

ORGANIZADORES

Handel Martins Dias

Anizio Pires Gavião Filho

Rogério Gesta Leal

COLETÂNEA DO

IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Tutelas à Efetivação
de Direitos Públicos Incondicionados



DIALÉTICA
EDITORA

VOLUME 1

CONSELHO EDITORIAL



DIALÉTICA
EDITORA

Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabiola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metz
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Raphael Silva Rodrigues
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

COLETÂNEA DO

IX SEMINÁRIO
INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Tutelas à Efetivação
de Direitos Públicos Incondicionados

Volume 1

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2024 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2024 by Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Coordenadora Editorial

Kariny Martins

Produtora Editorial

Júlia Noffs

Controle de Qualidade

María Laura Rosa

Capa

Clara Lima

Diagramação

Clara Lima

Preparação de Texto

Miguel Sanches

Revisão

Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária

Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais

Agatha Tomassoni Santos
Ludmila Azevedo Pena

Estagiários

Beatriz Mattos
Rayane de Souza Tavares



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694s Coletânea do IX Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis – Volume 1 : Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. – São Paulo : Editora Dialética, 2024.
352 p. = (v. I)

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-5395-8

1. Direitos Indisponíveis. 2. Legislação. 3. Justiça. I. Título.

CDD-340

APRESENTAÇÃO

Com o apoio da Associação Mundial de Justiça Constitucional, Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamérica, Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Colegio de Abogados Casacionistas, Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal Dr. Cipriano Gómez Lara, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Estudos Superiores Acatlán da Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Campus Itapúa e Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveu, entre os dias 22 e 23 de outubro deste ano, o **IX 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 ao qual se volve 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 integralmente em ambientes virtuais, através das plataformas Zoom Meeting e StreamYard, 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 **IX Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** organizou-se a partir de dois eixos temáticos, a saber: *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Os painéis contaram com a participação de juristas convidados e de professores do Programa de

Pós-Graduação em Direito da FMP como moderadores. Sob a moderação do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (PPGD/FMP), o painel *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* teve como painelistas a Prof.^a Dr.^a Tula Luz Benites Vasquez (Peru), o Prof. Dr. Luis-Andres Cucarella Galiana (Espanha) e o Prof. Dr. Paul Enrique Franco Zamora (Bolívia). Já o painel *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* foi moderado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias (PPGD/FMP) e teve como painelistas o Prof. Dr. Almeida Zacarias Machava (Moçambique), o Prof. Dr. Diego Enrique Cruz Mahecha (Colômbia) e o Prof. Dr. Hugo Carlos Carrasco Soulé López (México).

Nos grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos haviam sido previamente selecionados através do sistema *double blind peer review*. Sob a coordenação do Prof. Dr. André Machado Maya (PPGD/FMP) e da Prof.^a Dr.^a Claudia Andrea Scappini Parzajuk (Paraguai), o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* contou com a apresentação das seguintes pesquisas: *Parámetros convencionales: protección judicial efectiva* (Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *O constitucionalismo e a força do Supremo Tribunal Federal* (Diogo Gomes Taborda); *A proteção de dados pessoais como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana no direito moçambicano* (Amina Adão Saíde Abdala e Almeida Zacarias Machava); *Inteligencia artificial y derechos fundamentales: desafíos jurídicos en la protección de datos de los consumidores en Colombia* (Cindy Lorena Toloza Gamarra e María Angélica Sanchez Julio); *O uso das remotely piloted aircrafts no jornalismo e a ponderação do conflito com o direito à privacidade* (Otávio de Vargas Otilia); *La filiación del hijo de crianza en Colombia. Protección de sus garantías fundamentales en el entorno de la familia de crianza* (Héctor Francisco Arévalo Fόμεque); *Reflexões sobre o desastre climático de maio de 2024: a tecnologia como ferramenta na proteção de direitos fundamentais e a constatação de proteção insuficiente do direito à educação em crianças e adolescentes* (Cinara Furian Fratton e Patrícia Cunha);

El poder transformador del feminismo: claves para el acceso y la permanencia de las mujeres en la universidad (Anita Pérez Morales e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Violência doméstica e desistência da medida protetiva: Reflexões sobre vítimas eternas e invisíveis com base na teoria freudiana* (Angelis Lopes Briseno de Souza, Wanderson Marcello Moreira de Lima e Leonardo Macedo Poli); *A importância da autonomia fiscal municipal no âmbito da segurança pública: uma análise da responsabilidade dos municípios diante dos aspectos multidisciplinares que envolvem as políticas públicas de segurança pública* (Betieli da Rosa Sauzem Machado, João Arthur Santos Flesch e Ricardo Hermany); *Colaboração premiada como meio de investigação e obtenção de provas no combate às organizações criminosas* (Sérgio da Silva Pereira); *Lei Anticorrupção brasileira e a instituição de programas de integridade: alterações do Decreto n.º 11.129/2022* (Chaiene Meira de Oliveira e Rogério Gesta Leal).

Por outro lado, o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* desenvolveu-se através de duas salas. A primeira delas teve como coordenadores o Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho (PPGD/FMP) e o Prof. Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano (México). Nela foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Acerca de la sostenibilidad y la Agenda 2030. Análisis interdisciplinar y desde los derechos fundamentales* (Jorge Isaac Torres Manrique); *Eficácia dos direitos fundamentais e limites à atuação do Poder Judiciário brasileiro* (Carine Labres); *El derecho al cuidado como derecho humano: un análisis desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Marco Antonio Ruiz Nieves); *Margem de apreciação em contexto interno: distensionamento entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional* (Jenifer Castellan de Oliveira); *Teste de proporcionalidade: subteste da legitimidade do fim sob a perspectiva de Aharon Barak* (Vitória Larissa Zang e Tamara da Silveira Batista); *Direito ao esquecimento no Brasil: uma análise necessária do Tema 786 do STF sob o crivo do teste da proporcionalidade* (Caroline Teles Witt); *A aplicação do teste de proporcionalidade como mandamento constitucional de proibição de proteção deficiente ou omissão na concretização dos direitos*

sociais (Cláudio Rafael Morosin Rodrigues); *La protección del consumidor y sus garantías en el marco del Estado Constitucional de Derecho en México* (Luis Manuel Martínez Vela); *O Código do Consumo: a vulnerabilidade algorítmica nas relações consumeristas e o panorama legal atual* (Agda Aparecida Gaudencio de Oliveira e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger); *A proteção do consumidor on-line e a (im)possibilidade de reconhecimento do influenciador digital como fornecedor equiparado: uma análise à luz do fator geracional do público-alvo* (Júlia Farias Mertins); *Online Dispute Resolution (ODR): das plataformas governamentais e privadas ao processo judicial* (Lara de Sousa Duarte); *A desjudicialização parcial da execução fiscal como medida de descongestionamento do Poder Judiciário* (Fábio Weber Ludwig); *A aplicação de medidas executivas atípicas no âmbito da execução civil desjudicializada* (Felipe Dutra de Freitas); *A proporcionalidade na aplicação das medidas executivas atípicas* (Ana Paula Czadotz de Oliveira); *Reflexões sobre o uso de inteligência artificial para redução do estoque processual em cortes superiores frente às garantias processuais das partes* (Gabriel Pessotti da Silva e Victória Barboza Sannhudo); e *Los desafíos de la abogacía frente a la implementación de la inteligencia artificial en el derecho* (Jorge Iván Guerra Fuentes, Oiden Moisés Peña Pérez e Óscar Alfonso Jimenez Viloría).

Na segunda sala do grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*, sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Cristina Stringari Pasqual (PPGD/FMP) e da Prof.^a Dr.^a Milagros Patricia Campos Maldonado (Peru), foram apresentadas as seguintes pesquisas: *O justo reconhecimento: a necessária inclusão do trabalho invisível nas políticas de aposentadoria* (Bárbara Aparecida Nunes Souza); *Análise do “Movimento Desconecta” sob o prisma da proteção dos direitos das crianças e adolescentes frente à era digital* (Paula Motta de Souza); *A relativização da publicidade notarial das escrituras de divórcio diante da LGPD: uma análise crítica ao artigo 42 da Resolução 35 do CNJ* (Gabriel Delving Ely e Thaís Carnieletto Müller); *Pensión compensatoria en el divorcio: reconociendo y valorando el trabajo invisible* (Neidaly Espinosa Sánchez

e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Contratualização das relações afetivas sob a perspectiva do direito de família mínimo* (Marina Silva Pereira e Marina Mayer Pereira); *Declarações antecipadas de vontade: aspectos legais e bioéticos para assegurar a dignidade humana e evitar conflitos familiares* (Edenise Andrade da Silva); *Envelhecimento na era virtual e o abandono afetivo inverso no Brasil: desafios e responsabilidades* (Angelis Lopes Briseno de Souza, Luana Bartz de Sá e Rafaela de Vargas Pereira); *Desfiliação em decorrência do abandono afetivo e manutenção da filiação socioafetiva* (Ana Paula Brudnicki Barbosa); *Indignidade por abandono afetivo e seus reflexos jurídicos sucessórios: a necessária atualização do Código Civil* (Alexandra Neves Pinheiro, Desyrrê Moraes Lemes Mota e Helena Gil Klein); *A dignidade humana no Superior Tribunal de Justiça: uma análise da utilização do termo no Recurso Rspecial n. 1.159.242-SP* (Helena de Azeredo Orselli e Júlia Mogk); *O regime da separação obrigatória para pessoas acima dos 70 anos: uma análise jurídica e social à luz da decisão do ARE 1.309.642 – STF* (Bárbara Dariva); *Escolha do regime de bens por pessoas com setenta anos ou mais: análise do Tema 1236* (Dáley Azevedo de Castro Eleuthério e Carolina D'Amorim Barreto); *Apontamentos acerca das questões de gênero e sua intersecção com a tutela conferida à pessoa idosa pelo microssistema protetivo próprio* (Luiza Tramontini Benites e Victória Barboza Sanhudo); *Planejamento familiar e direito ao aborto: análise do teste da proporcionalidade no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ* (Geórgia Manfroi e Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha); *Sexting: uma violação ao dever de fidelidade? uma análise sob a perspectiva do contrato paraconjugal* (Judith Fernanda Oliveira de Cerqueira); *Menos filhos, mais pets e a incompatibilidade da legislação civil com as famílias multiespécies* (Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches e Helena de Azeredo Orselli); *Herança digital e proteção de dados pessoais na América Latina: uma breve análise à luz das experiências brasileira e dominicana* (Conrado Paulino da Rosa e Luana Bartz de Sá).

Esta coletânea reúne, em dois volumes, os estudos apresentados no **IX Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. No volume 1 encontram-se as investigações objeto do painel e do grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Já as pesquisas divulgadas no painel e no grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* estão no volume 2. 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, 31 de outubro de 2024.

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Vice-Coodenador 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

LA TUTELA DEL AMBIENTE COMO VALOR CONSTITUCIONAL 15

Tula Luz Benites Vásquez

REPARACIÓN A VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL 25

Luis-Andrés Cucarella Galiana

RESPUESTA DEL DERECHO PENAL A LA CRECIENTE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS 55

Paul Enrique Franco Zamora

PARÁMETROS CONVENCIONALES: PROTECCIÓN JUDICIAL EFECTIVA 67

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

O CONSTITUCIONALISMO E A FORÇA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 93

Diogo Gomes Taborda

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO MOÇAMBICANO 121

Amina Adão Saíde Abdala

Almeida Zacarias Machava

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS CONSUMIDORES EN COLOMBIA 143

Cindy Lorena Toloza Gamarra

María Angélica Sanchez Julio

O USO DAS REMOTELY PILOTED AIRCRAFTS NO JORNALISMO E A PONDERAÇÃO DO CONFLITO COM O DIREITO À PRIVACIDADE 171

Otávio de Vargas Otília

LA FILIACIÓN DEL HIJO DE CRIANZA EN COLOMBIA. PROTECCIÓN DE SUS GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL ENTORNO DE LA FAMILIA DE CRIANZA 195

Héctor Francisco Arévalo Fómeque

REFLEXÕES SOBRE O DESASTRE CLIMÁTICO DE MAIO DE 2024: A TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTATAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES 213

Cinara Furian Fratton

Patrícia Cunha

EL PODER TRANSFORMADOR DEL FEMINISMO: CLAVES PARA EL ACCESO Y LA PERMANENCIA DE LAS MUJERES EN LA UNIVERSIDAD 235

Anita Pérez Morales

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DESISTÊNCIA DA MEDIDA PROTETIVA: REFLEXÕES SOBRE VÍTIMAS ETERNAS E INVISÍVEIS COM BASE NA TEORIA FREUDIANA 257

Angelis Lopes Briseno de Souza

Wanderson Marcello Moreira de Lima

Leonardo Macedo Poli

A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA FISCAL MUNICIPAL NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS DIANTE DOS ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES QUE ENVOLVEM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA 287

Betieli da Rosa Sauzem Machado

João Arthur Santos Flesch

Ricardo Hermany

**COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO E OBTENÇÃO DE PROVAS
NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

311

Sérgio da Silva Pereira

**LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E A INTITUIÇÃO DE PROGRAMAS DE
INTEGRIDADE: ALTERAÇÕES DO DECRETO Nº 11.129/2022**

333

Rogério Gesta Leal

Chaiene Meira de Oliveira

LA TUTELA DEL AMBIENTE COMO VALOR CONSTITUCIONAL

Tula Luz Benites Vásquez¹

1 INTRODUCCIÓN

Según Priori, la tutela es la protección que se concede a un determinado interés cuando este es lesionado o insatisfecho. Por ende, el término tutela nos lleva necesariamente a reflexionar sobre los diversos mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para contrarrestar la lesión o amenaza de lesión de una situación jurídica. El mecanismo de tutela por excelencia es la “tutela jurisdiccional”, la cual se lleva a cabo a través de un proceso. Mediante este mecanismo se busca la protección efectiva de los intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Huerta Guerrero (2012), precisa que el reconocimiento del derecho al medio ambiente y su tutela como un derecho fundamental ha dado lugar a que se desarrollen a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva. El reconocimiento constitucional del derecho fundamental al medio

1 Doctora en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego. Professora dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidad Privada Antenor Orrego. Ex-congressista da República do Peru. Advogada

ambiente origina consecuencias importantes desde el punto de vista jurídico, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto, pero con los que también debe ser armonizado. Este reconocimiento constitucional también le otorga una protección especial frente a las normas que sean contrarias a su ejercicio, pues pueden ser objeto de un control constitucional –a través del proceso de inconstitucionalidad- y, de ser el caso, expulsadas del ordenamiento jurídico. Se trata de una garantía que opera frente al legislador, quien, al momento de regular un derecho fundamental, debe respetar su contenido constitucionalmente protegido.

2 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

La constitucionalización del derecho al medio ambiente es una realidad, tanto en la práctica diaria de los operadores jurídicos como en el ámbito académico, que merece especial atención no solo para dar cuenta de este fenómeno sino también para identificar el grado de avance de la presencia del derecho constitucional en las diversas ramas jurídicas (Huerta Guerrero, 2013).

La Corte Constitucional de Colombia (T-154/13), afirma que la defensa del medio ambiente es un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado constitucional de Derecho, porque se hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de generaciones futuras. El medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado ‘Constitución ecológica’, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”.

El ambiente no solo es considerado como un asunto de interés general, sino como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, “en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-154/13).

Si bien, es cierto la constitucionalización del derecho al medio ambiente trajo consigo la tutela del ambiente como valor constitucional en los siguientes términos:

Señala Ruiz Molleda (2020), que la Constitución peruana establece mandatos claros al Estado con el fin de proteger el medio ambiente: “El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales” (artículo 67 de la Constitución), “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas” (artículo 68 de la Constitución) y “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada”. (artículo 69 de la Constitución). El derecho fundamental al disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución, no solo implica el derecho subjetivo a un medio ambiente, sino la obligación del Estado de preservarlo. En palabras del Tribunal Constitucional, “el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute”. Es precisamente esta institucionalidad ambiental, que permite una protección adecuada, la que ha sido debilitada con la ley 30230.

A pesar de todos estos mandatos, el TC decidió convalidar las siguientes medidas: a) la reducción de la facultad sancionadora de la OEFA contenida en el artículo 19 de la Ley 30230; b) la reducción del presupuesto de la OEFA establecido en el artículo 12 de la Ley No 30230; c) el traslado de la competencia de creación de Zonas Reservadas (Área Natural Protegida) del Ministerio del Ambiente a la Presidencia del Consejo

de Ministros en el art. 20 de la Ley 30230, lo que significa que ya no será el MINAM sino un organismo político, el Consejo de Ministros quien decida sobre la creación de este tipo de áreas protegidas (Molleda, 2020).

- El artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, reconoce como derecho fundamental el atributo subjetivo de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona. (STC 00604-2018-PA/TC).
- El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela del ambiente está determinado por los siguientes elementos: el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve.
- El derecho al ambiente comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica; y en el caso de que el hombre intervenga, que esta injerencia no culmine con una alteración sustantiva injustificable de la interrelación que existe entre los diversos componentes del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona en condiciones dignas. (STC 00604-2018-PA/TC).
- El derecho a la preservación del medio ambiente obliga a los poderes públicos, y as a los particulares, en especial, a aquellos cuyas actividades económicas incidan, directa o indirectamente, en el medio ambiente. Las obligaciones que se debe respetar, comportan el deber jurídico de no afectar –por acción u omisión– el contenido protegido del derecho. Por otro, la obligación de garantizar, que supone el deber, igualmente jurídico, de promover, velar y, llegado el caso, proteger y sancionar el incumplimiento de la obligación de respetar. STC 00604-2018-PA/TC).
- La tutela del ambiente en su deber de garantizar se traduce en una serie de exigencias, cuya identificación depende del derecho

que se trate. La existencia de órganos estatales que posibiliten el ejercicio de los derechos, se suman las disposiciones de procedimiento; es decir, la implementación de procedimientos jurídicamente regulados que permitan la realización de lo asegurado por los derechos fundamentales. Procedimientos a los cuales puedan acudir las personas para exigir la implementación de lo ordenado por un derecho fundamental, pero también para canalizar su tutela jurídica. Tales disposiciones no circunscriben su ámbito de actuación a las que regulan los procesos judiciales. Comprende a todos los procedimientos jurídicamente disciplinados, cualquiera sea el rango de la disposición que la contiene. De ahí que, en diversas oportunidades, este Tribunal haya sostenido que ee deber del Estado de garantizar comprende la obligación de prevenir, investigar, sancionar y, de ser el caso, reparar las intervenciones injustificadas a los derechos fundamentales. Y que ello es consecuencia de que el contenido constitucionalmente garantizado de un derecho no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su ejercicio, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure, en la realidad, una eficaz garantía de que los derechos podrán ejercerse de manera plena y libre (STC 00679-2005-PA/TC).

- Se señala que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve (0048-2004-PI/TC STC FJ 17).

3 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera uniforme en muchas jurisprudencias mediante la cual ha delimitado el contenido constitucional del derecho al medio ambiente.

A respecto, el ex magistrado Calle Hayen (2017) del Tribunal Constitucional presenta la actuación del Supremo Tribunal en los siguientes términos:

a) Caso Nextel

Mediante sentencia N° 4223-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca del caso Nextel, donde el demandante exigía vivir en un medio ambiente equilibrado, solicitando que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por la empresa en un Centro Comunal, pues su permanencia constituía una grave vulneración del derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como del derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización. El Colegiado puso bajo análisis varios principios establecidos en la jurisprudencia constitucional en cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida:

- (1) el principio de desarrollo sostenible o sustentable;
- (2) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales;
- (3) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia;
- (4) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados;
- (5) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano;
- (6) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando existan incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y

(7) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC).

Si bien el TC no dispuso el desmantelamiento de la antena de la referida empresa, puesto que hubiera sido irrazonable y desproporcionada ya que no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección – que depende de cada caso y puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones–, sí dispuso la realización de diversas mediciones.

Así, de los informes solicitados por el TC se concluyó que no existía riesgo de exposición radioeléctrica, lo cual no constituía razón para exceptuar la realización de las mediciones correspondiente de exposición radioeléctrica de la población, garantizando así la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud.

b) Caso Repsol - Cordillera Escalera (STC N° 3343-2007-PA/TC)

En la sentencia recaída en el Exp. N° 03343-2007-PA/TC se declaró fundada la demanda. El amparo en materia ambiental es el proceso mediante el cual se tutela el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera uniforme en muchas jurisprudencias mediante la cual ha delimitado el contenido constitucional del derecho al medio ambiente, las obligaciones estatales que se desprenden y los principios que irradian el ordenamiento jurídico en la materia.

Finalmente, debemos afirmar que la tutela ambiental como valor constitucional ha encontrado respaldo en los tratados internacionales, la Constitución como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la legislación sectorial.

