procura que todas las personas puedan ejercer estos en la misma medida, por ello, reconoce la existencia de sistemas normativos y culturales que han dominado y oprimido a otros sectores de la población; esta dinámica ha obligado a que tales sectores oprimidos asimilen y/o homologuen sus concepciones a los sistemas dominantes, se les ha exigido que sean ellos los que lleven a cabo acciones de adaptabilidad, y por ende se ha soslayado la multiplicidad de condiciones que rodean a las complejas construcciones sociales.

En efecto, el planeta está conformado por una basta diversidad cultural, entendiendo a la cultura como “*el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*”.<sup>6</sup> Sin embargo, en esa multiculturalidad, han existido grupos que han adoptado una postura dominante, fijando el entendimiento del devenir histórico, social, cultural, económico, jurídico, etcétera, con base en concepciones propias y soslayando otros pensamientos, lo cual ha generado, entre otras cosas, la pérdida de muchas otras manifestaciones culturales.

La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, establece en su artículo 1, que la diversidad cultural “*es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos[;] constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras*”; y por ello los Estados están obligados a proteger y promover la diversidad cultural, adoptando políticas que favorezcan la integración y participación de todos los ciudadanos, en miras de lograr la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz, así, “*el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural*”.<sup>7</sup>

---

6 Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, de 2 de noviembre de 2001. Véase: <https://tinyurl.com/o4gw7uo>

7 El artículo 2 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, establece “De la diversidad cultural al pluralismo cultural. En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y

Dentro de esta multiculturalidad, hoy en día se reconoce la relevancia de los pueblos indígenas, considerados como tal “*por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*”, según el Convenio 169<sup>8</sup> de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT).

Históricamente, las personas indígenas se han visto obligadas a asimilar y adecuarse al derecho concebido por el sector dominante, quedando marginados e ignorados sus contextos culturales; lo anterior, se ha traducido a una constante violación a sus derechos humanos, sufriendo no sólo de discriminación, sino de actos arbitrarios por parte de todas las autoridades del Estado, que han afectado su patrimonio, su identidad, sus creencias, su libertad, entre otros aspectos.

En este contexto, la importancia de reconocer el multiculturalismo en el marco del proceso penal, constituye no sólo una obligación del Estado, sino una deuda histórica, pues muchas de las barreras culturales que se han construido por parte de la concepción dominante, han devenido en las violaciones sistemática de los derechos humanos de las personas indígenas sometidas a un proceso penal, ya que se han tenido que enfrentar a sistemas de justicia rígidos, que nulifican el reconocimiento de sus concepciones culturales y se vuelven sordos ante su reclamo de justicia.

Si bien, debido a la naturaleza punitiva del proceso penal, el reconocimiento de determinados derechos humanos, sobre todo en materia de protección a la libertad personal, han sido reconocidos desde los primeros instrumentos internacionales en la materia; en el caso de las personas indígenas, se ha evidenciado la necesidad de ver a tales derechos y garantías con un enfoque diferenciado y pertinencia cultural; por ello, no basta con el cumplimiento de los derechos humanos involucrados en el proceso penal, sino que se requiere reconocer las desigualdades, a fin de

---

la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública”.

8 Cfr. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Véase: <https://tinyurl.com/2ukxeqz>

determinar los ajustes necesarios para que dichas personas gocen de una verdadera igualdad y condiciones reales de justicia.

El ejemplo más evidente de esta necesidad se observa en razón a la barrera lingüística, pues la pasividad de las autoridades estatales frente a una persona que habla una lengua indígena y entiende poco o nada el español, ha generado que tengan un nulo entendimiento del proceso que enfrentan y como consecuencia no puedan ejercer su derecho de defensa, terminando -en la mayoría de los casos- privadas arbitrariamente de su libertad, asumiendo conductas penalmente relevantes que no cometieron.

Tomando de ejemplo a México, la diversidad cultural se hace evidente al tenor de las 11 familias lingüísticas y las 364 variantes lingüísticas que han sido indicadas en el Catálogo de las Lenguas Indígenas Nacionales: variantes lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas,<sup>9</sup> publicado en el Diario Oficial de la Federación por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI), en cumplimiento al artículo 20 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.

Es innegable señalar la relevancia de la comunicación en el marco del proceso penal, en este sentido, uno de los derechos de toda persona detenida es ser informada de las razones de su aprehensión y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella;<sup>10</sup> la importancia de este derecho radica en que sólo siendo sabedor de las razones de la detención o de la investigación del órgano estatal, es que puede ejercer otros derechos, como el de defensa, no autoincriminación, etcétera. Ante ello, se ha reconocido la necesidad de que las personas que hablan lenguas indígenas cuenten con mecanismos, a cargo del Estado, que les permitan tener una verdadera cognición de los hechos por los cuales son sujetos de un proceso penal; evitando que, por desconocimiento, se vean imposibilitados de ejercer sus derechos.

Es claro que, el entendimiento de su cultura, su cosmovisión, también debe ser considerada por los órganos encargados de procurar y administrar justicia, no sólo por constituir una obligación al derecho de no discriminación, sino porque en las particularidades se logra advertir cuestiones determinantes para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal. En este sentido, la Corte Interamericana de De-

---

9 Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLII, No.9, 14 de enero de 2008. Véase: <https://tinyurl.com/yylyaq85>

10 Artículo 7.4 de la CADH y artículo 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



rechos Humanos (en adelante Corte IDH o CrIDH) ha establecido que para que las comunidades indígenas tengan un acceso real y efectivo a la justicia, debe considerarse “*sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres*”;<sup>11</sup> por ello, es indispensable que el derecho al debido proceso de las personas indígenas sea entendido más allá de rígidos formalismos, y sean los agentes del Estado, quienes se adapten y contextualicen su actuar a las necesidades de las personas.

## 2. DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES

En el Caso Cabrera García Vs. México, la CrIDH, señaló que el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), recoge dos tipos de regulaciones respecto de la libertad y seguridad personales, una general y otra específica; en cuanto a la general, la localiza al tenor del primer párrafo, donde se señala que toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales; mientras que la regulación específica “*está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6)*”.<sup>12</sup>

En congruencia, la CrIDH sanciona que la violación a la regulación específica implica una transgresión a la genérica, lo que se traduce en la obligación de abstención del Estado, a fin de no realizar detenciones ilegales; por lo que, si bien, el derecho a desplazarse libremente de un lugar a otro puede ser limitado, las causas y condiciones para ello deben estar fijadas previamente en la norma y los agentes estatales deben sujetarse a los procedimientos contemplados para tal efecto.

Al igual que la CADH, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), en su artículo 9, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), en su numeral 9,

---

11 CrIDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 200. Véase: <https://tinyurl.com/yye8vrwn>

12 CrIDH. Caso Cabrera García Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 80. Véase: <https://tinyurl.com/y373l3r8>

reconocen las obligaciones mínimas que los Estados deben observar para limitar válidamente el derecho a la libertad personal y respetar la seguridad personal; estos requisitos son que i) ninguna persona puede ser privada de la libertad, sino por causas y condiciones fijadas previamente en la ley; ii) la detención o encarcelamiento no debe ser arbitrario; iii) la persona detenida debe ser informada de forma inmediata de las razones de su detención, y notificada sin demora de los cargos que se le imputan; iv) debe ser puesta a disposición de la autoridad competente sin demora, la cual debe calificar la legalidad o ilegalidad de su detención; y v) el derecho efectivo a obtener una reparación, en el caso de haber sido detenida o presa ilegalmente.

De los anteriores requisitos indispensables para la garantía y el respeto a los derechos a la libertad y seguridad personales, en el caso de las personas indígenas, sobre sale el derecho específico a ser informada de forma inmediata de las razones de su detención y notificada sin demora de los cargos imputados, pues ante ello nos enfrentamos a un obstáculo de naturaleza material.

### 3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso legal ha sido definido por la CrIDH como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, para que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.<sup>13</sup> Así, se entiende que el debido proceso se integra con garantías que deben observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional,<sup>14</sup> y

---

13 CrIDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú., Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102. Véase: <https://tinyurl.com/y5zonpy8>

14 En este sentido se ha pronunciado la Corte IDH, en el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 349. “[...] derecho a las garantías judiciales, consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. Así, en su jurisprudencia constante, la Corte ha reiterado que “si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto”. Más bien, el “elenco de garantías mínimas

otras que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado; dentro de estas últimas, se identifican dos especies, una que corresponde a todas las personas, y otra que combina el debido proceso con el derecho de igualdad, con la finalidad de proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de desventaja frente al orden jurídico, tal y como sucede con las personas indígenas.<sup>15</sup>

El derecho al debido proceso legal en materia penal se encuentra consagrado internacionalmente en los artículos 8 y 25 de la CADH, así como los numerales 9 y 14 del PIDCP, y se integra por una serie de formalidades esenciales o garantías que deben observarse en todos los procedimientos, pues i) la autoridad solo puede actuar conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho de conocimiento; ii) la persona no puede ser privada de la libertad, propiedades o derechos, ni ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sin que medie juicio ante tribunales previamente establecidos, y iii) por mandamiento fundado y motivado, emitido por autoridad competente.

También implica iv) garantizar que la persona sea escuchada, v) informada del motivo de la detención, vi) así como de los derechos que le asisten, vii) a que se presuma su inocencia hasta en tanto se compruebe su culpabilidad, viii) a una adecuada defensa; todo lo anterior dentro de un ix) plazo razonable y con la debida diligencia, x) por un tribunal competente, independiente o imparcial establecido con anterioridad por la ley. Como podemos advertir, el derecho al debido proceso legal se integra de manera compleja, por múltiples derechos y garantías, que sostienen su relevancia, al constituir los mecanismos con los que la persona cuenta, para enfrentar al poder punitivo del Estado.

En el caso de las personas indígenas, el debido proceso legal, impone garantizar la pertenencia cultural, los derechos de autoadscripción, la defensa adecuada y la asistencia de intérprete, así como el derecho a ser informado de su situación jurídica y de sus derechos de la manera más efectiva posible, clara, sencilla y comprensible; es decir, en el caso de las personas indígenas, la comunicación sobre el hecho imputado, las prue-

---

del debido proceso legal” se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Es decir, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” Véase: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)

15 SCJN. México. Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, pág. 396. “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO”.

bas existentes, el derecho aplicable y los derechos que le son reconocidos, no puede ser entendida desde el punto de vista meramente formal, sino que exige una instrumentación real, con la finalidad de que tenga las herramientas necesarias para participar efectivamente en el proceso.

La autoridad solo puede corroborar el cumplimiento de tal obligación dejando constancia de los actos realizados; no se trata de que use formatos o reproducciones formales de pretendidos actos, sino registros claros de los actos realizados para lograr la comunicación exigida, lo cual incluye la intervención de personas conocedoras de determinado contexto cultural, como lo son peritos traductores y especialistas culturales -formales o prácticos-.

### 3.1. DERECHO A LA AUTO ADSCRIPCIÓN

Pero ¿cómo puede la autoridad determinar si está en presencia de una persona indígena?; la respuesta a esta interrogante se encuentra en el concepto de autoadscripción y el derecho a ésta.

El reconocimiento del multiculturalismo en el proceso penal y del respeto al debido proceso legal tiene como punta de partida el ejercicio efectivo del derecho a la autoadscripción; para entender los alcances de este derecho, debemos recordar que el Convenio 169 de la OIT recoge la concepción de pueblos indígenas como aquellas personas descendientes de las poblaciones que habitaban un territorio previo a la colonización, por ello, se reconoce la identidad que las personas realicen, respecto a la pertenencia a estos grupos, esto es, su autoadscripción.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el Informe Diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los Indígenas de México,<sup>16</sup> define a la autoadscripción como el “*acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado nacional y que se identifica como tal*”.

Nótese que los criterios de identidad como miembro de un pueblo indígena son múltiples, pues abarcan diversos contextos de la vida, sin embargo, comúnmente se ha utilizado el criterio lingüístico para identificar y clasificar a la población indígena; pero esto no puede ser entendido como un requisito o límite para el ejercicio del derecho a la autoadscripción, pues

---

16 OACNDH. Informe Diagnostico sobre el acceso a la justicia para los indígenas de México, estudio del caso en Oaxaca. Véase: [https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_public/InformeDiagnosticoJusticia.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_public/InformeDiagnosticoJusticia.pdf)

esta concepción puramente lingüística es contraria al propio multiculturalismo, al condicionar la identificación con determinado pueblo indígena en el conocimiento o desconocimiento del idioma dominante, siendo que muchas veces se obliga a la persona indígena a abandonar su lengua materna, con el objetivo de adecuarse a las exigencias del sector dominante, pero ello no implica que abandone su pertenencia.

Además, pensar así, es desconocer aquellos otros vínculos que la persona posee con el pueblo indígena al que se autoadscribe y que por su íntima relación y relevancia pudieran ser más fuertes que el propio idioma. En este tenor, si bien el criterio lingüístico puede ser favorable para que los órganos del Estado cuenten con mecanismos identificables que respetan los derechos de las personas indígenas, no puede ser concebido de manera absoluta, por lo que sería más correcto hablar de un criterio etnolingüístico, que abarque la interrelación entre la lengua y la cultura.<sup>17</sup>

Ahora bien, el derecho a la autoadscripción implica diversas obligaciones del Estado frente a la persona en sí, como frente al pueblo o comunidad indígena del que se trate; incluso, no debe soslayarse que también genera derechos y obligaciones entre la persona y su colectividad, siendo el Estado el obligado a garantizar que ello se respete, dotando de las herramientas necesarias para que la participación individual y colectiva, hacia dentro del pueblo o comunidad y hacia el exterior, sea realizada en las mejores condiciones.

También, es de tomar en consideración que el derecho a la autoadscripción, reconocido dentro del proceso penal, puede ser ejercido en todo momento, es decir, al ser un reconocimiento personal, el individuo puede manifestar en cualquier etapa o momento procesal su identificación como indígena, siendo que, a partir de ese momento, la autoridad tiene la innegable obligación de tomar las medidas necesarias para respetar el derecho a la autoadscripción y realizar los ajustes al procedimiento.

Sin embargo, las autoridades también deben considerar que las personas indígenas han sido estigmatizadas y discriminadas históricamente, lo cual puede significar por sí mismo un obstáculo al ejercicio al derecho a la autoadscripción; en efecto, si tenemos claro que históricamente han existido sectores sociales dominantes y sectores sociales oprimidos, donde los primeros obligan a los segundos a adaptarse a las concepciones culturales impuestas y por ende han sido motivo de estig-

---

17 Martín Camacho, José Carlos. La Etnolingüística como disciplina científica. Propuesta de definición y ámbitos de estudio. Véase: <http://cilx2018.uvigo.gal/actas/pdf/653542.pdf>

mas y discriminación, podremos visualizar la dificultad a la que una persona se enfrenta para reconocer frente a un sistema que lo ha oprimido, su pertenencia a un pueblo indígena.

Por ello, el Estado tiene la obligación de asimilar una postura activa frente al derecho a la autoadscripción; activismo que debe asumir desde el momento que advierte circunstancias que revelan pertenencia a un pueblo indígena; al efecto, no se trata de realizar actos de discriminación, basados en estigmas o estereotipos de cualquier tipo, sino de reconocer la problemática que enfrentan las personas indígenas y, con una visión multicultural, dotar a ésta de los mecanismos necesarios para que ejerza con plenitud sus derechos.

En congruencia, cuando no existe un reconocimiento de pertenencia a un pueblo indígena por parte de la persona sometida a un procedimiento penal, pero que se advierten circunstancias que revelan tal situación, la autoridad respectiva debe realizar los actos necesarios para favorecer la eficacia de los derechos de las personas; es decir, debe de allegarse de la información pertinente, para apreciar si existe o no una autoadscripción, y así determinar las herramientas con las que dotará al justiciable para que ejerza de una manera plena y efectiva sus derechos.

Incluso, en tanto se allega de la información conducente, la autoridad tendría proporcionar mecanismos que favorezcan las condiciones para que, de ser procedente, la persona ejerza su derecho a la autoadscripción; en otras palabras, los órganos del estado deben actuar con la idea de una presunción de autoadscripción que debe ser superada fundada y motivadamente, pero que entre tanto no acontezca, lo constriñe a actuar en consecuencia. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que “[L]a apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa del caso, basada en constancias y actuaciones. Debe realizarse con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados”.<sup>18</sup>

---

18 SCJN. México. Tesis: 1a. CCXII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. época, núm. XXX, diciembre de 2009, p. 291. “PERSONAS INDÍGENAS. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. AUTOADSCRIPCIÓN”.

### **3.2. DERECHOS A UNA DEFENSA ADECUADA, A SER INFORMADO DE SU DETENCIÓN Y SITUACIÓN JURÍDICA**

Como se ha referido con antelación, el derecho al debido proceso legal se instrumenta a través de otros derechos y garantías, entre ellas los derechos a una defensa adecuada y a ser informado de la detención y situación jurídica, pues sólo conociendo los hechos materia de la persecución estatal y el ejercicio de la defensa, es que se puede garantizar que el poder punitivo del Estado se despliega en un proceso justo, donde se tengan garantizados íntegramente los derechos fundamentales.<sup>19</sup>

En la legislación internacional, el PIDCP en su artículo 14.3.a) reconoce, entre otras garantías mínimas, el derecho de toda persona acusada de un delito, a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. La CADH en su artículo 8.2, refiere que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal y a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, refiere la obligación de los Estados de tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos [indígenas] puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Bajo tales disposiciones, el derecho a ser informado de su detención, sobre los hechos que se le imputan, las pruebas, el marco normativo y los derechos que le asisten, constriñe a las autoridades del Estado a realizar tal notificación de manera expresa, clara, integral y suficientemente detallada, con la finalidad de que la persona tenga la oportunidad real de defenderse; por ende, tal derecho no es un simple requisito formal que deba cumplirse sin demora y dejando constancia escrita,<sup>20</sup> sino que su vinculación directa con el derecho de defensa adecuada, impone que se atienda como el instrumento real que es, para que la persona tenga participación efectiva en el proceso.

---

19 SCJN. México. Tesis: 1a. CCXXVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, p. 554. "DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE AC-TUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL".

20 CrIDH. Caso J. VS. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 151. Véase: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)

Como consecuencia del contenido y alcance del derecho a ser informado sobre la detención y situación jurídica, en el caso de las personas indígenas, la autoridad tiene la obligación de recurrir a mecanismos efectivos para que la comunicación se efectúe correctamente; por ello, cada una de las autoridades que intervienen en el proceso penal, debe ir sumando al respeto de tal derecho, es decir, el agente captor, por ejemplo, debe valorar el contexto de su actuar, por lo que de ser sabedor de la autoadscripción de la persona detenida, previo a tal ejecución -por ejemplo de una orden de captura-, tendría que allegarse de los medios para informar debidamente a la persona sobre las causas de tal restricción de su libertad.

En el caso de las autoridades que integran las investigaciones y los órganos jurisdiccionales, se entiende que cuentan con mayores herramientas para el cumplimiento de tal derecho; sin embargo, unos y otros deben ir sumando y generando mejores condiciones para que las personas indígenas puedan ser plenamente sabedores del contenido de la investigación en su contra, solo así se garantiza que cuenten con las herramientas mínimas indispensables para participar en el proceso y obtener justicia.

Conocer con claridad el contenido de la persecución estatal, es un presupuesto indispensable del derecho a una defensa adecuada, el cual se integra de una vertiente formal y otro material. Desde la perspectiva formal, tal derecho impone la obligación de los agentes del Estado de asegurar que toda persona inculpada cuente con una asistencia jurídica durante todo el desarrollo del proceso; la vertiente material, implica el denominado derecho de contradicción, que se integra por el diverso derecho de interrogar a los testigos, obtener la comparecencia de tales testigos o peritos, y de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, lo que se traduce en la obligación de procurar que la persona sometida a proceso tenga la posibilidad de ejercer todos aquellos actos que estime necesario para su defensa, en los términos previstos previamente en la ley.<sup>21</sup>

En el cumplimiento al derecho de defensa, las autoridades deben reconocer el contexto particular de la persona imputada y tomar en cuenta los elementos advertidos, garantizando así una defensa adecuada y efectiva. En el caso de las personas indígenas, como se abundará más adelante, la defensa técnica debe contar con determinadas características que garanticen una real y efectiva asistencia legal.

---

21 Art. 8.2.f) de la CADH.



La naturaleza punitiva del derecho penal obliga a que sean observados determinados principios que constituyen límites a la facultad punitiva estatal, tales como la taxatividad, legalidad, la estricta aplicación de la ley penal, entre otros, estos principios se han desarrollado a la luz de la dogmática penal, lo cual exige cierto grado de técnica jurídica para su entendimiento; de ahí, que el derecho de defensa imponga la necesidad de que exista una asistencia legal, lo suficientemente preparada para apreciar lo jurídicamente conveniente y asesorar al imputado.

En el caso de las personas indígenas, la defensa también debe contar con determinadas herramientas que le permitan establecer un canal de comunicación efectivo con el imputado, así como reconocer el contexto cultural del mismo, a fin de determinar si tiene impacto en el proceso y, en su caso, llevarlo al mismo.<sup>22</sup>

### 3.3. DERECHO DE ASISTENCIA DE UN INTERPRETE

Ha quedado patente la relevancia que, en el proceso penal, tiene la comunicación clara, sencilla, comprensible y efectiva, por ello, cuando se ha advertido la conciencia de identidad indígena del imputado, surge una obligación reforzada de la autoridad, quien debe atender las especificidades culturales para implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades; lo que se extrae de los artículos 8.2, inciso a) de la CADH, 13.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.

En efecto, debido a la situación de vulnerabilidad basada en idioma y etnicidad,<sup>23</sup> la autoridad debe “tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”,<sup>24</sup> con la finalidad de eliminar los obstáculos que limiten a las personas el ejercicio de sus derechos y asegurarse que las personas indígenas comprendan el proceso, pero también que se hagan comprender dentro del mismo, para lo cual se les debe facilitar intérpretes u otros medios eficaces para tal fin.<sup>25</sup>

22 OACNDH. Informe Diagnostico sobre el acceso a la justicia para los indígenas de México, estudio del caso en Oaxaca. *Op. Cit.* pág. 99.

23 CrIDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. párr. 185. Véase: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM5.pdf>

24 CrIDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. párr. 51. Véase: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

25 CrIDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr.

Por lo anterior, cuando en el proceso penal se encuentra involucrada una persona indígena, i) la designación de un intérprete-traductor, ii) la asistencia de una defensa con conocimiento de su lengua y cultura, y iii) el reconocimiento y ponderación de sus costumbres y especificidades culturales, se erigen como parte de las formalidades esenciales del procedimiento y, en consecuencia, requisitos del debido proceso legal.

Ante ello, el Estado tiene la obligación de proveer para que, en cualquier etapa del procedimiento penal, se cuente con lo necesario para que las personas indígenas sean asistidas de manera gratuita por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, pues sólo conociendo la naturaleza de la acusación y del procedimiento puede verdaderamente defenderse.<sup>26</sup>

Dicho entendimiento debe verse de manera amplia, es decir, no se limita a que conozca el hecho materia de persecución, el sustento probatorio y la calificación legal del mismo, sino que la claridad en la comunicación debe subsistir durante todo el proceso, a fin de que pueda interactuar con la defensa, el órgano acusador, la autoridad jurisdiccional e incluso con las pruebas que se desahoguen; lo anterior, en el entendido que, atendiendo a la perspectiva multicultural, debe respetarse el derecho a que las personas indígenas se expresen en su lengua materna, sin que se les pueda obligar a expresarse con una lengua que les sea ajena.

Es necesario precisar que el derecho de asistencia de un intérprete debe ser en la generalidad irrenunciable, pues solo sí la persona indígena lo rechaza y la autoridad advierte que ésta tiene un entendimiento con el idioma español, podría prescindir del mismo; además, la autoridad debe cerciorarse que el intérprete conoce la lengua y cultura del imputado, reconociendo la diversidad lingüística y sus variantes, ante ello, incluso puede valerse de intérpretes técnicos; por lo que hace a la defensa, es de reiterar que la evolución de tal derecho se ha inclinado por procurar que esté a cargo de un especialista y que sea irrenunciable, pero, reconociendo que pudiera no existir defensores conocedores de la lengua y cultura del imputado, se hace obligatoria la presencia de un intérprete que favorezca la comunicación entre defensa e imputado, pero que también nutra al asesor legal de las peculiaridades correspondientes.

---

100. Véase: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_190\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf)

26 Artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

#### 4. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia está reconocido a nivel internacional en los artículos 8 y 10 de la DUDH, 14, inciso 1 del PIDCP, 1, 8, 25 de la CADH, 12, 37 y 40 Convención de los Derechos del Niño, 2 y 15.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”; 1, 2, 40, 43, 44, 45 y 46 declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y 8, 9, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.

Este derecho permite a las personas acudir a instancias independientes e imparciales para plantear una pretensión o defenderse de la misma, con la finalidad de que la autoridad, respetando las formalidades previamente establecidas, decida sobre la litis y, en su caso, ejecute la decisión tomada, lo cual implica la obligación del Estado de proveer recursos judiciales efectivos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal.<sup>27</sup>

El contenido del derecho de acceso a la justicia impone la obligación del Estado de eliminar aquellas circunstancias que han significado un obstáculo para las personas indígenas; al efecto, resulta relevante citar las palabras de Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

*Los pueblos indígenas reclaman decidida y persistentemente el reconocimiento de sus culturas y sistemas jurídicos consuetudinarios en la administración de la justicia. Se ha señalado que el no reconocimiento de los usos y leyes consuetudinarias autóctonas es indicio de la existencia de violaciones de derechos humanos que llevan a abusos en el sistema de administración de justicia. El no reconocimiento del derecho indígena forma parte de la negación de las identidades, sociedades y culturas indígenas por parte de los Estados coloniales y poscoloniales, y es una de las dificultades con que tropiezan los Estados modernos para reconocer su propia identidad multicultural. En muchos países la concepción monista del derecho nacional impide el debido reconocimiento de las tradiciones jurídicas plurales y conduce a la subordinación de los sistemas jurídicos consuetudinarios a una sola norma jurídica oficial.<sup>28</sup>*

27 CrIDH. Caso Cabrera García Vs. México. *Op. Cit.* párr. 141.

28 Administración de justicia, pueblos indígenas y derechos humanos, Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/2004/80, párr. 54. Véase: <https://www.acnur.org/fileadmin/>

En efecto, en función del derecho de acceso a la justicia, debemos pugnar por un derecho que reconozca la multiculturalidad y procure eliminar aquellas limitaciones y exclusiones históricas que se han convertido en obstáculos para el acceso a las instancias estatales de administración y procuración de justicia<sup>29</sup>; para lograr lo anterior, es necesario que los operadores jurídicos tengan una visión multicultural e interdisciplinaria, respetuosa de los derechos humanos, que tenga como finalidad cumplir con la exigencia de los pueblos y comunidades indígenas en cuanto al goce pleno de tal derecho.