4 A MODO DE CONCLUSIONES

- 1) En el Perú, el proceso constitucional de amparo ha permitido una tutela judicial efectiva en parte, la debilidad se observa que estos procesos demoran demasiado perdiéndose su identidad referida a la tutela de urgencia.
- 2) Se observa en la jurisprudencia del Colegiado Constitucional deficiencias al momento de señalar los actos lesivos, evaluar los presupuestos procesales y las causales de declaratoria de improcedencia. Un tema importante es que la jurisprudencia ambiental muestra tendencia no uniforme respecto a las demandas de especial complejidad.
- 3) La jurisprudencia en materia ambiental señala que ha ido evolucionando su protección frente a normas que provenían del gobierno central, regional o local y también de las instituciones privadas.
- 4) La constitucionalidad del derecho al ambiente es un hito en la historia el cual permite garantizar el derecho a vivir en un ambiente sano y saludable.
- 5) Las garantías constitucionales representan la piedra angular del Estado Constitucional.

REFERENCIAS

ABAD YUPANQUI, S. El proceso de amparo en el Perú: antecedentes, desarrollo normativo y regulación vigente. **Themis**, v. 67, 2015.

BERNALES BALLESTEROS, E. **La Constitución de 1993: análisis comparado**. Lima: CIEDLA, 1996.

CALLE HAYEN, F. **El Derecho Ambiental y el Tribunal Constitucional del Perú**. UAP. Lima, 2017.

CANOSA USERA, R. Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental. **Revista de Estudios Políticos**, Nueva Época, v. 94, oct./dec. 1996.

DELGADO PIQUERAS, F. Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente. **Revista Española de Derecho Constitucional**, 1993.

ETO CRUZ, G. El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. **Pensamiento Constitucional**, v. 18, n. 146, 2013.

ETO CRUZ, G. El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. **Revista Pensamiento Constitucional**, v. 18, 2013.

FIGUERUELO BURRIEZA, A. La actual reforma del recurso constitucional de amparo. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, v. 6, 2006.

HUERTA GUERRERO, L. **Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo**. Tesis para optar el grado de doctor en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

HUERTA GUERRERO, L. Constitucionalización del Derecho ambiental. **Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**, v. 71, n. 477, 2013.

IEAPALA. **Curso sistemático de derechos humanos**. Madrid: Instituto IEAPALA, 2000.

RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F.; BERNALES BALLESTEROS, E. **Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

RUIZ, JULIO. Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú protege consulta previa de pueblos indígenas pero convalida medidas que debilitan protección del ambiente. 2020. Disponible en : <https://dplfblog.com/2020/06/23/sentencia-del-tribunal-constitucional-de-peru-protege-consulta-previa->.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 00470-2013-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú, 2013.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-154/13.

PRIORI POSADA, Giovanni. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. **Revista Ius et veritas**, Lima, v. 13, n. 26, p. 273- 292, 2003.

VELASCO CABALLERO, F. La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 15, v. 45, 1995

REPARACIÓN A VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL¹

Luis-Andrés Cucarella Galiana²

1 JUSTICIA MULTINIVEL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 Introducción

El Estado social y democrático de Derecho debe aspirar a que la persona sea el eje central y básico de la convivencia y el funcionamiento de las sociedades nacionales³ y de la comunidad internacional. Por este motivo, uno de los conceptos clave que hemos incorporado al título de nuestro trabajo es el relativo a los derechos humanos, ya que consideramos que los mismos deben ser debidamente reconocidos -constitucional y convencionalmente hablando- y, en su caso, eficazmente protegidos en los supuestos de violación. En este contexto, resulta clave el papel del Poder Judicial como garante de los derechos de las personas, ya nos refiramos a derechos fundamentales en el ámbito interno, o a derechos humanos, en el plano internacional⁴. En todo caso, es preciso tener presente que pertenece

1 Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-122569OB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por “FEDER Una manera de hacer Europa”.

2 Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València. Miembro del Instituto de Derechos Humanos Universitat de València.

3 Al respecto, Garrido Gómez, 2007.

4 Sobre la noción de Jurisdicción, Pedraz Penalva, 1990.

al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional la protección de estos derechos en caso de violación, así como la limitación, en los supuestos en que sea posible en una sociedad democrática (Ortells Ramos, 1984).

Sin embargo, históricamente se ha hablado de la Justicia o del papel del poder judicial, vinculado al concepto de soberanía estatal y limitado a resolver los conflictos de Derecho privado, así como a enjuiciar las conductas criminales⁵.

Sin embargo, es evidente que esta concepción claramente restrictiva del poder judicial ha sido superada desde diferentes ámbitos. Por un lado, controlar la legalidad de la actuación administrativa, proteger los textos constitucionales a través de los mecanismos de control de constitucionalidad o el ejercicio del control de convencionalidad para la tutela de los derechos humanos, también son actuaciones propias de la Justicia⁶. Precisamente, en materia de protección real y efectiva de este tipo de derechos es donde se ha producido la quiebra de la concepción clásica de la Justicia vinculada a la soberanía territorial, ya que las graves violaciones de derechos humanos acontecidas con ocasión de conflictos bélicos producidos en el siglo pasado provocaron en la comunidad internacional la necesidad de crear dos nuevos niveles de protección jurisdiccional de los derechos humanos. De esta manera, al nivel interno (ordinario, y en su caso constitucional), se le ha adicionado el supranacional que permite la protección directa de derechos humanos frente a los Estados⁷, e indirectamente, exigiendo responsabi-

5 La atribución al poder judicial de la función de juzgar, viene haciéndose desde que se formuló la teoría clásica de la división de poderes. Es evidente que esta teoría se formuló en un contexto histórico determinado y debe interpretarse en su justa medida. Sobre la misma, Montesquieu, 2002.

6 El control de convencionalidad, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, es el gran reto al que se enfrenta la Justicia en la actualidad. En doctrina puede verse, Bazán, 2011; Cucarella Galiana, 2021; Ferrer Mac-Gregor; Silva García, 2009; Ferrer Mac-Gregor, 2012; García Ramírez, 2013; Jimena Quesada, 2011; Jimena Quesada, 2018; Jimena Quesada, 2019; Sagüés, 2014.

7 Al respecto, es preciso tener presente que el sujeto pasivo en los procesos seguidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de

alidad penal individual por graves delitos contra la comunidad internacional ante la Corte Penal Internacional⁸ (CPI).

1.2 La CPI como modelo de justicia multinivel

La CPI es un órgano jurisdiccional permanente para exigir responsabilidad penal individual con el objeto de evitar la impunidad de los graves delitos contra la comunidad internacional, puesto que los mismos “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”⁹.

Sin perjuicio de analizar esta cuestión con mayor profundidad, adelantamos que los delitos competencia de la CPI quedan fijados en el artículo 5 ECPI¹⁰. En concreto, en su apartado 1 se indica que “la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, procediéndose en el apartado siguiente, a enumerar los delitos que reúnen esa condición.

La CPI tiene carácter complementario de las Jurisdicciones nacionales. De hecho, en el preámbulo ECPI se indica que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de

Derechos Humanos o la Corte Africana, es siempre un Estado, o en su caso, varios, pero no personas naturales.

8 Sobre estos delitos, González Rus, 2005; Gutiérrez Delgado, 2000; Olásolo Alonso, 2017; Rueda Fernández, 2001; Tamarit Sumalla, 2016.

9 Parágrafo 3 del Estatuto CPI (ECPI).

Al respecto, el artículo 1 ECPI dispone que “se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...).

En relación con esta cuestión, en el preámbulo se afirma que se pretende establecer “una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

10 En doctrina puede verse, Beltrán Montoliu, 2003; Cabezudo Rodríguez, 2003; Gómez Colomer, 2003.

crímenes internacionales”, añadiendo que “la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

El carácter multinivel se aprecia claramente en la regulación de los efectos de cosa juzgada en el artículo 20 ECPI, en la medida en que en los supuestos contemplados en su apartado 3, es posible que se pueda quebrar el efecto de cosa juzgada de las sentencias nacionales dictadas para el enjuiciamiento de los delitos que también son competencia de la CPI (Cucarella Galiana, 2021).

1.3 Delimitación de la investigación

Teniendo presentes las consideraciones anteriores, queremos fijar cuál es el ámbito de la investigación que realizamos en esta obra colectiva dedicada a la Justicia restaurativa¹¹. En concreto, queremos analizar la regulación procesal en materia de investigación y enjuiciamiento de delitos contra la comunidad internacional ante la CPI, con el objetivo de identificar hasta qué punto es posible y qué alcance tiene la reparación a las víctimas de estas conductas que implican violaciones graves de derechos humanos¹².

Para la realización de este estudio, vamos a proceder a identificar los presupuestos y la regulación normativa que dan cobertura a la eventual reparación que debe otorgarse a las víctimas. Posteriormente, procedemos a delimitar el ámbito de adecuación de la Justicia restaurativa en el procedimiento seguido ante la CPI, añadiendo el análisis de aspectos procedimentales relevantes.

11 En general, sobre los retos de la Justicia en este ámbito, Barona Vilar, 2009; Barona Vilar, 2009; Barona Vilar, 2018; Barona Vilar, 2021; Conforti, 2020; Tamarit Sumalla, 2012.

12 Somos conscientes de que en general, sobre el tema de la Justicia restaurativa el debate doctrinal y legislativo está abierto en muchos frentes. Así, resulta interesante el análisis sobre el ámbito de la mediación penal, o si es conveniente o no la fijación de un *numerus clausus* de casos en los que sea posible, realizado por Barona Vilar, 2013.

2 PRESUPUESTOS PARA LA JUSTICIA RESTAURATIVA ANTE LA CPI

2.1 Identificación del marco normativo

Uno de los aspectos más significativos del ECPI es que se trata de un “código” que contempla tanto disposiciones materiales como procesales. En esta línea, a la par que enumera y tipifica los delitos competencia de la CPI¹³ (arts. 5, 6, 7, 8 y 8 bis ECPI, contempla las disposiciones procesales que deben seguirse para la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos¹⁴.

En el tema que nos ocupa en nuestra investigación, debemos señalar que el ECPI dedica una disposición normativa a la “reparación a las víctimas”. En concreto, nos referimos al artículo 75 ECPI, que se divide en 6 apartados¹⁵. Por otro lado, también es preciso tener presentes las reglas 94-99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPPCPI), que bajo el epígrafe “reparación a las víctimas” desarrollan los aspectos procedimentales. Por último, también es preciso tener presentes la norma 88 del Reglamento CPI (RCPI) de 26 de mayo de 2004.

2.2 La jurisdicción de la CPI debe activarse

A los efectos de aplicar el artículo 75 ECPI sobre reparación a las víctimas, el presupuesto indispensable es que la Jurisdicción de la CPI se active. Para ello, es preciso tener en cuenta que los sujetos legitimados

13 En doctrina, Vidales Rodríguez, 2003.

14 Para un examen de la concurrencia de competencias entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, Arcos Vargas, 2000. Sobre la investigación, Gómez Colomer, 2003.

15 Esta disposición normativa proyecta su eficacia y produce efectos expansivos en otros ámbitos interrelacionados como los relativos al contenido del fallo condenatorio (art. 76 ECPI); Fondo Fiduciario para la indemnización de las víctimas (art. 79 ECPI); legitimación de las víctimas para apelar (art. 82 ECPI), o en supuestos de reducción de la pena (art. 110 ECPI).

para denunciar hechos ante la CPI son los enumerados en el artículo 13 ECPI, entre los cuales se encuentran los Estados partes (art. 13 *a*) en relación con el art. 14 ECPI) y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (art. 13 *b*) ECPI). Sin perjuicio del inicio de oficio por la Fiscalía de la CPI (art. 13 *c*) en relación con el art. 15 ECPI¹⁶).

El ECPI no legitima a las víctimas para que puedan provocar el inicio del procedimiento ante la CPI (art. 53.1 ECPI). De igual manera, las víctimas no tienen legitimación activa para el ejercicio de la acción penal. De hecho, en este ámbito existe un monopolio en cuanto en su ejercicio en favor de la Fiscalía de la CPI¹⁷ (art. 42.1 en relación con el art. 61.1 ECPI). Ahora bien, la CPI aspira a que la participación de las

16 En los supuestos en que el procedimiento se pretenda poner en marcha por denuncia de un Estado parte o de oficio por la Fiscalía de la CPI es preciso que los hechos se hayan cometido en el territorio de un Estado que sea parte, o por un nacional de un Estado parte (art. 12 ECPI).

No obstante, hay que dejar a salvo dos excepciones:

1ª. Que un Estado que no sea parte en el ECPI realice una atribución *ad hoc* de competencia a la CPI. Al respecto, el art. 12.3 ECPI dispone que “si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

2ª. Que se realice una ampliación de la competencia de la CPI por actuación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Nos referimos al supuesto de ampliación de la ejecución de la competencia de la CPI en los asuntos remitidos por el Consejo de Seguridad según lo previsto en el art. 13 *b*) ECPI y al amparo de lo previsto en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 12 ECPI, la CPI ejerce jurisdicción en el territorio de los Estados partes, sin que, en principio, pueda extenderla más allá. No obstante, estos límites presentan matices a realizar. En primer lugar, siempre queda a salvo la posibilidad de que se active la Jurisdicción universal de la Corte por remisión de asunto por parte del Consejo de Seguridad Naciones Unidas. En segundo lugar, la CPI también ejerce jurisdicción de acuerdo con el principio de personalidad activa, por lo que el de territorialidad no se tiene en cuenta en este caso. Por último, hay que tener presente la posibilidad de que un Estado acepte puntualmente la competencia de la Corte. Téngase en cuenta, Vidal Fernández, 2017.

17 En doctrina, Planchadell Gargallo, 2003.

víctimas en el procedimiento pueda tener lugar lo más pronto posible (Guerrero palomares, 2014)¹⁸. Así, es preciso tener presente que, aunque no puedan formalmente denunciar, ni tampoco ser parte en el proceso penal, sí pueden comunicar hechos a la Fiscalía para que sea ésta la que, de oficio, decida iniciar una investigación preliminar. Por otro lado, una vez que la Jurisdicción de la CPI está activada, las víctimas pueden participar en el procedimiento, previéndose su llamamiento a los efectos de que puedan hacer valer sus derechos e intereses¹⁹.

18 Afirma que “la Corte declaró la importancia de que las víctimas tuvieran participación en el proceso en el momento más temprano posible (ICC-02/11-6, SCP III, de 6 de julio de 2011)”.

19 Esta participación es posible en diferentes supuestos. Así, de acuerdo con la regla 92.2, cuando la Fiscalía decida no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento (art. 53 ECPI). No hay que pasar por alto que una de las razones que puede llevar a la Fiscalía a tomar esta decisión es que el enjuiciamiento “no redundaría en interés de la justicia” teniendo en cuenta, entre otros factores “el interés de las víctimas”.

De igual manera, las víctimas deben ser llamadas a la audiencia de confirmación de cargos a los efectos de que puedan solicitar su participación en la fase de enjuiciamiento (regla 92.3).

En doctrina es controvertida la naturaleza de la intervención de las víctimas en el proceso penal. El hecho de que el ECPI las califique de “participantes” y no como “partes” genera esta controversia. Por este motivo, se llega a sostener que solamente adquieren la condición de parte una vez que se aplique el art. 75 ECPI en el incidente de reparación. Véase en este sentido, Guerrero Palomares, 2014.

Nosotros s consideramos que la intervención de las partes en el proceso penal puede verse desde otra perspectiva. Es cierto que la Fiscalía tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, las víctimas participan en el proceso penal seguido ante la CPI, y, de hecho, pueden, con determinados condicionantes, proponer pruebas relacionadas con la culpabilidad del acusado, impugnar las de las partes penales, interrogar al acusado, peritos o testigos, y realizar alegaciones iniciales y conclusiones (Guerrero Palomares, 2014). Es cierto que hay un fuerte control del tribunal, que debe autorizar estas actuaciones, pero procesalmente hablando, estos actos evidencian que las víctimas tienen una participación en el proceso penal que, si se nos permite la extrapolación, sería como una intervención adhesiva simple. Desde nuestro punto de vista, el papel de la víctima es el de coadyuvante en materia criminal y parte en el ámbito civil. Es decir, criminalmente no puede provocar el inicio del proceso ni sostener la acusación, pero puede coadyuvar a la Fiscalía, sin perjuicio de que es parte en el proceso a los efectos de hacer valer su derecho a la reparación.

2.3 Debe haber un pronunciamiento condenatorio en el ámbito criminal

El artículo 75 ECPI vincula la reparación a las víctimas con el hecho de que haya persona condenada (véase apartados 2 y 3) o que “una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia” (apartado 4). De esta manera, sin una condena, no puede iniciarse el procedimiento para la reparación a las víctimas ante la CPI. en su caso, la sentencia que se dicte, en el caso de ser condenatoria, se pronuncia exclusivamente sobre la responsabilidad penal del acusado (art. 74 ECPI). Ahora, bien, si no se emite este tipo de sentencia, no puede ponerse en marcha el posterior incidente de reparación a las víctimas.

2.4 Se requiere la iniciativa de las víctimas: la fiscalía no ejerce la acción civil derivada del delito

2.4.1 El proceso ante la CPI solamente da cobertura a la acción penal

Hemos señalado que la Fiscalía tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal, ya que ni los Estados partes ni el Consejo de Seguridad pueden ser partes acusadoras (art. 42.1 en relación con el art. 13 ECPI). Así, la audiencia de confirmación de cargos no va dirigida a concretar peticiones de carácter reparatorio (art. 61 ECPI).

2.4.2 La Justicia restaurativa tiene lugar tras la emisión de la sentencia

2.4.2.1 Las víctimas no pueden solicitar la reparación en el seno del proceso penal, sin perjuicio de su eventual intervención en el mismo

Las víctimas tienen la posibilidad de personarse en el proceso penal si lo consideran oportuno²⁰. De hecho, el Estatuto (véase art. 98 ECPI)

20 La solicitud de personación puede presentarse desde el mismo inicio de las investigaciones preliminares, hasta el momento del juicio oral. Dicha solicitud

y la jurisprudencia de la CPI potencian la participación de las víctimas en el procedimiento. Sin embargo, dicha participación no se permite con el objeto de que ejerciten una eventual acción civil derivada del delito, incluso de acuerdo con la denominación en inglés que les da el Estatuto, un sector de la doctrina le otorga la condición de “participantes”, no de parte²¹.

En el caso en que se decidan personarse durante la pendencia del procedimiento penal, la solicitud de personación no se entiende como solicitud de reparación. No obstante, sí que permite la adquisición del estatus de víctima y su identificación, lo que implica que estos aspectos ya están resueltos para el posterior incidente de reparación²².

puede ser individual o colectiva. De hecho, es posible la presentación de solicitudes o formularios colectivos, con el objeto de dar solución procedimental a la intervención de miles de víctimas en el proceso (Guerrero Palomares, 2014).

La solicitud de participación debe dirigirse a la Sala ante la que penda el asunto, ya sea la de Cuestiones Preliminares o la de Primera Instancia. En este sentido, la regla 89 dispone que “las víctimas para formular su opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita la Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda”. De hecho, la regla 89.1, al regular la participación de las víctimas en el proceso, dispone que “las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda”.

- 21 Al respecto, Guerrero Palomares (2014), sosteniendo que la víctima pasa a ser parte una vez se ponga en marcha el incidente de reparación.

Nosotros creemos que puede hacerse un esfuerzo investigador y considerar que las víctimas que intervienen en el proceso penal lo hacen a los efectos de coadyuvar a la Fiscalía, dado el interés jurídico que tienen en que la sentencia sea condenatoria, en la medida en que, sin condena, no hay derecho a la reparación. Es por ello que, con las limitaciones que fija la CPI, las víctimas actúan como coadyuvantes de la Fiscalía. De hecho, pueden proponer prueba o participar en la prueba propuesta por las partes, aunque supeditado a la autorización en cada caso por para de la Sala.

- 22 A los efectos de la participación, la Secretaría de la CPI ha elaborado un modelo tipo de solicitud, que pone a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que colaboren en su difusión de la manera más amplia posible (norma 86. 1). En el tema que nos interesa, destacamos que en dicho formulario, entre otros aspectos, debe constar “una descripción de los daños sufridos a consecuencia de cualquier delito cometido dentro de la jurisdicción de la Corte o, en caso de que la víctima sea una organización o institución, una descripción de los daños directos según se describe

Por otro lado, dado que este trámite de atribución individualizada del estatus de víctima en el proceso penal puede ser muy gravoso en el caso en que exista un número masivo de víctimas, la CPI ha permitido que dicho colectivo pueda personarse a través de un único abogado, sin necesidad de que se realice una análisis pormenorizado de la requisitos para ser considerada víctima en este momento procesal²³.

2.4.2.2 Momento para la solicitud

Como ya hemos anticipado, el momento en el que la víctima adquiere gran protagonismo a efectos de la reparación es tras la emisión de la sentencia condenatoria. Para obtener la reparación, la víctima debe presentar una solicitud de reparación conforme a la regla 94 y a la norma 88. Ahora bien, nos podemos encontrar con tres situaciones:

1ª. Que la víctima ya tenga reconocido su estatus en el proceso penal previo. En este caso, ya se realizó el control de cumplimiento de los requisitos, sin que se deba proceder a hacerlo de nuevo en el incidente de reparación.

2ª. Que la víctima se personara en el proceso penal a través de abogado único, pero sin intervenir personalmente en el proceso. En este caso es preciso proceder a identificar de manera completa y exhaustiva a la misma, en la medida en que es preciso concretar quienes tienen derecho a la reparación²⁴.

en el literal b) de la regla 85 (norma 86.2 c); “información acerca de los motivos por los cuales se han visto afectados los intereses personales de la víctima” (norma 86.2 f); “información sobre la etapa del procedimiento en la que la víctima desea participar y, de ser aplicable, la reparación que pretende obtener” (norma 82.2 g).

23 Así ocurrió en los casos de Kenia, *Prosecutor vs. Ruto y Sang* y *Prosecutor vs. Muthaura y Kenyatta*, tal y como analiza Guerrero Palomares, 2014.

Por su parte, en la nota 99, p. 98 afirma que “el procedimiento de acceso de la víctima a través del formulario y posterior valoración del mismo por la Corte ha sido criticado por complejo, tedioso e incluso frustrante para la propia víctima”.

24 Sobre esta cuestión nos parecen muy interesantes las palabras de Guerrero Palomares (2014) en donde afirma que “distinto será, desde luego, cuando estemos

3ª Que la víctima se persone directamente en el incidente de reparación sin haber participado previamente en el proceso penal de ninguna manera. En este supuesto, obviamente, también deberá procederse a verificar el cumplimiento de los requisitos. Es importante que destaquemos que no es *condición sine qua non* para tener derecho a la reparación que la víctima haya solicitado el reconocimiento de su estatus como tal en el proceso penal previo.

3 ÁMBITO DE ADECUACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA ANTE LA CPI: COORDENADAS

3.1 SUBJETIVAS

3.1.1 Víctima

Tienen la consideración de víctimas en el procedimiento seguido ante la CPI, los siguientes sujetos: 1º. Personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte (Regla 85 *a*); 2º. Organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales (Regla 85 *b*).

Como puede verse, en este último supuesto se especifica que las organizaciones o instituciones para ser consideradas como víctimas

en la fase de reparación, donde sí habrá que valorar cuidadosamente quien es acreedor a la misma. Por ello la decisión comentada tal vez implique únicamente retrasar el momento de hacer el trabajo (pues normalmente, todas las víctimas que desean participar, desean también ser reparadas); sin embargo, la nueva doctrina aliviará de trabajo a muchas secciones del Tribunal y sin duda contribuirá a la racionalización de los medios humanos y materiales con los que cuenta la Corte, si quiere sea, hasta el momento del dictado de una sentencia que, en el caso de ser absolutoria, no demandaría la apertura de la pieza de reparación”.

deben haber sufrido un daño “directo” y de carácter “patrimonial”. Por lo tanto, puede inferirse que, en el caso de las personas naturales, al no realizar las distinciones, el daño puede ser indirecto y, y no necesariamente patrimonial. De hecho, así se sostiene en la jurisprudencia de la CPI que indica que ese daño “incluye tanto el físico, como el económico y el psicológico o emocional” (Guerrero Palomares, 2014).

Por otro lado, aunque la regla 85 *a*) no menciona expresamente a los causahabientes, no hay que perder de vista que el daño que se puede sufrir para ser considerado como víctima, también puede ser indirecto. Por lo tanto, una integración de esta regla, junto con el artículo 75.1 ECPI, permite sostener que los causahabientes son víctimas indirectas, tienen legitimación para intervenir en el procedimiento y, por lo tanto, pueden ser reparados¹.

3.1.2 Responsable criminal

La CPI tiene competencia para el enjuiciamiento de conductas de personas naturales², y obviamente, que no hayan fallecido. Así se desprende con carácter general del artículo 1 ECPI en que se indica que “se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (...). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas (...)”.

1 Este planteamiento ha llevado a la CPI a reconocer que las personas fallecidas pueden ser consideradas víctimas, y más en concreto, sus sucesores pueden ser reparados. Al respecto, Guerrero Palomares (2014) en donde afirma que “los fallecidos no dejan de ser víctimas por tal motivo y que sus sucesores pueden ejercitar los derechos de sus finados (ICC-01/05-01/08/320, 12 diciembre de 2008, párrafos 39 y ss.)”.

Sin embargo, los problemas interpretativos se han planteado en relación con las víctimas indirectas en los casos en que se exige responsabilidad penal a un sujeto y los daños son causados por terceras personas, en concreto, niños soldados reclutados por el acusado (decisión ICC-01/04-01/06-1813, SPI I, 8 abril 2009, párrafos 44-52. Así lo pone de manifiesto Guerrero Palomares (2014), en relación con el caso Lubanga y el reclutamiento de niños soldados por el acusado.

2 En doctrina, Olásolo Alonso, 2011; Olásolo Alonso, 2013; Olásolo Alonso, 2015.

Desarrollando esta previsión, el artículo 25.1 ECPI añade que “de conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”. De esta manera, la posición pasiva en el eventual proceso que pueda seguirse ante la CPI la ocupa una o varias personas, nunca el Estado en el que se hayan cometido esos hechos, o de donde sean naturales los responsables criminales. Por lo tanto, las personas naturales a las que se les imputen hechos competencia de la CPI son las responsables de la reparación a las víctimas sin finalmente son condenadas. No obstante, las consideraciones que realizamos no empecen otro tipo de responsabilidades que puedan exigirse a los Estados conforme al Derecho Internacional.

La persona que cometa alguno de los delitos mencionados en el artículo 5 ECPI será penalmente responsable y puede ser juzgada y condenada de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2 ECPI³. A su vez, de conformidad con lo previsto en la regla 98.1 “las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado⁴”.

Por otro lado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 ECPI “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen⁵”. Por lo tanto, en la medida en que los menores de dieciocho años no son sujetos del proceso seguido ante la CPI, tampoco serán los sujetos pasivos de un

3 El apartado siguiente enumera una serie de conductas o actuaciones determinantes de participación en los hechos delictivos, que merecen reproche penal internacional. También permite completar esta delimitación subjetiva, el artículo 28 ECPI que regula la responsabilidad en que puedan incurrir jefes militares y otros eventuales superiores.

4 En todo caso, rige el principio general de irretroactividad *ratione personae* previsto en el artículo 24 ECPI. Por lo tanto, “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor” (apartado 1). En el caso en que hubiera una modificación del Derecho aplicable “a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena” (apartado 2).

5 En doctrina, Olásolo Alonso; Carnero Rojo, 2011.

eventual procedimiento de reparación a las víctimas, sin perjuicio de exigir las correspondientes responsabilidades ante la Jurisdicción nacional competente⁶.

A su vez, hay que añadir que el artículo 27 ECPI fija un criterio clave en la delimitación subjetiva de la competencia de la CPI. En concreto, el ECPI se aplica por igual a todas las personas, sin distinción de ningún tipo basada en el eventual cargo oficial que pudiera ocupar el presunto responsable de los crímenes⁷. De igual manera, hay que inferir que ese cargo o posición tampoco le exime de la obligación de reparación a las víctimas⁸.

3.1.3 Órgano jurisdiccional competente

La Sala de Primera Instancia es el órgano competente para la fijación de la reparación a las víctimas y la concreción de su alcance. Así se desprende del hecho de que la vista para la reparación puede desarrollarse de manera conjunta a la vista para la imposición de la pena, o en otra diferente⁹.

6 En este sentido consideramos que adquiere sentido el art. 75.6 ECPI al disponer que “nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo a derecho interno (...)”.

7 En particular, hace referencia a los cargos de Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de Gobierno o parlamento, o representante elegido o funcionario del gobierno, indicando que en ningún caso esa condición les eximiría de responsabilidad penal ni tampoco constituye *per se*, motivo para reducir la pena (art. 27.1 ECPI).

8 Por otro lado, queremos destacar el contenido del apartado 2 en que se prevé que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. En doctrina, Cardona Llorens, 2002; Cervell Hortal, 2013; Cucarella Galiana, 2021; Olásolo Alonso, 2017.

9 A los efectos de celebrar la audiencia para la reparación, el magistrado que presida la Sala debe fijar la fecha para la audiencia (regla 143). Esta fecha puede aplazarse, en circunstancias excepcionales, por la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal, la defensa o los representantes legales de las víctimas que participen en

3.2 **Objetivas**

3.2.1 **La Justicia restaurativa es la garantía del éxito del sistema de Justicia penal universal**

Referencias indirectas a los delitos cuya investigación y enjuiciamiento son competencia de la CPI podemos encontrar en el preámbulo del Estatuto. Así, por ejemplo, se indica que esos “graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. De igual manera, y por dos veces en el mismo preámbulo se indica que se trata de graves crímenes que tienen trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto¹⁰, respecto de los cuales debe evitarse la impunidad¹¹.

Si atendemos a la regulación normativa propiamente dicha, el artículo 1 ECPI indica que los delitos competencia de la CPI son “los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto”. El artículo 5 indica que “la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. En concreto, los mismos son: crimen de genocidio (art. 6

las actuaciones con arreglo a lo dispuesto en las reglas 89 a 91. También, a instancia de las víctimas que hayan presentado una solicitud de conformidad con la regla 94. Este órgano jurisdiccional debe emitir dos tipos de pronunciamientos relacionados con la reparación. En primer lugar, debe fijar los principios aplicables para la futura reparación. Esta fijación se hace como regla general a instancia de parte determinando “en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda” (art. 75.1 ECPI). En este trámite debe prestarse necesariamente audiencia a las víctimas.

En segundo lugar, fijación de la orden de reparación, con la concreción de las medidas impuestas. También en este supuesto debe prestarse audiencia previa a las víctimas.

En general, sobre la CPI, Pérez Cebadera, 2003.

10 Véase en este sentido, párrafos 5 y 10.

11 Véase párrafo 6.

ECPI); crímenes de lesa humanidad, (art. 7 ECPI); crímenes de guerra (art. 8 ECPI); crimen de agresión (art. 8 bis ECPI)¹². En todo caso, es preciso indicar que la “gravedad” condiciona el inicio de la investigación¹³.

Ahora bien, a pesar de ser delitos que comprometen la paz y la seguridad, el ECPI y la jurisprudencia de la CPI permiten e impulsan la Justicia restaurativa. Al respecto, podemos destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la decisión ICC 01/04-01/06-8, 24 febrero 2006, párrafo 136, subraya la importancia del sistema de reparación, indicando que es un parámetro esencial para poder garantizar el éxito del sistema de Justicia penal internacional. En concreto, afirma:

En opinión de la Cámara, el sistema de represalia previsto en el Estatuto no es sólo una de sus características únicas. También es una característica clave. En opinión de la Sala, el éxito de la Corte está, en cierta medida, vinculado al éxito de este sistema de reparación.

El carácter reparador de esta modalidad de Justicia está muy presente en los pronunciamientos de la CPI, ya que es preciso evitar la repetición de este tipo de conductas, y promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas y las comunidades afectadas. En este sentido, nos resulta muy interesante la resolución de la Sala de Enjuiciamiento I, ICC 01/04-01/06-2904, 7 agosto 2012, párrafo 177:

Las reparaciones en el presente caso deben –en la medida de lo posible- aliviar el sufrimiento causado por estas ofensas; hacer justicia a las víctimas aliviando las consecuencias de los hechos

12 Por otro lado, debemos indicar que la CPI también tiene competencia para los delitos conexos contra la Administración de Justicia que puedan cometerse con ocasión de la investigación y enjuiciamiento de los delitos competencia de la CPI (art. 70 CPI). En la medida en el artículo 75 ECPI no discrimina según los delitos competencia de la CPI, hay que entender que la reparación a las víctimas de este tipo de delitos también es posible.

13 De hecho, entre las cuestiones de admisibilidad se contempla que el asunto no “sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte” (art. 17. 1 d) ECPI). Por lo tanto, la reparación a las víctimas será posible en los casos en que el asunto penal revista gravedad en los términos indicados. Todo ello sin perjuicio del derecho de las víctimas a ser reparadas en el ámbito interno (art. 756 ECPI).

ilícitos; disuadir futuras violaciones; y contribuir a la reintegración efectiva de los ex niños soldados. Las reparaciones pueden ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas.

3.2.2 Medidas adoptables

3.2.2.1 Cuestiones generales

Llegados a este punto de nuestra investigación, pretendemos identificar las medidas de reparación a las víctimas que pueden adoptarse al amparo de lo previsto en el artículo 75 ECPI. Para su identificación, debe tenerse presente su apartado 1, en el que se dispone que “la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes (...)”.

También es preciso completar esta regulación con el desarrollo que se hace en la regla 94 RPP al establecer cuál es el contenido del escrito que presente la víctima solicitando la reparación. En concreto, “la solicitud (...) incluirá los pormenores siguientes: a) La identidad y dirección del solicitante; b) Una descripción de la lesión o los daños o perjuicios; c) El lugar y la fecha en que haya ocurrido el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por la lesión o los daños o perjuicios; d) Cuando se pida la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles, una descripción de ellos; e) La indemnización que se pida; f) La rehabilitación o reparación de otra índole que se pida; g) En la medida de lo posible, la documentación justificativa que corresponda, con inclusión del nombre y la dirección de testigos”.

Varias consideraciones pueden derivarse de la interpretación e integración de estos preceptos, junto con la regla 85 RPP que concreta el concepto de víctima que ya hemos estudiado.

3.2.2.2 De índole patrimonial

3.2.2.2.1 *Cuando se trate de organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos en sus bienes*

La adopción de medidas reparatorias de carácter patrimonial es posible a la vista de las disposiciones normativas que hemos identificado. El artículo 75, apartados 1 y 2, incluye entre las medidas de carácter patrimonial, la “restitución” y la “indemnización” (Guerrero Palomares, 2014). Cuando se trate de reparar a estos sujetos, la solicitud de reparación solamente puede ir encaminada:

1º) A la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles (art. 75 ECPI en relación con las reglas 85 *d* y 94.1 *d*¹⁴).

2º. Solicitud de una indemnización (art. 75 ECPI en relación con las reglas 85 *e*) y 94 *e*), entendiéndose que el daño que puede repararse es el material.

3.2.2.2.2 *Cuando se trate de personas naturales o sus causahabientes*

La restitución e indemnización también son posibles. En este último caso, también en la decisión ICC-01/04/06-2904, la Sala de Primera Instancia I, de 7 de agosto de 2012 indica que puede entenderse como “el abono a la víctima de una cantidad de dinero, a cuantificar dependiendo del daño sufrido, que incluye los siguientes conceptos: daño físico, daño moral, daño material –pérdida de ingresos y oportunidades de trabajo, pérdida o daño en propiedades, salarios impagados, pérdida de ahorros u otros relacionados con la posibilidad de desarrollar un trabajo–, pérdida de oportunidades –de trabajo, educacionales y sociales, pérdida de status

14 Como indica la doctrina. Guerrero Palomares (2014) en el año 2012 la CPI dictó la primera resolución de conformidad con lo regulado en el artículo 75.1 ECPI. En concreto, en la decisión ICC-01/6-2904, SPI I, 7 agosto 2012, concretó que la restitución “implica reponer a la víctima en sus circunstancias anteriores a que el delito se cometiera” (párrs. 223-225).

social o de derechos-, costes –legales, médicos, sociales o de otro tipo-¹⁵ (párrs. 226-231).

Todo ello sin perjuicio de que se puede solicitar también la reparación de perjuicios indirectos de carácter patrimonial.

3.2.2.2.3 Fondo fiduciario y reparación patrimonial

La CPI puede acordar que la reparación a las víctimas se haga por medio del fondo fiduciario¹⁶. Así puede ocurrir cuando el condenado no se haga cargo de la reparación. En concreto, el artículo 75.2 *in fine* ECPI dispone que “cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79”. Este artículo dispone la existencia de un fondo fiduciario “en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias”. Ese fondo se puede nutrir por diferentes vías:

- a) Multas impuestas al condenado (art. 79.2 ECPI¹⁷).
- b) Decomiso de bienes (art. 79.2 ECPI¹⁸).
- c) Cantidades impuestas al condenado en órdenes de reparación.

15 Tomamos esta referencia de Guerrero Palomares, 2014.

16 Esta decisión se puede adoptar en tres supuestos (regla 98): cuando la reparación se haya dictado en favor de personas naturales o sus causahabientes si en ese momento resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima (regla 98.2); cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo (regla 98.3); cuando la reparación sea acordada en beneficio de una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.

17 De conformidad con lo previsto en la regla 98.5 “con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas”.

18 Vid. nota anterior. En estos dos supuestos, antes de dictar una orden de conformidad con el párrafo 2 del artículo 79, la Sala podrá pedir a los representantes del Fondo que le presenten observaciones escritas u orales (regla 148).

3.2.2.3 De otra índole con carácter simbólico, preventivo o valor transformativo

3.2.2.3.1 Cuestiones generales

Como hemos analizado, el artículo 75 ECPI enumera una serie de medidas reparatorias entre las que se incluyen “la restitución, la indemnización y la rehabilitación”. La duda interpretativa que podría surgir es si la rehabilitación de este artículo es solamente de carácter patrimonial, al incluirse junto con otras que sí tienen esa naturaleza como la indemnización y la restitución.

Sin embargo, el RPP nos permite resolver esta cuestión indicando que la rehabilitación puede ser de cualquier índole. De hecho, la regla 94.1 distingue claramente, en letras diferenciadas, las medidas de “restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles” (letra *d*); “indemnización” (letra *c*) y “la rehabilitación o reparación de otra índole” (letra *f*). Es decir, es posible entender que la rehabilitación que puede solicitarse puede ser de índole diferente a la patrimonial¹⁹.

19 Si atendemos a la jurisprudencia, en la condena emitida por la CPI contra Thomas Lubanga Dyilo por crímenes de guerra, la Corte concretó qué medidas de reparación se pueden entender incluidas en el concepto de “rehabilitación”. Así se hizo en la decisión ICC-01/04-01/06-2904, 7 agosto 2012. En concreto, la restauración a las víctimas puede tener lugar otorgándole el “acceso a servicios médicos, psicológicos y sociales” (párrs. 232-236). De igual manera, se considera también como reparatorio “el propio veredicto y la sentencia, la realización de campañas de concienciación e información sobre el juicio y su resultado, y la petición de perdón por parte del condenado” (párrs. 237-241). Véase, Guerrero Palomares, 2014.

En este ámbito es realmente significativa la construcción jurisprudencial en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en torno al concepto de “reparación integral”. En doctrina puede verse, López Cárdenoas, 2009; Padrón-Espinoza; Narváez-Zurita; Guerra-Coronel; Erazo-Álvarez, 2020; Rousset Siri, 2011. Un ejemplo de medidas reparatorias de toda índole adoptadas en una sentencia en la que se exige responsabilidad internacional a un Estado por delitos de lesa humanidad podemos encontrar en la sentencia de 24 de febrero de 2011, *caso Gelman versus Uruguay*. Destacamos las siguientes medidas impuestas:

“8. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

En este sentido, en el caso *the Prosecutor v. Germain Katanga*,

9. En un plazo razonable, el Estado debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea, de conformidad con los párrafos 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia.

10. El Estado debe continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruetagoiena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación, de conformidad con los párrafos 259 y 260 de la Sentencia. 11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.

12. El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia.

13. El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la Sentencia.

14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia.

15. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay, de conformidad con el párrafo 278 de la Sentencia.

16. El Estado debe adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales, de conformidad con los párrafos 274, 275 y 282 de la Sentencia.

17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma.

en la Order for Reparation pursuant article 75 of the Statute (No. ICC-01/04-01/07²⁰) la Corte especifica en el párrafo 297 que la reparación de las víctimas no tiene que limitarse a las formas establecidas en el artículo 75.1 del Estatuto de Roma; la restitución, la compensación y la rehabilitación, sino que puede adoptar otras formas como las simbólicas, preventivas o con valor transformativo²¹.

3.2.2.3.2 *Derecho a conocer la verdad*

Es importante que destaquemos que la CPI ha reconocido que las víctimas tienen “el derecho a conocer la verdad”. De hecho, el artículo 68.3 ECPI permite la participación de las víctimas en el procedimiento cuando haya una afectación de “sus intereses personales”. Pues bien, en la ICC-02/04-101, SCP II, 10 agosto 2007, párr. 98, la CPI establece que el derecho a conocer la verdad “determina su interés personal en el resultado del procedimiento” (Guerrero Palomares, 2014). Por lo tanto, si existe el derecho a conocer la verdad, dicho derecho deberá ser atendido en los pronunciamientos de carácter reparatorio.

3.2.2.3.3 *Petición de disculpas*

En la orden de reparación No. ICC-01/12-01/15 de 17 de agosto de 2017²², *the Prosecutor v. Ahmad al Faqi Al Mahdi* la CPI indica en el párra-

18. Conforme a lo establecido en la Convención, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma, debiendo el Estado rendirle, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto”.