El acceso a la justicia debe construirse como un derecho instrumental, que permita la transformación de las relaciones de poder que han favorecido históricamente la exclusión, pobreza, marginación y subordinación de las personas indígenas,<sup>30</sup> garantizando así el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En palabras de la CrIDH, para el ejercicio pleno del derecho a la justicia de las personas miembro de un pueblo indígena “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”<sup>31</sup>.

Por ello, para poder sostener que se garantizó el derecho de acceso a la justicia de las personas jurídicas, es necesario que se haya verificado la ausencia de impedimentos jurídicos y fácticos que resulten discriminatorios o carentes de racionalidad o proporcionalidad; pero, además, que se haya considerado, en el marco del proceso, el contexto y las particularidades culturales de la persona, generando las condiciones para que tal acceso a la justicia sea efectivo e igualitario.

Congruente a lo anterior, se plantea necesario evaluar los alcances de los derechos de las personas indígenas, vislumbrando la perspectiva de multiculturalidad como un parámetro que debe ser considerado al

---

Documentos/BDL/2006/4357.pdf

29 Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2010. pág. 9 y 10. Véase: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1548/pobreza-y-peritajes-baja-2010.pdf>

30 Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Argentina. 2005. pág. 11. Véase: <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politiclas-Publicas.pdf>

31 CIDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. *Op. Cit.* párr. 184.

momento de que el órgano jurisdiccional decida sobre la acusación ministerial; dicho de otro modo, el reconocimiento del particular contexto cultural, de la cosmovisión de los pueblos indígenas y de la pertenencia del sujeto a éste, deban ser considerado como un parámetro de valoración probatoria, pues solo así podemos hablar de un verdadero reconocimiento a tal contexto.

Cierto es que el derecho penal propio de los Estados democráticos es de acto, por lo que sólo es factible sancionar la conducta ilícita y no a la persona misma; sin embargo, la carga cultural que implica la autoadscripción y pertenencia a un pueblo indígena, puede impactar en el análisis y valoración probatoria, pues en la justipreciación que realizan los juzgadores deben considerar la visión que el contexto cultural de la persona arroja, para determinar si ello aporta alguna circunstancia que deba ser tomada en consideración al momento de emitir la decisión final.

## CONCLUSIONES

La diversidad cultural constituye el patrimonio común de la humanidad e impone la obligación de concebir al derecho como un mecanismo de cohesión social, para lo cual es necesario que éste dote de las herramientas necesarias para que todas las personas, sin importar su contexto cultural, gocen del pleno ejercicio de sus derechos; lo anterior incluye las normas propias del proceso penal.

La perspectiva multicultural en el proceso penal impone la obligación de respetar los derechos a la libertad y seguridad jurídica de las personas indígenas, mediante mecanismos efectivos, que garanticen una adecuada comunicación sobre las causas de detención y de los cargos imputados, ya que éstas son las bases para el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso.

El debido proceso, es un derecho que se integra por diversos derechos y garantías que deben ser aseguradas a las personas en lo general, pero que, tratándose de personas indígenas, exige la observancia de la pertenencia cultural, con la finalidad de eliminar los obstáculos que le impidan alcanzar determinaciones justas.

Un derecho fundamental en el marco del proceso penal es el de la auto adscripción, el cual constriñe a que la autoridad tome un rol activo de protección de este; ya sea actuando con la idea de una presunción de autoadscripción, que debe ser superada fundada y motivadamente; o,

una vez manifestada la pertenencia a un pueblo indígena, ordenando los mecanismos necesarios para que la persona pueda enfrentar el proceso penal en condiciones de igualdad y con pleno ejercicio de sus derechos.

Por ello, el derecho a la defensa adecuada exige que la autoridad no se limite a vigilar una asistencia legal técnica, sino que debe requerir la intervención de traductores que faciliten la comunicación del imputado con los demás actores del proceso, por lo que dicho traductor debe conocer no solo la lengua del imputado, sino también su cultura; estos requerimientos también deben extenderse a la defensa, pues solo así se generan condiciones de cohesión entre el lenguaje técnico jurídico y el contexto cultural propio de la persona.

En efecto, el reconocimiento del contexto cultural de la persona implica la obligación de que el juzgador visualice las particularidades del sujeto, para determinar si esto impacta en la decisión; no se desconoce que el derecho penal de acto sanciona la conducta desplegada, pero ello no implica que existan circunstancias culturales, propias de la persona indígena, que puedan válidamente influir en la decisión judicial, lo cual se traduciría en un verdadero y auténtico reconocimiento de la pertenencia cultural pretendida.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010. ISBN 978-9968-611-45-9. <https://tinyurl.com/yyg96qgu>

Amuchategui Requena, Irma G, Derecho Penal, Colección Textos Jurídico Universitarios, México, Harla, 1993. ISBN 968-6356-35-5

Despouy, Leandro, Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos. ISBN 978-987-22522-1-2. <https://tinyurl.com/y7fv6463>

Díaz Aranda, Enrique, Lecciones de derecho penal (para el nuevo sistema de justicia en México), México, UNAM, IJ, 2016. ISBN 978-607-008-679-3. <https://tinyurl.com/y24n3orl>

Informe Diagnostico sobre el acceso a la justicia para los indígenas de México, estudio del caso en Oaxaca, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. ISBN: 1092-1-354094-9. <https://tinyurl.com/y3s99pyt>

Jesús Pérez, Edward, La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016. ISBN 978-607-729-244-9. <https://tinyurl.com/yy8dugme>

Martín Camacho, José Carlos, La Etnolingüística como disciplina científica. Propuesta de definición y ámbitos de estudio, Actas do XIII Congreso Internacional de Lingüística Xeral, Vigo 2018. ISBN 978-84-8158-786-9. <https://tinyurl.com/y3z43x3m>

## **HEMEROGRAFÍA**

Catálogo de las Lenguas Indígenas Nacionales: Variantes Lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas. INALI, Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLII, México, No.9, 14 de enero de 2008. <https://tinyurl.com/yylyaq85>

Informe anual de actividades 2019, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México. <https://tinyurl.com/y2tjy8gt>

Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia, Argentina, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005. <https://tinyurl.com/yxl3yc2y>

## **LEGISGRAFÍA**

Administración de justicia, pueblos indígenas y derechos humanos, Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2004/80. <https://tinyurl.com/y4zlwaj>

Comité de Derechos Humanos Observación general N° 35 Artículo 9 (Libertad y seguridad personales). Consultado en <https://tinyurl.com/yyujmtbo>

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. <https://tinyurl.com/8tk58wj>

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de BELÉM DO PARÁ”. <https://tinyurl.com/yca5mnze>

Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). <https://tinyurl.com/y5q46ny7>

Convención sobre los derechos del Niño. <https://tinyurl.com/y3tmpabl>

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. <https://tinyurl.com/2ukxeqz>

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <https://tinyurl.com/yyhaeext>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://tinyurl.com/y4wlrqlo>

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://tinyurl.com/y2tjethb>

Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, de 2 de noviembre de 2001. <https://tinyurl.com/o4gw7uo>

Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/71/481)] 71/178. Derechos de los pueblos indígenas. <https://undocs.org/>

## **CORTE IDH**

\_\_\_\_\_. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. <https://tinyurl.com/yye8vrwn>

\_\_\_\_\_, en el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014. <https://tinyurl.com/y58jk7kp>

\_\_\_\_\_. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. <https://tinyurl.com/yxdbgsr9>

\_\_\_\_\_. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. <https://tinyurl.com/y5zonpy8>

\_\_\_\_\_. Caso J. VS. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. <https://tinyurl.com/y543gt96>



\_\_\_\_\_. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. <https://tinyurl.com/y5zn5mwv>

\_\_\_\_\_. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr 100. <https://tinyurl.com/yxo4rmbg>

CrIDH. Caso Cabrera García Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. <https://tinyurl.com/y373l3r8>

## **JURISPRUDENCIA**

SCJN. México. Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, pág. 396. “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.” <https://tinyurl.com/yxrnanwl>

\_\_\_\_\_. México. Tesis: 1a. CCXII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. época, núm. XXX, diciembre de 2009, p. 291. “PERSONAS INDÍGENAS. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. AUTOADSCRIPCIÓN”. <https://tinyurl.com/yxrnanwl>

\_\_\_\_\_. México. Tesis: 1a. CCXXVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, p. 554. “DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE ACTUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”. <https://tinyurl.com/yxrnanwl>

# LA LIBERTAD RELIGIOSA Y AUTONOMÍA INDÍGENA: CONFLICTO DE DERECHOS EN LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS<sup>1</sup>

MAYELA AGUILAR MOLINA<sup>2</sup>

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO<sup>3</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La República Mexicana es una nación pluricultural, puesto que en sus Entidades Federativas se asientan pueblos originarios, los cuales tienen una cultura diferente a los no originarios; los mismos cuentan con autonomía para la decisión de su organización interna y la forma de resolución de conflictos por medio de usos y costumbres, mismo que tiene fundamento en el artículo 2° de nuestra Carta Magna. Así también, México, es un Estado Nación en el que existen más de veinte tipos de religiones, las cuales se han ido infundiendo a lo largo de la historia en nuestro país, y se han respaldado en el artículo 24 de nuestra ley suprema, además de leyes secundarias; se conoce que actualmente ambos derechos son Derechos Humanos reconocidos, lo que ha originado que exista con mayor frecuencia una pluralidad religiosa en un mismo territorio y un ejercicio de la Autonomía Indígena exagerado.

- 
- 1 Proyecto "Derecho procesal convencional de los derechos humanos" del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.
  - 2 Estudiante de la Licenciatura en Derechos Humanos, de la Universidad Autónoma de Chiapas, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad antes referida. Contacto: yela02@hotmail.com
  - 3 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.com

Chiapas, es una de las entidades con mayor población indígena del país, y en donde está presente además del pluralismo religioso, el pluralismo jurídico, siendo este último la existencia de dos o más sistemas legales en un mismo territorio. La diversidad que existe en este Estado, en ocasiones suele ser la minoría dentro de una localidad, lo que origina que existan más de una manera de pensar dentro de un pueblo autóctono y si a ello le agregamos el pluralismo jurídico, se obtiene como consecuencia una confrontación, ya que las nuevas ideas muchas veces no son acordes a los usos y costumbres establecidos en la localidad lo que genera los conflictos religiosos. Este tipo de problemáticas se solucionan a través de procesos no regulados por la constitución de nuestro país, los cuales son ejercidos por las autoridades que cuentan con el apoyo de una asamblea, lo que genera que el autogobierno de la comunidad violente Derechos Humanos al aplicar castigos violatorios de Derechos y radicales. Día con día se puede observar casos en donde los Derechos Humanos son violentados por las autoridades comunitarias quienes son respaldados y avalados por la asamblea de la localidad. Se puede observar que las formas de gobierno están rebasadas por las acciones de la sociedad, la actualidad y modernidad.

En las siguientes líneas podremos encontrar una relatoría de algunos conceptos básicos que originan a la libertad religiosa y autonomía en las comunidades y pueblos indígenas, así como un caso de violación de derechos por parte de autoridades comunitarias que no tiene fundamento o regulación en el Derecho Positivo Mexicano.

## **II. CONCEPTOS BÁSICOS PARA CONOCER LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS**

Por ahí dicen que con amigos y familia no conviene hablar de fútbol, política y religión, aunque pueda perder algunas amistades, abordaré el tema de religión, ya que es un elemento importante en las comunidades y pueblos indígenas en el Estado de Chiapas, México. En la actualidad, es común escuchar dentro de los diálogos de la sociedad del mundo, de Chiapas y en particular de San Cristóbal de Las Casas el tema religioso y de Autonomía Indígena, ya que el estado se ha caracterizado por tener una diversidad religiosa muy amplia y un ejercicio de la autonomía indígena sin regulación del Derecho Positivo, es decir que el Estado de Derecho es complicado, lo que ha conllevado a un cambio de

cultura e ideología tanto en la sociedad urbana como en la rural. Se dice mucho sobre religión, acerca de la necesidad del hombre en creer algo, sobre la cultura modificada por las nuevas religiones, la participación que han tenido los indígenas en este tema, el ¿cómo ejercen los indígenas su derecho a organizarse y aplicar como pueblos y comunidades sus leyes?, el ¿cómo se vincula la religión con los usos y costumbres?, entre otras interrogantes, por ello es sustancial definir conceptos que nos adentren a comprender el tema para conocer el contexto. Es importante mencionar que en México, con la reforma que se dio en el año 2011, la esfera de aplicación para salvaguardar los Derechos Humanos en este país es internacional; por ello, siendo la religión y la Autonomía Indígena Derechos Humanos, las normas relativas a éstos se deberán interpretar de conformidad con la constitución y los Tratados Internacionales, siempre favoreciendo la protección más amplia de las personas, con el principio pro persona, de igual manera se debe observar el Derecho Interno de nuestro país, ya que es éste el que faculta a las comunidades y pueblos indígenas para poder regirse bajo sus usos, costumbres y autonomía indígena los cuales no tienen un documento regulador. Comencemos con la Libertad Religiosa, exponiendo que es un Derecho Humano que otorga a cada individuo la libertad de practicar y pertenecer a la creencia religiosa que prefiera, esta libertad la encontramos plasmada en nuestra Carta Magna, en su numeral 24, el cual dice *“Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar en su caso la de su agrado”*.<sup>4</sup> Y ¿Qué es la libertad? ¿Qué es la religión? Según el diccionario de la Real Academia Española la libertad es *“(Del lat. libertas, -ātis). 1. f. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”*<sup>5</sup> y la religión es *“(Del lat. religio, -ōnis). 1. f. Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”*,<sup>6</sup> entendiendo de manera objetiva y en conjunto que la Libertad Religiosa, es la facultad que tiene el hombre, por naturaleza, de creer o no en una divinidad, dogmas o creencias, o a tener sentimientos de veneración a un ser superior. Se

---

4 Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_080520.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf)

5 Diccionario de la Real Academia Española. Véase: <http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>

6 *Idem.*

puede observar que de este concepto se derivan otros subjetivos, como la libertad de conciencia, tolerancia, ética, entre otros, pero que reafirman el hecho de que la Libertad Religiosa es inalienable al hombre y es un Derecho humano universal, el cual, además de estar inscrito en el Derecho interno mexicano, está contemplado en diversos tratados y convenciones internacionales de los cuales México forma parte.

La libertad religiosa se establece por primera vez en México en la Constitución de 1857, en la cual se plasma la libertad de religión, siendo esta modificación el parteaguas de la separación de la iglesia y el estado, logrando eliminar a la religión católica como la única en el país. México se convirtió en un estado laico y comenzó a dominar y subordinar políticamente a la Iglesia católica, que aun cuando era un monopolio con un poder excesivo tanto económico como social, quedó sometida al Estado. Derivado de lo anterior, México se convirtió en un país sin religión oficial y alcanzó el ejercicio de la Libertad Religiosa y la protección de ésta. Existió desde ese momento, aparentemente, la apertura a un pluralismo de religiones, que ha derivado de la tolerancia que ha desarrollado el hombre a lo largo de su evolución; generando desde épocas ancestrales numerosas opiniones y cambios de conciencia los que han logrado que exista respeto a las ideas de otros en relación con las propias.

A lo largo de la historia del mundo, han existido diversos pensadores y autores de libros que han realizado investigación y publicado sobre este tema; de entre éstos se destacan, Karl Max, quien era un filósofo, intelectual y militante comunista alemán, que tenía la idea de que el hombre podría ser guiado más por la razón que por la religión. Este autor hizo mención en la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel, en la que revela la famosa frase “la religión es el opio del pueblo”, que el hombre tiene la necesidad de crear una divinidad en quién creer, una parvedad subjetiva de creencia, de saber cuál es el origen del hombre y del mundo, pero criticando con ello esta necesidad y la falta de capacidad de los hombres para vivir sin estas interrogantes. Al respecto, destaca también Max Weber, quien era un filósofo, jurista, economista, historiador y sociólogo alemán, y que realizó estudios referentes a la religión mundial, concluyendo que la religión es un aspecto importante para el desarrollo de las culturas orientales y occidentales, se enfocó en esta parte de la historia, ya que el método sociológico que empleo es en sentido estricto y por eso la religión siempre será analizada desde su concreta situación auténtica. Así, Weber trato de percibir los mecanismos de incorporación de la religión de la sociedad en diversas dimensiones como la política, la

psico-social, ideología y la economía. Por otro lado, Émile Durkheim, sociólogo francés, estableció formalmente la disciplina académica de la sociología, en coordinación con Karl Marx y Max Weber, quienes son considerados como los fundadores de esta ciencia. Este autor centra su estudio en fundar la realidad del objeto de la fe sin admitir el contenido intelectual de las religiones tradicionales. Para lo cual subraya que los hombres jamás adoraron otra cosa que a su propia sociedad; es decir, que la religión parte de la sociedad, al grado de generar una conciencia intrínseca colectiva que afianzaba a la sociedad misma, convirtiéndola en un punto principal de ésta y aceptándola de lleno por el hecho de ser aceptada por los individuos en una sociedad determinada. Así también, menciona en su teoría que, si la ciencia y la filosofía nacieron de la religión, es porque quizá ésta comenzó siendo su base.

La Libertad Religiosa es un Derecho que tienen los individuos, el cual es inalienable, no coacciona a las personas y les permite tener libertad de pensamiento, conciencia y fe las cuales son el núcleo de la libertad cívica y son frecuentemente utilizadas para hacer referencia a la Libertad Religiosa, aun cuando son diferentes entre sí. Las tres tienen origen y fundamento común en la dignidad de la persona, podemos decir que la libertad de pensamiento es el Derecho que tienen los individuos a no ser perseguidos o sancionados por sus pensamientos, opiniones o creencias, es la acción que realiza el ser humano para resolver las interrogantes de su vida personal y social, partiendo del conocimiento intelectual; pero en otras palabras, se puede decir que es la concepción que el individuo tiene sobre las cosas, el hombre y la sociedad y actúa de conformidad ésta. La libertad de pensamiento es la posibilidad que tiene el hombre de escoger o de elaborar por sí mismo las respuestas que considera acertadas a todas las preguntas que le planteará su vida personal y social, partiendo de su intelecto y reflexión, lo que le permite adaptar las respuestas a su comportamiento y poderlas dar a conocer a los demás. La libertad de conciencia, por su parte, es aquella donde la conciencia dicta lo que ha de hacer u omitir en un caso concreto el individuo, aplicando las reglas de moralidad del sistema aprendido, sea cual sea su origen. Es la facultad que tenemos los humanos para emitir un dictamen o juicio de la razón práctica acerca de la moralidad de una acción, por lo que la libertad de conciencia ampara el actuar y la decisión de la conciencia y la correspondiente conducta que el individuo ejerce para exteriorizar su libertad. Así bien, la libertad de conciencia adquiere relevancia jurídica cuando se exterioriza.

El Derecho Indígena como concepto se puede definir como el “conjunto coherente de discursos prescriptivos positivados en una comunidad”<sup>7</sup>; o bien, en sentido amplio como “las normas determinantes de la relación entre los pueblos indígenas y la sociedad global, en particular con el ente estatal”.<sup>8</sup> Una definición amplia y jurídica podría ser “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de la sociedad política con los pueblos indígenas en el marco del derecho estatal”.<sup>9</sup> Otro concepto que podemos anotar es que por Derecho Indígena se puede entender el conjunto de normas que el Estado establece con relación a los derechos de los pueblos indígenas y el conjunto de normas internas de éstos.<sup>10</sup> Concluyendo que la función principal de este Derecho es velar por la relación que existe entre un Estado y una población reconocida como pueblo indígena, en la cual se ejerce el poder de exigir el cuidado de ciertos elementos indispensables para la preservación de las comunidades y pueblos originarios.

En nuestra legislación, existen ordenamientos que contienen lineamientos para poder salvaguardar este derecho, uno de éstos lo podemos encontrar en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos en su numeral 2º, en el que se otorga Autonomía Indígena a los pueblos originarios que se autodeterminen como tales, siempre y cuando se ejerza en un marco Constitucional que asegure la unidad nacional. En este precepto se enuncian los rubros en los cuales los pueblos indígenas pueden emplear su autonomía, siendo algunos de estos la forma para decidir su estructura interna de convivencia, organización social, economía, política y cultura; así también, se les da autonomía para poder aplicar sus propios sistemas normativos para la resolución de sus conflictos internos, sujetándose siempre a los Principios Generales de Derecho, a los Derechos Humanos y la dignidad de todos los individuos que conforman el núcleo; les otorga autonomía política para elegir a sus representantes y autoridades, esto conforme a procesos que ellos mismos eligen y regulan, entre otras.

Es así como el derecho indígena, al ser el que regula la relación con las comunidades y pueblos indígenas y los mestizos subraya un ele-

---

7 Mérida Cañaverl, Jacobo, “El concepto de Derecho Indígena”, México, Poder Judicial del Estado de Chiapas, 2010, p. 84.

8 Ídem.

9 Ídem.

10 González Galván, Jorge Alberto, El Estado, Los Indígenas y el Derecho, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p. 197.

mento imprescindible, la autonomía, elemento crucial para el ejercicio de los propios derechos.

Pero ¿existe exclusivamente un tipo de autonomía?, no, también existe la autonomía comunal, ésta se puede entender como el reconocimiento de las autoridades tradicionales y sus formas de gobierno, que, aunado a lo anterior, implica que puedan asumir competencias político-jurídicas de todo tipo, económicas, administrativas, educativas, entre otras. Además, está la autonomía regional, que es aquella que se refiere a un régimen especial que configura un gobierno propio, como se define en nuestra Carta Magna, en donde existen autoridades propias, así como un sistema de elección acordado por los pertenecientes a los grupos, las competencias de éstos y las atribuciones específicas para legislar sobre la vida interna de la comunidad.

Así bien, la Autonomía y el Derecho Indígena no se refieren a la existencia de una secesión para la creación de un nuevo estado, si no que, en conjunto, regulan la vida de los pueblos y comunidades indígenas con la sociedad mestiza.

El autor Héctor Díaz Polanco dice que “*La idea de autonomía nace de buscar la coordinación y no la subordinación*”,<sup>11</sup> ya que lo que se busca es la unión y no la división.

Así pues, los regímenes de autonomía se establecen en el marco de estados nacionales determinados, ya que la autonomía no se crea por sí misma, si no que nace de la organización política de un estado, por lo que de acuerdo con lo que menciona nuestro autor, la forma en que se rigen los indígenas se suma a una colectividad política, la del Estado y la nación. Siguiendo la idea, la autonomía es una congruencia entre la pluralidad y la unidad de la integración política del país.

La estructura de nuestro país, como todos la conocemos nace de una federación que es la suma de todos los estados que son representados por un ente, la nación, o como decía nuestro autor constitucionalista Ignacio Burgoa, la forma de estado federal es la entidad que se crea a través de la composición de entidades o estados que antes estaban separadas, sin ninguna vinculación de dependencias entre ellos. Este autor reconoce este concepto que deriva de las raíces etimológicas *foedus-foederare*: unir, aliar, ligar o componer,<sup>12</sup> continuando con esta idea los estados son el conjunto

---

11 Díaz Polanco, Héctor, *La diversidad cultural y autonomía en México*, México, Nostra ediciones, 2009, p. 12.

12 Burgoa Orihuela, Ignacio, “Derecho constitucional estatal mexicano”, México, Porrúa, 1984, p. 403.



de varios municipios. Según Francisco Porrúa, “El Estado como ente cultural tiene por objeto la obtención de un fin. Ya sabemos que todo producto de la cultura se caracteriza por llevar dentro de sí una finalidad, aquello para lo cual es creado por el hombre. Siendo el Estado una institución humana, tiene naturalmente otro fin. No puede dejar de tenerlo. Los hombres que componen el Estado, los gobernantes y los gobernados, al agruparse formando la sociedad estatal, persiguen un fin. El estado encierra en su actividad una intención que es la determinante y el motor de toda su estructura... El fin será el que determine las atribuciones, la competencia material de los diferentes órganos del estado, y en función de esa competencia se crearán órganos. En este fin está la razón última del Estado y su diferencia específica con otras sociedades”.<sup>13</sup> Partiendo de lo anterior, Chiapas, al ser un estado pluricultural y encaminado a buscar el bien común, es un estado que busca perseverar la cultura de los pueblos originarios. Cada uno de los municipios que conforman el estado, sea el de Chiapas o cualquier otro, están conformados así también por otras formas de agrupaciones o minorías, y que a su vez también son dirigidos por un ente.

Derivado de la necesidad de actualizar nuestra legislación y cubrir las necesidades de nuestros pueblos originarios, la Constitución en su numeral 2º inciso A, dio autonomía regional a cada pueblo, incluyendo como guías de estos a las autoridades tradicionales, que son aquellas designadas por los habitantes de una comunidad, en relación a usos y costumbres, entendiendo como uso a la forma menos solemne de la costumbre, la cual suele ser supletoria de algunas leyes escritas y del Derecho Consuetudinario.

El Derecho de autodeterminación va entrelazado al de la Autonomía Indígena, ya que para gozar esta última, quienes reclamen este Derecho tienen que auto determinarse como indígena y declararse parte a una comunidad, la cual tiene características específicas. La autodeterminación puede ser vista desde significados internos y externos, refiriendo los primeros a los modos y formas en que el pueblo del Estado va a ser gobernado y en sentido externo es el Derecho de los pueblos a pertenecer a un Estado, o bien a la secesión para la formación de un nuevo estado independiente, dando con ello la posibilidad de que existan varias formas de expresión de la autodeterminación.

El principio de autodeterminación o libre determinación fue definido por las Naciones Unidas en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales*

---

13 Porrúa Pérez, Francisco, “Teoría del Estado”, México, Ed. Porrúa, 32ºed, 1999, p.198.

y *Culturales*, los cuales tuvieron efectos legales a partir del año 1976, definiendo a este Derecho de la siguiente manera: “Todos los pueblos tienen el Derecho a la autodeterminación. En virtud de que este Derecho establece libremente su condición política y proveen a su desarrollo económico, social y cultural”,<sup>14</sup> encargando en este mismo documento a los gobiernos la responsabilidad de promover la autodeterminación y una regulación adecuada para el ejercicio de todos sus derechos con relación a sus recursos naturales. Así bien, para ejercer este Derecho es indispensable que lo demande los integrantes de un pueblo, por lo que los pueblos indígenas pueden acceder al ejercicio de la libre determinación. En el *convenio 169 de la OIT*, los pueblos indígenas, plantean que la autonomía es la estructura más sana para relacionarse con el Estado, reconociendo que forman parte de éste.

Ahora bien, durante la lectura se ha podido observar que se ha utilizado los términos de comunidades y pueblos indígenas u originarios, podemos entender a la comunidad indígena como la estructura social básica, suprafamiliar de los pueblos indígenas, que está compuesta por una base biológica y una base territorial mantenidas en relación indisoluble por los instrumentos integrativos que suministra la cultura, y tomando en consideración la auto determinación de sus individuos que en conjunto conforman los pueblos originarios. Nuestra Ley suprema marca en su artículo 2° que son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. Pero ¿qué es un pueblo indígena?, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de las Naciones Unidas en su numeral 1° define a los pueblos indígenas de la siguiente manera:

- (a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y

---

14 Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 999. 171, y 993:3. Cit. Por Lapidoth Ruth, *Autonomy, Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*. Washington, D.C. Unites States Institute of Peace Press, 1996, p. 21.

que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional.

Es importante señalar que en esta definición se señala dos tipos de pueblos, los tribales e indígenas, los cuales tienen elementos que los diferencian.

Los pueblos indígenas, no tienen una definición precisa. En la guía de aplicación del *Convenio no. 169*, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los objetivos incluyen la continuidad histórica, o sea que se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; la conexión territorial, hace referencia al sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas y que son propias y se retienen en todo o en parte, el elemento subjetivo es la auto identificación colectiva como pueblo indígena. Así también, se proporcionan por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de las normas y jurisprudencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual explica que otras instancias internacionales han aplicado criterios similares, por ejemplo un grupo de Trabajo de la ONU menciona que algunos factores relevantes que permiten conocer el concepto de indígena sería la prioridad en el tiempo, la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, la auto identificación y una experiencia de subyugación marginalización, desposesión, exclusión o discriminación ya sea que persistan estas o no. Estos factores, según el estudio, no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva o comprehensiva; son más bien factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado de distintas regiones y contextos nacionales y locales.<sup>15</sup>

---

15 ONU – Consejo Económico y Social – Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of ‘indigenous people’”. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 69-70.

Los pueblos tribales, según lo establecido por el artículo 1.1 del *Convenio 169* de la OIT, son por su parte, aquellos que no son indígenas pero que comparten características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas costumbres o tradiciones. Así bien, los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros. Para la CIDH, “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Tribales, incluso el Derecho a la posesión colectiva”. La jurisprudencia de la Corte Interamericana con relación al Derecho de propiedad colectiva se aplica no solo con relación a los pueblos indígenas, sino también respecto de los pueblos tribales que mantienen sus formas vida de tradicional vinculada a sus tierras y territorios.

Por lo que, como elemento clave para diferenciar a estos grupos podemos decir que sería la continuidad histórica de su presencia en un determinado territorio, y en específico para los pueblos indígenas debe de agregarse la vinculación ancestral con las sociedades que preexistían a un periodo de colonización o conquista.

En nuestra Carta Magna en su numeral segundo encontramos definidos a los pueblos indígenas como “*aquellos que descienden de poblaciones que habitan en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*”,<sup>16</sup> estos pueblos son microsociedades estructuradas, las cuales se consideran como subcategorías de las minorías nacionales, las cuales cuentan con una identidad, cultura, uso y costumbre al igual que en las ciudades urbanizadas son heredados de generación en generación, tomando en cuenta que el uso entendido desde la categoría del Derecho es como una forma de Derecho Consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas.

La importancia que tiene costumbre en las comunidades y pueblos indígenas es alta, por lo que considero importante definirla como el hábito, el modo usual de hacer o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que pueden llegar a adquirir fuerza de

---

16 Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf)

precepto. La costumbre surge espontáneamente, es de formación lenta, no tiene autor conocido, suele ser incierta o imprecisa y es dirigida a un grupo en particular. Otra manera de definir a la costumbre es como el conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman la representación de una nación o persona. La costumbre dentro del Derecho es una fuente, ésta puede desempeñar diferentes funciones en un mismo orden jurídico según se le considere, como por ejemplo como resultado de un procedimiento jurídico permitirá la creación de normas, conllevando a ser Derecho consuetudinario.

Se puede clasificar a la costumbre en dos clases, originaria y derivada, la primera es aquella que se crea sin atender al orden jurídico, es decir, es toda aquella que nace de la repetición de un acto y no de una ley, es consuetudinaria porque permite a ciertos individuos sean los órganos encargados de producir el Derecho de la comunidad normativa respectiva; y la segunda es la producida de conformidad al orden jurídico conocido, es decir, es el Derecho aplicable que resulta de aquel procedimiento consuetudinario previsto por el orden jurídico. Es importante reconocer que en cada comunidad se tienen costumbres diferentes, que determinan la forma de organización y originan que exista un Derecho Consuetudinario, entendiendo a éste como un *“Sistema jurídico cuyo contenido se debe a costumbres tradicionales que han sido admitidas, reconocidas y compartidas por una comunidad. Con un enfoque diferente, es una regla que una colectividad reconoce como obligatorias, que son producto de usos reiterados y permanecen en paralelo con el derecho estatal vigente”*.<sup>17</sup> El Derecho Consuetudinario es, en otras palabras, la expresión de la norma jurídica a través de la conducta de los hombres integrados en una comunidad es contrario al Derecho legislado o escrito. Este Derecho es una norma de conducta que obliga como norma jurídica, es obligatorio, dirigido a un grupo de personas que lo aceptan y practican.

Las comunidades indígenas en Chiapas tienen autoridades tradicionales reconocidas en la sección tercera de la Ley Agraria, la cual habla sobre los órganos del ejido (la asamblea, el comisariado ejidal y el consejo de vigilancia), mismas que son elegidas por los habitantes de la comunidad, basándose en los usos y costumbres. Estas autoridades desempeñan un papel fundamental dentro de la organización de los pueblos originarios, son los representantes de la Asamblea que es el órgano supremo de las comunidades o ejidos. Son los encargados de representarlos en los trá-

---

17 Martínez Morales, Rafael, Diccionario Jurídico General, Tomo 2 (D-N), México, Ed. IURE editores, 2009, p. 429.

mites administrativos que se requieran, ante las autoridades de Gobierno y en las actividades que acuerden por medio de la asamblea; así también son los responsables de organizar las fiestas tradicionales.

Nuestra Carta Magna enmarca en su numeral segundo “El Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco Constitucional de Autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico”.<sup>18</sup> En la Constitución para el Estado Libre y Soberano de Chiapas, en su numeral trece encontramos establecidos cuáles son los pueblos originarios que sustentan la población pluricultural que integra a Chiapas, siendo estos “Tseltal, Tsotsil, Chol, Zoque, Tojolabal, Mame, Kakchiquel, Lacandón y Mocho”.<sup>19</sup> Nuestro caso en este artículo es sobre indígenas Tsotsiles, los cuales se determinan como pueblos originarios.

Así también, se menciona que en relación con la conciencia de la identidad que tienen las personas indígenas, es elemento esencial para determinar a quienes se les aplican estas disposiciones y las relacionadas con los indígenas. La identidad es la pieza maestra de la diversidad cultural, la cual comienza con la autodeterminación de los indígenas como tales y que conforman con ello una comunidad indígena con autonomía para formar una unidad social, económica y cultural. Así también, este numeral nos dice que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se harán en las constituciones y leyes de las entidades federativas. En la constitución del Estado de Chiapas encontramos regulado lo anterior en el capítulo II DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, en el cual establece que el Estado de Chiapas tiene una población pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. También en el Estado existe una ley que garantiza los derechos de los pueblos, esta es la Ley de Derechos y Culturas Indígenas del Estado de Chiapas.

Nuestra Carta Magna divide en dos incisos su numeral segundo, en el inciso A, se señala el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía, este inciso enumera lo que ampara la autonomía otorgada por el mismo.

---

18 Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Véase: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

19 Congreso del Estado de Chiapas, Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Chiapas. Véase: <https://www.sspc.chiapas.gob.mx/documentos/constitucion-chiapas.pdf>

Los pueblos y comunidades indígenas pueden decidir sus formas internas, en relación a la organización social, económica, política y cultural, en los cuales pueden aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta constitución.

Un dato interesante es que en la Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas (LDCIECH), en el artículo 16 hace mención que cuando se traten de delitos no graves, las autoridades judiciales podrán sustituir la pena privativa de la libertad que se imponga a un indígena, en los términos previstos en la legislación penal, por trabajos en beneficio de su comunidad, siempre que se haya cubierto el pago de la reparación del daño y la multa, a este remplazo se le conoce como pena sustitutiva.

Es importante hacer notar que los pueblos indígenas pueden acudir al sistema judicial, en el cual pueden invocar la solicitud de que sean juzgados por esas leyes, esto siempre y cuando una de las dos partes lo solicite o se le estén violentando derechos. El artículo 11 de la LD-CIECH, establece que los usos, costumbres y tradiciones se distinguen por características particulares propias de cada comunidad indígena y tendrán aplicación dentro de los límites de su hábitat, siempre que no violen Derechos Humanos. En este mismo artículo en el párrafo segundo menciona que salvo en los casos en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad humana de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o el derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer, así como en tratándose de los delitos previstos para la prisión preventiva oficiosa en la legislación aplicable, por lo que se crean los Tribunales de Paz y Conciliación Indígena en los municipios o comunidades con población indígena que por sus características lo requieran, estos juzgados pueden aplicar las sanciones en materia penal conforme a los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas donde ocurra el enjuiciamiento.

El multicitado artículo segundo de la constitución mexicana hace referencia al reconocimiento de la Autonomía Indígena para que los pueblos y las comunidades indígenas preserven y enriquezcan sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad, así también menciona que es para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos que enmarque la constitución. Por lo que, en referencia a estas fracciones, la constitución para el Estado de Chiapas establece que se les reconoce y protege ese Derecho a los pueblos indígenas que existen en el Estado, así como también debe de fomentar el

Estado el ejercicio de los derechos de uso, disfrute y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, flora y fauna silvestres.

También nuestra Carta Magna reconoce que por la Autonomía Indígena que gozan tiene Derecho a acceder a la tenencia y propiedad de la tierra, así como al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo los prohibidos. En este sentido, la LDCIECH establece en Capítulo VIII DE LAS TIERRAS, que queda prohibida cualquier expulsión de indígenas de sus comunidades, sea cual fuera la causa con que pretenda justificarse, especialmente las que se motivan por diferencias religiosas, políticas o ideológicas. La ley sancionará toda conducta en contra de lo antes mencionado, esto es importante, porque nuestro tema de trabajo abarca este punto, ya que muchas veces por tener una religión diferente las comunidades indígenas optan por expulsar a los creyente de los asentamientos o les dejan a salvo sus derechos para que puedan ser independientes estos y aun cuando sean dueños de la tierra en donde están asentados, no forman parte de la comunidad y por ello no se pueden ver beneficiados por los programas que otorga el Gobierno del Estado.

### **III. UN CASO PARA ANALIZAR LA CONTROVERSIA DE DERECHOS**

Así bien, como podemos observar en líneas que anteceden, en los pueblos y comunidades indígenas la religión y autonomía son dos elementos importantes, los cuales en conjuntos con otros identifican a un individuo o individuos como indígenas, pero ¿qué sucede cuándo la religión de un individuo cambia y decide ya no participar en las actividades que se realizan derivados de ésta? Si te das una vuelta por el periférico de la zona norte de la Ciudad de San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, podrás dar cuenta de la diversidad religiosa que existe en este municipio, ya que alberga desde católicos hasta mormones, pasando por un sinfín de iglesias evangélicas.

Esto ha sido el resultado de las expulsiones que se dan en pueblos cercanos a la ciudad, ya que las diferencias y por las creencias religiosas o por problemas agrarios son las más comunes para violentar derechos a sus iguales, derechos de minorías, esto fundado en acuerdos aprobados por la mayoría en una asamblea.

Al inicio mencionaba que expondría un caso, éste trata sobre la expulsión de indígenas que profesaban la religión católica tradicional y que se convirtieron en Testigos de Jehová, razón por la cual fueron expul-



sados de su comunidad por acuerdo de sus iguales, quienes ejercieron su derecho a la autodeterminación y autonomía, violentando muchos derechos dentro de los que destaco la Libertad religiosa.

La religión evangélica conocida como Testigos de Jehová, es muy radical, al grado de no permitir transfusiones de sangre en sus feligreses, el no saludar o venerar ningún símbolo patrio o personaje de la historia. Es una religión que busca siempre estar adhiriendo a más personas, trabajan constantemente en realizar proselitismo, esto a semejanza de Jesucristo.

Una dificultad que se encuentra con la Libertad de Conciencia que ostenta la Congregación Testigos de Jehová, no sería el discernimiento que tienen de poder o no realizar actos que vayan en contra o a favor del aleccionamiento que tienen en relación a su conciencia, forma de vida y manera de conducirse, el verdadero problema lo encontramos en lo que genera esta conciencia, ya que crea conflictos en situaciones en las que otra u otras religiones no comparten las ideas que tiene esa religión, creando un choque entre formas de pensar y permite ver que no existe la tolerancia entre religiones.

El problema del caso es en la comunidad Lomo de Chamula, unos de los Municipios y pueblos originarios que tiene más arraigada la cultura en la historia del Estado de Chiapas, en donde tres familias Testigos de Jehová fueron retenidas y multadas porque sus hijos menores de edad se negaron a participar en las celebraciones que realizan en la escuela por el día de la independencia, celebraciones que se enseñan forzosamente en todas las escuelas por ser la historia de nuestro país, además de que año con año se realiza esta celebración no solo en las escuelas, si no en los parques centrales de cada uno de los municipios del país. Las familias afectadas fueron sancionadas con el encarcelamiento en la prisión comunitaria de las cabezas de familia y la imposición de una multa por la cantidad de \$14,000.00 pesos, sanción basada en los usos y costumbres de la comunidad que fija los castigos en base a la severidad del problema y por las autoridades en turno de la comunidad. La negativa de los menores para participar en el homenaje produjo el inicio de una controversia, las Autoridades y Asamblea se molestaron y encontraron ofensivo el incumplimiento de las obligaciones de los menores del grupo evangélico, ya que para ellos la religión no es un impedimento para realizar las fiestas que por costumbre se festejan año con año. Es indispensable resaltar que en las comunidades y pueblos indígenas la religión es parte indispensable de sus usos y costumbres, es por ello que, cuando los individuos se convierten a otras religiones dentro de las comunidades, cambian por completo la idea de los usos y costumbres que tenían, ahora solo pertenecen a la comunidad como individuos sociales y políticos y cumplen con las obli-

gaciones que marca la Ley del Derecho Positivo Mexicano, no las leyes del Derecho Consuetudinario, esto derivado de la amplitud de conversión que se genera desde las ciudades hasta las comunidades más escondidas, en donde la idiosincrasia y la cosmovisión es diferente. En la comunidad de Lomó, las familias evangélicas al momento de negarse a cumplir con las costumbres de las fiestas patrias incumplieron acuerdos comunitarios y obligaciones establecidas por el Derecho consuetudinario, se a-culturizaron, generando molestia entre los pobladores que según su dicho gozan de los mismos derechos que ellos, pero no cumplen con las mismas obligaciones.

Se ha mencionado en diversas ocasiones que la Autonomía Indígena y la Libertad Religiosa son Derechos Humanos que tienen obligatoriedad universal, es decir, se aplican en el mundo y en nuestro país, a través de varios instrumentos Internacionales, Federales y Estatales. Así bien, al estar regulados por diversos ordenamientos, deben ser observados por todas autoridades para hacer valerlos dentro de cualquier Comunidad, Municipio o Estado que se encuentre dentro de nuestro país, es decir, en las comunidades indígenas se deben aplicar por igual a todos los habitantes. Pero ¿qué sucede cuando las Autoridades son tradicionales, respetan los Derechos Humanos?, la respuesta es no, no aplican estos derechos, las Autoridades Comunitarias se guían bajo los usos y costumbres de su comunidad, siendo estas las reglas que han compartido y enseñado de generación en generación, las cuales no tienen distinción entre lo permitido y no permitido por el Derecho Positivo Mexicano, y que además no están reguladas en ningún ordenamiento, admitiendo así la modificación para la aplicación a cada caso pero sin la certeza de ser adecuada y conforme a Derecho, además de que no se puede exigir un medio de defensa para atender la violación, ya que es inexistente el interponer un amparo en contra de comunidades indígenas o el presentar una querrela ante derechos humanos, porque la intervención genera un conflicto entre estos dos derechos humanos.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

Aun cuando el artículo 2° de nuestra Constitución es igual de importante que el artículo 24° de la misma, muchas veces el primero sobrepasa al segundo, violentándolo a través de la aplicación y ejecución del mismo. Por ello, creo necesario realizar un análisis que permita delimitar el tema de Autonomía Indígena, que a su vez obligue a las autoridades comunitarias y tradicionales a cumplir las leyes plasmadas por el Dere-

cho Positivo Mexicano, ya que como se puede observar, la falta de conocimiento ha originado que se violenten Derechos a los habitantes que son convertidos a otra religión, no perdiendo de vista el cuidar la cultura que conservan los Pueblos originarios, ya que la religión forma parte de ésta y al convertirse a otra religión se a-culturalizan los individuos, cediendo con ello la perdida de las tradiciones. Es importante este último punto, ya que al convertirse no solo hacen la conversión de religión, sino también de su cultura, lo que conlleva un cambio radical en la forma de vida que tienen dentro de la comunidad. Por ello es importante que en el análisis y modificación que se realice al artículo 2º Constitucional se incluya un apartado que enmarque las obligaciones con que deben de cumplir los convertidos a una religión diferente de la mayoritaria de la comunidad para evitar este tipo de conflictos, mismas que sean vistas desde la mirada de lo consuetudinario y cultura y no de la religión, esto como justificación de la perdida de cultura que van teniendo las comunidades y pueblos originarios, que podríamos decir han sido alcanzados por la globalización y apertura de otras religiones.

Por último, considero que darles más responsabilidades a los pueblos originarios traería consigo mejores resultados, ya que al ser parte del país, no están contemplados en su organigrama, o sea en su estructura orgánica, si no que únicamente forman parte de los Municipios y por ende de los Estados, pero no tienen responsabilidades hacia estos, lo que es desigual viéndolo desde el punto de vista de las autoridades gubernamentales ya que las autoridades comunitarias no tiene obligación para con el Gobierno, y los pone en una posición un tanto privilegiada para la aplicación de sanciones como autoridades que son.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

Burgoa Orihuela, Ignacio, "Derecho constitucional estatal mexicano", México, Porrúa, 1984.

Díaz Polanco, Héctor, La diversidad cultural y autonomía en México, México, Nostra ediciones, 2009.

Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>

Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/cultura>

González Galván, Jorge Alberto, “El Estado, Los Indígenas y el Derecho, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas”, UNAM, 2010.

Martínez Morales, Rafael, Diccionario Jurídico General, Tomo 2 (D-N), Ed. IURE editores, México, 2009.

Mérida Cañaveral, Jacobo, “El concepto de Derecho Indígena”, México, Poder Judicial del Estado de Chiapas, 2010.

Porrúa Pérez, Francisco, “Teoría del Estado”, México, Ed. Porrúa, 32°ed, 1999.

Salcedo Aquino, J.A., “Multiculturalismo: orientaciones filosóficas para una argumentación pluralista”, México, UNAM, ENEP, Acatlán, Plaza y Valdez, 2001.

Serie de tratados de las Naciones Unidas, 999. 171, y 993:3. Cit. Por Lapidoth Ruth, *Autonomy, Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, Washington, Unites States Institute of Peace Press, D.C., 1996.

## **LEGISGRAFÍA**

Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_080520.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf)

Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf)

Congreso del Estado de Chiapas, Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Chiapas. <https://www.sspc.chiapas.gob.mx/documentos/constitucion-chiapas.pdf>

Congreso del Estado de Chiapas. <http://congresochiapas.gob.mx/legislaturalxvii/trabajo-legislativo/legislacion-vigente>

ONU – Consejo Económico y Social – Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of ‘indigenous people’”. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996.

# MIGRACIÓN, REFUGIO Y DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS PSICOSOCIALES.<sup>1</sup>

ANGÉLICA GONZÁLEZ GONZÁLEZ<sup>2</sup>  
ROBERTO LEONARDO CRUZ NÚÑEZ<sup>3</sup>

## INTRODUCCIÓN

Llevas contigo el cansancio, el hambre y el frío de las jornadas largas y peligrosas que exponen tu vida, dejas atrás una identidad que quizá en cada paso se perderá. Más frágil se convierte tu destino cuando aquellos pasos que te acompañan; son pasos de niños. Son los pasos de migrantes en un difícil camino.

Las fronteras manifiestan sus impetuosas y determinantes adversidades; ante las personas que congregan allí sus anhelos, sus esperanzas y sus destinos. Son las fronteras punto de reunión, de esa transitada marcha, que cansada y agitada ha llevado consigo las ilusiones de comenzar una vida nueva.

Son así, las fronteras, las que muestran fuerzas y dominio ante la postura de una dinámica migratoria que expone al flujo humano en su

---

1 Proyecto "Derecho procesal convencional de los derechos humanos" del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.

2 Estudiante de la Licenciatura en Derechos Humanos, del Centro de Estudios para la Construcción de la Ciudadanía y la Seguridad (CECOCISE) de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), México, artemangie@aol.com.

3 Licenciado en Derecho por la Universidad Interamericana para el Desarrollo (UNID). Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Castilla-La Mancha. Maestro en Educación por la UNID. Candidato a Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Estudiante del Master en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha. Técnico académico de la UNACH, adscrito al Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad (CECOCISE). Coordinador de la Licenciatura en Derechos Humanos. Contacto: roberto.nunez@unach.mx

intento por lograr una vida digna, sin importar la tortura y el sacrificio que ésta expone.

Las fronteras muestran la furia de sus ríos, la intensidad de su sol y las tierras que calientes y arenosas de aquellos intensos desiertos, marcan y mutilan vidas ante la sedienta e implacable muerte que condena. Son las fronteras símbolos de hermanos separados, de ideologías confrontadas, de fracasos de políticas y de exclusión social; que muestran que el camino para enfrentar los crecientes desafíos que plantea la migración se encuentran aún lejos de solucionar el problema que vulnera poblaciones y que repartidas entre dos mundos marcan el desafío de la globalización que se les impone. Confrontan su propia esencia, con un mundo que los ignora y los señala como culpables de desintegrar comunidades; cuando más allá de semejantes ideologías sin fundamento; han sido los migrantes los que han construido naciones y fortalecido poblaciones.

Por otro lado, para hablar de flujos migratorios, es conveniente recordar los periodos históricos que precedieron al actual; la poca memoria de los pueblos y la tendencia a ocultar situaciones difíciles que se han vivido antes nos hace olvidar datos importantes que han marcado, a lo largo de los siglos, la historia de la humanidad.

Sólo desde el punto histórico y considerando las variables económicas y sociales, podremos comprender los motivos por los que emigran, personas procedentes de todos los continentes y que llegan a los países de destino con la expectativa de permanecer por un tiempo o, tal vez, de construir una vida en ellos. Desde el Paleolítico hasta nuestros días, los seres humanos nos hemos desplazado por los territorios y continentes por muy distintas razones.

De Vos señala que, en la antigüedad Cartago, Grecia y Roma organizaban flujos emigratorios como método para exportar el “excedente” social que se acumulaba en sus fronteras interiores, esto con la finalidad de mantener el orden político<sup>4</sup>.

A partir del descubrimiento de América, millones de personas emigraron a los nuevos territorios. Los Estados Unidos del Norte son el mejor ejemplo de un territorio poblado por sucesivas olas de inmigración. En el Siglo XIX un puñado de países europeos inician la conquista de buena parte del planeta. Cuando no lo ocupaban, se establecían en los territorios a través de su superioridad militar, económica y social. Exportaban personas y negocios, asolando los sistemas sociales y económicos

---

4 De Vos, Jan, “La frontera y sus fronteras”, *Identidades, migraciones y género en la frontera sur de México*. México: ECOSUR, 2002, pág. 50.

de las zonas donde se establecían. De esta forma Europa corregía problemas como el exceso de población o de pobreza y se enriquecía económicamente a costa de los países que colonizaba señala de Vos<sup>5</sup>.

## MIGRACIÓN, REFUGIO Y DERECHOS HUMANOS

Mostrar el lado humano de la migración y el aspecto psicosocial que conlleva; es entender que la esperanza de encontrar una vida mejor; no debe implicar sufrimiento o muerte y que las políticas y estrategias que impactan a las sociedades migrantes; deben ser instrumentos que más allá de condenarlos ofrezcan propuestas constructivas y prácticas en materia de derechos humanos.

Las migraciones no constituyen fenómenos autónomos e independientes; por el contrario, tienen una íntima conexión con los procesos históricos, económicos, sociales y políticos de alcance global<sup>6</sup>; como podemos apreciar, la historia es símbolo de migración y cada ser humano sobre la faz de la tierra lleva consigo el hilo de la herencia de una migración, que ha sido testigo fiel de cada árbol genealógico.

El emigrar por decisión representa una oportunidad para quienes así lo deciden; porque los beneficios implican una mejor forma de vida, pero ¿qué ocurre con aquellas personas que emigran forzosamente? Es entonces la razón del tema que me hace promover esta investigación, intentando reinventar el concepto de inmigrante a través de una conciencia humana que enfatice en priorizar: que los derechos humanos son la clave para fomentar la comprensión en las cuestiones migratorias, y que sólo en términos de igualdad y reconocimiento de derechos; se logrará una verdadera integración<sup>7</sup>.

Padres, madres que inquietos ante aquellas perpetradas escenas de sangre, toman los pocos recursos que quedan para sacar a sus hijos de tan oscurecida y lamentada vida. “No huye el que se retira”<sup>8</sup>.

---

5 *Ibidem*

6 Waller Actis, de Prada M. et al., *Inmigrantes, Trabajadores, Ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España*, Madrid: Universidad de Valencia, 1999.

7 Interculturalidad. La migración un camino entre el desarrollo y la cooperación (2005). Centro de Investigación para la paz. Madrid. [www.fuhem.es](http://www.fuhem.es)

8 De Cervantes, M. (2015) *Don Quijote de la Mancha*. Edición conmemorativa. Barcelona. Penguin Random House.



En este orden de ideas, las personas que huyen de conflictos armados o persecución son denominados refugiados; el artículo primero de la Convención de 1951 inciso A, punto 2 define quién es un refugiado y establece los derechos básicos que los estados deben brindar a los refugiados:

Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

El límite de temporalidad fijado por dicho artículo pierde la restricción de temporalidad a través del protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 1967, a través de artículo primero inciso segundo:

A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término “refugiado” denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ...” y las palabras “... a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.