20 Documento: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05121.PDF

21 Al respecto, sostiene: “The Chamber recalls that the modalities of reparations are not confined to those set down in article 75(1) of the Statute: restitution, compensation and rehabilitation. It may transpire that other modalities of reparations are appropriate, for instance, those of symbolic, preventative or transformative value.”

22 Documento: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1803eb94b.pdf>

fo 71 que las víctimas deberían conocer la petición de disculpas que realizó el acusado durante el juicio. De esta manera, se dispone que se elabore un video de ese fragmento del juicio para subirlo a la página web de la CPI con la traducción a las lenguas que principalmente se hablan en Timbutku. De igual manera, se contempla que si las víctimas desean recibir una copia de la disculpa en una lengua que entienda, se les debe facilitar²³.

En el caso *the Prosecutor v. Germain Katanga*, en la *Order for Reparation pursuant article 75 of the Statute* (No. ICC-01/04-01/07²⁴), en el párrafo 315 se indica que el acusado puede contribuir a los procesos de reparación mediante una disculpa voluntaria individual o colectiva a los grupos de víctimas, ya sea pública o confidencial²⁵. De hecho, en el párrafo 318 añade que dichas disculpas pueden realizarse de manera individualizada por carta, en una ceremonia de reconciliación o públicamente²⁶.

23 En concreto dispone: “The Chamber does not consider that a further apology above and beyond what Mr Al Mahdi has already given to be necessary. However, as a symbolic measure to ensure that all victims have access to Mr Al Mahdi’s apology, the Chamber orders the Registry to produce an excerpt of the video of Mr Al Mahdi’s apology and post it on the Court’s website with the corresponding transcript translated into the primary languages spoken in Timbuktu. If any of the victims wish to receive a hard copy of the apology in a language they fully understand and speak, the Registry shall make this available to them upon request. Further ways of using Mr Al Mahdi’s existing apology may be advanced by the TFV during the implementation phase of the present order.”

24 Documento: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05121.PDF

25 Así, afirma: “The Chamber notes that an accused person may contribute to the reparations process by way of a voluntary apology to individual victims or to groups of victims, on a public or confidential basis”.

26 En concreto afirma: “Accordingly, the Defence is directed to approach the TFV so as to discuss the contribution of Mr Katanga, should that be his desire, to the modalities of reparations, which for instance, could be by way of a letter of apology, public apologies, or the holding of a ceremony of reconciliation once he has served his sentence.”

Puede citarse también como ejemplo, En la orden de reparación ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* se establece que las medidas tienen que dirigirse a paliar la vergüenza de los niños soldados y evitar cualquier forma de futura victimización. Asimismo, se establece en el párrafo 67, que Mr. Lubanga (acusado) puede contribuir a este procedimiento mediante una

3.2.2.3.4 *Actos simbólicos*

A título de ejemplo, en la orden de reparación n° ICC-01/12-01/15, de 17 de agosto de 2017²⁷, the Prosecutor v. Ahmad al Faqi Al Mahdi, la CPI reconoció, por una parte, las reparaciones individuales a las víctimas que han sufrido daños morales a través de compensaciones, mientras que las reparaciones colectivas pueden incluir medidas simbólicas, como por ejemplo, una ceremonia en la que se reconozca el daño moral sufrido por la comunidad Timbuktu²⁸.

En los párrafos 106 y 107 impone otra medida como la entrega de un euro a la comunidad internacional, representada en este caso, por la UNESCO y el Estado de Mali.

También se puede citar el caso the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, en cuya orden de reparación (n° ICC-01/04-02/06²⁹) se hace referencia al concepto de reparación simbólica (párrafo 208), y se propone como una opción de esta modalidad la construcción de un centro

disculpa voluntaria a las víctimas individuales o grupos de víctimas, de forma pública o privada;

“vii. Reparations may include measures to address the shame felt by some former child soldiers, and to prevent any future victimisation. The reparation awards should, in part, be directed at preventing future conflicts and raising awareness that the effective reintegration of the children requires eradicating the victimisation, discrimination and stigmatisation of young people in these circumstances.

viii. Mr Lubanga is able to contribute to this process by way of a voluntary apology to individual victims or to groups of victims, on a public or confidential basis.”

27 Documento: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1803eb94b.pdf>

28 Al respecto afirma: “As for the modalities, the Chamber considers that individual reparations are to be implemented through compensation and collective reparations through rehabilitation to address the emotional distress suffered as a result of the attack on the Protected Buildings. These collective reparations can also include symbolic measures – such as a memorial, commemoration or forgiveness ceremony – to give public recognition of the moral harm suffered by the Timbuktu community and those within it.”

29 Documento: <https://www.legal-tools.org/doc/68sd81/pdf/>

comunitario llamado Abbé Bwanalunga para honrar su memoria y servir como lugar para reconciliar a los diferentes sectores de la comunidad con los que Abbé trabajaba³⁰.

3.3 Procedimentales

Los aspectos referentes a la solicitud de personación de las víctimas en el procedimiento y órgano competente para reconocer dicho estatus ya han sido objeto de análisis en páginas anteriores (regla 94). En este apartado, brevemente, queremos prestar atención a dos aspectos que consideramos relevantes.

Por un lado, el llamamiento al procedimiento de víctimas, y por otro, la adopción de medidas cautelares a los efectos de garantizar la efectividad de un pronunciamiento eventualmente condenatorio a reparar³¹.

3.3.1 Llamamiento al procedimiento

Por un lado, se contempla la posibilidad excepcional (art. 75.1 ECPI) de que la Corte actúe de oficio pidiendo la notificación a las víctimas a los efectos de que puedan personarse en el procedimiento (regla 95). No obstante, si como resultado de la notificación, la víctima pidiera a la CPI que no ordene una reparación, no se ordenará reparación individual a su favor (regla 2 b). En el caso en que la víctima decidiera personarse, deberá presentar la solicitud de reparación en los términos previstos en la regla 94 (regla 95.2 a).

La regla 96 regula el llamamiento colectivo indicando que el Fiscal debe tomar todas las medidas que sean necesarias para dar publicidad

30 Al respecto afirma: “Symbolic reparations may also contribute to the process of rehabilitation. symbolic measures proposed is the construction of a community centre to be named after *Abbé* Bwanalunga —to honour his memory, but also to serve as a means to foster reconciliation between the different sectors of the community that the *Abbé* worked with.”

31 Sobre las líneas generales del mismo, Guerrero Palomares, 2014.

adecuada de las actuaciones de reparación ante la Corte, en la medida de lo posible a otras víctimas o a los Estados interesados (regla 96.1).

3.3.2 Tutela cautelar

La Sala de Cuestiones Preliminares o en su caso, la Sala de Primera Instancia (art. 75.4 ECPI) de oficio o previa solicitud del Fiscal o de las víctimas o de sus representantes legales que hayan pedido reparación o indicado su intención de hacerlo, pueden adoptar medidas de estructura cautelar para garantizar los pronunciamientos eventualmente reparatorios (regla 99.1). Dicha decisión puede adoptarse sin audiencia previa del sujeto pasivo (regla 99.3) o con audiencia previa en el supuesto en que dicho trámite no redunde en detrimento de la eficacia de las medidas (regla 99.2).

REFERENCIAS

ARCOS VARGAS, M. La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional. *In: La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional* (VV.AA). Madrid 2000.

BARONA VILAR, S. Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo. *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 24, 2009.

BARONA VILAR, S. Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa. *Revista de Derecho Penal*, n. 26, 2009.

BARONA VILAR, S. Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas. *In: CASTILLEJO LLAMAZARES, R. (dir.); TORRADO TARRÍO, C. (coord.). La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. La Ley*, 2013.

BARONA VILAR, S. Encuentros restaurativos, tránsito de la guerra a la paz ¿instrumento paliativo o reconstructivo?. **Estudios de Derecho**, v. 75, n. 165, 2018 (ejemplar dedicado a: Guerra y Paz).

BARONA VILAR, S. Claves vertebradoras del modelo de justicia en el siglo XXI. **Revista Boliviana de Derecho**, n. 32, 2021.

BAZÁN, V. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. **Revista europea de derechos fundamentales**, n. 18, 2011.

BELTRÁN MONTOLIU, A. El enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional. *In*: CARDONA LLORENS, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (coords.). **La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar**, 2002.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. Supranacionalidad y justicia penal. La Corte Penal Internacional. **Actualidad penal**, n. 35, 2003.

CERVELL HORTAL, M. J. **Genocidio, responsabilidad internacionales e inmunidad de los jefes de Estado**. Iustel, España, 2013.

CONFORTI, F. **Estudios para la paz desde el Derecho Penal**. Argumentación del hecho jurídico reparable. Dykinson, 2020.

CUCARELLA GALIANA, L. A. Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva). Tirant lo Blanch, España, 2021.

FERRER MAC-GREGOR, E.; SILVA GARCÍA. El control de convencionalidad en la jurisprudencia constitucional. **Parlamento y Constitución: anuario**, n. 12, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, E. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. **Estudios jurídicos**, n. 10, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, E. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. **Urbe et Ius: revista de opinión jurídica**, n. 11, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. *In*: FERRER MAC-GREGOR, E; HERRERA GARCÍA, A. (coords.) **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoria Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos**, 2013.

GARRIDO GÓMEZ, M. I. **Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho**. Paracuellos del Jarama, Madrid, Dilex 2007.

GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; CARDONA LLORENS, J., **La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)**. Tirant lo Blanch 2003.

GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; CARDONA LLORENS, J., **El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación**. Tirant lo Blanch, 2003.

GONZÁLEZ RUS, J. J. **Derecho penal español: parte especial** In: COBO DEL ROSAL, M. (coord.). p. 1191-1202, 2005.

GUTIÉRREZ DELGADO, J. M. Delitos contra la comunidad internacional. **Hacia una Justicia internacional**, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999, 2000.

GUERRERO PALOMARES, S. La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

JIMENA QUESADA, L. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?. In: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I.; JÁUREGUI BERECIARTU (coords.). **Derecho constitucional europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España**, 2011.

JIMENA QUESADA, L. El control de convencionalidad y los derechos sociales. Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal). **Anuario Iberoamericano de justicia constitucional**, n. 22, 2018.

JIMENA QUESADA, L. La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre. **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 53, 2019.

LÓPEZ CÁRDENAS, M. Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, v. 11, n. 2, 2009.

MONTESQUIEU, C. L. **El espíritu de las leyes**. Ediciones Istmo 2002.

OLÁSOLO ALONSO, H. **Ensayos de derecho penal y procesal internacional**. Tirant lo Blanch, España, 2011

OLÁSOLO ALONSO, H. **Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, en homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo**. Tirant lo Blanch, España, 2013.

OLÁSOLO ALONSO, H. **Introducción al Derecho Internacional Penal**. Tirant lo Blanch, España, 2015.

OLÁSOLO ALONSO, H. **Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales**. Dilemas políticos y normativos. Tirant lo Blanch, España, 2017.

ORTELLS RAMOS. Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Extremadura, n. 3, 1984-85.

ORTELLS RAMOS et al. **Introducción al Derecho Procesal**. 11. Ed. Aranzadi, 2022.

PADRÓN-ESPINOZA, P. A.; NARVÁEZ-ZURITA, C. I.; GUERRA-CORONEL, M. A.; ERAZO-ÁLVAREZ, J. C. El derecho a la verdad como mecanismo idóneo de reparación integral. **Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas**, v. 5, n. 8, 2020.

PEDRAZ PENALVA, **De la Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, en Constitución, Jurisdicción y proceso**. Akal 1990.

PÉREZ CEBADERA, M. A. La organización y competencia de la Corte Penal Internacional. *In*: GÓMEZ COLOMER J. L, et al. **La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)**. Tirant lo Blanch, 2003.

PLANCHADELL GARGALLO, A. El Fiscal ante la Corte Penal Internacional. *In*: GÓMEZ COLOMER J. L, et al. **La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)**. Tirant lo Blanch, 2003.

ROUSSET SIRI, A. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 1, 2011.

RUEDA FERNÁNDEZ, C. **Delitos de derecho internacional**: tipificación y represión internacional. J. M. Bosch editor, España, 2001.

SAGÜÉS, N. P. Nuevas fronteras del control de convencionalidad. El reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de investigações constitucionais**, v. 1, n. 2, 2014.

TAMARIT SUMALLA, J. M. Título XXIV. Delitos contra la Comunidad Internacional. *In*: MORALES PRATS, F.; QUINTERO OLIVARES, G. (dirs.) **Comentarios al Código Penal español**, v. 2, 2016.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.). **La justicia restaurativa**: desarrollo y aplicaciones. Comares 2012.

VIDAL FERNÁNDEZ, B. **Introducción al Derecho Procesal**. Tecnos, España, 2017.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *In*: GÓMEZ COLOMER, J. L., et al. **La Corte Penal Internacional (estudio multidisciplinar)**. 2003.

RESPUESTA DEL DERECHO PENAL A LA CRECIENTE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Paul Enrique Franco Zamora¹

1 INTRODUCCIÓN

La Ciencia Penal suele dividirse en un apartado sustantivo, dedicado a los ilícitos y responsabilidad emergente por la comisión de delitos, que generalmente procura relacionarse con un cuerpo normativo que compila los hechos criminales en tipos penales, identificando un determinado bien jurídico a proteger.

La parte adjetiva está representada por disposiciones legales que rigen dentro de la investigación y juzgamiento de causas punitivas, dando lugar a la sistematización de etapas procesales codificadas en un instrumento jurídico, invocado por el personal que desempeña atribuciones fiscales o judiciales.

Por las razones expuestas, dentro del Derecho Penal y Procesal Penal se discute respecto a la naturaleza de los bienes jurídicos, que tradicionalmente son considerados objetos materiales o inmateriales protegidos por la ley. Entonces, las sanciones a imponerse contra quienes perpetrar actos delictivos deben responder a un tipo penal reglado, pues se entiende que el Estado salvaguarda bienes jurídicos reconocidos a la población (Quenta Fernández, 2019).

1 Ph.D. en Derecho por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Abogado. pfrancozamora@hotmail.com

Entonces, desde la dogmática penal, los bienes jurídicos están clasificados en individuales o personales y, por supuesto, colectivos. Tratándose de los primeros, la titularidad de los bienes jurídicos corresponde a sujetos particulares y personas naturales pudiendo citarse, sólo a manera de ejemplo, la vida o la propiedad; de esta manera, frente a hechos punitivos cometidos hacia la ciudadanía, las víctimas tienen la posibilidad de denunciar delitos y las instancias estatales habrán de juzgar e imponer sanciones, en la medida en que se reconoce la titularidad (de esta tipología de bienes jurídicos) a cualquier individuo de la población (Valarezo Trejo et al., 2019).

En cambio, cuando resulta complejo identificar específicamente a un sujeto titular de un bien protegido o la totalidad de los integrantes de la sociedad están facultados de recibir la protección de las entidades punitivas, se considera la existencia de bienes jurídicos colectivos, caracterizados porque un grupo de personas (sin importar el número de individuos) requiere la satisfacción de necesidades socio-económicas, siendo las ejemplificaciones más relevantes el medio ambiente o la salubridad pública (Espinosa Leal, 2022).

Por lo expresado, el objetivo de la presente temática recae en una explicación doctrinal de las iniciativas que vienen ejecutándose, para que los institutos jurídicos penales eviten vulneraciones hacia los bienes jurídicos colectivos de mayor relevancia en el siglo XXI, en particular, sobre elementos del medio ambiente como la flora, fauna, atmósfera u otros de similares caracteres que pertenecen al pueblo en general, aspecto que cobra interés en la corriente del Constitucionalismo Latinoamericano.

Tres objetivos fueron delimitados para que, de acuerdo a los bienes jurídicos medioambientales, se describan aspectos relativos a su paulatino reconocimiento y proliferación en la era globalizada, para luego explicarse la naturaleza jurídica de los componentes del ecosistema que merecen tutela penal; en la parte final, son compartidas buenas prácticas que instituciones público-privadas vinculadas a la denuncia de ilícitos

lograron implementar, con la finalidad de consolidar el concepto de bien jurídico colectivo ambiental en el estudio moderno del Derecho Penal.

Acerca de la metodología empleada, cabe mencionar el empleo del método bibliográfico, destinado a la recopilación de datos jurídicos contenidos en artículos científicos de revistas junto a publicaciones académicas con información relevante de la investigación, que permitieron respaldar las afirmaciones contenidas en cada apartado del artículo.

De igual manera, tuvo que emplearse la interpretación exegética para recoger los principales aportes jurídicos contenidos en normas o todo género de principios o reglas de la Ciencia Penal, que respaldan el reconocimiento expreso de bienes jurídicos colectivos cuya titularidad corresponde al conglomerado de la población, evidenciando así la relevancia del tema estudiado en la comunidad internacional, pues tiene vínculo directo con los derechos humanos.

2 ANÁLISIS Y DESARROLLO

A diferencia del resto de ramas o disciplinas de las Ciencias Jurídicas, el Derecho Penal no está encaminado al cumplimiento de sus prescripciones jurídicas, al contrario, tiene como propósito la protección oportuna de bienes materiales e inmateriales. Siguiendo las tendencias de cada etapa de la humanidad, la Ciencia Penal se encontraba enfocada en juzgar y castigar conductas tipificadas como delitos, por cuanto, estuvo orientada principalmente a la tutela de los individuos particular, predominando una dimensión particular en contraposición a un resguardo de la totalidad de habitantes (Fernández Vanegas, 2021).

Hasta la última década del siglo pasado, la política criminal de los países trataba de dirigirse en la primacía de los sujetos frente al resto de la sociedad; por ello, el poder punitivo estatal marcaba una alineación por el resguardo de las personas, priorizando la reducción de la criminalidad. El paso del tiempo rediseñó la finalidad de la persecución penal pública, dando mayor énfasis a los delitos de connotación nacional; es

decir, buscaba aplacarse los ilícitos con excesiva carga procesal o que, en razón a ciertas características como la existencia de grupos con grado de vulnerabilidad, tenga a bien otorgar un tratamiento diferenciado a determinados sectores de víctimas (Araya-Moreno, 2021).

De esta manera, se colige que los avances jurídicos en la tutela de derechos fundamentales individuales (como parte de los objetivos fijados por el Derecho Constitucional y Procesal Constitucional) predominaron en cualquier escenario jurisdiccional; empero, dicha concepción antropocéntrica de precautela de los bienes jurídicos personales, fue cambiando a fin de alcanzar una orientación proteccionista en los componentes del Estado, por citar, empezaron a tipificarse delitos contra la Administración Pública o blindando jurídicamente la seguridad nacional, para demostrar que el *ius puniendi* se fundamentaba en generar certidumbre y estabilidad en la estructura organizativa de los países (Vidaurri Aréchiga, 2023).

Este evidente espacio de masificación decantó en la masiva inclusión de ilícitos relacionados a la corrupción o con afectación directa al patrimonio público, aspecto que derivaría en la reforma sustancial de los Códigos Penales de la región incorporando delitos con perjuicio al aparato estatal, dejando en segundo plano la protección del bien jurídico individual para reformular cualquier política criminal y orientarla a satisfacer las demandas de la sociedad políticamente organizada (Prado Prado & Durán Migliardi, 2017).

La transformación del Derecho Constitucional, impulsada por corrientes regionalizadas como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, resultó decisiva durante el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos, siendo el caso más contundente el establecimiento de bases doctrinales (inclusive, a través de las Normas Supremas de Bolivia o Ecuador) que definieron la tutela especial sobre los elementos de la naturaleza. Entonces, surgieron teorías que sostuvieron el cambio de paradigma en los derechos constitucionales de corte personal e introdujeron la noción de derechos colectivos acompañados del término de intereses difusos (Bustos Ramírez, 2019).

De esta manera, las Constituciones reconocieron derechos en una dimensión individual, es el caso de la vida o la libertad, e igualmente consagraron derechos con enfoque colectivo cuyos ejemplos renombrados representan el derecho al medio ambiente, la salubridad o el patrimonio público. Así pues, la legislación penal no podía desfasarse de la realidad del Constitucionalismo predominante en América Latina, situación motivadora para que, al igual que fueron tipificadas conductas reprochables que lesionan los bienes jurídicos individuales bajo el *nomen iuris* de delitos contra la vida o la libertad personal, resulten incluidos hechos punitivos de tutela penal hacia el medio ambiente (Martínez Gamboa & Bruzón Viltres, 2024).

A principios del siglo presente, diferentes posturas evitaron que la Ciencia Penal pueda regular la conducta humana, estableciendo prohibiciones concretas para salvaguardar los bienes colectivos sobre los que pretendía perpetrarse hechos delictivos; en su lugar, se planteaba que el Derecho Penal contemplaba una Parte General, dedicada a castigar (con mayor rigurosidad) a las personas responsables de ilícitos consumados contra la población en su conjunto.