A nivel regional, el artículo 22.7 y 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresan el derecho a buscar y recibir asilo:

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.  
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas

En México, la Ley de Migración a través del Artículo 13 inciso tercero otorga el derecho a buscar y recibir asilo:

Artículo 13. Los migrantes y sus familiares que se encuentren en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos tendrán derecho a que se les proporcione información acerca de:

La posibilidad de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, del otorgamiento de protección complementaria o de la concesión de asilo político y la determinación de apátrida, así como los procedimientos respectivos para obtener dichas condiciones.

En el Estado Mexicano, este derecho se intenta garantizar a través de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político; en este sentido, México se ha caracterizado por su tradición de asilo; por citar algunos ejemplos, el asilo otorgado en la década de los ochenta a más de 46 mil refugiados de Guatemala y El Salvador, la acogida de refugiados provenientes de España en 1939.<sup>9</sup>

Por otro lado, la migración ha ido adquiriendo nuevas formas; un ejemplo de ello son las “Caravanas Migrantes”, estas, representan un medio más seguro de migrar y disminuir el potencial riesgo de ser presas para el crimen organizado<sup>10</sup>. Al 30 de abril del 2019, se estimó que en México habían entrado cerca de 12,000 personas en 6 diferentes caravanas migrantes, las cuatro primeras de ellas estuvieron compuestas por migrantes centroamericanos en su mayoría, sin embargo, las últimas dos caravanas han tenido la presencia de cubanos, haitianos, africanos y asiáticos<sup>11</sup>.

Derivado de una investigación de campo realizada durante el 2019, en los albergues donde se encontraban solicitantes de refugio que habían viajado a través de las caravanas migrantes, fue posible detectar una nueva problemática; las entrevistas arrojaron un temor común por parte de los solicitantes de refugio: tenían conocimiento de que las personas que amenazaban su vida o integridad venían en las caravanas que se encontraban en tránsito.

9 Garza, Talia, “Migrantes y Refugiados: una distinción necesaria”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 326-327.

10 Cepeda, Francisco y Ramírez Alejandro, “Las caravanas migrantes de 2018 y la migración regular, ordenada y segura”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 215.

11 Lucho, Guadalupe y Cepeda, Francisco, “Políticas públicas en materia de migración: Frontera Norte y Sur”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 142.

El día 02 de septiembre de 2020, la guardia nacional del Estado Mexicano reforzó la frontera con Guatemala, en virtud de que, se tiene conocimiento de que se aproxima una caravana migrante de alrededor de 3000 personas de origen hondureño. Durante la crisis sanitaria mundial, generada por la pandemia COVID-19, el número de solicitudes de refugio decreció y al estar cerradas las fronteras no existía un flujo migratorio como tal, las autoridades estatales en México no visualizaron la situación que se aproximaba una vez que las fronteras volvieran a ser abiertas.

La falta de políticas públicas que incidan en garantizar derechos de los migrantes crea una crisis humanitaria cuando nos encontramos con estas caravanas; así pues, no es posible proponer que se abran completamente las fronteras porque seríamos unos demagogos o románticos utopistas<sup>12</sup>; al respecto, Martínez señala que ingresar libremente a cualquier país no es un derecho humano, ya que no se encuentra plasmado en ningún instrumento internacional<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, es momento de entender que la migración requiere ser vista con un enfoque humanitario, que permita concretizar estrategias que manifiesten en la vida cotidiana la solución a los problemas que enfrenta la comunidad migrante y dar cara a los problemas con soluciones específicas ante tales circunstancias y desafíos.

## CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN EN MÉXICO

México constituye uno de los corredores migratorios más importantes del mundo, su ubicación geográfica como vecino de Estados Unidos, lo sienta como puente entre Centroamérica y Estados Unidos. Las últimas cifras que arrojó el censo de Estados Unidos muestran casi 60 millones de latinos lo que representa el 18% total de la población de Estados Unidos<sup>14</sup>. Son siete los países que conforman Centroamérica (Gua-

---

12 Hernández, Victor, "Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos: Una mirada desde la filosofía política", *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 43 y 44.

13 Martínez Lazcano, Alfonso J., "Parámetros de protección del sistema interamericano de derechos humanos a la movilidad humana", *Revista IUS*, México, año 14, número 46, julio a diciembre de 2020, pág. 6, <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/712>

14 Univisión, La población hispana de EEUU se acerca a los 60 millones y en una década fue la que mas creció, julio, 2019, <https://www.univision.com/noticias/esta>

temala, Belice, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá). Los países centroamericanos como varios países en el mundo sufren de una pobreza interminable, que además marca la violencia y por ello la necesidad de emigrar.

De acuerdo con la ONU, en México 1,060.707 son inmigrantes, lo que representa un 0,85% de la población. La inmigración masculina es de 531.912 hombres, frente a 528.795 mujeres<sup>15</sup>. Los flujos migratorios que se manifiestan son caracterizados por una complejidad de causas en las decisiones de migrar, más el objetivo en la mayoría de los casos es llegar a Estados Unidos con la intención de trabajar para lograr una vida con expectativas distintas a las que se tiene. Otra de las causas que se manifiesta es la reunificación familiar.

Más entendiendo, que la migración es multicausal existe un factor permanente que es la vulnerabilidad en la que los migrantes se encuentran, el riesgo que enfrentan intentando cruzar por rutas peligrosas que los expone a múltiples violaciones de sus derechos humanos.

El panorama actual de México en materia de migración muestra una versión variada de escenarios, que reflejan una mayor presencia de mujeres migrantes, al igual que aumento de niños, niñas y adolescentes, también se han manifestado nuevas rutas migratorias que exponen a la población migrante ya que la desinformación y el uso de vías migratorias irregulares vienen ligadas con el secuestro, violaciones sexuales, tráfico ilícito de inmigrantes, extorsión, violencia en contra de las mujeres (femicidios) y diferentes factores de riesgo que multiplican la vulnerabilidad de las personas migrantes y sus familiares.

El Instituto Nacional de Migración (INM) ha desarrollado mecanismos de colaboración tanto con la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) y otras organizaciones de la sociedad civil para promover la protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados y el Protocolo de Actuación para asegurar el respeto a los principios y la protección de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos.

La implementación de cuidados alternativos para niñas, niños y adolescentes no acompañados a través de una red de cuidadores, psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales y el desarrollo de herramientas

---

*dos-estados-unidos/poblacion-hispana-en-eeuu-se-acerca-a-los-60-millones-y-en-una-decada-fue-la-que-mas-crecio*

15 Noticias Organización de las Naciones Unidas (ONU), La cifra de migrantes internacionales crece más rápido que la población mundial, septiembre de 2019, <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462242>

en protección de los niños migrantes en su paso por México debe ser conocido y practicado por todos aquellos responsables de aplicar las leyes de migración basadas en la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

## **IMPACTO PSICOSOCIAL DE LA MIGRACIÓN**

Consideremos que el proceso de migrar conlleva diferentes factores que repercuten en la salud de los migrantes, ya la condena de dejar atrás el lugar de origen implica un escenario devastador, pues es posible que nunca más se regrese al lugar que los vio crecer; donde se quedan familiares, amigos y el ambiente que proporciona identidad, sumado y de la mano se conjuga la preocupación del porvenir de qué depara al migrante, y si en el proceso de migrar se lleva consigo a la familia, entre ellos niños, es aún más desafiante la situación.

Las personas migrantes presentan secuelas físicas, experimentan desmotivación, incertidumbre, ansiedad, frustración ante el panorama que enfrentan. Cabe mencionar que los acontecimientos vividos en el proceso de migrar implican episodios que marcan tanto física como emocionalmente a las personas. México, tiene el tren conocido como la “bestia”, o el tren de la muerte” que es una red de trenes de carga que transporta diferentes insumos y que corre desde la frontera sur de México hasta Tamaulipas, Sonora o Baja California<sup>16</sup> y aunque no está permitido por el Estado mexicano viajar sobre él, es un medio utilizado por miles de migrantes que cruzan la frontera sur de México para poder llegar a la frontera norte, que conecta con Estados Unidos; ya que es una forma gratuita de transporte y además de que se evitan 48 centros de detención mexicanos y varios puestos de control de inmigración, pero es altamente peligroso. Durante el trayecto del tren se viven experiencias, como caídas, crímenes que provocan la muerte o la mutilación de miembros de los migrantes que lo abordan, dejando sueños e ideales devastados ante semejantes tragedias. Y es aquí donde volvemos a retomar el propósito de este trabajo el enfoque de la atención con una perspectiva humana que de apoyo a la población migrante y que comprenda el propósito de su migrar.

---

16 Zonaj, La bestia, el tren de la muerte, muestra los peligros a los que se exponen los inmigrantes en su ruta desde México buscando llegar a Estados Unidos..., <https://zonaj.net/noticia/2217/9/bestia-tren-muerte/>

Todas las personas expuestas a situaciones vulnerables manifiestan diferentes afectaciones que van desde afectaciones físicas como problemas de vías respiratorias, infecciones de transmisión sexual, agotamiento, deshidratación, infecciones estomacales y muchas más. Situaciones emocionales (depresión, ansiedad, desconfianza, culpa, angustia, temor, etc.). Y afectaciones colectivas como procesos de aculturación, desestructuración familiar y otras)<sup>17</sup>

Dejar atrás el lugar de origen causa un impacto de identidad; pues la familia, los amigos, el lenguaje es parte de nuestra identidad y alejarse de todo esto tiene efectos que repercuten en la salud mental, aunado al proceso migratorio que se vive como la xenofobia, la discriminación étnica o de género, que conlleva a impactos psicosociales que influyen negativamente en la persona que emigra.

Los seres humanos que emigran muestran cambios dramáticos en su manera de ser, algunos reflejan sus ansiedades buscando sustancias tóxicas que los introducen en ciclos de adicción que hacen aún más difícil el proceso de adaptación en el lugar de acogida. La frontera norte de México, lugar de expulsión de miles de migrantes, observa como aquellas personas que no tienen medios para regresar a sus lugares de origen, encuentran refugios o campamentos donde el tráfico de drogas es alarmante; volviéndose blanco perfecto de las mafias que los convierten en clientes de consumo diario; transformándose así, en un ciclo de adicciones en que se pierden las verdaderas razones por las que se inició su migrar.

La falta de documentación hace imposible reconocer aquellos cuerpos que se encuentran tanto en el desierto como en río en el intento de cruzar fronteras, cuerpos que quedan incompletos ante las fuertes inclemencias o ante los animales del lugar. Panteones sin nombre, son el resultado de las luchas de migrantes que pierden su último aliento intentando encontrar una vida diferente. Son cruces en esos panteones, que se manifiestan perpetuas y sin nombres mostrando al mundo: que los migrantes, son poblaciones vulnerables y que allí, en esos panteones, con las cruces sin nombre, volveremos a entender que cada que muere un migrante sin identidad, mueren las esperanzas de familias por volver a encontrar a sus seres queridos.

Son cruces que aclaman una identidad y que permanecen calladas ante aquellas madres que angustiadas llorarán las desapariciones de sus hijos sobre cruces anónimas.

---

17 Serrano Corrales Noemy, Guía para la atención psicosocial a personas migrantes en Mesoamérica, Costa Rica: Organización Internacional para las Migraciones, 2018.

Las cifras de mujeres violentadas sexualmente no dejan de ser alarmante y los feminicidios se incrementan ante la exposición frágil que muestra su género.

## **MARCO INTERNACIONAL DE SALUD MENTAL Y PSICOSOCIAL PARA EL MIGRANTE**

La Convención Americana (Art 4) refiere al derecho a la vida y el derecho a solicitar amnistía en caso de condena a muerte. (Art 1) los derechos y libertades expuestos en la Convención deben ser ejercidos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Constitución mexicana en su art 4, establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen la salud mental como un derecho fundamental.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares promueve la obligación de los Estados para garantizar la seguridad, la salud, garantizar condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migrantes.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional identifica al apoyo psicosocial como un derecho de las personas víctimas de trata (Artículo 6, Número 3).

El Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013-2020 de la 66ª Asamblea Mundial de la Salud, establece la importancia de la salud mental en grupos vulnerables y marginados como es el caso de las personas migrantes.

En la Cumbre para el Desarrollo Sostenible (2015) se aprueba para la Agenda 2030, por los Estados Miembros de la ONU el Desarrollo Sostenible con un conjunto de 17 objetivos, donde se garantiza una vida sana y promover el bienestar para todas las edades.

La Declaración de Nueva York sobre los Refugiados y Migrantes (2016) reafirma el compromiso con los niños migrantes de tener acceso a servicios psicosociales, salud, acceso a agua potable y apoyo psicosocial.

La Declaración de Colombo (2017) reafirma que es un derecho fundamental el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico,

mental y social, incluidas las personas migrantes, independientemente de su situación migratoria.

## **FORTALECIMIENTO Y ASISTENCIA A MIGRANTES EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**

La atención psicosocial tiene como prioridad restablecer la integridad emocional de las personas, el proceso de migración toma diferentes aristas que lo colocan en un plano peligroso para los migrantes, las circunstancias de su movilización ya llevan emociones que actúan a desfavor.

Entre los objetivos de la atención psicosocial tenemos:<sup>18</sup>:

- Protección, alivio y contención (escuchar a la persona).
- Asistencia practica (comida, agua, información).
- Fortalecimiento de recursos de afrontamiento (Potenciar estrategias para hacer frente a las adversidades).

La atención psicosocial requiere primero identificar el tipo de apoyo que la persona requiere e implementar acciones para responder a las necesidades requeridas: Promover el acceso a servicios básico como alimento, agua, servicios básicos de salud. Apoyo comunitario (programas de rastreo y reunificación de la familia, apoyo a padres y madres para resolver problemas con los hijos. Intervenciones a nivel individual, ayuda psicológica atención básica en salud mental). Servicios especializados de atención clínica y de salud mental.

El trabajo de atención psicosocial ayuda a: Reconstruir la confianza, transformar la identidad, fortalecer vínculos de afecto con quienes son importantes para la persona, identificar recursos se afrontamiento y restablecer la capacidad de visualizar un futuro positivo<sup>19</sup>.

Es importante no revictimizar a los migrantes; ya que cada persona maneja las situaciones traumáticas de diferente forma; ya que para algunas personas el ser devuelto involuntariamente a su país de origen significa un fracaso, es volver a lidiar con las situaciones que provocaron su partida o inclusive volver a enfrentar amenazas o situaciones que ponen su vida o la de su familia en riesgo.

---

18 Guía para la atención psicosocial a personas migrantes en Mesoamérica.

19 *Ibidem*



Los derechos humanos de los migrantes representan un reto en los países de tránsito, México ha establecido políticas en relación con la migración y aunque falta camino para llegar a brindar la seguridad y el respeto pleno de los derechos a los migrantes, el camino se ha tomado y se debe de promover y practicar de manera fiel los derechos humanos a los migrantes. A continuación se presenta una lista de derechos de los migrantes

## **ALGUNOS MITOS SOBRE LAS PERSONAS MIGRANTES**

Los mitos sobre las personas migrantes representan la falta de educación en relación con el tema; es necesario que las personas nos preparemos en temas como la migración para evitar el riesgo de discriminar o causar daños que pueden terminar hasta en la muerte; ya que la comunidad migrante es una comunidad vulnerable que requiere de entendimiento y conocimiento por parte de la población tanto de los países de tránsito como de destino. Evitemos ser partícipes de la infodemia y la discriminación, mitos como:

- a) Las personas migrantes no tienen derechos porque son ilegales; no tienen documentos,
- b) las personas migrantes son criminales; por eso huyen de sus países de origen,
- c) las personas migrantes se merecen lo que les pasa por salir de su lugar de origen,
- d) las personas migrantes les quitan el trabajo a los nacionales de los países de destino,
- e) las personas migrantes (LGBTI) se van a otros países para prostituirse,
- f) las personas migrantes son una carga para el Estado,
- g) los padres y madres que mandan a sus hijos solos a enfrentar el proceso de migración solo quieren librarse de ellos. Mitos que más haya de representar los derechos humanos de los migrantes y su dignidad, los condena y los enmarca como criminales.

## **CONCLUSIÓN**

El fenómeno migratorio, ha sido a través de la historia del ser humano, un proceso de debate. Crear diálogos y políticas que lo combatan

desde la raíz, implicaría un paso adelante en la promoción de los derechos humanos para el migrante. Entendiendo que en todo acto se debe llevar una intención de reparo.

De acuerdo con Martínez<sup>20</sup>, los factores interrelaciones con la migración son los problemas más graves de la humanidad, cuya esencia son el racismo, la hambruna, la violencia de género y los conflictos.

El proceso de migrar es un proceso delicado, riesgoso, las personas que desconocen de este proceso algunas veces pueden caer en cómplices de la discriminación, de actos que profundizan la vulnerabilidad del migrante. Sino se entiende que todos los seres humanos tenemos derecho a encontrar una vida con dignidad y que es un derecho poder migrar para encontrarla; es entonces que falta camino por recorrer; para entender que somos hermanos y como tal debemos de tratarnos, que el respeto, el apoyo y el conocimiento en temas tas sensibles debe ser tratado desde la infancia, proyectar el lado humano, enseñar el rostro de los derechos humanos y su práctica, se convierte en una responsabilidad de todos y cada uno de nosotros.

Morir de hambre, morir de violencia, morir de pobreza debe quedar ya solamente en la historia como referencia y no debe ser causa de migración, entablemos conversaciones, trabajemos en lo que corresponde para identificar y lograr que la migración se convierta sólo en una decisión propia y no una acción forzada. Es necesario crear ambientes de oportunidades aún en la adversidad. Lograr que los programas de cooperación entre Estados trabajen el uno con el otro y no en vez de uno contra otro.

Se sangra, se muere en el camino de la migración; además, la mala información y discriminación enfatizan la violencia, crueldad, desapariciones, en la población migrante y por lo tanto las violaciones a los derechos humanos. Crear conciencia, manejanos con valores, fomentar la ética, el conocimiento de los derechos humanos para quitar el velo oscuro que lo oscurece aún más ante la falta de comprensión y entendimiento que viven los migrantes.

Por otro lado, es menester que todo servidor público, principalmente los operadores de la justicia y los servidores que trabajan en el INM, se preparen en materia de derechos humanos, cultura de paz y los instrumentos internacionales y nacionales referentes a las personas migrantes, refugiados y desplazados; ya que, como señala Martínez: “los operadores jurídicos actuales carecen de preparación y empatía necesaria en materia

---

20 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, “Derechos Humanos de los detenidos”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 95.

de derechos humanos, ya que no son suficientes los cambios legislativos y los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH para cambiar realidades, si éstos no se convierten en garantes de la protección de derechos humanos”<sup>21</sup>.

## REFERENCIAS

Cepeda, Francisco y Ramírez Alejandro, “Las caravanas migrantes de 2018 y la migración regular, ordenada y segura”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Constitución De La Organización Mundial De La Salud, 2006, [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2020, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 1967, [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios Y De Sus Familiares, 1990, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Convención Sobre El Estatuto De Los Refugiados, Ginebra, 1951, <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

De Cervantes, M. (2015) Don Quijote de la Mancha. Edición conmemorativa. Barcelona. Penguin Random House.

De Vos, Jan, “La frontera y sus fronteras”, Identidades, migraciones y género en la frontera sur de México. México: ECOSUR, 2002, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Declaración de Colombo, 2006, Colombo, <http://www.unesco.org/new/es/unesco/events/prizes-and-celebrations/celebrations/international-days/world-press-freedom-day/previous-celebrations/worldpressfreedomday20090000/colombo-declaration/>

---

21 *Ibid.* pág. 96.

Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Nueva York, 2016, <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>

Garza, Talia, “Migrantes y Refugiados: una distinción necesaria”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Hernández, Victor, “Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos: Una mirada desde la filosofía política”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Ley de migración, 2011, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>

Lucho, Guadalupe y Cepeda, Francisco, “Políticas públicas en materia de migración: Frontera Norte y Sur”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Martínez Lazcano, Alfonso J., “PARÁMETROS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS A LA MOVILIDAD HUMANA”, Revista IUS, México, año 14, número 46, julio a diciembre de 2020, pág. 6, <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/712>

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, “Derechos Humanos de los detenidos”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Noticias Organización de las Naciones Unidas (ONU), La cifra de migrantes internacionales crece más rápido que la población mundial, septiembre de 2019, <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462242>

Convención De Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional Y Sus Protocolos, 2004, Viena, <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCbook-s.pdf>

Organización Mundial de la Salud, Plan de acción sobre salud mental 2013-2020, 2013, [https://www.who.int/mental\\_health/publications/action\\_plan/es/](https://www.who.int/mental_health/publications/action_plan/es/)

Protocolo Sobre El Estatuto De Los Refugiados, Nueva York, 1967, <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>

Serrano Corrales Noemy, Guía para la atención psicosocial a personas migrantes en Mesoamérica, Costa Rica: Organización Internacional para las Migraciones, 2018, ISBN: 978-9968-542-71-5 [https://rosanjose.iom.int/site/sites/default/files/guia\\_atencion\\_psicosocial.pdf](https://rosanjose.iom.int/site/sites/default/files/guia_atencion_psicosocial.pdf)

Univisión, La población hispana de EEUU se acerca a los 60 millones y en una década fue la que más creció, julio, 2019, <https://www.univision.com/noticias/estados-unidos/poblacion-hispana-en-eeuu-se-acerca-a-los-60-millones-y-en-una-decada-fue-la-que-mas-crecio>

Waller Actis, de Prada M. *et al.*, Inmigrantes, Trabajadores, Ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España, Madrid: Universidad de Valencia, 1999, ISBN: 84-370-3926-6.

Zonaj, La bestia, el tren de la muerte, muestra los peligros a los que se exponen los inmigrantes en su ruta desde México buscando llegar a Estados Unidos..., <https://zonaj.net/noticia/2217/9/bestia-tren-muerte/>

Zuñiga García-Falces Nieves (coord.), La migración un camino entre el desarrollo y la cooperación, España: Centro de Investigación para la paz, 2005, ISBN: 84-95801-18-3, <https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Cohesión%20Social/MIGRACION.pdf>

# EL DURO CAMINO HACIA VOLVER A EMPEZAR: MIGRANTES Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.<sup>1</sup>

EVA YAZMIN DOMINGUEZ AGUILAR<sup>2</sup>  
ROBERTO LEONARDO CRUZ NÚÑEZ.<sup>3</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, se aborda el desplazamiento constante de los migrantes; en el caso de México, la mayor parte de ellas proviene del triángulo norte de centro américa (Salvador, Honduras y Guatemala), no se encuentra delimitado por estos países, actualmente en México han ingresado migrantes que provienen de Haití, de la india, de África, de Cuba y el Caribe<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, es trascendente e importante el cruce en la frontera sur, en específico a través de la ciudad de Tapachula, Chiapas; esta situación, se ha vuelto un problema complejo para las autoridades, munic-

- 
- 1 Proyecto “Derecho procesal convencional de los derechos humanos” del CECOCISE-Universidad Autónoma de Chiapas.
  - 2 Estudiante de la Licenciatura en Derechos Humanos del Centro de Estudios para Construcción de Ciudadanía y la Seguridad de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). [eva.dominguez56@unach.mx](mailto:eva.dominguez56@unach.mx)
  - 3 Licenciado en Derecho por la Universidad Interamericana para el Desarrollo (UNID). Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Castilla-La Mancha. Maestro en Educación por la UNID. Candidato a Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Estudiante del Master en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha. Técnico académico de la UNACH, adscrito al Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad (CECOCISE). Coordinador de la Licenciatura en Derechos Humanos. Contacto: [roberto.nunez@unach.mx](mailto:roberto.nunez@unach.mx)
  - 4 Lucho, Guadalupe y Cepeda, Francisco, “Políticas públicas en materia de migración: Frontera Norte y Sur”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 136.

pales, estatales y federales, quienes no se encuentran preparados para atender el fenómeno migrante y, por parte de las organizaciones de la sociedad civil existe una sobrepoblación en las casas de albergues para migrantes.

Ante tal situación, se ha creado una desconfianza de todas las personas migrantes por su situación irregular ante la sociedad, autoridades y las instituciones mexicanas, además, existen políticas públicas y una “alienación migratoria” por parte del Estado, que ocasiona una interseccionalidad en los migrantes y generan una serie de violaciones a los derechos humanos, un claro ejemplo de esto, es la falta de atención médica para migrantes y la prohibición del libre tránsito; estos derechos, se encuentran reconocidos por la Normatividad Internacional y la Normatividad Interna.

Así, en este artículo analizaremos la ley de migración así como su reglamento, la función de COMAR el apoyo que otorga ACNUR, y los beneficios que otorga los albergues a las personas migrantes en nuestro municipio.

Con el control migratorio y la vigilancia fronteriza no sólo cambiaron las rutas, sino que éstas se volvieron más largas y peligrosas. La innovación de rutas y el uso de caminos secundarios obligan a los migrantes a transitar por áreas asoladas, donde son frecuentemente sujetos a agresiones y abusos.

## DESARROLLO

La Organización Internacional Para Las Migraciones (OIM), señala que “toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”. Derivado de esta definición podemos agregar ciertas características especiales: 1) no importa su situación jurídica; 2) existe carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3) no importan las causas del desplazamiento; o 4) la duración de su estancia.

La OIM, se ocupa de los migrantes y de las cuestiones relacionadas con la migración y, en concertación con los Estados pertinentes, de los migrantes que requieren servicios de migración en el plano internacional. A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante.” Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello.

Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias. La historia de la humanidad sobre el planeta es quizá la historia de sus migraciones: a veces bajo el imperativo de la aventura, de la búsqueda de nuevos horizontes; a veces empujados por el hambre y la crueldad del medio físico; otras, arrastradas por el empuje violento de la guerra y la conquista. No hay noticia de que un contingente se hubiera quedado estático por varias generaciones.<sup>5</sup>

En razón de lo anterior, se puede considerar que la libertad de movimiento es innata en el hombre, por lo que las distintas legislaciones deben garantizar su respeto. Contra la sinonimia inicial que la Academia Española establece entre migración, se utiliza aquel vocablo con el cual se pretende no diferenciar entre las dos fases de salida o emigración y de entrada o inmigración, según el territorio de procedencia o el destino, para referirse a los traslados más o menos permanentes de la población con respecto al lugar de su residencia u origen. El fenómeno, forzosamente colectivo y con cierta uniformidad social, económica, política o de otra índole, es demográficamente positivo para el país o comarca que recibe ese incremento de pobladores, inmigración para tal territorio; mientras en otro tanto suelen mermar los habitantes del lugar de donde se alejan, para el cual significa emigración<sup>6</sup>.