No obstante, para otro sector reducido de juristas, debía tipificarse nuevos delitos con afectación a bienes de compleja individualización, razón para que empiece un debate respecto al justificativo para que la Parte Especial (de la citada Ciencia) haga referencia a tipos penales especiales o evitar que las legislaciones punitivas ingresen en un ámbito que correspondía a otras ramas jurídicas, principalmente el Derecho Administrativo ocupado del funcionamiento del Estado (Hefendehl, 2001).

Con base a los fundamentos indicados, doctrinarios penalistas mostraron su preocupación con la llamada globalización, que dio cabida a la proliferación de derechos de tercera o cuarta generación, categorías donde ingresan cuestiones sociales y medioambientales que incumben a la colectividad en su conjunto y sin necesidad de especificar un titular. La política criminal de los países tomó un rumbo completamente diferente para alinearse a los fundamentos constitucionales de reconocimiento de

nuevos sujetos de derechos, en especial, tomando en cuenta la noción de “sociedad de riesgo” (López Rojas & Martínez Montenegro, 2020).

El Derecho Penal está direccionado a la protección de la población en general, sin embargo, cuando se aprecian situaciones preocupantes para la totalidad de habitantes es ineludible referirse al surgimiento de la sociedad de riesgo, entendida como los espacios territoriales en los que el futuro está peligrando o la continuidad de condiciones de bienestar está comprometida.

Si frente a hechos de violencia la respuesta penal es el aumento del *quatum* de la pena, en el caso de los bienes jurídicos colectivos pudo apreciarse el desdoblamiento de los términos de “individual” y “colectivo”; para esta última categoría, se optó por diferenciar si el bien tutelado (desde la esfera penal) realmente gozaba una alta probabilidad de arriesgar la paz social de forma tal que, por ejemplo, la destrucción de la flora o fauna contemplen mayor prioridad que los ciberdelitos (Arias Benavides & Etcheverry Carrera, 2024).

La dogmática del ecocentrismo resultó determinante para que el apartado sustantivo penal acoja también los entendimientos constitucionales, derivando en reformas normativas destinadas a la inserción de tipos penales de protección al medio ambiente, prioritariamente bajo la premisa de generar tutela a través de los hechos punitivos perpetrados contra la fauna o la flora.

A pesar de que el avance tecnológico está justificado por la materialización del derecho constitucional de acceso a la información o conectividad al internet (en el que pueden cometerse los ciberdelitos en la comunidad de internautas), genera pues mayor preocupación la protección de bienes jurídicos colectivos relacionados al ecosistema (Merlo Solari, 2023).

La tipificación medioambiental es el principal ejemplo de la respuesta otorgada por los preceptos de la Ciencia Jurídico-Penal con la finalidad de mitigar cualquier flagelo hacia el hábitat natural, originando que las actitudes reprochables cometidas en animales den como resultado la inclusión de los delitos de biocidio o tráfico de especies en peligro

de extinción, junto a otros hechos punitivos de tala indiscriminada de árboles o contaminación de la naturaleza, aunque un grupo de juristas exprese disconformidad, dado que defienden que la norma criminal no podría encargarse de problemas jurídicos del planeta (Merlo Solari, 2023) (Alpa, 2022).

Por esta serie de conductas de deterioro ambiental, surgieron los derechos colectivos e intereses difusos que no están enfocados a un solo titular, tampoco su ámbito protectivo se encuentra enfocado a un individuo, sino es el conjunto de personas afectadas (a título personal o de manera grupal) que tiene la facultad de interponer acciones o recursos dirigidos a resguardar el espacio medioambiental.

Ahora bien, el mandato del constituyente o expresión de los legisladores traducidas en artículos constitucionales o de la normativa penal, son el fundamento primordial que originó el término de tutela penal en bienes jurídico de dimensión colectiva.

Las Constituciones y los Códigos Penales, especialmente de los países que recogen la corriente del biocentrismo (donde es priorizado el amparo a los seres biológicos) o muestran afinidad con la tendencia ecocéntrica (a partir del concepto de la Madre Tierra en su condición de sujeto de derechos), representan el soporte jurídico de consagración de derechos que pueden tutelarse en la vía constitucional, la instancia administrativa y, desde luego, la jurisdicción penal (Llanos de la Guardia, 2022).

El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional diseñaron mecanismos jurídicos de control para el cumplimiento de la normativa ambiental, dando lugar a que los derechos e intereses difusos traspasen a otras disciplinas, que mostraron bastante aceptación de ampliar una esfera de tutela respaldada en la Ley Suprema a un resguardo a través de instrumentos jurídicos (sea de orden administrativo o en al categoría punitiva).

Los juristas con alienación al poder público estatal manifiestan que, el Derecho Penal está enfocado en delitos que generan graves lesiones a la ciudadanía, por lo que las situaciones jurídicas derivadas del deterioro a la naturaleza o de afectación a los animales requieren de una

intervención administrativa, habida cuenta que el medio ambiente formaría parte de la estructura del Estado, en su componente de territorio (Rojas Calderón, 2020).

Sin embargo, no puede incorporarse al espectro medioambiental o los múltiples elementos de la naturaleza dentro del aparato estatal, porque representaría equiparar a los ecosistemas e integrantes en condiciones similares que el derecho de propiedad; de esta manera, los teóricos del Derecho Administrativo desecharon aquella idea de que las entidades públicas de gobierno asuman la protección de bienes jurídicos colectivos por medio de infracciones contenidas en sus respectivas resoluciones.

Llegó a un punto de inflexión en el que las tareas administrativas (de precaución o control de actividades sobre la flora y fauna) resultaban confundidas con la acción penal pública desarrollada por el Ministerio Público al pretender criminalizar los hechos reprochables de la ciudadanía con severas amonestaciones, tratando de salvaguardarlos con actos intermedios o recursos de protección ambiental que nacían en sede administrativa, pero que podían generar controversias a dilucidarse en la judicatura penal (Guzmán Leppe, 2013).

Por consiguiente, una buena práctica asumida en las instituciones públicas de gestión del medio ambiente constituye que las Unidades Jurídicas (encargadas del asesoramiento legal) asuman una postura que la naturaleza contempla la condición de sujeto de derechos, motivando que las autoridades diferencien las funciones cumplidas en la instancia administrativa para el resguardo medioambiental, frente a las atribuciones que corresponden al campo fiscal.

La segunda buena práctica de respuesta de la Ciencia Penal a la consolidación de la clasificación de bienes jurídicos colectivos constituye que las entidades receptoras de denuncias, cuenten con reparticiones especializadas en la identificación de delitos cometidos contra el medio ambiente o la sociedad en general, para que los servidores estatales o la población que acude a instalaciones del Ministerio Público asuman conciencia de los procesos a activarse obligatoriamente de continuar deteriorando la naturaleza (Castro-Cárdenas et al., 2023).

La última práctica generalizada desde el Derecho Penal consiste en que, a partir de las resoluciones dictadas en la jurisdicción constitucional o administrativa, se deriven inmediatamente antecedentes a las instancias de persecución punitiva para que las y los juzgadores, anoticiados de la comisión de delitos en la tutela de derechos constitucionales colectivos con componentes ambientales, colaboren con el castigo a los responsables de hechos delincuenciales en seres vivos que habitan en los ecosistemas (Iglesias Márquez, 2020).

Las tres respuestas están en creciente socialización, razón suficiente para que los países apuesten por frenar el deterioro de bienes jurídicos supraindividuales con el apoyo de la Ciencia Jurídico-Penal, pero será responsabilidad de las autoridades judiciales contribuir con otras prácticas que demuestren la eficacia de la ley frente al cambio climático.

3 CONCLUSIONES

La tutela penal del medio ambiente representa la ejemplificación más contundente del tránsito de los derechos constitucionales de dimensión colectiva a la esfera de la persecución punitiva. Sin duda, el paso de los bienes jurídicos individuales a los de categoría colectiva o difusa es una conquista plena del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que pregona a la naturaleza como sujeto de derechos, siendo indispensable que a partir del Derecho Administrativo y, en forma particular, del Derecho Penal y su Procedimiento proceda a juzgarse o castigarse a quienes resulten responsables de hechos punitivos cometidos contra el medio ambiente.

REFERENCIAS

ALPA, Guido. De la tutela del medio ambiente al reconocimiento de la «natura» como sujeto de derecho. ¿Una revisión de las categorías del derecho civil?. **Revista de Derecho Privado**, n. 43, p. 73-90. jul.-dic. 2022. Disponible en: <https://>

revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7923/12391. Acceso en: 2 oct. 2024.

ARAYA-MORENO, Javiera. ¿Dónde está la política criminal? ¿Cómo estudiarla? Derecho penal y vida cotidiana en estudios sociojurídicos anglosajones. **Estudios Socio-Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 101-129. jul.-dic. 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9437>. Acceso en: 1 oct. 2024.

ARIAS BENAVIDES, Alejandra Nathaly; ETCHEVERRY CARRERA, Julio Alberto. Bien jurídico protegido en los delitos contra el ambiente y la naturaleza. **Foro: Revista de Derecho**, n. 41, p. 129-147. ene.-jun. 2024. Disponible en: <https://doi.org/10.32719/26312484.2024.41.7>. Acceso en: 3 oct. 2024.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. **Revista de Derecho Penal**, n. 27, p. 465-476. jul.-dic. 2019. Disponible en: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/1925/1619>. Acceso en: 28 sep. 2024.

CASTRO-CÁRDENAS, Rosa Luz; ROJAS-LUJÁN, Victor William; CASTRO-CÁRDENAS, Carlos Wilfredo; RECALDE-GRACEY, Andrés Enrique. Criterios legales para imponer sanciones económicas en casos de delitos ambientales en el Perú. **Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas**, v. 8, p. 61-71. jul.-dic. 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.35381/racj.v8i2.2897>. Acceso en: 25 sep. 2024.

ESPINOSA LEAL, Idalia Patricia. Evolución histórica de la teoría del bien jurídico penal. **Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística**, n. 29, p. 140-160. ago.-dic. 2022. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8333922>. Acceso en: 4 oct. 2024.

FERNÁNDEZ VANEGAS, Héctor Gabriel. Repensando el principio de legalidad penal: Sociedad de riesgo, crisis y relativización. **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 50, p. 1-33. ene.-jun. 2021. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n50/2301-0665-rfd-50-e108.pdf>. Acceso en: 28 sep. 2024.

GUZMÁN LEPPE, Juan Pablo. Actos intermedios y recurso de protección ambiental. **Revista de derecho (Valparaíso)**, n. 41, p. 561-574. jul.-dic. 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-68512013000200016>. Acceso en: 29 sep. 2024.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, v. 19, p. 147-158. 2001. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531>. Acceso en: 2 oct. 2024.

IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales. **Sequência (Florianópolis)**, p. 89-122. 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v-41n86p89>. Acceso en: 1 oct. 2024.

LLANOS DE LA GUARDIA, Javier. Antropocentrismo y especismo. Nuevas lecturas de los Manuscritos de París. **Praxis Filosófica**, n. 55, p. 151-168. jul.-dic. 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i55.12070>. Acceso en: 30 sep. 2024.

LÓPEZ ROJAS, Dayán Gabriel; MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel. Globalización, política criminal y rumbos del derecho penal en el contexto de la sociedad del riesgo. **Prolegómenos**, v. 23, n. 45, p. 15-32. ene.-jun. 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/prole.3130>. Acceso en: 2 oct. 2024.

MARTÍNEZ GAMBOA, René Joaquín; BRUZÓN VILTRES, Carlos Justo. Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal cubano. Su análisis desde el derecho comparado. **Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia**, v. 9, n. 27, p. 417-430: jul.-oct. 2024. Disponible en: <https://derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/417-430/888>. Acceso en: 4 oct. 2024.

MERLO SOLARI, Mariana Noelia. Fundamentos de la protección penal del medioambiente: Un análisis de la regulación internacional y la española. **Ius Humani. Revista de Derecho**, v. 12, n. 1, p. 113-144. ene.-jun. 2023 Disponible en: <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/iush/v12n1/1390-7794-iush-12-01-00113.pdf>. Acceso en: 3 oct. 2024.

PRADO PRADO, Gabriela; DURÁN MIGLIARDI, Mario. Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile. **Revista de derecho (Coquimbo)**, v. 24, n. 1, p. 263-295. ene.-jun. 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532017000100263>. Acceso en: 22 sep. 2024.

QUENTA FERNÁNDEZ, Javier. La dimensión normológica constitucional del derecho penal. **Revista Jurídica Derecho**, v. 8, n. 11, 107-120. jul.-dic.

2019. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102019000200007&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Acceso en: 2 oct. 2024.

ROJAS CALDERÓN, Christian. Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional. **Revista Derecho del Estado**, n. 45, p. 275-303. ene.-abr. 2020 Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.10>. Acceso en: 3 oct. 2024.

VALAREZO TREJO, Ermer Efrén; VALAREZO TREJO, Ricardo Lenin; Durán Ocampo, Armando Rogelio. Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito. **Revista Universidad y Sociedad**, v. 11, n. 1, p. 331-338. ene.-mar. 2019. Disponible en: Acceso en: 21 sep. 2024.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. Derecho Penal Constitucional. Algunos apuntes para su aracterización. **Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia**, v. 8, n. 23, p. 109-131. mar.-jun. 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i23.533>. Acceso en: 25 sep. 2024.

PARÁMETROS CONVENCIONALES: PROTECCIÓN JUDICIAL EFECTIVA

Alfonso Jaime Martínez Lazcano¹

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza la protección judicial de los derechos humanos consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH). Se destaca la importancia de los parámetros que deben seguir los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), así como los elementos esenciales que la componen: el acceso a la justicia completa, la competencia judicial, la independencia, la imparcialidad, el plazo razonable, el derecho a la verdad, la reparación integral, la aplicación de la ley, el castigo a los victimarios como garantía de no repetición, y el combate a la impunidad. También se considerará el juicio de amparo en México como un mecanismo clave en este contexto.

El artículo 25 establece que los Estados parte del SIDH deben otorgar a toda persona un recurso sencillo y eficaz ante los tribunales

1 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I. Doctor en Derecho Público, Doctorante en Derecho de la de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

para defender derechos que se consideren vulnerados, ya sean legales, constitucionales o convencionales. Este “recurso” se interpreta de manera amplia, incluyendo procesos como el juicio de amparo en México, la tutela judicial en Colombia y el mandato de seguridad en Brasil.

Este precepto se relaciona con el artículo 8º de la misma Convención, que establece las garantías judiciales que deben observarse en cualquier proceso, tanto en acusaciones penales como en la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales y fiscales. Estos requisitos conforman el debido proceso, un principio fundamental que garantiza el derecho a un juicio justo y equitativo, protegiendo a toda persona de arbitrariedades del Estado.

Los elementos clave del debido proceso incluyen:

- a) Derecho a ser escuchado: Con las garantías adecuadas y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, designado previamente por la ley.
- b) Presunción de inocencia: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad.

2 GARANTÍAS JUDICIALES Y EL DEBIDO PROCESO EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Durante todo proceso, las partes tienen derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención ADH, entre ellos:

- a) Derecho a recibir asistencia gratuita de un traductor o intérprete si no comprende el idioma del tribunal;
- b) Notificación previa y detallada de la acusación;
- c) Suministro de tiempo y recursos adecuados para preparar la defensa;

- d) Derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un abogado de su elección, comunicándose de manera privada con él;
- e) Derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado proporcionado por el Estado, si no se defiende por sí mismo ni designa un defensor dentro del plazo legal;
- f) Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes y a solicitar la comparecencia de otros que puedan aportar información relevante;
- g) Derecho a no ser obligado a declarar en su contra ni a aceptar su culpabilidad;
- h) Derecho a apelar la decisión ante un juez o tribunal superior.

La confesión del inculpado solo será válida si se realiza sin coerción de ningún tipo. Además, una persona absuelta mediante una sentencia firme no podrá ser juzgada nuevamente por los mismos hechos. Por último, el proceso penal debe ser público, salvo en los casos necesarios para proteger los intereses de la justicia.

De esta forma la Corte IDH ha dictado diversas jurisprudencias, entre ellas:

[...] el derecho de acceso a la justicia conlleva asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se lleven a cabo todas las medidas necesarias para conocer la verdad de lo sucedido y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables. En este sentido, los artículos 8 y 25 de la Convención ADH también consagran el derecho de obtener respuesta a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales, ya que la eficacia del recurso implica una obligación positiva de proporcionar una respuesta en un plazo razonable.² Cabe recordar que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales previstas por los artículos 8 y 25 de la Convención ADH se complementan y refuerzan, con las obligaciones

2 Caso Honorato y otros Vs. Brasil. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 104 y Caso Sales Pimenta Vs. Brasil. Sentencia de 30 de junio de 2022, párrafo 83.

provenientes de la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b) dicha Convención obliga de manera específica a los Estados parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.³

3 EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El acceso a la justicia como un derecho fundamental que guarda gran importancia no sólo por ser un derecho humano en sí mismo, sino también porque es a través de él que se garantiza el respeto- o en su caso, reparación- de todos los demás (Ibáñez, 2015, p. 7).

Las cuestiones referentes a los derechos humanos del hombre necesitan, por ende, con un sistema o con otro, ser judiciales- o justiciables-, es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción (constitucional, dada la materia) para que ésta resuelva la pretensión a que el justiciable ha dado acceso mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción que, no obstante, su carácter instrumental, es uno de los derechos primordiales de la persona humana (Bidart Campos, 1993, p. 59).

El acceso a la justicia es un derecho sustantivo esencial, que constituye la parte instrumental para resolver de forma razonable las controversias de trascendencia jurídica.

El hecho de que el derecho de acceso a la justicia sea considerado como *ius cogens*, significa que existen obligaciones *erga omnes* que vinculan a todos los Estados frente a la comunidad internacional, que consisten en garantizar el acceso a la justicia (Arges, 2018, p. 89).

3 Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021, párrafo 129.

3.1 El derecho a un recurso efectivo

El concepto de recurso efectivo y sus características esenciales, como la accesibilidad, la celeridad, la capacidad para otorgar medidas de reparación integral y la sanción a los victimarios, entre otros, son fundamentales para un pleno acceso a la justicia.

Hay dos elementos esenciales respecto a la existencia de un recurso efectivo, uno es la reparación integral a las víctimas y, otro, la sanción a los victimarios, como se desprende de la siguiente jurisprudencia.

Como una obligación especialmente acentuada y un elemento condicionante para garantizar el derecho a la vida, la Corte IDH ha establecido que, una vez que se tenga conocimiento de que ha ocurrido una muerte violenta o sospechosa de criminalidad de una persona bajo su custodia o en una especial situación de sujeción, el Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva, a fin de dar una explicación satisfactoria de lo ocurrido y desvirtuar así su responsabilidad. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que, en supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, los derechos afectados corresponden a los familiares de las víctimas fallecidas, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción, en su caso, de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones.⁴

3.2 La competencia judicial

Se analiza la importancia de que los tribunales estén facultados para conocer y resolver los casos relacionados con la violación de derechos humanos. La competencia judicial es un pilar fundamental del sistema de justicia, asegurando que cada persona tenga el derecho a ser

4 Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 22 de agosto de 2017, párrafo 143.

juzgada por tribunales ordinarios, siguiendo procedimientos establecidos por la ley. Este principio es esencial para el respeto del debido proceso, ya que garantiza que las decisiones judiciales se tomen en un marco legal claro y predefinido. No es suficiente que la ley determine el tribunal encargado de una causa; también es crucial que se respeten las normas que regulan la competencia de esos tribunales.

En este contexto, el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados ha destacado la importancia de que los procedimientos disciplinarios hacia los magistrados se realicen únicamente en los casos previstos por la constitución o la ley. Esto implica que las normas deben ser formuladas con suficiente precisión para que los magistrados puedan entender sus obligaciones y las posibles consecuencias de sus acciones. Así, se busca preservar la integridad del sistema judicial y garantizar la confianza pública en la administración de justicia.

El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia.⁵

Por último, el actual Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados expuso que “los magistrados pueden ser objeto de procedimientos disciplinarios solo en los casos previamente previstos en la constitución o la ley y de conformidad con el procedimiento establecido”. Además, señaló que “la[s] norma[s] debería[n] estar formuladas de forma suficientemente precisa para permitirles regular su conducta y prever las consecuencias que acarrearía la realización de una acción determinada.”⁶ La Corte IDH ha sostenido que el principio del juez natural es una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto, sector de la doctrina, como un presupuesto de

5 Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 125.