Más concreto, por migración se entiende el paso de un pueblo de un territorio a otro, para establecerse en él. La voz debe reservarse para el fenómeno colectivo e histórico de gran trascendencia, conforme a un plan, guiado por un propósito y movido por un impulso de mejora o ambición. Como formas principales que adopta se mencionan: la invasión, la conquista, la colonización y la inmigración masiva. Para Jan Osmańczyk<sup>7</sup>, estudioso del derecho internacional son de especial importancia las migraciones, y la definen como el “desplazamiento de los habitantes de un país o de una región como consecuencia de cataclismos naturales, guerras, violentos cambios sociales, o desplazamientos naturales de ciudad a ciudad, de pueblo a pueblo, también con el fin de encontrar trabajo, de un país a otro”.

---

5 Bagu, S, Tendencias migratorias en el mundo,. Ciudad de México: Desclée de Brouwer S.A, 1985.

6 Cabanellas, G, Derecho al trabajo, Ciudad de México: El Colegio de la Frontera Norte, 1975.

7 Jan Osmańczyk, E., Enciclopedia mundial de las relaciones internacionales y naciones unidas, Ciudad de México, 1976.



También, desde el punto de vista económico y sociológico, se refiere a “Cambios de residencia de grupos humanos, con carácter permanente o semipermanente, motivados por razones económicas, sociales o políticas. Estos movimientos humanos presentan muy diversas características, pero a grandes rasgos se distinguen tres tipos de migración: 1) definitiva; 2) temporal, y 3) interior.

Ahora bien, para efectos de nuestro estudio, sólo consideraremos la migración internacional, la que, de acuerdo con la recomendación de la organización de las Naciones Unidas, será permanente (definitiva) cuando el traslado sea por un año o más, y temporal (visita) cuando las estancias sean más breves. En México, la Ley General de Población, en el artículo 77, preceptúa: “Son emigrantes los mexicanos y los extranjeros que salgan del país con el propósito de residir en el extranjero”.<sup>8</sup>

Ahora bien, en términos generales se puede definir a los migrantes como “personas que abandonan el país de su ciudadanía o residencia fija para residir con carácter permanente o temporal en otro, sin importante los motivos del que motivaron el traslado”.

Las personas migrantes más vulnerables son menores no acompañados, mujeres embarazadas, personas que han sufrido accidentes o padecen enfermedades, víctimas de la violencia, incluidas las violaciones y los asaltos, y víctimas del tráfico de personas. Estos son, según la OIM, los principales grupos de atención. Se consideran las personas migrantes más vulnerables porque además en ellas se dan cita otras características que agravan su situación. Migrantes Particularmente Vulnerables. Así define la OIM a las personas migrantes cuyas condiciones les enmarcan en un escenario de vulnerabilidad, que les empuja a la falta de derechos tan básicos como el acceso a la salud. La OIM distingue varios grupos.

En primer lugar, se considera que son más vulnerables las personas migrantes que residen en situación irregular, ya que esto implica que su situación no está legalizada y, por lo tanto, no pueden beneficiarse de todos los derechos, ni están en condiciones de cumplir todos los deberes. A menudo, esta irregularidad coincide con la falta de documentación, lo que aumenta más su vulnerabilidad al no constar en ningún registro. La OIM presta ayuda a las personas migrantes más vulnerables para que regresen a sus países. Desde 2005, la oficina del norte y el centro de América ha atendido a 900 personas consideradas migrantes vulnera-

---

8 La Ley General de Población derivada de la propia determinación de ser garante de los derechos de los ciudadanos de otros países que ingresan a nuestro país de manera legal o regular.

bles, a quienes ha apoyado para volver a sus lugares de origen. Además, se afronta el coste de medicinas, muletas, sillas de ruedas, bastones y otras necesidades médicas.

Con este fin, la OIM cuenta con un fondo especial (Intraregional Fund for Migrants in Highly Vulnerable Situations), constituido por los miembros de la Conferencia Regional sobre Migración. Este es el único fondo de estas características habilitado en la actualidad; con él, se intenta responder a las necesidades de las personas migrantes y protegerlas. Incluso se contempla la posibilidad de atención, según el caso, tras un desastre natural como inundaciones, huracanes y terremotos. Las personas provenientes mayoritariamente de Centroamérica, algunos países de Sudamérica y, en menor medida, de otros lugares del mundo, que no cuentan con documentos que acrediten su estancia legal en México y que cruzan territorio mexicano con el objetivo de llegar a los Estados Unidos, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad al ser víctimas de violaciones a derechos humanos.

Las personas migrantes, no sólo tienen que esconderse de las autoridades mexicanas ante la posibilidad de ser de portadas por la falta de documentación, sino que enfrentan un mayor peligro de cara al crimen organizado, que actúa en algunos casos con consentimiento, tolerancia o incluso bajo la autorización de autoridades mexicanas.

Por otro lado, las personas migrantes que atraviesan México rumbo al norte de la República, son el blanco ideal para ser asaltadas, secuestradas, violadas y asesinadas. La falta de protección del Estado mexicano a los derechos de las personas migrantes es un factor fundamental para que dichos atropellos se realicen en un contexto de completa impunidad.

La situación ha sido ampliamente documentada por diferentes Organismos Internacionales. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, por ejemplo, en su informe de diciembre 2011 reconoció la vulnerabilidad de los grupos de migrantes a ser víctimas de desaparición forzada y de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, debido a su estatus de indocumentación y la falta de recursos financieros, leyes efectivas, programas destinados a protegerlos y/o recursos judiciales a su disposición.

Es importante mencionar que dentro de la población migrante que atraviesa México existen personas que, por su condición social, pertenencia a un grupo étnico, por su género y/o por preferencia sexual se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, cuyas posibilidades de victimización son especialmente altas. Por lo general,

estas condiciones particulares son relegadas en la investigación de los delitos por parte de las autoridades mexicanas y también por parte de las autoridades en los países de origen.

En México, fue muy sonado el caso de Migrantes Guatemaltecos que fueron asesinados y localizados en Fosas Clandestinas en Tamaulipas, donde las autoridades no tomaron en cuenta sus tradiciones, costumbres, religión u origen étnico para la cremación de los restos. En este sentido, actualmente ninguna de las dependencias federales o estatales que se encuentran señaladas como estados de tránsito para la población migrante, cuentan con una estadística actualizada al día de todos y cada uno de los casos, averiguaciones previas o denuncias anónimas relacionadas con desapariciones o ejecuciones de migrantes, localización y ubicación de restos o fosas en donde se encuentren personas que detente tal calidad de Migrantes.

Es decir, no se cuenta con una aproximación del fenómeno de desaparición o ejecución de migrantes, debido a que no existen mecanismos estatales que se ocupen de estos rubros. La mayoría de las mujeres migrantes optan por utilizar rutas alternas, en razón a que para ellas. Representa un menor riesgo de accidentes y de violencia física extrema, como la que se vive en el ferrocarril de carga. Transitar más lenta y ocultamente las invisibiliza, es decir, trae como efecto la nula documentación tanto por parte del estado como de la sociedad civil, pues los albergues, casas del migrante y comedores se encuentran localizados en la ruta del ferrocarril de carga. Una parte del rastro que dejan en su paso por México, se documenta también a través de las masacres que se han registrado en el territorio mexicano en contra de migrantes.

La discriminación es doblemente padecida por las mujeres, niñas y niños migrantes, quienes sufren de acosos y malos tratos en situaciones de detención, además son orillados al trabajo doméstico clandestino, prostitución, abusos sexuales y agresiones físicas y sexuales en las operaciones de trata. Es muy importante que se genere un cambio cultural en el que haya una sensibilización sobre las condiciones en que viajan las personas migrantes y las razones por las cuales una persona deja su país. La mayoría lleva muy pocos recursos y miles viajan en trenes de carga hacia el norte del país, lo que pone en peligro su integridad. La mayoría son migrantes económicos que buscan mejorar su calidad de vida; sin embargo, también existe un número importante de personas que huye de situaciones de violencia, así como de desastres naturales. La violencia generada contra los migrantes está motivada por la discriminación, pues aunque

sus derechos humanos están reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte, el ejercicio real de éstos se encuentra limitado.

El fenómeno de la migración es un fenómeno global, por motivos de la pobreza, la explotación laboral, la salud, las guerras entre países y guerras internas entre sus mismos Estados, también se tiene, a los países pobres, o en vía de desarrollo quienes no pueden cumplir con las necesidades básicas de las personas, por lo que se ha tenido a nivel mundial el desplazamiento de miles de personas de un lugar a otro, buscando su bienestar, su seguridad y su salud.

En este sentido, México no es la excepción, ya que en la ubicación geográfica en que se encuentra el país, es un punto clave para que miles de migrantes de diversos países transiten para llegar al sueño americano por lo que entran en diversas fronteras de nuestro país entre de ellas en la parte sur, en donde nos encontramos colindando con la frontera de Guatemala, que anterior mente se hacía un flujo migratorio mesurado venían familias completas, personas adultas solas, menores de edad solos, las cuales entraron de manera desordenada e ilegal a nuestro país, cruzando por medio de valsas el rio Suchiate que nos divide con la Republica de Guatemala, entrando por los municipios de Suchiate, Frontera Hidalgo y Talismán.<sup>9</sup>

Esta situación, ocasionó enfrentamientos entre migrantes y la policía mexicana, el Estado no estaba preparado para tal magnitud de personas, que entraran al mismo tiempo al país por lo que causo sobre población en las instalaciones migratorias, en los albergues provisionales que puso el Instituto Nacional de Migración y en los albergues de asociaciones civiles, esto trajo como consecuencia que se violentaran sus derechos humanos a los migrantes, como el libre tránsito, libertad deambulatorio, salud, alimentación entre otros.

Actualmente, existen las “Caravanas Migrantes” que de acuerdo con Cepeda & Ramírez, las “caravanas se consider(n) como un medio más seguro de migrar y de no representar un blanco potencial para el crimen organizado o posibles engaños por la estructura compacta que forma entre sus miembros”<sup>10</sup>. Al 30 de abril del 2019, se estimó que en

---

9 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Los Desafíos de la migración y los albergues como Oasis. Encuesta Nacional de personas migrantes en tránsito por México, México, CNDH, 2018, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/Informe-Especial-Desafios-migracion.pdf>

10 Cepeda, Francisco y Ramírez Alejandro, “Las caravanas migrantes de 2018 y la migración regular, ordenada y segura”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 215.

México habían entrado cerca de 12,000 personas en 6 diferentes caravanas migrantes, las cuatro primeras de ellas estuvieron compuestas por migrantes centroamericanos en su mayoría, sin embargo, como se mencionó anteriormente, las últimas dos caravanas han tenido la presencia de cubanos, haitianos, africanos y asiáticos<sup>11</sup>.

Así pues, en Tapachula, Chiapas se tubo de repente oleadas migrantes, que se podían percibir en toda la ciudad, grupos de haitianos, africanos, chinos, Honduras, Salvador, Guatemala y Cubanos, fue algo novedoso para la población quien primero los visualizo con sorpresa y después, debido a la alienación migratoria ejercida por el Estado, con temor, ya que no se tenía un control sanitario y en cualquier momento se podría “propagar una enfermedad que pondría en riesgo a la sociedad”.

La mayor parte de las personas migrantes que entraron al país eran detenidas en los Filtros de revisión migratoria, en donde no solo se encontraban personal de migración, si no también eran auxiliados por fuerzas federales (ejército, marina y la policía federal), hubo una gran detención, por lo que llegaron a sobre poblar las instalaciones migratorias en este caso la Estación Migratoria “Siglo XXI” de la Ciudad de Tapachula; la problemática no quedo ahí, y fue empeorando drásticamente ya que llegaron a entregarse voluntaria mente haitianos e Hindúes, por lo que puso en jaque a las autoridades migratorias; *empero*, a estos migrantes haitianos e hindúes, no los ingresaron a las instalaciones migratorias, si no a los albergues provisionales que instalaron la misma migración, los cuales eran reprobables, por la falta de elementos básicos, agua, salud, un lugar donde dormir.

Así, las instalaciones migratorias “Siglo XXI” se encontraron rebasadas en su límite poblacional, por lo que tampoco se encontraban en las mejores condiciones para atender a tantos migrantes, en esos lugares algunas personas llegaban a estar hasta 50 días, por lo que ocasiona un daño psicológico y físico en ocasiones irreversible, viviendo constantemente con la incertidumbre de que podrían ser deportados en cualquier momento.

En este sentido, la ley de migración mexicana en estos momentos es un látigo de injusticia, por lo que debería por lo que debería de haber unas reformas donde debería de ser más humanista y no privarle de su libertad a las personas que fueron detenidas en cualquier filtro de revisión migratoria. Se llegó al grado de que las autoridades mexicanas, violentando el propio Estado de Derecho, realizaban cateos en hoteles,

---

11 Lucho, Guadalupe y Cepeda, Francisco, “Políticas públicas en materia de migración: Frontera Norte y Sur”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 142.

casa de huéspedes, y parques para la detención de migrantes, en este caso los más agraviados eran de nacionalidad cubana al parecer eran los más perseguidos por la autoridad.

De acuerdo con Martínez, “las autoridades están obligadas, desde el momento que se encuentre privado de su libertad (un migrante), de informar a él y a sus familiares, de ser posible en su idioma, las razones de la acusación que justifiquen la detención”<sup>12</sup>; esta situación que omiten las autoridades mexicanas, esta consagrada en los instrumentos internacionales<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, el Comité para la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares (CMW) ha determinado que es una violación a derechos humanos la criminalización de la entrada y la estancia irregular.

En diversas entrevistas realizadas a abogados defensores de derechos humanos, en la ciudad de Tapachula, Chiapas, México, nos fue posible detectar lo siguiente:

1. En la instalación migratoria “Siglo XXI” hay una sobre población de migrantes de diferentes nacionalidades, además, las autoridades mexicanas no tienen un orden, para la atención de los abogados y la atención de los familiares de los migrantes por lo que pasan más de 6 horas esperando para poder hablar con algún servidor público que les informe la situación en la que se encuentra detenido el migrante.
2. A través del amparo indirecto en contra de la posible deportación es posible evitar o retrasar la detención, sin embargo, es muy tardado obtener la libertad de los migrantes, ya que se determina que lo realizado por las autoridades migratorias se encuentra conforme a derecho.
3. No es posible para los defensores conocer del procedimiento administrativo, mucho menos actuar en el mismo, este impedimento dificulta la defensa correcta de los migrantes, quienes tampoco tienen conocimiento de dicho procedimiento; entonces, es claro que el Estado violenta el Derecho a las garantías procesales mínimas, el Derecho a la Información, y al debido proceso, acerca del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado a través del caso *Velez Loor vs. Panamá*<sup>14</sup>.

---

12 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, “Derechos Humanos de los detenidos”, *Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos*, México: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 88.

13 *Ibid.*

14 CORTE IDH, Caso *Velez Loor Vs. Panamá*, 2003, párr. 98.

4. La omisión del Estado genera un clima de malestar, lo que ha ocasionado motines dentro de las instalaciones de migración por la sobrepoblación escapándose cientos de personas; después de dichos motines la autoridad migratoria determinó hacer albergues para algunos migrantes,
5. Existe un daño psicológico y físico irreversible en los migrantes que son detenidos.

## CONCLUSIÓN

Lo antes analizado podemos darnos cuenta de que los migrantes, en específico los de nacionalidad cubana tienen mayores dificultades, para cruzar nuestras fronteras, por lo tanto este trabajo es explorar la condición de la ciudad de Tapachula; Chiapas como territorio de desplazamiento de personas migrantes por ser una zona fronteriza, ya que la intención de los migrantes es de llegar a los Estados Unidos de Norte América.

Se analizó que con las experiencias que ha tenido México con las caravanas migrantes sea vuelto un problema de sobrepoblación, en las instalaciones de migración en las cuales cabe una cantidad de personas determinadas, trayendo como consecuencia que la autoridad migratoria, tenga que instalar albergues provisionales e instalaciones migratorias provisionales y al no tener el personal adecuado e insuficiente se violan los derechos humanos constante mente de todos los migrantes, pero en específico, de los de nacionalidad Cubana a quienes se les da un trato diferente como ya lo hemos explicado en esta investigación, también se entró al estudio la ley migratoria la cual es como un látigo para los migrantes, pues ya que violenta sus derechos a la información, a un debido proceso, a su libertad personal y el derecho a la salud.

Con el control migratorio y la vigilancia fronteriza no sólo cambiaron las rutas, sino que éstas se volvieron más largas y peligrosas. La innovación de rutas y el uso de caminos secundarios obligan a los migrantes a transitar por áreas asoladas, donde son frecuentemente sujetos a agresiones y abusos.

Aumentó también la contratación de empresas de tráfico de personas, tanto en el tránsito como en el cruce de las fronteras. Otra consecuencia de los obstáculos interpuestos por las políticas migratorias es la necesidad de cambiar el proyecto migratorio y adaptarse a circunstancias novedosas en destinos que no estaban previstos a la salida. Por ejemplo, en Tapachula se asientan muchas personas no sólo de Centroamérica

sino de diversos países del mundo que, debido a la dificultad de continuar su camino hacia el norte, esperan a veces durante meses o años a ser reconocidas como refugiadas, o bien a reunir recursos sociales y económicos para dirigirse a los Estados Unidos de América. Esto sucede también en algunas ciudades de la ruta del Golfo, como Saltillo, donde personas principalmente de origen hondureño trabajan y residen, en una espera a veces interminable antes de continuar su camino hacia los Estados Unidos de América. Esta población “varada” carece de redes de apoyo y difícilmente establece contacto con las instituciones públicas o con las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC).

Los valores de la sociedad de acogida o de tránsito, particularmente valores racistas, xenófobos, de intolerancia religiosa o de género, hacen mucho más peligrosa la vida de los migrantes, al legitimar la discriminación, la segregación, las agresiones y la violencia. Pero debe tenerse en cuenta que las amenazas no siempre provienen de la población arraigada: la violencia intrafamiliar en hogares migrantes, la violencia de las pandillas en medios de transporte (como el tren de carga) indican que los migrantes no siempre son las víctimas sino que también pueden participar como victimarios.

Desde la década de 1980, cuando creció el flujo de centroamericanos que transitaban de manera irregular por el país, existen múltiples relatos de migrantes víctimas de abusos y agresiones a lo largo del trayecto por México. Organizaciones y académicos reportaban desde entonces que la ruta por tierra era particularmente peligrosa para mujeres, niños, niñas y adolescentes. También hablaban de la frecuente extorsión por parte de autoridades migratorias y policíacas. Sin embargo, de acuerdo con los informes de derechos humanos y con los relatores de organismos internacionales sobre los derechos de los migrantes, el riesgo a la violencia social aumentó considerablemente a partir de 2007 por dos fenómenos concomitantes: por un lado, el aumento mismo de la violencia en territorio mexicano, debido a la lucha territorial entre organizaciones criminales y entre éstas y los cuerpos de seguridad del Estado; por otro lado por la incursión de estas organizaciones criminales en el proceso migratorio, a través de delitos como el secuestro masivo de migrantes y la trata de personas.

El tráfico de migrantes centroamericanos en tránsito por México se ha transformado también radicalmente. Las características mismas del tráfico de personas en la región obligan a sustituir los conceptos tradicionales de “coyote y pollero”. El tráfico de personas se realiza actualmente mediante redes empresariales complejas. Estas empresas pagan “cuotas”



a las organizaciones criminales y cumplen con las rutas y el número de migrantes acordados con ellas. Es decir, la red de tráfico de personas que opera entre Centroamérica y los Estados Unidos de América tiende cada vez más a la despersonalización del coyote que pasa a ser simplemente un eslabón en una cadena de tráfico de personas.

## REFERENCIAS

Bagu, S, Tendencias migratorias en el mundo. Ciudad de México: Desclée de Brouwer S.A, 1985.

Cabanellas, G, Derecho al trabajo, Ciudad de México: El Colegio de la Frontera Norte, 1975.

Cepeda, Francisco y Ramírez Alejandro, “Las caravanas migrantes de 2018 y la migración regular, ordenada y segura”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Los Desafíos de la migración y los albergues como Oasis. Encuesta Nacional de personas migrantes en tránsito por México, México, CNDH, 2018, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/Informe-Especial-Desafios-migracion.pdf>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Los Desafíos de la migración y los albergues como Oasis. Encuesta Nacional de personas migrantes en tránsito por México, México, CNDH, 2018, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/Informe-Especial-Desafios-migracion.pdf>

Constitución De La Organización Mundial De La Salud, 2006, [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2020, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 1967, [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios Y De Sus Familiares, 1990, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

CORTE IDH, Caso Velez Loor Vs. Panamá, 2003, párr. 98.

Jan Osmańczyk, E., Enciclopedia mundial de las relaciones internacionales y naciones unidas, Ciudad de México, 1976.

Ley de migración, 2011, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>

Lucho, Guadalupe y Cepeda, Francisco, “Políticas públicas en materia de migración: Frontera Norte y Sur”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, “Derechos Humanos de los detenidos”, Migrantes, Refugiados y Derechos Humanos, México: Tirant Lo Blanch, 2019, ISBN: 978-84-1313-864-0.



# STARTUPS: FORMAS DE INVESTIMENTO E INSTRUMENTOS JURÍDICOS<sup>1</sup>

RENATA VIELMO GUIDOLIN<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

No cenário atual, mormente a partir do final do século XX e com mais veemência no início do século XXI, onde o empreendedorismo e a inovação moldam as relações que se dão dentro da sociedade a partir do advento das novas tecnologias, surgem empresas voltadas a oferecer produtos e serviços inovadores, as quais se convencionou chamar de *startups*. É necessário, então, compreender o que são as *startups* e por qual motivo são diferentes das demais empresas tradicionais, já consolidadas no mercado, fornecendo produtos e serviços de maneira já estabelecida.

Ademais, há que considerar-se que evolução tecnológica e a inovação constituem meios relevantes de fomento do desenvolvimento econômico. É interessante para o Estado propiciar o desenvolvimento da sociedade alicerçada na tecnologia e na inovação, em face da perspectiva de avanços importantes para a vida individual e coletiva que este novo paradigma possibilita, aumentando o nível dos conhecimentos gerados e utilizados na sociedade, possibilitando constante aprendizagem e mu-

- 
- 1 Ensaio elaborado a partir de debates realizados no Projeto de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
  - 2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Tributário Empresarial – FGV (2005). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. (2002). Advogada. Endereço eletrônico: renata@guidolinadvogados.adv.br

dança, facilitando a defesa da diversidade e deslocando o eixo da atividade para as que demonstrem maior respeito ao meio ambiente (WERTHEIN, 2000, p. 73).

Diante desta realidade, os aspectos jurídicos são fatores relevantes pra impulsionar, ou não, o desenvolvimento do empreendedorismo e da inovação, possibilitados pelo advento das novas tecnologias. As questões jurídicas afetam diretamente a indústria do financiamento de empresas inovadoras. O financiamento externo de uma empresa usualmente se dá por meio de assunção de uma dívida ou pela participação direta do investidor na sociedade. Para que aos investidores seja conferida a maior segurança jurídica possível, garantindo-se assim o fomento das atividades inovadoras, os instrumentos contratuais utilizados para viabilizar os investimentos em inovação desempenham papel de destaque, visto que meio de suas cláusulas e mecanismos o referido aumento do grau de proteção dos envolvidos é alcançado (FONSECA; DOMINGUES, 2017, p. 321).

Em face do exposto, o presente artigo tem por finalidade examinar as formas de financiamento possíveis às startups e os institutos jurídicos capazes de conferir maior grau de segurança jurídica para a relação que surge entre investidor e empreendedor. A este efeito, a primeira parte do estudo é dedicada a uma reflexão sobre um novo modelo de negócios que se convencionou chamar de *startup*. A segunda parte do texto centra-se na análise das formas possíveis de investimento nas *startups*. Por fim, a terceira parte do texto se propõe ao exame das formas jurídicas dos modelos de investimento. Para alcançar a finalidade pretendida foi utilizado o método dedutivo com estudo de caso jurisprudencial.

## **1. UM NOVO MODELO DE NEGÓCIO: AS STARTUPS**

A palavra empreendedorismo ecoa em todos os segmentos e ganha espaço cada vez maior nos meios de comunicação. Nunca antes se falou tanto sobre este tema como se tem falado nos últimos tempos (COELHO et al, 2013, p. 115). A mídia, escrita e falada, dedica expressivo espaço para tratar do tema, com assuntos de relevância, dicas e informações valiosas para aqueles que se aventuram a empreender.

Ademais, a vida moderna está repleta de inovações promovidas por empresas inovadoras, as chamadas *startups*. Diariamente fotos são postadas no *Instagram*, opiniões são emitidas no *Facebook*, vídeos são assistidos no *Youtube* e os indivíduos se locomovem chamando um mo-

torista particular pelo aplicativo (AZEVEDO, 2013, p. 14). Somado a isto, expressiva parte da comunicação entre as pessoas é realizada via computador, *smartphone* ou *tablet*. Tais mudanças, que se instalam na vida atual em ritmo cada vez mais rápido, são serviços criados por empresas conhecidas como *startups*, e que no mais das vezes iniciaram as atividades num cenário adverso, de incertezas e muita dificuldade.

*Startup* é um termo que tem origem na língua inglesa, e que pode ser entendido como “o ato ou processo de iniciar uma operação ou movimento”<sup>3</sup>. Este termo vem sendo empregado para “referir-se a negócios recém constituídos, com baixo custo de manutenção e elevado grau de incerteza de sucesso, que buscam atingir um crescimento rápido, apoiando-se para tanto na oferta de produtos ou serviços inovadores em face do mercado em que estão inseridas e com alto potencial de escalabilidade, no mais das vezes utilizando-se da *internet* ou outras tecnologias inovadoras” (REIS, 2018, p. 13).

Estas empresas surgem a partir do século XX e com mais veemência no início do século XXI, acompanhando o surgimento e a propagação da internet. Há lugares reconhecidamente promissores ao empreendedorismo, como, por exemplo, o *Silicon Wadi*, em Israel, que é conhecida como a “Nação Startup”, ou “Nação Empreendedora” e a cidade de Londres, no Reino Unido, que vem apresentando impressionantes índices de financiamento por meio de fundos e *venture capital* (FEIGELSON et al, 2018, p. 48).

No Brasil é possível citar alguns locais que iniciam tal caminhada, como o Porto Digital, em Recife, e São Paulo. Contudo o país ainda não pode ser considerado um local vantajoso para o empreendedorismo, isto por razões como a maturidade do sistema, o volume de capital investido e inclusive a segurança jurídica – ou melhor, a falta dela.