6 Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú. Sentencia de 28 de septiembre de 2021, párrafo 127.

aquel. Implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. Así, el juez natural deriva su existencia y competencia de la ley. De modo que, en un Estado de Derecho, solo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores. El principio del juez natural significa que ninguna autoridad puede determinar la composición de un tribunal o juez para que juzgue un caso concreto, después de ocurridos los hechos que motivan ese juzgamiento, preservando así la imparcialidad e independencia de quienes administran justicia. Es decir, el tribunal o juez que juzgará determinado caso debe estar previamente constituido a los hechos que conocerá, de acuerdo con las reglas previamente establecidas, ya que, de lo contrario, existe la probabilidad de que ese tribunal sea expresamente conformado para favorecer o perjudicar a la persona sometida a juzgamiento. En consecuencia, el principio busca evitar la manipulación del tribunal, garantizar la imparcialidad de los juzgadores y, en definitiva, también la legitimidad de la justicia.⁷

3.3 La independencia e imparcialidad judicial

Se destaca la necesidad de que los jueces actúen de manera libre e imparcial, sin injerencias de otros poderes del Estado. La independencia judicial es un principio fundamental para el funcionamiento de un sistema de justicia justo y efectivo. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha subrayado la importancia de sancionar actos de corrupción que amenazan la legitimidad de la administración de justicia. Según la Relatoría Especial de Naciones Unidas, la corrupción no solo afecta la transparencia del poder judicial, sino que también puede influir en los procesos judiciales debido a la politización y al clientelismo.

La Corte IDH enfatiza que las garantías del debido proceso, así como los criterios de independencia e imparcialidad, deben aplicarse a todos los órganos que llevan a cabo funciones jurisdiccionales. Esto

7 Caso Cahahuanca Vásquez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 108.

incluye a aquellos responsables de las investigaciones preliminares, ya que el cumplimiento de estas exigencias es esencial para que el Estado pueda ejercer su facultad acusatoria de manera efectiva.

Además, se establece una conexión crucial entre la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones de igualdad. La Corte IDH ha identificado varias garantías derivadas de la independencia judicial: un proceso de nombramiento adecuado, estabilidad en el cargo y protección contra presiones externas. Estas garantías son esenciales para preservar la integridad del sistema judicial y fomentar la confianza pública en la justicia.

La Corte IDH nota, además, que en este caso el CNM actuó con el objeto de sancionar posibles actos de corrupción capaces de socavar la legitimidad de la administración de justicia. En ese sentido, la Corte IDH considera, siguiendo lo afirmado por la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre independencia de jueces y abogados, que la corrupción “puede afectar a la administración interna del poder judicial (falta de transparencia, sistema de prebendas) o adoptar la forma de intervención tendenciosa en los procesos y resoluciones como consecuencia de la politización de la judicatura, de la afiliación política de los jueces o de cualquier forma de clientelismo judicial”⁸.

Al respecto, la Corte IDH recuerda que todas las exigencias del debido proceso previstas en el artículo 8.1 de la Convención ADH, así como los criterios de independencia e imparcialidad, se extienden también a todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional y, particularmente, a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial, realizada para determinar las circunstancias de una muerte y la existencia de suficientes indicios para interponer una acción penal. Sin el cumplimiento de estas exigencias, el Estado no podrá posteriormente ejercer de manera efectiva y eficiente

8 Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 109.

su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial que este tipo de violaciones requiere.⁹

De esa cuenta, existe una relación directa entre la dimensión institucional de la independencia judicial y el derecho de las juezas y los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad. A partir de lo anterior, la Corte IDH ha señalado que de la independencia judicial se derivan las siguientes garantías en torno a la función de las autoridades judiciales: (i) a un adecuado proceso de nombramiento; (ii) a la estabilidad e inamovilidad en el cargo, y (iii) a ser protegidas contra presiones externas.¹⁰

3.4 El establecimiento previo por la ley

Se explica cómo esta garantía garantiza la previsibilidad y seguridad jurídica.

El establecimiento previo en la ley es un principio fundamental que garantiza el respeto a los derechos humanos, especialmente en el ámbito de la libertad de información y las restricciones que pueden imponerse sobre ella. En el caso **Kimel vs. Argentina**, la Corte IDH enfatiza que cualquier limitación a la libertad de información debe estar claramente prevista en la ley, tanto formal como materialmente. Esto es particularmente relevante en el contexto penal, donde las restricciones deben cumplir con estrictos requisitos de tipificación, asegurando que las conductas punibles estén definidas de manera expresa, precisa y taxativa.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales puede dar lugar a interpretaciones arbitrarias, lo que es especialmente problemático cuando se trata de sanciones que afectan derechos fundamentales como la vida o la libertad. La Corte IDH subraya que el principio de legalidad,

9 Caso Honorato y otros Vs. Brasil. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 106.

10 Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador. Sentencia de 30 de enero de 2023, párrafo 63.

contenido en el artículo 9 de la Convención ADH, requiere que las normas penales delimiten claramente las conductas delictivas.¹¹

Asimismo, en el caso del señor Fernández Prieto, la Corte IDH señaló que la intervención de las autoridades policiales en su vida privada—al registrar un vehículo sin una orden judicial—no estaba respaldada por la normativa vigente, lo que constituyó una injerencia ilegal. Este caso resalta la importancia de que las restricciones al derecho a la vida privada estén siempre respaldadas por disposiciones legales claras y específicas, evitando así abusos y garantizando el cumplimiento del principio de legalidad.¹²

3.5 El plazo razonable

Se analiza la importancia de que los procesos judiciales se resuelvan en un plazo razonable, evitando dilaciones indebidas.

La Corte IDH ha establecido que la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. Así, ha considerado cuatro elementos para analizar si se cumplió con la garantía del plazo razonable, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima. La Corte IDH recuerda que corresponde al Estado justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar los casos y, en la eventualidad de que este no lo demuestre, la Corte IDH tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto. El Tribunal reitera, además, que se debe apreciar la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte la

11 Caso Baraona Bray Vs. Chile. Sentencia de 24 de noviembre de 2022, párrafo 137.

12 Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Sentencia de 1 de septiembre de 2020, párrafo 103.

sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.¹³

3.6 El amparo contra actos que violen derechos fundamentales

Se explora el alcance de esta garantía y su importancia para proteger a las personas de cualquier tipo de violación a sus derechos. En el caso mexicano, el amparo mexicano es considerado inconvencional por varias razones que reflejan su falta de alineación con los estándares internacionales de derechos humanos establecidos en la Convención ADH y otros instrumentos del SIDH. Las principales razones incluyen:

- a) Estructura procesal compleja: El juicio de amparo presenta una regulación extensa y compleja que puede dificultar su uso efectivo. Este laberinto procesal aleja a los ciudadanos de un acceso real a la justicia, lo que contraviene el principio de accesibilidad de los recursos judiciales.
- b) Demoras en la resolución: La lentitud en la tramitación de los juicios de amparo puede resultar en una falta de respuesta oportuna a las violaciones de derechos humanos, lo que va en contra del principio de que los recursos deben ser resueltos en un plazo razonable.
- c) Limitaciones en la protección de derechos: El amparo, en su aplicación actual, puede no ofrecer una protección adecuada frente a violaciones graves de derechos humanos, lo que puede llevar a que las víctimas no obtengan la reparación integral necesaria.
- d) Interpretaciones restrictivas: Las interpretaciones que hacen los tribunales sobre el alcance del amparo en algunos casos son restrictivas, limitando su efectividad para proteger los derechos humanos en comparación con los estándares internacionales.

13 Caso Aguirre Magaña Vs. El Salvador. Sentencia de 8 de marzo de 2024, párrafo 37.

- e) Inadecuación a los estándares internacionales: El amparo no siempre se adapta a los parámetros que ha desarrollado el SIDH, lo que implica que no cumple con las exigencias de protección judicial efectiva que se esperan a nivel convencional.

El amparo mexicano es inconventional porque no se ajusta a los principios y estándares internacionales de protección de derechos humanos, lo que limita su efectividad como recurso para garantizar la justicia y la reparación a las víctimas de violaciones de derechos (Martínez Lazcano, 2019, p. 651).

3.7 La sanción a los victimarios

Para garantizar la eficacia de la justicia, prevenir la impunidad y reparar el daño causado a las víctimas es fundamental sancionar administrativa y penalmente a los responsables de violar derechos humanos, es decir, la responsabilidad individual, ello le corresponde al Estado en el marco de sus disposiciones nacionales, porque la Corte IDH sólo puede fincar responsabilidad a los Estados.

La Corte IDH en el caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú* pone de manifiesto la importancia de las sanciones a los perpetradores de desapariciones forzadas. Es esencial que se reconozca este hecho como un ilícito que debe ser investigado y sancionado.

La Corte IDH ha enfatizado que, ante la sospecha razonable de una desaparición forzada, el Estado tiene la obligación de iniciar una investigación penal de manera inmediata y sin necesidad de una denuncia previa. Esta obligación es crucial, ya que el derecho internacional y el deber de garantía del Estado exigen que la investigación se realice de oficio, es decir, por iniciativa propia de las autoridades, y no debe depender de la acción de las víctimas o sus familiares. Esto asegura que las investigaciones sean llevadas a cabo de forma seria, imparcial y efectiva.

Un aspecto fundamental que resalta la Corte IDH es la responsabilidad del Estado en erradicar la impunidad. Para ello, las autoridades

deben utilizar todos los medios legales disponibles para determinar la verdad y perseguir a los responsables, tanto intelectuales como materiales, especialmente si se trata de agentes estatales. La Corte IDH ha subrayado que es indispensable que el Estado remueva cualquier obstáculo que impida la justicia, ya sea de facto o de jure, para garantizar que los responsables sean capturados, juzgados y sancionados.

Este enfoque no solo busca castigar a los perpetradores, sino que también responde a un deber ético y legal de proteger los derechos humanos y restaurar la confianza de la sociedad en las instituciones. La falta de sanciones adecuadas puede perpetuar un ciclo de impunidad, lo que a su vez puede fomentar más violaciones a los derechos humanos. Así, la Corte IDH refuerza que la justicia para las víctimas de desapariciones forzadas es un imperativo del Estado, cuyo cumplimiento es esencial para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos en el futuro.¹

3.8 Reparación integral a las víctimas

La reparación integral tiene como objetivo la rehabilitación total de las víctimas que han sufrido transgresiones a los derechos humanos en lo posible. La finalidad es resarcir los daños y perjuicios causados, evitando que en el futuro se continúe victimizando a otros por motivos similares.

Esta reparación es una consecuencia directa de la condena y la responsabilidad convencional del Estado, y representa el más alto grado de desarrollo del derecho internacional. Busca colocar a la víctima en una posición más cercana a la que ocupaba antes del hecho ilícito internacional (Martínez Lazcano, 2019, p. 136).

La jurisprudencia interamericana establece que la reparación integral no es solo un acto de justicia, sino un deber jurídico del Estado. Esto implica que el reconocimiento de las violaciones y las sanciones impuestas a los victimarios deben ir acompañadas de medidas concretas

1 Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 178

para reparar a las víctimas. Este enfoque es esencial para construir una sociedad más justa y prevenir futuras violaciones a los derechos humanos, estableciendo un precedente sobre la necesidad holística en la reparación.

La Corte IDH ha consolidado la reparación integral como un elemento esencial en la respuesta del Estado ante las violaciones a los derechos humanos². Esta obligación trasciende la mera sanción penal a los responsables directos, ya que su objetivo es restaurar los derechos vulnerados y garantizar que hechos similares no se repitan.

Un ejemplo significativo es el caso de los “Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’ vs. Colombia”, donde la Corte IDH enfatizó la necesidad de medidas reparatorias efectivas, incluyendo la capacitación de funcionarios públicos como una medida clave para prevenir futuras violaciones.

Es crucial identificar las tendencias y desafíos en la implementación de estas medidas, así como evaluar su contribución a la prevención y a la garantía de no repetición. En particular, se señala que las presuntas víctimas aún no han sido reparadas por los daños derivados de las actividades de inteligencia desplegadas por el G3 (2003-2005) y otras dependencias públicas. Aunque Colombia alegó haber adoptado “medidas de no repetición”, como la disolución de la mencionada dependencia y un marco legal para las actividades de inteligencia, no hay constancia de que las víctimas hayan recibido reparaciones individuales por las violaciones a sus derechos.

La Corte IDH ha ordenado la capacitación de policías, fiscales y jueces en materia de prevención, investigación y sanción de torturas. En el caso de Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, se ordenó la creación de un programa permanente sobre derechos humanos que incluya la perspectiva de género y niñez, dirigido a la Fuerza Armada de El Salvador. De manera similar, en el caso de Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, se dictó la implementación de programas

2 Cfr. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia. Sentencia de 18 de octubre de 2023, párrafo 807.

permanentes de derechos humanos para diversos actores del sistema de justicia y atención a víctimas.³

Además de la capacitación, como garantía de no repetición, en algunos casos se requiere de reformas a disposiciones legales que se ajusten a los parámetros convencionales, atención médica y psicológica, disculpas públicas, ceremonias conmemorativas y el pago de diversas indemnizaciones como el establecimiento de becas, pensiones, indemnizar por daños materiales e inmateriales, así como gastos y costas. En resumen, la Corte IDH ha establecido diferentes formas de reparación integral, adaptadas a las características específicas del contexto.

4 JUSTICIA COMPLETA

La búsqueda de justicia es un anhelo universal que ha impulsado a la humanidad desde tiempos inmemoriales. La justicia completa, en este sentido, implica no solo la sanción a los responsables, sino también la reparación de las víctimas, la garantía de no repetición y la búsqueda de la verdad.

En esta sección se parte de la pregunta: ¿Es posible o deseable que en un solo juicio se determine la reparación integral de los derechos humanos a las víctimas y se impongan sanciones a los violadores de derechos humanos como una forma de justicia completa?

Algunas reflexiones sobre el tema:

4.1 Posibilidades y Consideraciones

a) Reparación integral

La idea de que un solo juicio determine tanto la reparación a las víctimas como la sanción a los victimarios busca una justicia más

3 Cfr. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párrafo 229.

holística. Esto facilita la satisfacción de las víctimas al ver justicia no solo en términos de castigo, sino también en su restitución.

b) Desafíos legales

Existen desafíos legales y prácticos. La reparación de derechos humanos a las víctimas a menudo implica procesos complejos que pueden requerir evaluaciones distintas de las sanciones penales. La reparación puede incluir compensaciones económicas, restitución de derechos, y garantías de no repetición, que no siempre se abordan en un juicio penal.

c) Diferencias entre sistemas

En algunos sistemas jurídicos, las reparaciones se manejan en procedimientos civiles separados, lo que puede complicar el abordaje integral en un solo juicio. La intersección de estos procesos puede ser problemática en términos de pruebas y procedimientos.

d) Impacto en las víctimas:

Un juicio que aborde ambos aspectos puede ser beneficioso para las víctimas, ya que permite una resolución más rápida y menos traumática; el proceso debe ser sensible a las necesidades y deseos de las víctimas, quienes pueden preferir diferentes formas de justicia.

e) Justicia restaurativa

Algunos enfoques de justicia restaurativa buscan integrar la reparación y la sanción en un mismo proceso, promoviendo el diálogo y la reconciliación entre las partes, lo que podría ser un modelo que considerar.

Aunque la idea de un solo juicio que aborde tanto la reparación de derechos humanos como la sanción a los victimarios es atractiva y potencialmente efectiva, la implementación presenta numerosos desafíos legales y prácticos que deben ser cuidadosamente considerados. La justicia completa podría requerir un enfoque multifacético que respete tanto las necesidades de las víctimas como las exigencias del debido proceso.

Actualmente en el derecho nacional, hablar de justicia completa implica que la actividades de las autoridades a los que se le encomienda la actividad jurisdiccional, formal o material, deben administrar justicia de forma integral, a contrario sensu, no debe ser incompleta, de tal manera que se satisfagan procesalmente hablando, todas las pretensiones procesales de las partes, sin que las actuaciones queden a medias, debiéndose ocupar tanto de las acciones como de las excepciones, hechas valer por las partes dentro de un juicio (Muñoz Mena, 2018, p. 82).

4.2 Parámetros convencionales de la protección judicial

Sí agrega a la respuesta, lo mencionado, que la Corte IDH ha establecido que los juicios deben ser eficaces. Para lograrlo, deben incluir la reparación integral y la sanción adecuada a los victimarios, lo cual se cumple con una justicia pronta y oportuna, evitando la revictimización.

Así para que los juicios nacionales sean eficaces, según la Corte IDH, se deben observar:

a) Reparación Integral

La Corte IDH ha enfatizado que los juicios deben garantizar una reparación integral a las víctimas. Esto implica no solo compensación económica, sino también la restitución de derechos, rehabilitación, y medidas de no repetición.

b) Sanción a los victimarios

La sanción efectiva de los victimarios es fundamental para la justicia. La Corte IDH sostiene que la impunidad no solo afecta a las víctimas, sino que también mina la confianza en el sistema de justicia y perpetúa ciclos de violencia.

c) Justicia oportuna y proactiva:

La Corte IDH ha subrayado la importancia de ejercer el control difuso de convencionalidad de los operadores jurídicos, lo que implica

es que sean proactivos y se realicen la sustanciación de los juicios en un tiempo razonable. Esto es esencial para evitar la impunidad y para que las víctimas sientan que su caso es escuchado y atendido, desde el Estado sin necesidad de instar el SIDH.

Con el control difuso de convencionalidad se busca aplicar parámetros similares a todos los Estados, de manera que se cumpla adecuadamente con los tratados internacionales. Dejar que cada Estado decida la manera de implementarlo podría generar que no se cumpla de forma homogénea con las obligaciones internacionales. Ese es un riesgo real que se debe considerar (Martínez Lazcano, 2023, p. 22).

d) Prevención de la revictimización

Un juicio eficaz debe ser diseñado para evitar la revictimización de las personas afectadas. Esto implica garantizar que las víctimas no vuelvan a sufrir traumas durante el proceso judicial, lo que puede incluir medidas como el uso de testimonios protegidos o la implementación de procedimientos amigables para las víctimas.

De esta forma, la Corte IDH ha establecido que la justicia debe ser un proceso que no solo castigue a los culpables, sino que también restablezca los derechos de las víctimas. Esto requiere un enfoque integral que contemple tanto la reparación como la sanción, garantizando que el proceso sea justo, oportuno y sensible a las necesidades de las víctimas. Solo así se puede lograr una justicia efectiva que contribuya a la reconciliación y a la confianza en el sistema judicial.

4.3 Importancia del artículo 17 de la Constitución mexicana

Siguiendo al artículo 17 de la constitución mexicana, el cual señala: Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Para dar respuesta a la pregunta de esta sección, permite hacer estas observaciones:

a) Derecho a la justicia

El artículo 17 consagra el derecho fundamental de toda persona a recibir justicia. Este derecho es esencial para garantizar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos puedan acceder a un sistema judicial que responda a sus necesidades.

b) Tribunales expeditos

La mención de tribunales expeditos implica que deben estar disponibles y listos para atender los casos sin dilaciones injustificadas. Esto es crucial para asegurar que la justicia sea efectiva y no se convierta en un proceso que prolongue el sufrimiento de las víctimas.

c) Resoluciones prontas y completas

La exigencia de que las resoluciones sean prontas y completas refuerza la idea de que la justicia debe ser no solo rápida, sino también exhaustiva. Esto asegura que los casos sean tratados con la seriedad que merecen, abordando todos los aspectos relevantes y brindando a las víctimas una respuesta integral.

d) Imparcialidad

La imparcialidad en la administración de justicia es fundamental para la confianza en el sistema judicial. Los tribunales deben actuar sin prejuicios y garantizar que todas las partes tengan la oportunidad de ser escuchadas.

e) Gratuidad del servicio judicial

La prohibición de costas judiciales asegura que el acceso a la justicia no dependa de la capacidad económica de las personas. Esto es particularmente importante para las víctimas de violaciones de derechos humanos, quienes a menudo enfrentan ya situaciones de vulnerabilidad.

Así, el artículo 17 de la Constitución refuerza la necesidad de un sistema judicial que no solo sancione a los culpables, sino que también garantice el acceso a la justicia de manera efectiva y equitativa. Al seguir este marco, se puede avanzar hacia una justicia que cumpla con la finalidad de reparación integral y sanción, evitando la revictimización y promoviendo la confianza en las instituciones.

4.4 Ley de Amparo

El artículo 77 de la Ley de Amparo en relación con la eficacia de la Corte IDH puede enriquecer el análisis sobre la justicia completa, ya que dispone que los efectos de la concesión del amparo, que se centra en la restitución de los derechos violados y en la obligación de las autoridades de cumplir con lo que se exige. Esto se relaciona directamente con los principios de eficacia y reparación integral promovidos por la Corte IDH, de acuerdo con lo siguiente:

a) **Reparación integral**

Así como la Corte IDH enfatiza la importancia de garantizar una reparación integral a las víctimas de violaciones a derechos humanos, el artículo 77 establece que, en caso de que un derecho haya sido violado, el quejoso debe ser restituido en el pleno goce de ese derecho. Esto resuena con el enfoque de la Corte IDH que busca no solo la sanción a los culpables, sino también la restauración de la dignidad y los derechos de las víctimas.

b) **Efectos de los actos positivos y negativos**

Sí el acto es positivo anular el acto de autoridad, dejarlo sin efectos legales, así, si el acto reclamado es de carácter negativo, obliga a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate. Esto se alinea con la Corte IDH, que sostiene que las autoridades deben actuar de manera proactiva para prevenir violaciones y garantizar el respeto a los derechos humanos.

c) Especificidad de las medidas

El artículo indica que el juzgador debe especificar las medidas que las autoridades o particulares deben adoptar para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Este enfoque detallado es crucial para la eficacia del amparo y refuerza la idea de que la justicia debe ser no solo teórica, sino también práctica y realizable. La Corte IDH también aboga por medidas concretas y efectivas para garantizar que se cumplan las resoluciones que benefician a las víctimas.

d) Efectos inmediatos en casos penales

La disposición de que la sentencia de amparo surtirá efectos inmediatos en ciertos casos penales refleja la necesidad de una justicia oportuna, un principio que la Corte IDH también defiende. Esto es vital para evitar la impunidad y asegurar que los derechos de las víctimas sean protegidos sin demoras innecesarias.