Importante referir, quando se trata de ecossistemas de *startups* de sucesso, o destaque de um local denominado *Silicon Valley* – Vale do Silício – que é área localizada na Baía de São Francisco, na Califórnia (EUA). Ali as cidades de Palo Alto, Santa Clara, San Mateo e San Jose integram este cenário (FEIGELSON et al, 2018, p. 49). Nesta região estão sediadas grande parte das empresas de alta tecnologia, como, por exemplo, Google e Apple, além de abrigar milhares de outras *startups*. É possível afirmar que vários fatores convergentes atuando em um mesmo local transformaram o Vale do Silício em meio de inovação: novos conhecimentos tecnológicos; um grande grupo de engenheiros e cientistas talentosos das

---

3 The Free Dictionary. Disponível em: <<https://www.thefreedictionary.com/startup>>. Acesso em: 29 set. 2020;

principais universidades da área; fundos generosos vindos de um mercado garantido e do Departamento de Defesa; a formação de uma rede eficiente de empresas de capital de risco; e, no primeiro momento, liderança institucional da Universidade de Stanford (CASTELLS, 2012, p. 100).

Um número cada vez mais expressivo de projetos baseados na inovação tem surgido na busca por espaço no mercado, principalmente após a crise financeira vivenciada mundialmente nos anos 2007-2008, a qual também representou uma grande oportunidade para a exploração de soluções criativas apresentadas por estas novas empresas denominadas *startups* (SANTOS, 2017, p. 242). Este novo modelo de empresa, que muitas vezes busca apresentar novas soluções para velhos problemas, tem como característica a dinâmica e a não formalidade de procedimentos, em detrimento da grande estrutura de uma empresa, o que se dá em virtude da revolução tecnológica (SANTOS, 2017, p. 242). Outro fator que contribuiu para o surgimento deste novo modelo de empresa foi o surgimento de um mercado virtual, advindo da revolução tecnológica, “que tem demonstrado uma verdadeira força transformadora de fenômenos existentes e exploradora de espaços desconhecidos e novos paradigmas.” (SANTOS, 2017, p. 242)

Encontrar um conceito para o novo fenômeno denominado *startups* não é tarefa fácil, ao início pela falta de antecedentes históricos. O termo *startup* foi inicialmente usado nos Estados Unidos da América na chamada “bolha da internet”, que ocorreu entre 1996 e 2001, e se destinava a especificar “um grupo de pessoas que trabalhava com uma ideia diferente que poderia alcançar um grande nível de lucro e crescimento.” (SANTOS, 2017, p. 243). Apesar de o significado do termo ter evoluído ao longo dos anos, a premissa essencial continua sendo a mesma - seu caráter inovador e a possibilidade de crescimento rápido, que independe do local onde o negócio se desenvolve. (ROSSETTI; SANTOS, 2014, p. 6).

No Brasil o conceito legal de *startups* foi introduzido pela Lei Complementar n. 167, publicada em 24 de abril de 2019, LC 167/2019, que criou o Inova Simples, regime simplificado de abertura e encerramento de empresas voltado a *startups* e empresas de inovação de caráter incremental ou disruptivo, legislação que busca fomentar a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação de tais iniciativas. Referida legislação apresenta três requisitos para que a empresa seja considerada uma *startup* pelo prisma legal, quais sejam: caráter inovador, expressão ainda com sentido aberto, objetivo empresarial, que deve estar ligado ao aperfeiçoamento de sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, e ambiente de atuação, que está liga-

do às condições de incerteza, que demandam experimentos e validações. Importante notar que a partir dos elementos trazidos, a nova legislação se caracteriza como alinhada à dinâmica realidade da inovação nos dias atuais. Frise-se, ainda, que a escolha pela autodeclaração como forma de identificação de uma iniciativa empresarial como *startup* representa um avanço no caminho da desburocratização, uma vez que torna desnecessária qualquer chancela estatal sobre o tema.

Há ainda que se falar nas particularidades das *startups* de possuírem uma tendência a atuarem nas áreas tecnológicas, de investigação e desenvolvimento, além de seu estado embrionário e o risco associado. Quanto ao estado embrionário tal se refere à fase de desenvolvimento destas empresas, que geralmente ainda se encontram em fase de gestação elaboração e organização das suas operações, mas nem sempre tendo colocado seu produto à disposição no mercado. Já quanto ao risco associado, estas empresas se apresentam no mercado sem histórico e como uma novidade, o que acarreta certa dificuldade em obter recurso junto às instituições financeiras tradicionais. Ensina Bruna Losada (2020) que para manter o controle societário do negócio uma opção adequada costuma ser buscar recursos junto aos bancos como forma de financiamento, não sendo necessário trazer novos sócios para a empresa. Contudo, esta nem sempre é uma opção viável aos empreendedores, que buscam então angariar recursos para colocar em prática a ideia em modalidades de financiamento menos tradicionais.

## **2. OS TIPOS DE INVESTIMENTO EM STARTUPS**

Na fase inicial da *startup* é usual perceber-se que muitos empreendedores financiam o estágio de criação da ideia e prova de conceito com capital próprio, ao que se convencionou chamar de *bootstrapping*. Este termo da língua inglesa, que originalmente pode ser traduzido como “o ato de amarrar ou prender a bota”, é usado no ecossistema das *startups* para identificar a prática pela qual os empreendedores utilizam recursos próprios para criar uma empresa, almejando sempre reduzir ao máximo custos do negócio e aproveitando as capacidades dos próprios colaboradores da *startup* (FEIGELSON et al, 2018, p. 78).

Por meio do *bootstrapping* os empreendedores são incentivados a aproveitar ao máximo suas próprias habilidades para desempenhar funções essenciais à empresa no período inicial, evitando assim a recorrer a



capital externo (BHIDE, 1992). Desta forma os empreendedores podem garantir a retenção de participação societária, evitando ceder participação para sócios de capital, bem como evitam a divulgação de informações sobre o projeto, o que pode assegurar o impacto inovador do mesmo. Contudo, há também riscos em financiar negócios com recursos próprios, em face do alto índice de incerteza que usualmente acompanha a empresa em sua fase inicial de criação e desenvolvimento.

Este modelo de financiamento pode ser uma alternativa para as empresas pequenas com mais dificuldades de acesso às formas tradicionais de financiamento de um negócio, configurando um método contínuo de operação da empresa ou uma possibilidade até a validação da hipótese. Contudo, o *bootstrapping* não é um recurso que pode ser empregado em todos os casos, podendo, na realidade de mercados muito dinâmicos e competitivos, representar a perda da chance de se tornar um *first-mover*. Tal ocorre nos chamados mercados *winner-takes-all*, onde é possível que um agente angarie uma grande fatia do mercado, e o que sobra para os demais é insuficiente para os manter ativos. (FEIGELSON et al, 2018, p. 79).

Nesse cenário o financiamento externo se configura como essencial ao desenvolvimento e subsistência das *startups*, até o momento em que a empresa tenha condições de manter seu crescimento. Ocorre, contudo, que as *startups* têm reconhecidamente grande dificuldade de acesso aos recursos disponibilizados pelo sistema bancário, que no mais das vezes se mostra relutante em emprestar dinheiro a novas empresas com garantias limitadas, muito em virtude de seu curto histórico de crédito e seu alto grau de incerteza quanto ao sucesso (SANTOS, 2017, p. 247). O financiamento destes novos negócios é, contudo, primordial para que as ideias sejam colocadas em prática – lançamento dos produtos ou serviços, marketing inicial – uma vez que seus fundadores na maior parte das vezes não dispõem de recursos próprios para tanto. João Vieira dos Santos (2017, p. 248) muito bem esclarece sobre esta realidade ao referir que

Apesar de inúmeras startups iniciarem o seu desenvolvimento com o capital mínimo requerido para o efeito e serem subsistentes por si mesmas (o chamado *bootstrapping*) ou mesmo o financiamento dos elementos conhecidos como “3Fs” (*family, friends and fools*), num determinado ponto do seu ciclo de vida será inevitável uma injeção de capital ainda antes de qualquer retorno financeiro.

Assim, as *startups* são consideradas investimentos de risco, contudo há investidores que se interessam em face de seu alto potencial de retorno. Surgem então modalidades de investimento externo nessas empresas, diferentes do tradicional sistema bancário. Os investimentos em *startups* são usualmente segmentados em rodadas de investimento nomeadas “séries”, sendo a primeira rodada nomeada de “Série A”, a segunda rodada nomeada de “Série B” e assim segue. Ensinam Feigelson *et al* (2018, p. 84) que “cada rodada de investimento corresponderia a um financiamento com um determinado objetivo”. As rodadas iniciais de investimento em uma *startup*, que ocorrem antes das “séries”, são usualmente compostas por três agentes: FFFs (*Family, Friends and Fools*), investidores-anjo e fundos semente (*seed*), e têm por objetivo patrocinar a ideia do empreendedor para que ela possa sair do papel.

Assim, na modalidade de financiamento externo das *startups*, os investidores nomeados *Family, Friends and Fools* (3Fs ou FFFs) são usualmente os primeiros a empregar capital no negócio, e não costumam exigir um retorno de capital agressivo. Em virtude do estágio inicial do processo, geralmente na fase de criação da ideia ou prova de conceito do projeto que está para ser elaborado, estes investidores assumem o maior risco, e o fazem por ser pessoas próximas ao empreendedor, que almejam seu sucesso, creem no projeto ou se relacionam proximamente com o mercado explorado (FEIGELSON *et al*, 2018, p. 88).

Investimentos aportados na fase inicial de uma *startup* também podem ser realizados por investidores-anjo, que apresentam uma afinidade com o produto/serviço que virá a ser explorado pelo empreendedor, e por tal razão podem financiar a *startup* em estágio tão incipiente. A figura do investidor-anjo normalmente aparece após o empreendedor ter esgotado os recursos disponibilizados por sua família e seus amigos, mas antes de buscar investidores maiores, e usualmente os valores investidos por estes investidores consistem em cifras menores.

O investidor-anjo é uma figura que possui um papel de destaque na fase inicial das *startups*, porque além do investimento financeiro coloca à disposição da nova empresa toda sua rede de contatos, além de ser fonte de conhecimentos e aconselhamentos, representando o chamado *smart money*. Neste contexto, o investidor-anjo não investe apenas seu próprio capital, mas também sua experiência, normalmente desempenhando papel fundamental na formação de uma empresa em estágio inicial de desenvolvimento.

Algumas organizações no país buscam congregar esse grupo de indivíduos para organizar e fomentar o ecossistema de investimento. Alguns

exemplos são o Endeavor do Brasil, a Anjos do Brasil, Harvard Business School Angels Alumni Association, Gávea Angels e Curitiba Angels. Também podem ocorrer iniciativas governamentais, como a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, ligada ao Ministério de Ciência e Tecnologia.

As primeiras rodadas de investimento em startups contam ainda com a figura do capital-semente (*seed capital*), que é geralmente composto por fundos de investimento que buscam investir na fase inicial da empresa. O estágio *seed* usualmente coincide com a fase ainda pré-operacional da empresa (Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, 2011), e por tal motivo os fundos que investem neste momento são considerados capital empreendedor, que visa fomentar projetos em fase inicial. São exemplos destes fundos de investimento que fomentam a inovação em empresas que estão em fase inicial o “Tecnova”, fundo de investimento vinculado ao Finep, e o Fundo Municipal de Inovação e Tecnologia de Porto Alegre, o Fit/Poa, instituído pela Lei Complementar n. 883/2020.

Posteriormente, no momento em que as empresas nascentes comecem a apresentar um modelo de negócio um pouco mais consolidado, superando a fase pré-estrutural, as três etapas de financiamento acima referidas são substituídas pelas etapas subsequentes na cadeia de financiamento, advindo então o estágio que consiste nas figuras do *Venture Capital* e do *Private Equity*. De acordo com definição apresentada por Bruna Losada (2020), os *Venture Capital* constituem uma forma de financiamento privado direcionada a empreendimentos em estágios iniciais e *startups*, investimento que pode ocorrer nas *startups* mesmo antes das mesmas apresentarem receitas, enquanto os fundos de *Private Equity* se destinam a investimentos em negócios que estão em estágios mais avançados, buscando receita para expandirem e consolidarem-se no mercado.

Os fundos de *Venture Capital*, ou fundos de capital de risco, almejam crescimentos exponenciais e grandes retornos de seus investimentos em *startups*, possuindo expectativas arrojadas, logo, seus investimentos comumente envolvem volumes altos de recursos e busca rápida por crescimento. Os fundos de *Private Equity* não raro são o último tipo de investidor a aportar recursos nas *startups* antes de que tais empresas atinjam um patamar de estabilidade hábeis para que se torne reconhecida pelo mercado não mais como uma *startup*, e sim como uma empresa sólida (REIS, 2018, p. 30). Ademais, pode ocorrer de que os aportes efetuados por fundos de *Private Equity* tenham como propósito preparar as *startups* para em momento imediatamente posterior realizar a abertura de seu capital. Os fundos de investimento não agregam benefícios não financeiros,

como faz o investidor-anjo, e ainda implicam em uma burocracia mais significativa no momento da realização do aporte e também nas fases de acompanhamento posteriores, bem como exercem ingerência nas *startups* (participação no conselho administrativo, indicação de administradores, participação nas decisões estratégicas, dentre outras), eles trazem consigo a vantagem de abarcar maiores aportes do que os provenientes de investidores-anjo (REIS, 2018, p. 31).

O último modelo de captação de recursos que se destaca no âmbito das startups é o *crowdfunding*. A respeito do *crowdfunding*, que significa literalmente o financiamento pelas multidões, este surge como uma nova forma de financiamento a partir da crise do crédito bancário. Esta forma de financiamento está ligada ao uso da *internet* como meio de captação de recursos para um projeto ou empreendimento, e possibilita que através da utilização da rede um grande número de indivíduos possa contribuir financeiramente, seja com valores pequenos ou altos (FINKELSTEIN, 2018, p. 38). As plataformas de *crowdfunding* funcionam como intermediadores entre os empreendedores, que precisam de financiamento, e aqueles que pretendem doar ou investir em algum projeto. Por meio delas, os indivíduos ou as empresas anunciam seus projetos, mostrando aos possíveis investidores os objetivos da iniciativa (SANTIAGO; NUNES, 2018, p. 281). Na prática, empreendedor e seus apoiadores encontram-se por meio de uma plataforma *on-line*, ou seja, a negociação ocorre tão-somente no ambiente virtual. O *crowdfunding* representa uma oportunidade inédita de possibilitar o acesso ao mercado de capitais a pequenos investidores. Ademais, João Vieira dos Santos (2017, P. 52) afirma que o *crowdfunding* possibilita às *startups* acesso à crédito em valores mais elevados do que os oferecidos pelo investidor-anjo e a valores mais reduzidos dos que interessam aos fundos e sociedades de capital de risco.

O contrato de *crowdfunding* pode ser celebrado por contrato de natureza diversa como, por exemplo, a doação, o mútuo e a subscrição ou aquisição de valores mobiliários. Existem diferentes formas de *crowdfunding*, sendo que cada termo indica uma série de atividades, identificadas como: doação – geralmente utilizada para projetos filantrópicos, como ações sociais, esportivas ou educacionais; retribuição – usadas por para viabilizar a produção de produtos ou serviços, como produção de filmes, pesquisas, ingressos de shows; empréstimo (*crowdfunding* financeiro) – onde os empreendedores buscam obter empréstimos financeiros; e participação (*equity crowdfunding*) – utilizada por empreendedores pessoas jurídicas para viabilizar as atividades de sua nova empresa, dando em troca

do investimento uma participação naquela (FINKELSTEIN, 2018, p. 39). Hoje no Brasil existem aproximadamente 24 plataformas de crowdfunding on-line (FINKELSTEIN, 2018, p. 38), constituindo grandes referências de arrecadação Benfeitoria, Catarse, Juntos.com.vc, Broota e Startmeup.

Por fim na escala de financiamento externo a *startup* que figura como sociedade anônima tem a possibilidade de efetuar uma oferta pública inicial de ações (*IPO – Initial Public Offering*), que significa emitir suas ações na bolsa de valores, passando assim a ser uma empresa de capital aberto. Este é um procedimento burocrático e oneroso e que acarreta que a empresa assuma responsabilidades mais complexas, que são atribuídas por lei e pela Comissão de Valores Mobiliários, com o fito de proteger o capital de poupanças populares que são alcançados na bolsa de valores. Contudo, a abertura de capital traz benefícios, dentre eles liquidez para as ações da companhia, que podem agora ser negociadas de forma mais ampla, eis que tornam-se disponíveis a um maior número de investidores, e também possibilidade de obter mais investimentos para a companhia ao emitir novas ações, que serão oferecidas na bolsa possibilitando assim o acesso a recursos de poupanças populares, inacessíveis para as companhias de capital fechado (Reis, 2018, p. 35).

Existe, ainda, uma modalidade de financiamento inovadora que até este momento não é usual no Brasil, que é o chamado *Initial Coin Offerings* (ICOs), que representa uma oferta pública de criptomoedas. Existem atualmente mais de 1300 criptomoedas diferentes nas quais é possível investir, sendo as *bitcoins* as mais difundidas.<sup>4</sup> O uso desta forma de financiamento, que possibilita às *startups* obter financiamento para projetos de forma rápida com a venda de criptomoedas, é comum fora do Brasil, já existindo regulamentação na Europa por parte da CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários) e da ESMA (European Securities and Markets Authority (SANTOS, 2017, p. 255). Na prática o que ocorre é que usualmente uma plataforma é contratada pela *startup* para gerenciar a oferta para esta nova empresa que cede os *tokens* ou *coins*. A *startup* que busca este tipo de financiamento elabora um documento que define os moldes da oferta aos possíveis investidores e delimita pontos básicos desta oferta, como valores mínimos, prazos de pagamento, *payback* e demais tópicos que entender importantes para seu mercado.

No Brasil, a Autarquia responsável por regulamentar e fiscalizar ações no mercado de valores mobiliários, a CVM – Comissão de Valores Mobiliários emitiu nota de esclarecimento sobre as ICOs, dizendo que

---

4 Coin Market Cap. <https://coinmarketcap.com>. Acesso em: 10 jul. 2020;

Podem-se compreender os ICOs como captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, também conhecidos como *tokens* ou *coins*, junto ao público investidor. Tais ativos virtuais, por sua vez, a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, podem representar valores mobiliários.

(...)

A CVM esclarece que valores mobiliários ofertados por meio de ICO não podem ser legalmente negociados em plataformas específicas de negociação de moedas virtuais (chamadas de *virtual currency exchanges*), uma vez que estas não estão autorizadas pela CVM a disponibilizar ambientes de negociação de valores mobiliários no território brasileiro.<sup>5</sup>

Assim, no país a oferta de toda e qualquer ICO não está proibida, apenas as que ofertam valores mobiliários, o que reforça a importância da empresa que busca esta forma de financiamento definir de maneira clara as condições da oferta e os direitos de cada *token* ou *coin* ofertado ao mercado. Contudo há de se salientar que ainda não há registro deste tipo de financiamento no Brasil (DUARTE, 2017).

### 3. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DO FINANCIAMENTO DAS STARTUPS

Tomando como base as informações sobre os processos de financiamento de *startups*, cabe definir: o que o Direito tem a ver com o ecossistema? O Direito faz parte desse conceito? E se fizer, é um elemento importante?

No pujante Vale do Silício, segundo Anupam Chander (2014), o Direito foi fundamental para que a região se tornasse referência global em empreendedorismo e inovação. Em estudo denominado *How Law Made the Silicon Valley* (CHANDER, 2014), as reformas legais inovadoras observadas a partir da década de 1990 foram primordiais para alavancar o ecossistema do Vale do Silício até o patamar em que se encontra atualmente. Para o autor, as reformas foram compostas por uma tríade básica que encerrava: a) responsabilização de empreendedores/investidores; b) a proteção à privacidade; e c) as garantias relativas à propriedade intelectual das empresas.

---

5 Comissão de Valores Mobiliários, <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>, Acesso em: 10 jul. 2020;

Sabido é que em um momento inicial da *startup* é usual perceber-se que grande parte dos empreendedores financia a fase de criação da ideia e prova de conceito com capital próprio. No decorrer dessa trajetória alguns encontram investidores-anjo que ajudam a colocar o produto/serviço da *startup* no mercado e, em seguida, a *startup* está pronta para receber aportes maiores de agentes de financiamento relevantes.

Assim, o ponto relevante é o do reconhecimento jurídico dos processos de investimento em empresas nascentes. Este é um problema cotidiano: novas formas de investimento em empresas nascentes surgem com mais rapidez do que o Direito é capaz de acompanhar. Os perigos que revestem operações de investimento atípicas são muitos: pode-se citar desde a falta de proteção informacional de acionistas e empreendedores, perpassando pela insegurança em limitação de responsabilidade e resultando em questões tributárias e trabalhistas.

Necessário examinar então quais são as vestes jurídicas (REIS, 2018, p. 85) que a legislação pátria prevê, até o presente momento, para formalizar os processos de investimento em *startups*, a fim de mitigar os riscos e proteger os investidores e empreendedores. Assim, as espécies contratuais mais importantes são: a) obtenção de participação societária; b) mútuo conversível em participação societária; c) debêntures conversíveis em participação societária; d) opção de compra de participação societária; e e) contrato de participação.

### **3.1. OBTENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

A obtenção de participação societária pode ocorrer em sociedades limitadas, sociedades anônimas e sociedades em conta de participação. Nos dois primeiros tipos societários a participação conquistada tem como objetivo fazer o investidor sócio da *startup*, e não raro é a via eleita pelos empreendedores para formalizar o investimento, por ser a via mais usual. Nesta forma de investimento, que se dá pelo aumento de capital da empresa, o investidor torna-se sócio da *startup*, e não credor dela, uma vez que subscreve e integraliza as novas quotas ou ações (a depender da espécie societária pela qual a *startup* estiver constituída) emitidas pela sociedade investida.

Considerando-se que o investidor tornar-se-á sócio da empresa investida é altamente recomendável que seja elaborado um acordo de quotista/acionistas, para disciplinar temas como a ingerência dos sócios nos negócios e a destinação dos lucros, dentre outros, evitando-se, assim, futuras divergências. Importante atentar para o fato de nas sociedades

limitadas existir alta probabilidade de que o investidor venha a ser o sócio majoritário, uma vez que aportará capital provavelmente superior ao capital social da empresa antes do investimento. Nesse caso, o investidor assumirá grande ingerência na empresa, o que pode não ser almejado nem pelos empreendedores fundadores nem pelo investido, situação que pode então ser resolvida com a transformação da sociedade limitada em uma sociedade anônima; antes, contudo, há que se verificar se tal transformação não acarretará prejuízos significativos à sociedade, como a perda de alguns benefícios tributários.

O investimento através de participação societária pode ser operado em qualquer fase de desenvolvimento de uma *startup*, sendo mais usual na fase inicial do negócio, quando o investidor se une ao empreendedor com objetivo único de aporte de recursos, diferente do investidor-anjo. Ademais, pode também ser utilizado em momentos mais avançados de desenvolvimento da empresa, quando a viabilidade de consolidação do negócio é vislumbrada por fundos de investimento.

Sobre a participação societária no caso da sociedade em conta de participação, esta tem como finalidade que o investidor não seja sócio diretamente da empresa, e sim que seja sócio deste veículo societário planejado para formalizar a realização de um investimento na *startup* (REIS, 2018, p. 86). Neste caso, quando o investidor não deseja tornar-se sócio da *startup*, o aporte será realizado na sociedade em conta de participação, da qual o investidor será o sócio participante e a pessoa jurídica da *startup* figurará como sócia ostensiva, e não diretamente na empresa. Este veículo é mais adequado nas fases iniciais de uma *startup*, pois como a empresa atua em nome próprio o investidor, como sócio participante, resta menos exposto a eventuais passivos. Ainda, este veículo permite ao empreendedor a preservação da gesta da *startup* independentemente do valor aportado, uma vez que o investidor será sócio da sociedade em conta de participação, e não sócio direito da empresa.

### **3.2. MÚTUO CONVERSÍVEL EM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

O contrato de mútuo conversível em participação societária há de ser formalizado por meio de um contrato particular de mútuo, o qual prevê a possibilidade de ao invés de o investidor optar por receber de volta o valor investido, receber uma participação societária na *startup*, instrumento que será celebrado entre a empresa, onde os sócios fundadores figurarão como anuentes, e o investidor. Em referido contrato de mútuo constará o



valor investido, a fixação dos juros e correção monetária, bem como as possibilidades nas quais o investidor poderá optar por receber o valor investido por meio de conversão em uma fatia de participação societária na empresa, e não pela devolução efetiva do valor em dinheiro.

Sendo a opção do investidor a conversão de seu crédito em uma fatia de participação societária na empresa a formalização se dará por meio da emissão de novas quotas ou ações, a depender do tipo societário da *startup*, que serão subscritas e integralizadas pelo investidor, de acordo com o que fora disciplinado pelo contrato de mútuo celebrado previamente. É possível citar como exemplos de circunstâncias geralmente estabelecidas nas quais o investidor pode optar por converter o mútuo em participação societária as seguintes: data do vencimento do contrato, alteração do controle societário da *startup*, transformação do tipo societário da *startup* em sociedade por ações, oferta pública de ações da *startup*, nova rodada de investimento, descumprimentos contratuais por parte da sociedade investida, reorganização societária da *startup*, alteração substancial de seu objeto social, dentre outras (SANTANA, 2017, p. 94).

Quando da negociação do contrato de mútuo é interessante que as partes aproveitem a oportunidade para já definir algumas regras que disciplinarão a relação do investidor com os sócios na hipótese de este optar por entrar no quadro social da *startup*. Esta minuta de acordo de sócios poderá definir questões importantes da relação entre o investidor e o empreendedor, com o objetivo de minimizar eventuais futuras divergências entre os mesmos. Podem ser tratadas, por exemplo, questões relativas à ingerência do sócio-investidor sobre a administração da sociedade, forma de divisão de lucros, regras de saída de sócios ou entrada de novos sócios, forma de sucessão e de solução de disputas, dentre outras.

Em virtude da maior proteção que confere ao investidor o contrato de mútuo conversível em participação societária, apesar de poder ser aplicado em qualquer fase da *startup*, é mais recomendado nas fases iniciais ou fases intermediárias do desenvolvimento da empresa (REIS, 2018, p. 97). Em razão desta maior proteção esta é a forma usualmente escolhida pelo investidor-anjo para formalizar seu investimento em uma *startup*. Ainda, nesta forma de investimento o sócio-fundador assegura maior autonomia na gestão da empresa, eis que o investidor não se torna sócio em um primeiro momento, ao mesmo tempo que o investidor, também por não fazer parte do quadro societário inicialmente, mitiga seus riscos de ser responsabilizado por eventual passivo que a empresa venha a ter antes da conversão da dívida em participação societária.