De esta forma, la integración del artículo 77 de la Ley de Amparo, en el contexto de la justicia completa refuerza la idea de que tanto el marco legal nacional como los estándares internacionales promovidos por la Corte IDH, convergen en la necesidad de garantizar una justicia efectiva, integral y proactiva. Ambos enfoques subrayan la importancia de restaurar los derechos de las víctimas y sancionar adecuadamente a los responsables, creando un sistema judicial que, idealmente, evite la revictimización y contribuya a la confianza en las instituciones.

Este análisis no solo responde a la pregunta sobre la posibilidad de un juicio que contemple ambos aspectos, sino que también proporciona un marco práctico y normativo que respalda esa visión.

5 CONCLUSIONES

A lo largo de este análisis, se ha explorado la importancia de la protección judicial efectiva y la búsqueda de una justicia completa para

las víctimas de violaciones a los derechos humanos. A continuación, se presentan las conclusiones clave que surgen de la investigación

- a) Protección judicial efectiva: Es indispensable garantizar el acceso a la justicia para todas las personas, en línea con los estándares internacionales. Los Estados deben asegurar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos obtengan una reparación integral y oportuna.
- b) Reparación integral: La reparación integral es un pilar fundamental en la justicia. Esta implica no solo compensación económica, sino también restitución de derechos, rehabilitación y medidas de no repetición, con el fin de restaurar la dignidad de las víctimas.
- c) Juicios justos y eficientes: Los procesos judiciales deben ser justos, eficientes y libres de revictimización. Es crucial que se impongan sanciones adecuadas a los responsables y que las víctimas obtengan una resolución pronta y efectiva.
- d) Armonía entre lo nacional y lo internacional: El marco legal nacional, como la Ley de Amparo en México, debe alinearse con los estándares internacionales. Esta sinergia fortalece el sistema judicial y garantiza una protección más efectiva de los derechos humanos.
- e) Desafíos y compromisos: A pesar de los avances, persisten retos en la implementación de estos principios. Es necesario un compromiso continuo de los Estados para superar las barreras y garantizar el acceso a la justicia.
- f) Justicia completa: un concepto integral: Ésta implica un enfoque integral que aborda las necesidades de las víctimas y las exigencias del debido proceso. Significa sancionar a los responsables y garantizar una reparación integral a las víctimas.

- g) Eficacia y oportunidad: La justicia debe ser oportuna y eficaz. Las resoluciones judiciales deben implementarse sin dilaciones indebidas, evitando así la revictimización.
- h) Interacción entre norma y práctica: La justicia completa se construye a partir de la interacción entre el marco legal y la práctica judicial. La Ley de Amparo ejemplifica cómo el derecho interno puede contribuir a la realización de los estándares internacionales.
- i) Confianza en el sistema judicial: La búsqueda de la justicia completa es fundamental para fortalecer la confianza en las instituciones. Un sistema judicial que garantiza la reparación integral contribuye a su legitimidad y eficacia.

La justicia completa es un concepto esencial que promueve un sistema judicial más justo y efectivo. Al reconocer y satisfacer las necesidades de las víctimas, y al garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales, es factible construir sociedades más equitativas.

REFERENCIAS

ARGES, Joaquín R. El acceso a la justicia concebido como derecho humano imperativo (ius cogens). **Derecho glob.** Estud. sobre derecho justicia, Guadalajara, v. 3, n. 8, 2018.

BIDART CAMPOS, Germán J., Teoría General de los Derechos Humanos. **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, 1993.

Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador. Sentencia de 30 de enero de 2023, párrafo 63.

Caso Aguirre Magaña Vs. El Salvador. Sentencia de 8 de marzo de 2024, párrafo 37.

Caso Baraona Bray Vs. Chile. Sentencia de 24 de noviembre de 2022, párrafo 137.

Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021, párrafo 129.

Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 109.

Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 108.

Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú. Sentencia de 28 de septiembre de 2021, párrafo 127.

Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Sentencia de 1 de septiembre de 2020, párrafo 103.

Caso Honorato y otros Vs. Brasil. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, párrafo 106.

Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia. Sentencia de 18 de octubre de 2023, párrafo 807.

Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia. Sentencia de 18 de octubre de 2023, párrafo 807.

Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 178

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 125.

Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párrafo 229.

Caso Sales Pimenta Vs. Brasil. Sentencia de 30 de junio de 2022, párrafo 83.

IBÁÑEZ, Juna María. Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. **Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, Costa Rica, 2015.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. El control de convencionalidad como obligación simultánea, no subsidiaria ni complementaria. **Revista Primera Instancia**, n. 21, v. 11, jul./dic 2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/4kf5z2sb>.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. El juicio de amparo mexicano y su relación con los derechos humanos. **Revista de Derechos Sociales y Políticas Públicas**, n. 7, v. 2, 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/45cwzuf3>.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. Reparación integral de violación de derechos humanos pueblos indígenas y grupos étnicos. **Revista Jurídica Primera Instancia**, n. 5, jul./dic. 2015. Disponible en: <https://tinyurl.com/58w6tbyk>.

MUÑOZ MENA, Eliceo. **La garantía de acceso a la justicia una falacia en el sistema jurídico Mexicano**. 2018. Disponible en: <https://tinyurl.com/2f6dtadz>.

O CONSTITUCIONALISMO E A FORÇA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diogo Gomes Taborda¹

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em Constitucionalismo, logo vem em mente a imagem de uma Carta Constitucional capaz de impor a sua força normativa sobre um povo e um território, prevendo as normas básicas para o funcionamento de um Estado submetido ao Direito.

Dentre essas normas básicas, devem haver aquelas destinadas à organização do Estado e dos Poderes, bem como aquelas que internalizem direitos humanos, tornando-os fundamentais.

Contudo, a história mostra que essa evolução para um Estado regido por leis não foi tranquila, visto que a humanidade teve de passar por revoluções, muitas vezes violentas, para se chegar ao *status quo*. Nesse sentido, citam-se as Revoluções Inglesa, do Século XVII, bem com as Revoluções Americana e Francesa, ambas do Século XVIII.

O Brasil também experimentou essa evolução, quando, a partir da sua independência, passou a ser contemplado com sucessivas

1 Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professor de Direito Penal do Centro Universitário da Região da Campanha (Urcamp), Bagé. Aluno do Mestrado Acadêmico em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: diogotaborda@mprs.mp.br.

Constituições, as quais eram substituídas à medida que fosse alterada a espécie de poder que se sobrepunha à nação.

Contudo, ao longo do tempo um aspecto sempre se mostrou presente: a necessidade de haver um órgão capaz de administrar a relação entre os poderes, seja prezando pela sua harmoniosa convivência, seja impondo a sua força e vontade sobre os demais.

Exemplo disso foi o chamado Poder Moderador, existente no Brasil Império, o qual tinha como objetivo manter a paz e evitar conflitos graves.

No entanto, essa função moderadora, ao longo da história brasileira, passou a ser exercida, de fato, pelo Poder Executivo, notadamente ao longo do século XX, o qual, tanto na Era Vargas quanto na época do regime militar, nitidamente teve um protagonismo e uma prevalência sobre os demais poderes, inclusive, em alguns momentos, reduzindo sensivelmente a atuação do Poder Legislativo.

Ocorre que, com a assunção do Estado Democrático de Direito no Brasil, em especial após a Carta Magna de 1988, essas funções moderadoras foram depositadas junto ao Supremo Tribunal Federal, responsável por ser o intérprete da Constituição e exercer as funções de árbitro último dos conflitos e das questões nacionais mais relevantes.

E a Corte brasileira, malgrado tenha hesitado inicialmente em exercer esse papel, preferindo uma conduta mais omissa, aos poucos foi assumindo esse mister, passando a atuar de forma mais responsiva e ativa sobre os mais diversos assuntos.

O Supremo, além de possuir a incumbência de revisar os atos normativos dos demais poderes políticos à luz das normas constitucionais, também exerce tarefas de Corte julgadora de milhares de recursos, bem como de órgão julgador de ações penais envolvendo altas autoridades da República, o que o fez ganhar muita notoriedade nos últimos anos.

Ocorre que, como se buscará desenvolver neste trabalho, talvez atualmente se esteja vivendo o “outro lado do pêndulo”, na medida em que já se observa uma atuação do Supremo Tribunal Federal um tanto

quanto ativista sobre os demais poderes, o que não isenta o mais importante órgão da cúpula do Poder Judiciário das mais variadas críticas.

Como problema de pesquisa, buscar-se-á identificar se, de fato, a Suprema Corte brasileira, atualmente, possui uma força superior aos demais Poderes da República, atuando de forma ativista e, até certo ponto, usurpadora.

Para responder esse problema de pesquisa, têm-se como objetivos expor breves noções sobre o Constitucionalismo e analisar a evolução do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar o tamanho da sua força nos dias atuais.

Elegeu-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o histórico e monográfico, realizando-se uma pesquisa qualitativa e bibliográfica.

2 BREVES NOÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO

A constituição de um Estado é a sua lei fundamental. É difícil imaginar um Estado minimamente organizado que não tenha uma constituição prevendo um sistema de normas jurídicas capaz de regular a vida em sociedade em determinado espaço territorial, inclusive no que tange à relação dos particulares com o próprio ente estatal.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 37-38), esse sistema de normas jurídicas inserido na Constituição, que pode ser escrito ou costumeiro, deve regular a forma do Estado e do governo, prever como se dará o acesso ao poder e a organização dos seus órgãos, trazer as suas limitações, além de prever direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sendo capaz de organizar os elementos constitutivos desse Estado.

Essa noção de Constituição, como é cediço, decorre da própria evolução do Constitucionalismo, que passou por um Estado Liberal, desenvolveu-se a um Estado Social, até chegar ao chamado Estado Democrático de Direito.

Quando se fala em Constitucionalismo, não se pode olvidar que, na Inglaterra do século XVII, teve-se a origem de um governo limitado (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

Em 1689, o parlamento inglês resolveu estabelecer diversas medidas para limitar o poder do Estado, apesar de manter a monarquia. Dentre essas medidas, destaca-se o chamado *Bill of Rights*, consistente numa declaração de direitos dos governados, que impunha também deveres ao Estado, fazendo com que muitos o enxergasse como uma espécie de constituição (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

Outras medidas foram a retomada do *King-in-Parliament* ou *Queen-in-Parliament*, que fazia com que o parlamento fosse a sede da soberania, bem como a instituição de um pluralismo religioso restrito, com liberdade de culto, porém mantendo-se a igreja anglicana como oficial, rechaçando-se a igreja católica (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

A tendência de limitação dos poderes do Estado era clara, pois os governantes não poderiam fazer mais o que simplesmente entendessem, devendo observar os direitos dos governados, demonstrando uma transição histórica de um Estado Absolutista para um Estado de Direito (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

Impende salientar que a imposição do Direito sobre o governo somente foi possível de ocorrer na Inglaterra daquela época em razão da separação dos poderes, em especial pela independência do Poder Judiciário em relação ao setor político, mormente por causa do *common law*, no qual, além das leis provenientes do parlamento, também se consideravam os precedentes e os princípios gerais do direito como fontes importantes da ordem jurídica e constitucional (Novelino, 2009, p. 52).

Cerca de um século após, sobreveio a chamada Revolução Americana, trazendo a ideia de uma supremacia da Constituição seguida da sua garantia jurisdicional (Novelino, 2009, p. 55).

A independência das treze colônias inglesas, que deu ensejo à Revolução da Independência, foi um movimento contrário às tiranias do

governo britânico e que desencadeou a Declaração de Independência de 1776 (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

A partir desse momento, iniciou-se um movimento no sentido de transformar o até então Estado confederado em um verdadeiro Estado federado, para que houvesse um governo nacional unindo as treze colônias na mesma estrutura de poder, mesmo que as unidades federadas mantivessem a sua autonomia (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

E para formar esse Estado federado, foi promulgada a Constituição Americana, em 1787, prevendo a figura de um presidente eleito, de um Congresso composto por duas câmaras, bem como de uma Suprema Corte com poderes, inclusive, de controlar a ordem legislativa que fosse produzida (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

O povo ganhou maior protagonismo após a Revolução Americana em comparação com a Revolução Inglesa, em que o cidadão passou a ser tido como um sujeito elementar de direitos (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

Montesquieu, em sua clássica obra *Do Espírito das Leis* (2014, p. 55), alerta que “quando, na república, o corpo do povo tem o poder soberano, temos a democracia”.

Ocorre que, mesmo sendo o poder colocado nas mãos do povo, isso não significaria ausência de opressão ou tirania, porquanto a vontade da maioria do povo poderia ser capaz de reduzir os direitos das chamadas minorias, o que fez com que fossem previstos certos “remédios” na Constituição Americana, como a sua própria formalização, o que a diferencia da Constituição Inglesa, caracterizada por ser meramente consuetudinária (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

E esse formalismo constitucional deu ensejo à criação de uma Corte Constitucional, responsável por supervisionar e controlar a ordem jurídica. Não obstante, outros remédios destinados a proteger os direitos das minorias na Constituição Americana foram o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), voltado a funcionar na relação entre os poderes, bem como a instituição da forma federada de Estado, na qual

as unidades mantiveram a sua autonomia de modo a evitar o facciosismo (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

Na Europa, uma das origens mais conhecidas e difundidas de Constituição, ao menos na sua concepção atual, é aquela decorrente da Revolução Francesa, de 1789, a qual desenvolveu, após a revolta da burguesia, uma noção de Estado de Direito, limitando-se o poder estatal em face do cidadão (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 12).

Dizia-se que o Estado estava a serviço do cidadão, o que gerou a noção de um Estado Liberal, no qual o valor “liberdade” ganhou relevância, de modo que impedir o arbítrio estatal era de rigor (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 12).

Como evento representativo dessa revolução, teve-se o episódio conhecido como a Queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, quando uma prisão brutal e repressiva foi atacada em confronto que resultou em mortes (Singer; Araujo; Belinelli, 2021).

Esse Constitucionalismo francês trazia duas ideias, quais sejam, garantias de direitos e separação dos poderes, tendo sido a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, um precedente importante desse ideal revolucionário, o que foi seguido da própria Constituição Francesa, de 1791 (Novelino, 2009, p. 56).

Neste período, mormente após as Revoluções Americana e Francesa (século XVIII), surgiram as primeiras Constituições escritas, nas quais foram consagrados os direitos civis e políticos, tidos como direitos de primeira geração ou dimensão, ligados ao valor liberdade, impondo uma abstenção ao poder estatal, ou seja, uma verdadeira liberdade negativa (Novelino, 2009, p. 362).

Destarte, no período do Estado Liberal, não há como deixar de se identificar um certo protagonismo do Poder Legislativo, visto que as Cartas Constitucionais e a previsão formal de direitos que impusessem garantias, inclusive sobre o próprio Estado, colocavam em evidência a função parlamentar.

Ocorre que, no início do século XX, notadamente após a 1ª Guerra Mundial e a Revolução Industrial, observou-se o crescimento de uma extrema desigualdade social, que desencadeou movimentos sociais importantes, os quais deram ensejo ao surgimento do chamado Estado Social (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 12).

Nesse período, passou-se a pugnar pela consagração do princípio da igualdade, em sua acepção material, em que o Estado deveria intervir para consagrar direitos, como os econômicos, sociais e culturais (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 12-13).

Têm-se aí os chamados direitos de segunda dimensão ou geração, tidos, muitos deles, como prestacionais e positivos (Novelino, 2009, p. 363)².

Todavia, como se sabe, a simples existência de uma Constituição, seja ela formalizada ou costumeira, bem como que preveja direitos de liberdade ou de igualdade, não faz com que desapareçam os conflitos, inclusive entre os próprios poderes do Estado. Isso porquanto, como mencionado por David M. Beatty (2014, p. 1), “o conflito faz parte da condição humana”, de modo que se faz necessário haver formas de controlar ou resolver esse conflito.

Em razão disso, passou-se a depositar sobre o Poder Judiciário a função de controlar o próprio poder político, verificando, inclusive, a legitimidade das leis aprovadas pelo parlamento (Beatty, 2014, p. 3).

Com efeito, debruçando-se sobre a história constitucional do Brasil, é possível perceber que essa relação entre os poderes de Estado nunca foi tranquila.

Para isso, basta lembrar da Constituição de 1824, a famosa Constituição do Império, surgida dois anos após a Independência do Brasil, na qual houve a instituição de um Estado unitário, a despeito de prever

2 Falam-se, ainda, em direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, que seriam os ligados à fraternidade ou solidariedade, a exemplo do meio ambiente, desenvolvimento e autodeterminação dos povos, bem como em direitos fundamentais de quarta geração ou dimensão, associados à pluralidade, como a democracia, informação e pluralismo (Novelino, 2009, p. 363-364).

a tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu, porém trazendo a figura do chamado Poder Moderador, titularizado pelo Imperador, sobre o qual recaía a tarefa de garantir a harmonia entre os demais poderes, o que o fez ser conhecido como um “quarto poder” da época (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 19).

O Poder Moderador era tido como um poder neutro, mas que tinha a atribuição de evitar os abusos dos demais poderes e das eventuais maiorias (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 20).

Com a Proclamação da República, em 1889, deu-se início a um novo momento nacional com a Constituição que sobreviera dois anos após, caracterizando a formação de um Estado federado, sob influência da Revolução Americana, com separação dos poderes, pondo-se fim ao Poder Moderador (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 24-25).

Naquela época, pensou-se em substituir as funções do Poder Moderador por uma Suprema Corte que estivesse na cúpula do Poder Judiciário, cuja inspiração seria a Suprema Corte de Washington (Viera, 2018).

Todavia, no início do Século XX, o Brasil passou a incorporar em seu ordenamento jurídico uma relevante gama de direitos sociais (em especial os trabalhistas), notadamente a partir da Era Vargas com as Constituições de 1934 e 1937, com inspiração na Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), o que gerou um protagonismo muito grande do Poder Executivo como dirigente dos rumos sociais (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 27-29).

A atuação proeminente do Poder Executivo ficou muito saliente no Estado Novo, em que se chegou a ter a dissolução do Congresso Nacional e o processo legislativo conferido ao próprio Presidente da República, que editava os chamados Decretos-Lei (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 30-31).

Posteriormente, embora tenha havido uma espécie de redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1946, que pôs fim ao Estado Novo, o protagonismo do Poder Executivo novamente se

constatou quando da assunção dos militares ao poder, em 31 de março de 1964 (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 35).

Durante esse período, o Brasil teve a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (materialmente considerada uma nova Constituição), bem como os chamados Atos Institucionais (AI), com destaque para o AI-5 (1968), que “rompeu com a ordem constitucional estabelecida, marcando a cassação e a restrição de uma série de direitos individuais” (Leal, Maas e Kirste, 2021, p. 36).

Desse modo, malgrado não existisse mais o chamado Poder Moderador, essas funções de “árbitro último dos grandes conflitos institucionais” acabou sendo exercido, por certo tempo, pelo Exército (Vieira, 2018).

No entanto, durante a transição para a democracia, nos anos oitenta, o Supremo Tribunal Federal acabou passando a ter maior destaque, assumindo, inclusive, funções moderadas, como na sucessão de Tancredo Neves (Vieira, 2018) e na eleição do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987 (Silva, 2008, p. 89).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil foi erigido a um Estado Democrático de Direito, tendo como elemento central a dignidade humana, prevendo rol relevante de direitos fundamentais, inclusive sociais, estando o Supremo Tribunal Federal situado na cúpula do Poder Judiciário.

A redemocratização havida com a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico da ascensão do chamado Neoconstitucionalismo no Brasil, seguindo uma tendência que já se via em muitos países do mundo, mormente após a Segunda Guerra, que traz consigo a necessidade de reconhecimento de uma força normativa à Constituição, seguida de uma ascensão muito relevante do Poder Judiciário (Barroso, 2015, p. 28).

E a partir desse momento, iniciou-se um movimento voltado a se dar efetividade aos princípios, regras e direitos trazidos pela Constituição Cidadã, o que demandaria do Poder Judiciário, e em especial do Supremo

Tribunal Federal, a missão de aceitar esse papel, devendo a Suprema Corte se tornar o verdadeiro intérprete da Constituição (Barroso, 2015, p. 27).