### 3.3. DEBÊNTURES CONVERSÍVEIS EM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

As debêntures, que são uma espécie de valor mobiliário disciplinadas pelos artigos 52 a 74 da Lei 6.404/1976, constituem uma opção para as empresas captarem crédito no mercado sem precisarem recorrer a uma instituição financeira ou à emissão de novas ações, e outorgam aos seus titulares um direito de crédito contra a companhia emissora, em condições definidas na escritura de emissão de debêntures e, havendo, no certificado. O valor total do mútuo é fracionado de acordo com o número de debêntures subscritas, e a remuneração ao debenturista, que é o titular da debênture, pode ser “juros, fixou ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso”, nos termos do artigo 56 da Lei 6.404/1976.

As debêntures com cláusula de conversibilidade em participação societária da empresa emissora possuem algumas semelhanças com o contrato de mútuo conversível e participação societária, em que pese possuam as suas particularidades e regramento próprio a ser observado, uma vez que conferem ao debenturista a possibilidade de conservar a sua debênture até o vencimento ou de passar da figura de credor a participante da sociedade, por meio da conversão das debêntures em ações.

Há, contudo, diferenças relevantes entre as debêntures com cláusula de conversibilidade em participação societária e o contrato de mútuo conversível. A primeira delas é que o contrato de mútuo é disciplinado de forma sucinta pelos artigos 586 a 592 do Código Civil, dependendo sua formalização de um contrato particular, enquanto a debênture, com regramento complexo conferido pelos artigos 52 a 74 da Lei 6.404/1976, tem sua emissão atrelada ao cumprimento de diversas exigências legais e formais, mormente pela Comissão de Valores Mobiliários (FLACH; SILVA, 2016, p. 150). Há que se observar, contudo, que a possibilidade de emissão de debêntures por sociedades limitadas não é tema pacífico, uma vez que essas sociedades são regulamentadas pelo Código Civil, não havendo qualquer referência às debêntures (REIS, 2018, p. 102), embora a legislação permita que esta modalidade societária se utilize subsidiariamente das normas da sociedade anônima. Por tal motivo esta forma de investimento não se mostra adequada para *startups* em fase inicial de desenvolvimento, onde provavelmente a empresa esteja constituída na forma de sociedade limitada.

### **3.4. OPÇÃO DE COMPRA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

Nesta modalidade de contrato o proprietário de um bem outorga a terceiro a faculdade de optar por adquirir, ou não, tal bem em um momento futuro, por um valor prefixado e de acordo com condições ou termos previamente definidos (PERES, 2011, p. 19). Este tipo de avença é considerada como um contrato atípico, não previsto de forma específica pela legislação pátria, mas cuja celebração é autorizada pelo artigo 425 do Código Civil.

O contrato de opção de compra de participação societária firmado no âmbito das *startups* tem como finalidade proteger o patrimônio do investidor de eventuais passivos da empresa, sem originar uma dívida para a *startup*, uma vez que se o investidor não exercer a opção de compra, que será de uma parcela de participação societária, o valor investido não lhe será restituído. É importante ressaltar ainda que na seara das *startups*, utilizada esta modalidade de contrato para realização de aportes financeiros na empresa, o valor pago para adquirir a opção é o verdadeiro investimento, eis que urgente o recebimento do aporte, sendo, então, simbólica a quantia desembolsada futuramente pelo investidor para exercer o seu direito de compra.

Nessa forma de investimento, usualmente as partes convencionam, além de uma data limite predefinida para o investidor exerça ou não a opção de aquisição de participação societária, algumas circunstâncias nas quais ao investidor será possível exercer antecipadamente o seu direito, como, por exemplo, o recebimento de novos investimentos ou de uma proposta de venda da *startup* ou na eventualidade de os sócios decidirem transformar a empresa em uma sociedade anônima (REIS, 2018, p. 107). É possível celebrar o contrato de opção de compra de participação societária em qualquer fase do desenvolvimento da *startup*, contudo, como uma das finalidades de sua utilização é proteger o patrimônio do investidor, sua utilização é mais usual na fase inicial da empresa.

### **3.5. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO**

Esta modalidade de contrato foi criada pela Lei Complementar n. 155/2016 e pode ser utilizada apenas para investimentos em sociedades que são enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, sendo que o valor aportado não integrará o capital social da sociedade investida. A referida legislação veio para criar uma alternativa

para a formalização de investimento em empresas nascentes, conferindo segurança jurídica à investidores que, para proteger seu patrimônio, não pretendiam tornarem-se sócios das empresas investidas, e para empreendedores, que poderiam não desejar assumir um passivo na fase inicial de maturação da empresa.

O contrato de participação, que não pode ser celebrado em período superior a sete anos, encerra o modelo de investimento efetuado pelo investidor-anjo, que pode ser uma pessoa física ou jurídica (inclusive fundos de investimento), e que não integrará o quadro societário da empresa, preservando assim seu patrimônio de eventual passivo da mesma. Em contrapartida a tal segurança, o investidor-anjo não exercerá ingerência na *startup* e também não terá direito a voto na administração da empresa. O investidor será remunerado por meio dos resultados distribuídos ao final de cada período, limitado a 50% dos lucros da sociedade, pelo prazo máximo de cinco anos. Em ocorrendo de os sócios da empresa investida optarem por alienação de suas participações, ao investidor é legalmente garantido o direito de preferência, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital.

Para que o contrato de participação seja alcançado pelos benefícios da Lei Complementar 155/2016 é necessário que contemple todos os requisitos previstos nos artigos 61-A e 61-C da Lei Complementar 123/2006, caso contrário pode haver sua descaracterização e conseqüente perda dos benefícios legais. Pelas suas características, a celebração de um contrato de participação é mais conveniente nas fases iniciais de desenvolvimento da empresa, não havendo qualquer vedação à sua utilização em estágios mais avançados.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em face da realidade vivenciada pelas *startups*, empresas nascentes que atuam em um ambiente de incertezas decorrente das características que lhe são particulares, como inexperiência e oferecimento de um produto ou serviço inovador, os empreendedores que operam com esta técnica de atuação negocial geralmente possuem dificuldades de acesso ao financiamento no sistema bancário tradicional. Há, contudo, investidores que acreditam no alto potencial de crescimento destas empresas e se mostram dispostos a correr um risco mais elevado em troca de um futuro retorno considerável.

Há que se observar, contudo, que para que a indústria da inovação se sustente é primordial a mitigação dos riscos dos investidores, sendo função do Direito imprimir tal condição, por meio de leis feitas com este objetivo e também por meio de sua eficiente aplicação. Nesse contexto, os instrumentos contratuais se apresentam como importantes mecanismos de controle que regem a relação havida entre investidores e empreendedores, capazes de diminuir o grau de insegurança jurídica destas relações.

Os contratos, que como dito são mecanismos de controle que possibilitam a mitigação dos riscos dos investimentos em *startups*, se operam basicamente de duas maneiras: instrumentos conversíveis ou participação ativa na empresa. Cada um dos instrumentos contratuais colocados à disposição de investidores e empreendedores possuem suas características e protegem as partes em diferentes níveis, trazendo um maior grau de segurança jurídica e tornando possível o fomento do empreendedorismo e da inovação, fatores considerados decisivos para o desenvolvimento econômico das sociedades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. A indústria de Private Equity e Venture Capital: 2º censo brasileiro. Brasília, 2011. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8419/Private\\_Equity\\_e\\_Venture\\_Censo.pdf](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8419/Private_Equity_e_Venture_Censo.pdf). Acesso em 23 set. 2020.

AZEVEDO, Júlio Cesar da Rocha Germano, de. Inovação, Startups e o Direito. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (coord.). **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2013;

BHIDE, Amar. Bootstrap finance: The art of star-ups. **Harvard Business Review**, Nov/Dez, 1992, p. 109-117. Disponível em: <https://hbr.org/1992/11/bootstrap-finance-the-art-of-start-ups>. Acesso em: 25 set. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, vol. 1. São Paulo: Paz e terra, 2012.

CHANDER, A. How Law Made Silicon Valley. **Emory Law Journal**, v. 63, 2014, p. 639-694. Disponível em: <http://law.emory.edu/elj/content/volume-63/issue-3/articles/how-law-made-silicon-valley.html>. Acesso em: 28 out. 2019;

COELHO, Giuliliano Tozzi; GARRIDO, Luiz Gustavo. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (coord.). **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2013;

Coin Market Cap. <https://coinmarketcap.com>. Acesso em: 10 jul. 2020

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>, Acesso em: 10 jul. 2020;

DUARTE, Luis Eduardo. ICO – Initial Coin Offering: Uma análise jurídica geral. Disponível em: <https://ndmadogados.com.br/ico-initial-coin-offering-uma-analise-juridica-geral>. Acesso em: 11 jul. 2020.

FEIGELSON, Bruno, NYBO, Erick Fontenele e FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

FINEP, Inovação e Pesquisa, Disponível em: <http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/programas-e-linhas/tecnova>, Acesso em: 23 set. 2020;

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Crowdfunding de Participação e Financiamento. In. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, 2018;

FLACH, Pedro; Silva, Layon Lopes da. Debêntures: o que são, sua regulamentação e utilização por sociedades limitadas. In. JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (coord.). **Direito das Startups**. Curitiba: Juruá, 2016;

FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 319-354, jan./abr. 2018;

LOSADA, Bruna. **Finanças para Startups - O essencial para empreender, liderar e investir em startups**; (Portuguese Edition) (Locais do Kindle 1853-1857). Edição do Kindle;

PERES, Tatiana Bonatti. **Opção de Compra**. Curitiba: Juruá, 2011;

PORTO ALEGRE. Lei Complementar n. 883, de 24 de Junho de 2020. Instituiu

o Fundo Municipal de Inovação e Tecnologia de Porto Alegre (FIT/POA). Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/2020/88/883/lei-complementar-n-883-2020-institui-o-fundo-municipal-de-inovacao-e-tecnologia-de-porto-alegre-fit-poa>. Acesso em: 23 set. 2020;

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. **STARTUPS – Análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2018;

ROSSETTI, Pedro; SANTOS, Armando. Startups de Base Tecnológica na UP-TEC, p. 6, Disponível em: <http://docplayer.com.br/39097845-Startups-de-base-tecnologica-na-uptec.html>. Acesso em: 10 jul. 2020;

SANTANA, Leonardo. Mútuo conversível em participação – uma alternativa econômica e eficaz de captação de recursos. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (coord.). **Direito das Startups – volume II**. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; NUNES, Geilson. Crowdfunding: um instrumento do consumo colaborativo. **Revista de Direito do Consumidor**, 2018;

SANTOS, João Vieira dos. Aspectos jurídicos das Startups. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, jan.-jun. de 2017;

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

# **A LOCAÇÃO POR TEMPORADA COM A UTILIZAÇÃO DO APLICATIVO AIRBNB EM CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA DO CONTRATO E A VEDAÇÃO DE PROIBIÇÃO DESTA PRÁTICA NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL**

ISADORA LEITÃO WILD SANTINI PICARELLI<sup>1</sup>  
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER<sup>2</sup>

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente ensaio possui como objetivo principal analisar os reflexos jurídicos acerca da locação de imóveis por meio do aplicativo Airbnb, por proprietários de unidades habitacionais autônomas incluídas em condomínios edilícios com destinação residencial.

Importante contextualizar que nos últimos tempos a sociedade evoluiu tecnologicamente, provocando diversas mudanças em vários setores, incluindo o setor da hospedagem. E, com o advento da economia compartilhada, modelo econômico que prioriza a utilização compartilhada de bens e serviços, foi criada a Airbnb, plataforma tecnológica, que funciona como intermediária, aproximando anfitriões e hóspedes. A plataforma fornece um sistema de atendimento 24h para as partes envolvidas, forma de pagamento, dentre outros serviços, co-

---

1 Acadêmica do curso de Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: isadorawildpicarelli@gmail.com

2 Pós Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC/Espanha); Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor da Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Professor da Graduação em Direito da IME-D-POA; Advogado da União. E-mail: josetadeunevesxavier@gmail.com



brando uma taxa de serviço, com finalidade de cobrir os custos de operação da plataforma.

A plataforma Airbnb foi criada em 2007, por Nathan Blecharczyk, Brian Chesky e Joe Gebbia, após terem alugado colchões infláveis no apartamento onde moravam, a fim de arrecadarem dinheiro para pagar o aluguel no final do mês. Desde o início da ideia, os idealizadores desta operação sempre fizeram questão de oferecerem na plataforma serviços adicionais, como arrumação do quarto, café da manhã, dentre outros serviços.

A plataforma oferece acomodações em quartos exclusivos, compartilhados, ou em todo o imóvel. Ainda, é possível encontrar opções de acomodações como casa na árvore, iglus, castelos, dentre outras opções, que dificilmente são oferecidos pela rede hoteleira tradicional.

Considerando que a plataforma é apenas um intermediário entre anfitriões e hóspedes, os valores costumam ser mais acessíveis do que o usual em hotéis, o que também é possível por não ter uma regulamentação nacional. Assim, as acomodações oferecidas não pagam os mesmos tributos, nem possuem os mesmos deveres e obrigações impostos aos hotéis e pousadas.

A empresa não possui nenhuma acomodação em seu próprio nome, de forma que as acomodações oferecidas são propriedade dos anfitriões. Importante registrar que a plataforma não exige que os anfitriões sejam proprietários do bem, podendo locatários ou usufrutuários também oferecer acomodações na plataforma.

Ademais, apesar de, em primeiro momento, a Airbnb e outros aplicativos online de compartilhamento de imóveis, funcionarem como um intermediário na relação, aproximando as partes interessadas, não podem ser confundidos como um corretor de imóveis ou uma imobiliária. Isso porque a plataforma também oferece outros serviços, como aqueles típicos de hospedagem e também experiências turísticas, de forma que inovam nas relações jurídicas outrora estabelecidas.

Torna-se relevante a abordagem do tema, pois, por meio da Airbnb, muitos anfitriões cadastrados no site, oferecem para locação acomodações dentro de condomínios residenciais com finalidade exclusivamente residencial. E, em razão da não regulamentação específica em âmbito federal a respeito da locação por meio da Airbnb dentro de condomínios com destinação exclusivamente residencial, surgiram muitos conflitos e indagações acerca da locação de unidades imobiliárias localizadas em condomínios edilícios com destinação exclusivamente residenciais, bem como se sucederam muitos conflitos entre os condôminos, envolvendo, assim, debates quanto ao direito de propriedade e direito de vizinhança.

Ainda, alguns condomínios estão impondo, nas respectivas convenções, limites ao direito de propriedade, criando conflitos entre aqueles proprietários que desejam alugar suas unidades autônomas e os demais condôminos, que se sentem incomodados pelo acesso a terceiros desconhecidos nas dependências do condomínio, alegando falta de segurança para os moradores, visto que em razão das locações serem realizadas por curtos períodos de tempo, acabam causando alta rotatividade de pessoas desconhecidas pelo condomínio.

Em síntese, o artigo analisa se tais restrições violam o direito de propriedade, ao limitar a possibilidade de locação da unidade autônoma dentro de condomínios edilícios residenciais, bem como questiona sobre a natureza jurídica das locações realizadas por meio da Airbnb, eis que, se for entendido como locação por temporada, nos moldes do artigo 48 da Lei nº. 8.245/1991, a locação não poderá ser considerada como atividade comercial, e logo, não poderá ser proibida dentro de condomínios com finalidade residencial. Ainda, se for entendida como atividade de hospedagem, conforme regulamentação da Lei do Turismo, a atividade seria de caráter comercial, e poderia ser vedada dentro dos condomínios.

Por fim, importante salientar que se trata de um assunto de extrema importância nos tempos atuais, visto que o uso de compartilhamento de imóveis está aumentando de forma crescente no país.

## **2. A PLATAFORMA AIRBNB E A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO**

Para uma adequada contextualização da temática objeto do presente estudo inicialmente será realizada uma breve síntese sobre o surgimento da plataforma de compartilhamento de imóveis Airbnb e a sua consequente evolução, seguida da análise da inserção desta modalidade no contexto da chamada economia do compartilhamento. Posteriormente será verificada a natureza jurídica da locação imobiliária por meio da plataforma Airbnb e a experiência na regulação da atividade desta empresa em nosso país.

### **2.1. O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DA PLATAFORMA DE COMPARTILHAMENTO DE IMÓVEIS AIRBNB**

A empresa Airbnb foi criada e desenvolvida por três colegas, Brian Chesky, Joe Gebbia e Nathan Blecharczyk, que se conheceram no curso na Escola de Design de Rhode Island, em meados de 2004, localizada na cidade de Rhode Island, nos Estados Unidos.

Em 2007, Brian Chesky e Joe Gebbia, moravam no mesmo apartamento e dividiam o valor do aluguel. Todavia, após alguns meses, o proprietário os comunicou que o valor iria aumentar, e os dois se encontraram em dificuldades financeiras, pois não teriam condições de arcarem com o novo valor solicitado. Dessa forma, pensaram em uma solução para arrecadar a quantia necessária, e, assim, aproveitaram que estava prestes a ser realizado um grande evento na cidade e a rede hoteleira estava lotada, e tiveram a ideia de alugarem colchões infláveis no apartamento, oferecendo café da manhã para os hóspedes. Felizmente, com o valor arrecadado, obtiveram mais lucro do que o necessário para o pagamento do aluguel.

A dupla convidou Nathan Blecharczyk para fazer parte do projeto, e o programador ajudou a desenvolver a plataforma online da Airbnb. A ideia inicial, que era simplesmente alugar um colchão inflável no chão do apartamento, se desenvolveu, passando o site a alugar quartos ou todo o apartamento ou casa.

Em 2008, se inscreveram para o programa Y Combinator, liderado por Paul Graham, que tem como objetivo financiar startups promissórias. O programa financiou 20 mil dólares na empresa em troca de 6% de participação e a empresa recebeu investimentos da Sequoia e da Youniversity, que valorizaram a empresa em 2.4 milhões de dólares. Um ano mais tarde, a Airbnb recebeu mais investimentos, passando a valer U\$1.2 bilhões de dólares. Em 2016, a plataforma estava valendo 30 milhões de dólares (O'REGAN; CHOE, 2017).

Atualmente a empresa opera em 191 países e o número de inscrições de acomodações é aproximadamente de três milhões, com diversas opções de valores e lugares (GALLAGHER, 2018, p. 85).

Em 2018, o Airbnb tinha registrado 2,2 milhões de viajantes no Brasil (ROSA, 2018), e em 2019, o site oferecia mais de 220 mil anúncios na plataforma<sup>3</sup>, demonstrando que, aos poucos, a economia compartilhada de hospedagens vem crescendo no país, exigindo assim, maior atenção frente aos seus desdobramentos jurídicos e sua regulamentação no Brasil.

## **2.2. A AIRBNB COMO EMPRESA DE ECONOMIA COMPARTILHADA**

Com o avanço da tecnologia o mundo se tornou globalizado, com multinacionais, produção em massa, automação do processo produtivo e inúmeras novas invenções tecnológicas. Importante salientar que

---

3 Airbnb. **Saiba mais sobre o Airbnb**. 08 de nov. de 2018. Disponível em: < <https://news.airbnb.com/br/saiba-mais-sobre-o-airbnb/>>. Acesso em: 12 de jul. de 2020.

até o século XX, o capitalismo tinha como característica relações comerciais impessoais e despersonalizadas.

Ainda, o capitalismo prosperou com a cultura do hiperconsumo por anos, onde estimulava o consumo em massa, a renovação rápida de produtos e serviços, contudo, com o avanço da tecnologia, esse sistema começou a mudar, visto que hoje em dia não é mais preciso comprar um carro para poder ter um facilmente a sua disposição.

Segundo Yochai Benkler, essa mudança “se deve às plataformas digitais, à disponibilidade gratuita de softwares, à computação distribuída e às redes sem fio, fatores que permitem que os recursos sejam compartilhados e utilizados em sua capacidade máxima” (apud SUNDARAJAN, 2018, p. 61). Assim, por meio da tecnologia, foram criadas novas formas de atividade econômica, se tornando obsoleta a prática de empresas com sede física e trabalhos assalariados em um local determinado. Agora, emerge o acesso compartilhado e trabalho flexível com o uso das tecnologias avançadas.

Dessa forma, a tendência nos tempos contemporâneos, é o surgimento de novas dinâmicas do capitalismo, por intermédio de um sistema econômico mais colaborativo, influenciado principalmente pelas novas tecnologias de comunicação interativa.

Assim, a economia colaborativa consiste em relações comerciais que buscam compartilhar produtos ou serviços mediante a conectividade entre indivíduos, que são desconhecidos entre si, mas que por meio das plataformas digitais se aproximam (PASCAL; KLEE, 2019, p. 87). Essa forma de prática comercial é conhecida como peer-to-peer, que são as transações comerciais que, por meio da tecnologia, existe uma conexão direta entre o consumidor e o prestador de serviço, que fecham o negócio entre si, sem intervenção de um terceiro. A Airbnb funciona aproximando o anfitrião e o hóspede, e sendo um meio para pagamentos, atendimento 24h para auxiliar as partes, e também garante um seguro indenizatório, mas o negócio é definido somente entre as partes.

Assim, a Airbnb é considerada uma empresa de economia compartilhada, pois, por meio da plataforma global, se torna prático alugar quartos ou todo o imóvel para pessoas desconhecidas entre si, levando em consideração a praticidade, a desburocratização para alugar, e a eficiência econômica, pois gera lucro para aqueles que possuem um lugar disponível, que se encontra ocioso e sem uso, para alugar.

O site funciona como um intermediário entre anfitriões e hóspedes, cobrando um valor por cima do total a ser cobrado. Assim, para o

anfitrião, a taxa de reserva para cobrir o custo de transferência do pagamento é de 3%, e o hóspede arca com uma taxa de serviço pela estrutura de atendimento 24h ao consumidor em qualquer dia da semana, que varia entre 6% a 12% do valor final a ser cobrado, além da taxa pelo serviço de limpeza. A Airbnb cobra de viajantes no momento em que a reserva é feita, mas retém o pagamento até 24h depois do “*check in*”, antes de liberar para o anfitrião, como prevenção para se certificar de que tudo correu como o viajante esperava.

Outro diferencial é o preço do aluguel, que, apesar dos preços diferenciarem de acordo com o local e o tipo de acomodação, em geral, são mais baratos do que os preços em hotéis padrão.

Dessa forma, a empresa, por meio da economia compartilhada entre hóspedes e anfitriões, oferece serviços de hospedagem e seu funcionamento é vantajoso para ambas as partes, pois permite que os anfitriões possam ganhar uma renda extra ao alugar espaços ociosos em suas casas, e os hóspedes conseguem acomodações por um preço mais acessível em comparação com redes hoteleiras, para fins de turismo, lazer ou viagens a trabalho.

### **2.3. A NATUREZA JURÍDICA DA LOCAÇÃO POR MEIO DA PLATAFORMA AIRBNB E A SUA REGULAÇÃO NO BRASIL**

Para se enfrentar a problemática da natureza da locação imobiliária por meio da plataforma Airbnb e suas implicações sobre o condomínio edilício é necessário que inicialmente sejam feitas algumas breves considerações sobre esta modalidade de propriedade.

O condomínio edilício se divide em propriedade comum e exclusiva. A parte comum, é onde todos os condôminos podem utilizar, como o solo, telhado, rede geral de distribuição de água, esgoto, gás, eletricidade, calefação e refrigeração centrais, acesso ao logradouro público, terraço da cobertura, piscina, quadras poliesportivas, churrasqueira, saunas, academia, entre outros.

Segundo o art. 1.332, do Código Civil, ao se instituir o condomínio, se define o fim a que as unidades imobiliárias se destinarão. Ademais, a destinação do condomínio fica expressa na própria convenção do condomínio, que posteriormente é registrada no Cartório de Registro de Imóveis, conforme previsão do art. 1.333 do Código Civil. O documento, após ser instituído, torna-se vinculativo para os proprietários, bem como para aqueles que exercem posse ou detenção nas unidades imobiliárias.

A destinação do condomínio edilício pode ser exclusivamente

residencial ou não residencial. Para alterar a destinação na convenção, é preciso que haja uma assembleia com aprovação de dois terços dos condôminos, conforme previsto no artigo 1.351 do Código Civil.<sup>4</sup>

É importante respeitar a destinação do condomínio determinada, pois, se na convenção for acordado que as unidades autônomas serão exclusivamente para fins residenciais, a infração da finalidade de uso da edificação pode ocasionar multa, de acordo com o artigo 1.336, inciso IV e §2º e 1.337, *caput* e parágrafo único, ambos do Código Civil.

A relevância da definição da natureza jurídica da locação por meio da Airbnb, é justamente para definir se a locação por intermédio da Airbnb desqualificaria a finalidade do condomínio de residencial em comercial.

É importante frisar que a natureza jurídica da locação por meio da plataforma Airbnb é atualmente motivo de debate, pois existem dúvidas se essa modalidade se enquadraria nas figuras típicas já regulamentadas nas normas brasileiras, como a Política Nacional de Turismo (Lei nº. 11.771/2008) ou a modalidade de locação por temporada, da Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245/1991), ou ainda, se se trata de um contrato atípico, não se encaixando em nenhuma das leis citadas acima.

A Lei do Turismo (Lei nº. 11.771/2008), regula os meios de hospedagem, nos arts. 23 a 26. Importante salientar que os serviços de alojamento temporário têm por objeto mediato a hospedagem, bem como os serviços típicos de hospedagem, por meio do pagamento de diárias.

Nos termos do artigo 22 “os prestadores de serviços turísticos estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo, na forma e nas condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação”. De forma que, se a locação por meio da Airbnb fosse regulamentada nos termos da Lei do Turismo, os anfitriões cadastrados na plataforma da Airbnb também deveriam estar cadastrados no Ministério do Turismo.

O artigo 23 da referida lei define que os meios de hospedagens são os empreendimentos ou estabelecimentos que prestam serviço de alojamento temporário, com uso exclusivo do hóspede, bem como serviços de hospedagem, mediante instrumento contratual tácito ou expresso e por cobrança de diária.

Contudo, a locação por Airbnb não poderia ser enquadrada na Lei do Turismo, pois, as acomodações locadas pela Airbnb não são cadastradas no Ministério do Turismo, uma vez que os anfitriões preenchem

---

4 Nota-se que a aprovação depende da totalidade dos condôminos, e não somente aqueles que estiverem presentes à assembleia.

um cadastro no site, e locam quartos ou imóveis que estão sem uso, de maneira mais informal. Na Lei do Turismo, se determina que a hospedagem tenha serviços necessários aos usuários, como arrumação do quarto, serviço de bar e restaurante. Na hospedagem, é uma característica a disponibilização obrigatória de facilidades para o hóspede, e, por meio da Airbnb, os serviços como café da manhã, são optativos.

Por fim, a Lei nº. 11.771/2008, não inclui o condomínio edilício com finalidade residencial como local apto para hospedagem nessa modalidade. Dessa forma, a destinação residencial seria violada, visto que as hospedagens por meio da Lei do Turismo são consideradas atividades de cunho comercial.

Na Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245/1991), a única possibilidade de ser enquadrada a locação via Airbnb dentro desta regulamentação, seria por meio da modalidade de locação por temporada, prevista no artigo 48 da legislação.

A locação por temporada é destinada para situações residenciais transitórias, e se estabelece que a locação por temporada somente poderá ser realizada por prazo não superior a 90 dias. A locação por temporada tem como objeto mediato a cessão de uso e gozo do imóvel por prazo determinado, em troca do pagamento de aluguel, e a estadia pode ser para residência, turismo, tratamento médico, entre outros.

Cabe frisar que a locação por temporada não se confunde com locações em apart-hotéis ou hotéis-residência, pois a locação por temporada não tem a exigência do fornecimento de serviços regulares de hospedagem (como alimentação, limpeza da acomodação, lavanderia, dentre outros). A locação via Airbnb abre a possibilidade dos anfitriões oferecerem serviços adicionais (como café da manhã e arrumação do quarto, dentre outros), mas esses serviços, não são regulares, são opcionais e são manifestações de hospitalidade.

Ressalva-se que por meio dessa modalidade a locação de unidades imobiliárias por intermédio da Airbnb, dentro de condomínios residenciais, não poderia ser obstada, pois não é considerada atividade comercial. A locação é um direito do proprietário, que pode dispor de sua unidade, seja a título oneroso ou gratuito, visto que se trata de um exercício regular do direito previsto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Entretanto, a Lei do Inquilinato prevê no artigo 1º, parágrafo 1º, alínea “a”, item 4, que as locações em “em *apart-hotéis*, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar” são reguladas pelo Código Civil e leis especiais. Assim, já no art. 1º da lei se

pode perceber que a Lei do Inquilinato não incide nos casos de locação por meio da Airbnb, visto que a acomodação por meio do aplicativo possui certas características de apart-hotéis e oferta serviços regulares a seus usuários, como arrumação do quarto, que podem ser entendidos como serviços típicos de hospedagem.

Ainda, o artigo 48 da Lei do Inquilinato determina que a locação por temporada tem a finalidade de ser uma residência temporária do locatário, por prazo máximo de 90 dias, e os hóspedes cadastrados pela Airbnb raramente atendem a essa finalidade, pois o interesse é a hospedagem, por curto período de tempo.

Contudo, um dos pontos que seriam favoráveis para a locação via Airbnb ser regulada pela Lei do Inquilinato, é que, apesar da previsão do artigo 1º, a locação por temporada é considerada a mais adequada para regular a locação por Airbnb, em comparação a hospedagem regida pela Lei do Turismo, visto que, na locação via Airbnb e na locação por temporada, existe a natureza transitória de aluguel entre o anfitrião e o hóspede.

Observadas as características próprias da locação por temporada e a regulamentação dos meios de hospedagem, da Lei do Turismo, resta analisar se a locação por meio do Airbnb, em condomínios residenciais é possível ser adequada para uma das mencionadas regulamentações, ou se se trata de um caso de contrato atípico.

A locação por meio da Airbnb não poderia ser regulada como locação por temporada, conforme o artigo 48 da Lei do Inquilinato, tendo em vista que essa forma de locação é uma simples cessão do imóvel ou da habitação, sem qualquer serviço conjugado. E os serviços adicionais que são oferecidos na Airbnb são opcionais, por parte do anfitrião, pois a locação por Airbnb não oferece regularmente e obrigatoriamente serviços típicos de hospedagem, e na locação por temporada, serviços adicionais não são previstos.

Já quanto a regulamentação pela Lei do Turismo, o objetivo da hospedagem da legislação referida é regular a atividade econômica dos serviços turísticos, entre eles, hospedagem, que atende, por curtos períodos de tempo, necessidades emergenciais ou esporádicas, e a locação por temporada atende um prazo mais longo, de no máximo 90 dias, e não prevê a realização de serviços regulares de hospedagem.

Ainda, seria importante um esclarecimento acerca de quais serviços que o Airbnb realiza que poderiam ser entendidos como serviços típicos de hospedagem.<sup>5</sup> Outro ponto é que, fosse regular pela Lei do

---

5 Existem diversos serviços que podem ser considerados como típicos serviços de hotelaria, como arrumação do quarto, limpeza, manobrista, lavadeira, serviço de



Turismo, todas as unidades ofertadas teriam que, obrigatoriamente ter registro permanente no Ministério do Turismo, conforme previsão dos artigos 21 e 22 da Lei do Turismo.

Portanto, o contrato de locação por meio do aplicativo de compartilhamento de imóveis Airbnb, conjuga aspectos dos contratos de locação por temporada e hospedagem, os tornando incertos, pois não se pode adequar essa situação jurídica de forma concreta em apenas um regulamento, pois ambos se confundem.

Ainda assim, para Paulo Nalin e Leonardo Catto Menin (NALIN; MENIN, 2019, p. 162), os contratos que se aproximam como contrato de hospedagem são a minoria, de forma que a maioria dos casos seria regulada como locação por temporada, logo, por não ser considerada a locação por temporada como atividade comercial, as locações não violariam a finalidade residencial dos condomínios edilícios.

Para a OAB/SP (MARQUES, 2020) se trata de um contrato atípico, pois ambas as figuras típicas não são adequadas para atender a figura da locação por meio da Airbnb. Assim, a natureza do contrato pode ser entendida como híbrida ou mista, posto que, a locação por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis se aproxima tanto da locação por temporada como com os contratos de hospedagem.

Definir a natureza jurídica dessa modalidade de locação é importante pois, em caso de locação dentro de um condomínio residencial, poderia sua utilização descaracterizar a destinação residencial definida na convenção do condomínio (JONES, 2020).

Já estão sendo propostas medidas a fim de regulamentar especificamente a locação por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis no Brasil. Atualmente, está em tramitação o Projeto de lei nº. 2.474 de 2019, que propôs o acréscimo do art. 50-A na Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245/1991), que veda a locação de aluguel por temporada por meio de site/aplicativo, exceto se houver expressa autorização na convenção do condomínio. Nota-se, no projeto de lei mencionado, se entende que a relação jurídica seria a locatícia, visto que a alteração seria na Lei do Inquilinato.

Ademais, também existem regulamentações das locações por intermédio de aplicativos de compartilhamento de imóveis no âmbito municipal. O município de Caldas Novas, principal destino turístico do Estado de Goiás, foi o primeiro a regulamentar o uso de residências para hospedagem, através da Lei complementar nº. 99/2017, que entrou em vigor em 20 de janeiro de 2018.

---

quarto, depósito de bagagem, entre outros.

O objetivo da regulamentação foi evitar a concorrência desleal com a indústria hoteleira, através da normatização do setor de hospedagem em unidades residenciais, de forma que através da lei municipal, se reconhece que os anfitriões cadastrados nos aplicativos, que oferecem hospedagens em suas residências, são obrigados ao pagamento de imposto sobre serviço (ISS) e taxa anual de funcionamento.

De acordo com o art. 2<sup>a</sup> da lei, a locação de imóveis residenciais por períodos menores que 90 dias, são regidas pela Lei do Inquilinato, e são sujeitas ao pagamento de impostos municipais.

O interessante é a lei exige que o proprietário antes de locar o imóvel, deve pedir autorização aos demais condôminos e divulgar aos hóspedes as regras do condomínio.

A base de cálculo do imposto do ISS é o preço da diária cobrada, conforme o art. 9º da norma. O proprietário é obrigado a fornecer informações ao fisco municipal, fazer recolhimento da taxa anual e do ISS (Imposto sobre serviço de qualquer natureza), que segundo a Lei, incide na prestação remunerada dos imóveis residenciais.

Outra norma específica para regularizar essa nova forma de hospedagem, é a Lei nº. 4.050/2017, que pertence ao Município de Ubatuba, em São Paulo.

A lei é aplicável para hospedagens de até 45 diárias, de forma ininterrupta. Para o regular funcionamento das locações oferecidas por via Airbnb, é exigido que a acomodação seja registrada na prefeitura. Ainda, de acordo com o art. 7º, para as locações dentro de condomínios residenciais, é preciso que a convenção de condomínio autorize a prática de locação por curtos períodos por via de plataformas on-line.

Importante analisar a visão das redes hoteleiras quanto a regulamentação das locações por meio da Airbnb e outros aplicativos de compartilhamento de imóveis, visto que a plataforma, em razão de não ter uma regulamentação específica em âmbito federal, não arca com os mesmos impostos de serviço sobre a atividade, gerando concorrência desleal, visto que se torna impossível competir com os baixos preços oferecidos pela Airbnb, e, ainda, a plataforma se assemelha as atividades hoteleiras e não é obrigada a cumprir os mesmos requisitos legais que hotéis e pousadas<sup>6</sup>.

Nota-se que, com a expansão da Airbnb, de fato o mercado torna-se desleal com as cadeias hoteleiras, que, apesar do negócio não correr o risco de

---

6 Como alvarás de funcionamento, verificações dos bombeiros, contas comerciais de água e energia, dentre outros.

falir por conta da economia compartilhada de hospedagens, os números diminuíram frente as facilidades e preços mais acessíveis ofertadas pela Airbnb.

A Associação Brasileira da Indústria de Hotéis ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5764, a fim do Supremo Tribunal Federal esclarecer o conceito de hospedagem e o direito dos hotéis de concorrerem em igualdade no mercado, com o crescimento da economia compartilhada de hospedagem.

O ponto mais crucial e determinante nesse debate, é quanto ao pagamento de tributos, visto que os estabelecimentos hoteleiros são obrigados ao pagamento de ISS (Imposto sobre Serviço) e taxas municipais, além da fiscalização quanto as exigências acerca da segurança, higiene sanitária, acessibilidade, dentre outros.

Contudo, por outro lado, a Airbnb não oferece os mesmos serviços típicos de hospedagem, e por isso se reflete se seria justo a obrigação do pagamento das mesmas taxas, pois a plataforma não oferece regularmente e obrigatoriamente serviço de lavanderia, concierge, restaurante, dentre outros.

Dessa forma, nota-se que a inovação tecnológica e o surgimento dos aplicativos de compartilhamento de imóveis vem sendo motivo de inúmeros debates no atual momento, gerando questionamentos quanto sua natureza jurídica, qual a legislação que deveria regulamentar essa modalidade de locação, ou se se trata de uma figura jurídica em construção.

Inclusive, o Ministério do Turismo se posicionou sobre o assunto, entendendo que a Lei nº. 11.771/2008 não se encaixaria no caso da locação via Airbnb, e que seria necessária uma elaboração de lei específica para este caso, pois na visão do Ministério do Turismo, a locação também não se enquadraria na Lei de Locações (SILVEIRA, 2018).

Por fim, nota-se que a não regulamentação do uso específico da locação por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis gera insegurança jurídica, econômica e financeira, além de não oferecer proteção ao usuário e ao anfitrião.

### **3. LIBERDADE DO PROPRIETÁRIO DE LOCAÇÃO POR TEMPORADA VIA AIRBNB FRENTE A ESTRUTURA CONDOMINIAL**

A tutela maior da propriedade no Brasil está prevista no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, onde se lê que “é garantido o direito de propriedade”. A Carta Magna protege o direito subjetivo de proprie-

dade com caráter *erga omnes*, e o titular possui o direito de propriedade de forma perpétua, com plenitude, nos termos do art. 1.231 do Código Civil, exercendo o poder de dominação sob a propriedade, respeitando a função social e os interesses da coletividade.

Na questão apresentada no artigo surge o tensionamento do direito de propriedade e a possibilidade de o proprietário não poder exercer seu direito de forma absoluta, em razão das restrições impostas na convenção de condomínio, que visam a proibir a cessão da posse do imóvel por meio da utilização da plataforma Airbnb (ou, ao menos, restringir sua utilização).

O principal argumento usado por aqueles que se posicionam de forma contrária ao uso da locação imobiliária via Airbnb nos condomínios residenciais é em razão da preocupação em relação à segurança dos condôminos moradores no local, visto que, pelo fato das locações serem geralmente por curtos períodos de tempo, isso consequentemente gera alta rotatividade de pessoas estranhas ao condomínio, inclusive com a utilização de espaços privativos comuns<sup>7</sup>.

Logo, os interesses dos proprietários que pretendem locar por meio da Airbnb se confrontam com os outros moradores do condomínio residencial, que temem pela segurança e manutenção do condomínio, tendo em vista que as locações congregam a propriedade exclusiva da unidade locada por meio da Airbnb e a propriedade comum dos espaços dentro do condomínio residencial (BONATTO, 2018, p. 89).

Muitos condomínios, que entraram em conflito interno a respeito das locações, buscaram alterar a sua convenção, para proibir totalmente a possibilidade de locação por intermédio de aplicativos de compartilhamento de imóveis, entretanto, tal proibição limita o direito de propriedade do condômino que deseja locar sua unidade imobiliária exclusiva dentro do condomínio residencial.

Importante levar em conta que, conforme explicitado no artigo 1.335 do CC, é direito do condômino usufruir, usar e gozar livremente da unidade que está inserido.

Dessarte, à vista do risco de proibição de locação por meio de plataformas de compartilhamento de imóveis em convenção do condomínio violar o direito de propriedade, e a ausência de segurança no condomínio residencial, em razão da alta rotatividade dos hóspedes dentro do condomínio, cabe mencionar que é possível estabelecer limitações para a locação por meio do compartilhamento de imóveis na convenção con-

---

7 Como áreas de lazer, hall social, salão de festas, piscina, sala de ginástica, saunas, dentre outros.

dominial. Assim, regulamentando o uso e determinando os cuidados necessários para a locação ser realizada com segurança no condomínio, se diminui os conflitos gerados entre os proprietários que pretendem locar por meio de plataformas como a Airbnb e os moradores do condomínio.

Algumas sugestões de limitações seriam: (a) regular eventuais proibições/restrições de uso de áreas comuns pelo inquilino temporário; (b) solicitar a assinatura do termo de compromisso pelo proprietário, se comprometendo que os hóspedes vão obedecer às normas internas do condomínio residencial; (c) determinar que o proprietário comunique previamente, e por escrito, os dados de identificação dos locatários/inquilinos por via aplicativos de aluguel por curta temporada, com cópia do documento pessoal, para a administração do condomínio residencial; (d) exigir que o proprietário seja responsável por receber o inquilino, pres-tando todas as informações e cuidando das chaves na entrada e na saída.

Outrossim, alguns condomínios, ao regular na convenção acerca das locações por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis, impõem um número máximo de hóspedes por unidade residencial, bem como um prazo mínimo de dias permitido para cada locação. Cabe mencionar que a violação a eventuais restrições é de responsabilidade dos anfitriões, sob pena de aplicação de sanções na forma de multa.

O convívio em condomínio deve ser priorizado pela harmonia entre os condôminos e estas incertezas quando a viabilidade de prática de locação imobiliária por temporada com a utilização da plataforma Airbnb prejudicam a alcance deste ideal. É importante que o sistema jurídico, no cumprimento de sua função reguladora das relações sociais, promova a adequada segurança jurídica de forma a evitar conflitos de convivência venham a prejudicar o equilíbrio entre o exercício do direito de propriedade e a dinâmica dos condomínios edilícios.

### **3.1. A DECISÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.819.075: UM POSSÍVEL PARADIGMA**

No enfrentamento do tema proposto mostra-se oportuna a análise do julgamento do Recurso Especial nº. 1.819.075, iniciado em outubro de 2019 pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>, chamando a

---

8 Relator vota pela impossibilidade de que condomínios proibam locações de curta temporada via Airbnb. **Superior Tribunal de Justiça**. 10 out. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relator-vota-pela-impossibilidade-de-que-condominios-proibam-locacoes-de-curta-temporada-via-Airbnb.aspx>. Acesso em: 21/08/2020.

atenção da comunidade jurídica, ansiosa por uma orientação mais segura sobre o assunto. O relator do recurso, o Ministro Luís Felipe Salomão, proferiu decisão monocrática, e no momento, o julgamento do recurso está suspenso, aguardando o pedido de vista do Ministro Raul Araújo.

Salienta-se que, este caso é de extrema importância, pois é a primeira vez que o assunto é julgado na última instância, e, inclusive, a Airbnb foi habilitada como assistente.

O cerne da questão debatida é a respeito da possibilidade de o condomínio residencial impor restrições quanto a locação por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis, como a Airbnb.

O caso iniciou sua discussão no juízo da Comarca de Porto Alegre, onde foi mantida a ordem de abstenção das locações por meio da Airbnb, a pedido do condomínio residencial, visto que a locação foi considerada pela administração do prédio como atividade comercial.

No entendimento manifestado pelo Ministro relator a atividade não se caracteriza como comercial e, logo, não poderia a locação estar sujeita a proibição pelo condomínio. Assim, foi decidido que a locação da unidade imobiliária por meio do Airbnb se aproxima mais aos contratos de locação por temporada.

O magistrado julgador descartou a hipótese de ser um serviço típico de hospedagem, haja vista que as locações por meio da Airbnb não incluem obrigatoriamente a prestação de múltiplos serviços, como portaria, segurança, limpeza e arrumação de cômodos.

Ainda, por não ter uma lei que limite a locação por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis, a proibição desse direito do proprietário de locar o imóvel não pode ocorrer, pois atingiria o regular exercício de direito de propriedade em sua vertente de exploração econômica.

Na decisão o julgador destacou a necessidade de uma regulamentação específica e citou que em outras cidades ao redor do mundo já existem regulamentação para as locações por meio de aplicativos de compartilhamento de imóveis.

O voto também analisou quanto a possibilidade de restrições na convenção de condomínio para as locações por intermédio da Airbnb. O Ministro relator comparou com as restrições como proibir o proprietário de possuir animal de estimação<sup>9</sup> e de o condômino inadimplente

---

9 RESP. 1.783.076 – Foi decidido que o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos artigos 1.336, IV, do Código Civil e 19 da Lei 4.591/1964.

frequentar área de uso comum<sup>10</sup>. Ambas as restrições mencionadas foram afastadas em nome “legalidade, razoabilidade, legitimidade, da proporcionalidade da medida de restrição frente ao direito de propriedade” (VIEGAS, 2019). Dessa forma, se entende que as restrições, para serem legítimas, antes devem passar pelos critérios mencionados, em nome da proteção do direito de propriedade.

Assim, é possível o condomínio determinar certas medidas (como o cadastramento de pessoas na portaria), mas não poderia impedir a locação por intermédio de aplicativos de compartilhamento de imóveis, pois isso limitaria o direito de propriedade.

Desta forma, o julgador concluiu que a prática do condomínio de proibir a locação era ilícita, pois privava o proprietário do regular exercício do direito da propriedade. Ainda, que o compartilhamento de imóveis por intermédios de plataformas digitais, não é atividade comercial, de forma que, como se aproxima mais como locação por temporada, não é cabível sua proibição dentro de condomínios residenciais.

Embora se esteja frente a uma hipótese de análise de um caso isolado, a decisão a ser proferida nesta demanda certamente poderá vir a influenciar na compreensão jurídica da problemática posta em debate, atuando como precedente para o assunto.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo propôs analisar os reflexos jurídicos acerca da locação de imóveis por meio do aplicativo Airbnb por proprietários de unidades habitacionais autônomas inclusas em condomínios edilícios com destinação residencial, a fim de responder se são cabíveis as imposições de restrições para o proprietário quanto a locação por temporada por intermédio da plataforma Airbnb, dentro de condomínios residenciais.

No Brasil, a utilização da plataforma Airbnb é motivo de controvérsia em relação a locação dentro de condomínios com destinação residencial. É importante definir sobre a natureza jurídica da locação, pois conforme a regulamentação que a locação for inserida, estará ou não de acordo com a consonância da convenção de condomínio e a destinação residencial do mesmo. Como visto se debate se a natureza jurídica pode-

---

10 RESP 1.699.022 – Julgado que o condomínio não pode impor sanções que não estejam previstas em lei para constranger o devedor ao pagamento do débito.

ria se enquadrar como locação por temporada ou contrato de hospedagem. Assim, se for entendido que as locações por meio da Airbnb, seriam regulamentadas pela Lei do Turismo (Lei nº. 11.771/200), estas seriam consideradas como hospedagem, e logo, possuiriam caráter de atividade comercial, de forma que violariam a destinação residencial do condomínio. Mas, se a natureza jurídica for entendida como locação por temporada, na forma do artigo 48, da Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245/1991), não haveria a violação da destinação residencial, pois a locação por temporada não é uma atividade de cunho comercial.

Ainda, muitos condomínios com destinação exclusivamente residencial, alegam que a prática das locações por curta temporada afeta a dinâmica de convivência nas dependências comuns, e a segurança em razão da alta rotatividade de pessoas estranhas à administração do condomínio. Assim, estão proibindo a prática por meio da convenção condominial, de forma que, tal vedação pode violar o direito de propriedade do proprietário que aluga sua unidade por meio da plataforma Airbnb.

Portanto, se procurou analisar se a proibição da locação por intermédio de aplicativos de compartilhamento de imóveis viola o direito de propriedade, bem como qual seria a natureza jurídica das locações realizadas por meio da Airbnb.

Contudo, há muitos condomínios residenciais que estão promovendo alterações nas convenções, a fim de proibir a locação de unidades por intermédio de aplicativos de compartilhamento de imóveis. Porém, se a locação é enquadrada como de natureza jurídica de locação por temporada, a proibição na convenção viola o direito de propriedade (art. 5º, XXII, Constituição Federal e art. 1.228, Código Civil), por impedir as faculdades do proprietário de uso e gozo do bem.

Os condomínios defendem que, em nome do direito de vizinhança e da função social, é cabível a proibição da locação, para a proteção do interesse da coletividade de moradores do edifício, pois alegam que as locações das unidades prejudicam o sossego e a segurança.

Dessa forma, foram sugeridas algumas restrições que poderiam ser incluídas na convenção condominial e no regimento interno, a fim de, enquanto não existir uma regulamentação específica em âmbito federal, e for estabelecida a natureza jurídica da locação por meio de plataforma de compartilhamento de imóveis, as partes possam entrar em acordo, para que os conflitos sejam apaziguados.

Também foi demonstrado que já existem regulamentações sobre o tema, que, em síntese, determinam que as acomodações devem ser



registradas e ter licença de funcionamento no órgão municipal competente, definem a tributação a ser paga e que os valores auferidos com as locações devem ser declarados no Imposto de Renda, bem como a exigência dos anfitriões informarem os dados dos hóspedes, preço e quantidade das diárias para a administração do Município.

Se conclui que é de suma importância uma regulamentação específica acerca do tema aqui exposto, pois essa lacuna legislativa gera insegurança jurídica, e a existência de uma regulamentação própria em âmbito federal definiria acerca da natureza jurídica das locações por intermédio da plataforma Airbnb, e minimizaria os conflitos entre proprietários e condôminos, além de garantir segurança jurídica e diminuir as decisões divergentes no Poder Judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Airbnb. **Saiba mais sobre o Airbnb**. 08 de nov. de 2018. Disponível em: < <https://news.airbnb.com/br/saiba-mais-sobre-o-airbnb/>>. Acesso em: 12 de jul. de 2020.

GALLAGHER, Leigh. **A história da Airbnb: Como três rapazes comuns agitam uma indústria, ganharam bilhões...e criaram muita controvérsia**. 1. ed. São Paulo: Buzz Editora, 2018.

NALIN, Paulo; MENIN, Leonardo Catto. A propriedade imobiliária em condomínios edilícios e as novas formas de contratação: AIRBNB e o problema da sua qualificação contratual. In: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de (org.). **Desafios e Perspectivas do Direito Imobiliário Contemporâneo**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

O'REGAN, Michael, CHOE, Jaeyeon. Airbnb and cultural capitalism: enclosure and control within the sharing economy. **Routledge, Taylor & Francis Group**. Oxford. jan. 2017. Base Academia.Edu.

Relator vota pela impossibilidade de que condomínios proibam locações de curta temporada via Airbnb. **Superior Tribunal de Justiça**. 10 out. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relator-vota-pela-impossibilidade-de-que-condominios-proibam-locacoes-de-curta-temporada-via-Airbnb.aspx>. Acesso em: 21/08/2020.

ROSA, Bruno. Airbnb dobra número de hóspedes no Brasil e vai investir em promoção turística. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro 19 de abril. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/airbnb-dobra-numero-de-hospedes-no-brasil-vai-investir-em-promocao-turistica-22610161>>. Acesso em: 12 de jul. de 2020.

SILVEIRA, Ilana. **O desafio de regulamentar a economia de compartilhamento: o caso do Airbnb face ao direito à moradia**. Orientador: Patrícia Borba Vilar Guimarães. 2018. 58 f. Trabalho de conclusão de curso de graduação (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande Do Norte, Natal, 2018, p. 33.

SUNDARARAJAN, Arun. **Economia Compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. São Paulo: Senac, 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **STJ: convenção de condomínio não pode proibir a locação de apartamento, por curta temporada, realizada por meio de plataformas digitais de hospedagem, 2019**. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/noticias/767373775/stj-convencao-de-condominio-nao-pode-proibir-a-locacao-de-apartamento-por-curta-temporada-realizada-por-meio-de-plataformas-digitais-de-hospedagem-airbnb>

MARQUES, Alexandre Augusto Ferreira Macedo Marques. **Parecer Jurídico elaborado pela OAB/SP sobre hospedagem Airbnb em Condomínios Edifícios exclusivamente residenciais**. Comissão Especial De Direito Condominial. Disponível em: [http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-anteriores/direito-condominial/trabalhos\\_pareceres/Parecer%20-%20Hospedagem%20Airbnb%20-%204.pdf/view](http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-anteriores/direito-condominial/trabalhos_pareceres/Parecer%20-%20Hospedagem%20Airbnb%20-%204.pdf/view). Acesso em: 08/06/2020.

BONATTO, Muraro Fernanda. A locação por temporada e os aplicativos de compartilhamento de imóveis: reflexos jurídicos da economia do compartilhamento. In: Temas atuais do direito imobiliário. **Santos Silveiro Advogados**. Porto Alegre, 2018, p. 78-94.

PASCAL, Cristina Stringari; KLEE, Antônia Espindola Longoni. A Economia Colaborativa no Brasil e o direito de informação do consumidor. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anísio Pires (Org.). **Coletânea Do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direito Indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2019. p. 87-101.

JONES, Sarah. Airbnb e plataforma assemelhada: os reflexos da ausência de disposição legal e o que reza a convenção condominial. os reflexos da ausência de disposição legal e o que reza a convenção condominial. **Migalhas**. 05 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/321197/airbnb-e-plataforma-assemelhada-os-reflexos-da-ausencia-de-disposicao-legal-e-o-que-reza-a-convencao-condominial>. Acesso em: 21 jul. 2020.





**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)