Portanto, nítido que se passou a experimentar um maior protagonismo, desta feita, do Poder Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão esse que se transformou no palco central das grandes discussões nacionais, tendo a última palavra sobre questões relevantes para o país, sobrepondo-se aos demais poderes políticos da República.

Nesse diapasão, imperioso que se analise a evolução do papel desempenhado pela Suprema Corte brasileira ao longo dos tempos, a fim de identificar se, de fato, atualmente possui uma força superior aos demais Poderes.

3 A EVOLUÇÃO DO PAPEL EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA ATUAL FORÇA

A nova ordem constitucional surgida com a Carta Magna de 1988 trouxe uma série de desafios aos poderes da República, em especial ao Supremo Tribunal Federal, o qual foi paulatinamente instado a se pronunciar acerca de assuntos relevantes para a sociedade brasileira, tendo que, em muitos momentos, decidir lides nas quais havia colisões entre princípios constitucionais e direitos fundamentais (Barroso, 2015, p. 27-28).

Robert Alexy (2008, p. 93) ensina que, quando há colisões entre princípios, deve-se decidir identificando qual dos princípios possui precedência sobre os demais, verificando qual deles terá maior peso e fará o outro ceder, tendo sido o Tribunal Constitucional Federal alemão, por exemplo, instado em vários momentos a realizar esse sopesamento.

Nesse sentido, quando se fala em colisões entre princípios, mister salientar que a máxima da proporcionalidade, advinda da própria natureza estrutural dos princípios, é, no mais das vezes, o meio para se resolver essas colisões, o que pode se dar através do enfrentamento pelo julgador, no caso concreto, dos subprincípios da proporcionalidade, quais sejam,

da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (Alexy, 2008, p. 116-117).

Essa atividade de ponderação, voltada a solucionar as colisões entre os princípios, é deveras importante, visto que a decisão decorrente da aplicação desse juízo de proporcionalidade sobre os princípios é capaz de gerar uma nova regra, refletindo justamente o equilíbrio entre os direitos postos em confronto (Barak, 2012, p. 39).

Portanto, salta aos olhos a relevância que recai sobre a atuação do Poder Judiciário, notadamente de uma Corte Suprema, à qual se permite, de certa forma, inovar na ordem jurídica por meio das suas decisões, gerando precedentes e jurisprudência, inclusive vinculantes.

A lógica de se estabelecer precedentes, segundo Neil MacCormick (2008, p. 191), passa muito por razões de justiça, voltadas a tornar um sistema jurídico mais imparcial, em que casos com semelhanças relevantes sejam decididos de forma também semelhantes, a fim de que haja uma certa fidelidade ao Estado de Direito.

No mesmo sentido, Hart (2009, p. 112), quando tratou dos fundamentos de um sistema jurídico, referiu que “os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais”, o que reforça a conclusão de que a atividade judicante possui tanta importância quanto a legislativa em um ordenamento jurídico.

Esse poder que recai sobre o judiciário, no mais das vezes, decorre do próprio poder discricionário do juiz, o qual, na ausência de uma regra estabelecida, pode decidir o caso concreto (Dworkin, 2002, p. 54).

Ronald Dworkin (2002, p. 62) quando tratou do poder discricionário do juiz, identificou que poderia ser considerado um sentido forte do termo discricionariedade aquele por meio do qual o juiz pudesse até mesmo mudar ou afastar uma regra em vigor em prol de um princípio.

Dessa forma, não estando a solução jurídica apenas na norma, passou-se a superar o chamado formalismo jurídico, que via o Direito apenas como uma operação de subsunção do fato à norma, sobrevindo

uma cultura jurídica pós-positivista, que busca aproximar o Direito da filosofia moral, da filosofia política e de ciências sociais aplicadas, a exemplo da economia e da psicologia (Barroso, 2015, p. 29).

Luis Roberto Barroso (2015, p. 30) também chama a atenção ao fato de que se promoveu, notadamente no século XX, certa ascensão do direito público, que passou a exigir que toda interpretação jurídica fosse feita à luz do que preconizado pela Carta Maior, não só por suas regras, mas também por seus princípios e valores.

E o papel da Suprema Corte ganha importância na medida em que se constata que não basta a instituição de um Estado democrático, com poderes políticos eleitos pelo povo e governo da maioria, fazem-se necessárias, do mesmo modo, limitações ao poder majoritário para que os direitos da minorias também sejam observados (Streck; Motta, 2020, p. 2-3).

Isso impõe que se identifiquem as chamadas democracias frágeis, que são “as democracias constitucionais cujas instituições políticas e grupos de apoio da sociedade civil são insuficientes para gerenciar conflitos” (Streck; Motta, 2020, p. 3).

Como efeito dessa fragilidade, certas democracias, mormente as mais recentes, têm adotado formas de limitação dessa política majoritária, delegando às cortes constitucionais a tarefa de realizar a vigilância dos setores políticos, à luz da Constituição, o que se entende por *judicial review* (Streck; Motta, 2020, p. 4-5).

No Brasil, a fim de garantir a força normativa da Constituição, sobreveio, contudo, um movimento ativista, denominado por Streck de pamprincipiologismo, o qual conferiu muitos poderes aos juízes, sem controles racionais e resultados jurídicos estáveis, decorrentes da chamada “doutrina brasileira da efetividade”, encabeçada por Luis Roberto Barroso (Streck; Motta, 2020, p. 9).

Esse movimento gerou aquilo que Oscar Vilhena Vieira (2018) chamou de supremocracia, que “é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de

temas políticos, econômicos, morais e sociais [...]”, sendo esse fenômeno decorrente da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira.

Há uma discricionariedade muito ampla conferida ao Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes não fica adstrito somente àquilo que foi pedido pelas partes (Vieira, 2018).

Essa supremocracia cria problemas de justificação frente ao sistema democrático, pois o judiciário acaba tomando para si a responsabilidade de decidir assuntos relevantes para a sociedade, o que deveria ser deliberado pelos representantes dos cidadãos e não por uma corte de magistrados não eleita (Vieira, 2018).

De qualquer modo, essa foi a opção do constituinte de 1988, ou seja, erigir o Supremo Tribunal Federal ao posto de guardião moderador da Carta Magna, com poderes de, inclusive, controlar a atuação dos poderes políticos, sem que suas decisões possam ser derrubadas pelo parlamento (Vieira, 2018).

Vale lembrar que a atual Constituição brasileira é classificada como analítica, pois traz em seu bojo uma extensa gama de matérias que, em tese, não necessitariam sequer estar a nível constitucional, bem como compreendida como programática ou dirigente, na medida em que é dotada de programas e tarefas que precisam ser concretizados pelo poder público, a exemplo dos direitos prestacionais e sociais (Novelino, 2009, p. 112-113).

Isso faz com que a Suprema Corte brasileira seja a todo momento provocada a se manifestar acerca da concretização de direitos que, malgrado estejam previstos na ordem constitucional, não se efetivam na prática.

Exemplo disso foi o julgamento dos Mandados de Injunção n.º 670, 708 e 712 (Brasil, 2007b, 2007c, 2007d), em que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a possibilidade de assegurar o direito de greve dos servidores públicos, em razão da inexistência de lei regulamentadora do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, declarou que havia uma

omissão legislativa e determinou que se aplicasse a Lei n.º 7.783/1989, que trata do direito de greve do setor privado (Lenza, 2009, p. 742).

Observe-se que, no caso do julgamento dos mandados de injunção referentes ao direito de greve dos servidores públicos, diz-se que o Supremo Tribunal Federal adotou uma teoria concretista geral, estendendo os efeitos dessa decisão para além das partes do processo, o que já demonstra o seu poder de estabelecer regulações aplicáveis à coletividade quando houver a omissão do legislador (Lenza, 2009, p. 742).

Aliás, uma forma de enxergar bem o poder da Suprema Corte brasileira é buscar identificar quais são as suas competências e atribuições.

Está muito claro que o Supremo Tribunal Federal possui uma sobreposição de competências, na medida em que “acumula” funções de tribunal constitucional, tribunal de julgamento de autoridades e tribunal de recursos (Vieira, 2018).

Na condição de tribunal constitucional, talvez esteja a sua função mais nobre (ou por excelência), que é a de atuar como o verdadeiro intérprete último da Constituição Federal, com destaque para a competência para apreciar e julgar ações de inconstitucionalidade de leis, atos normativos e até de emendas à Constituição, com efeitos vinculante e *erga omnes*, objetivando garantir a autoridade da Carta Magna (Vieira, 2018).

Enquanto órgão julgador de autoridades, destaca-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações penais que envolvam pessoas ocupantes de altos cargos da República, como os integrantes do Congresso Nacional, por exemplo. Neste caso, a Suprema Corte atua como um verdadeiro juiz de primeira instância criminal, analisando fatos e provas, bem como proferindo julgamentos condenatórios ou absolutórios, o que restou bastante evidenciado nos episódios do *Mensalão* e da *Operação Lava Jato*, que trouxeram à tona casos graves de corrupção na República pátria (Vieira, 2018).

Não bastasse isso, o órgão máximo do judiciário brasileiro ainda funciona como um tribunal de recursos, julgando inúmeros recursos extraordinários, *habeas corpus* e outras demandas, o que faz com que tenha

que revisar centenas de milhares de processos, atuando como um “fiscal da implementação de suas próprias decisões” (Vieira, 2018).

Portanto, nota-se que esse excesso de competências atribuído ao Supremo é o que garante o campo de atuação para que possa, de fato, exercer esse amplo poder, ditando, muitas vezes, os rumos do país.

Todavia, o que se espera é que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de tamanho poder, tenha a capacidade de atuar dentro de padrões razoáveis, atingindo um equilíbrio entre uma atuação mais *deferente* perante os demais poderes políticos e *responsiva* na efetivação da força da Constituição (Vieira, 2018).

Oscar Vilhena Vieira (2018) trabalha muito bem essa questão, aduzindo que a deferência seria uma atuação do Poder Judiciário de maior acatamento e respeito em relação às opções políticas, o que não pode ser confundido com a *omissão*, a qual configuraria um comportamento degenerado, visto que, neste caso, a Suprema Corte estaria deixando de “guardar” a Constituição.

Já a responsividade consiste numa atuação do Poder Judiciário direcionada a dar a maior efetividade possível ao texto constitucional, em especial aos direitos fundamentais (Vieira, 2018).

Para isso, a Constituição Federal previu uma série de ações, instrumentos e remédios por meio dos quais o Supremo Tribunal Federal é capaz de buscar essa maior efetividade, a exemplo do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e ações de inconstitucionalidade, inclusive por omissão (Novelino, 2009, p. 171).

O oposto da responsividade seria, nas palavras de Vieira (2018), a *usurpação* do poder, em que o Poder Judiciário acaba atuando sobre as funções dos demais poderes, representando um ativismo extremado, configurando, assim como a omissão, um comportamento degenerado por parte do órgão julgador.

O fato é que, consoante Vieira (2018), ao se analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição, foi possível perceber, nitidamente, um avanço na sua forma de

atuação, partindo de uma postura omissa, passando por uma atuação mais deferente e responsiva, chegando até, em alguns casos, a atuar de forma usurpadora.

Luis Roberto Barroso (2015, p. 32), a seu turno, justifica a atuação do Supremo Tribunal Federal, admitindo, inclusive, que existe uma discricionariedade judicial, desde que interpretada corretamente, visto que está superada a figura do julgador que realiza apenas a subsunção de fatos a normas, podendo ele realizar juízos de valor a fim de adotar uma solução, desde que seja comportada pelo ordenamento jurídico.

Ao Supremo Tribunal Federal, consoante Barroso (2015, p. 46-47), é conferido um papel contramajoritário, capaz de afastar atos contemplados pelo sistema político majoritário, devendo o juiz atuar, nas suas palavras, “com a dose certa de prudência e ousadia”.

E ao longo desses mais de trinta anos após a Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal Federal, de fato, atuou de forma contramajoritária, inclusive declarando a inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República.

Um exemplo bem significativo dessa “queda de braço” existente entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal foi a questão atinente ao regime de cumprimento de penas para aos autores de crimes hediondos.

A redação original da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos – preconizava no § 1º do artigo 2º que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Entendendo que tal regra violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, a Suprema Corte, em 2006, nos autos do *Habeas Corpus* n.º 82.959, julgou inconstitucional o cumprimento de pena sem que houvesse uma progressão de regime (Brasil, 2006b).

Em razão dessa decisão, bem como ainda entendendo que os crimes hediondos mereceriam maior rigor no seu tratamento, o Poder Legislativo aprovou a Lei n.º 11.464/2007, a qual incluiu nova redação ao referido

§ 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos para prever que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Portanto, foi possível perceber que o Congresso Nacional acatou a decisão do Supremo ao alterar a legislação para o fim de admitir a progressão de regime; contudo, fez uma opção por, ao menos, impor o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado.

Todavia, novamente veio o Supremo Tribunal e, nos autos do *Habeas Corpus* n.º 111.840, em 2012, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de regime inicial fechado para cumprimento de pena, também em razão da possível violação ao princípio da individualização da pena (Brasil, 2012b).

Essas decisões são muito claras e representativas de uma atuação da Suprema Corte voltada a combater aquilo que ela entende como uma conduta excessiva do Poder Legislativo, já que, como é cediço, uma das facetas do princípio da proporcionalidade é a proibição de excesso (Afonso da Silva, 2002, p. 26).

Outrossim, a Suprema Corte, por vezes, arvora-se a adentrar em searas extremamente delicadas, polêmicas e com forte cunho moral, o que se verificou quando do julgamento da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, julgada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 (Brasil, 2012a).

À época, mesmo havendo no Código Penal a regra do artigo 128, que previa que apenas não se punia o aborto praticado por médico, quando fosse necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez fosse resultante de estupro, permitiu-se que houvesse a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, que é aquele feto com malformação cerebral, não sendo essa conduta considerada típica, ante a ausência de vida viável (Brasil, 2012a).

O que se percebeu foi uma atuação do Supremo Tribunal Federal numa matéria com forte apelo moral e religioso sobre uma temática que estava sendo objeto de omissão do legislador.

Ainda na seara da omissão legislativa, destaca-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF (Brasil, 2019b) e do Mandado de Injunção 4.733/DF (Brasil, 2019c), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2019, pela aplicação da Lei 7.716/89, que versa sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, também aos delitos envolvendo homofobia e transfobia.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal atuou visando à observância da outra faceta do princípio da proporcionalidade, que é justamente a vedação da proteção insuficiente de direitos fundamentais, corrente essa que ganhou força nos últimos anos, notadamente em razão da inação do Poder Legislativo (Afonso da Silva, 2002, p. 27).

No entanto, essa decisão do Supremo Tribunal Federal não ficou imune a críticas, pois, na prática, a Suprema Corte legislou e “criou” um tipo penal, mesmo sem lei penal escrita, prévia e determinada tratando da matéria (Gavião Filho; Lira, 2022, p. 88).

Expandindo a crítica, Anízio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2022, p. 88):

Por último, tem-se que o enfoque centrado no primado da segurança que decorre dos deveres de proteção, conferido por alguns defensores da “dupla face da proporcionalidade”, reforça as tendências expansivas dos processos de criminalização, as quais parecem não conhecer nenhum limite razoável, permitindo – inclusive – o abuso do princípio do bem jurídico. Sob a premissa de dar à lei penal maior eficácia, protegendo-se de forma “ótima” a sociedade, atropelam-se as garantias fundamentais do cidadão, conferindo-se “formidável” poder criador de normas penais ao STF, como se deu no julgamento do caso da homofobia. Nessa atuação *contra-majoritária* da Corte, além de se atentar ao princípio da separação dos poderes, foram violadas tanto a legalidade penal quanto as exigências da lei escrita, prévia e determinada. Suprimem-se as necessárias (e falíveis, é verdade) reflexões legislativas sobre qual política criminal se pretende implementar.

Outra atuação extremante ativa do Supremo Tribunal Federal se constatou quando a Corte enfrentou a questão atinente ao instituto do juiz das garantias, implementado pela Lei 13.964/2019.

Em razão desse instituto, passou-se a ter no Código de Processo Penal uma obrigatoriedade de que o juiz que realizasse jurisdição durante a fase de investigação criminal não pudesse ser o mesmo magistrado da condução do processo penal, bem como do seu julgamento, a fim de evitar o que se entendia por “contaminação” do juízo pelos elementos pré-processuais, o que poderia lhe retirar a parcialidade (Andrade, p. 13, 2020).

Ocorre que, à época, o Ministro Dias Toffoli, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao analisar pedidos liminares nas ações diretas de inconstitucionalidades n.ºs 6298, 6299, 6300 e 6305 (Brasil, 2020), propostas contra o instituto do juiz das garantias, decidiu, monocraticamente, que esse instituto não se aplicaria em determinadas hipóteses, instituindo, portanto, exceções à regra legal, que negava a sua aplicação apenas aos delitos de menor potencial ofensivo.

Veja-se que foi decidido à época pelo ministro que esse instituto também não se aplicaria a processos de competência originária dos tribunais, aos processos de competência do Tribunal do Júri, aos casos de violência doméstica e familiar e aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral, sem, contudo, trazer fundamentação efetivamente consistente de porque entendia que, nesses casos, não haveria a necessidade de preservar a imparcialidade do juiz que o legislador estava tentando supostamente garantir (Brasil, 2020).

Fato é que, o que se viu, foi uma atuação monocrática, ou seja, de apenas um ministro, o qual, à míngua de maiores discussões³, estabeleceu exceções para a aplicação de um instituto criado por lei, ou seja, a

3 Posteriormente, em 2023, o plenário do Supremo Tribunal Federal, analisando o mérito das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, manteve a não aplicação do instituto do juiz das garantias para os processos de competência originária dos tribunais, aos processos de competência do Tribunal do Júri e aos casos de violência doméstica e familiar, reformando a decisão monocrática apenas no que tange aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral (Brasil, 2023).

questão sequer tinha sido discutida pelo plenário da Corte e apenas um ministro, de forma liminar, resolveu limitar o alcance da norma feita pelo Parlamento (Brasil, 2020).

Isso ilustra o que seria a chamada “ministrocracia”, a qual é entendida como uma “versão radical da supremocracia” citada acima, caracterizando um processo de fragmentação da jurisdição do Supremo Tribunal Federal (Vieira, 2018).

Todavia, talvez o maior exemplo do fenômeno chamado de “ministrocracia” seja a atuação do Ministro Alexandre de Moraes no que tange ao combate aos “Atos de 8 de Janeiro”, ocorridos em 2023, quando manifestantes invadiram e depredaram a sede do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, passou-se a se ver uma atuação bastante individualizada desse ministro ao prorrogar investigações relacionadas a esse episódio (Brasil, 2024c), bem como possuindo em tramitação em seu gabinete 1.444 processos relacionados aos ataques, conforme relatório datado até 21/03/2024, os quais ocasionaram, em razão da sua atuação, diversas prisões, medidas cautelares, denúncias recebidas e condenações (Brasil, 2024a).

A despeito disso, na obra organizada por Francisco José Borges Motta e Gilberto Morbach, o professor Oscar Vilhena Vieira foi questionado como via o futuro constitucional do Brasil, notadamente após as eleições de 2018, oportunidade em que o referido professor respondeu à indagação no sentido de que “a eventual ascensão de um líder populista de perfil autoritário ampliaria o nosso estado de *stress* constitucional, e isso sobrecarregaria a Suprema Corte, que teria um papel fundamental na defesa da democracia” (Motta; Morbach, 2024, p. 56).

E sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, Vieira entendeu que a Corte, de fato, exerceu a função de “guarda” que lhe foi atribuída, não tecendo maiores críticas a essa atuação (Motta; Morbach, 2024, p. 56).

Não obstante toda essa problemática trazida à tona, fato é que o Supremo Tribunal Federal seguiu exercendo uma posição cada vez mais ativa. E nesse sentido, destaca-se a decisão tomada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 (Tema 506), em que a Suprema Corte,

ao decidir se a posse de pequenas quantidades de maconha para uso pessoal deveria ser considerada uma conduta criminosa, a despeito da previsão do artigo 28 da Lei 11.343/2006, decidiu que a posse de até 40 gramas da referida droga, ou de seis pés, poderia, a depender das circunstâncias, não ser mais considerada criminosa, mas sim configuradora de infração administrativa (Brasil, 2024b).

O ponto a se destacar aqui não seria propriamente a descriminalização da conduta, o que até se poderia justificar pelo Princípio da Intervenção Mínima, mas sim o fato de o Supremo ter alterado a própria natureza da infração, transformando uma infração penal em administrativa ao arrepio de qualquer lei nesse sentido, o que nitidamente demonstra invasão na seara do Poder Legislativo.

Portanto, é fácil perceber que, hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal não encontra constrangimento algum em interferir nos atos dos demais poderes, em especial nos do Poder Legislativo, não se limitando apenas a interpretar normas à luz da Constituição Federal para declará-las inconstitucionais ou não, mas sim atuando de maneira cada vez mais ativista, criando regras que, muitas vezes, sobrepõem-se às produzidas pelos representantes eleitos pelo povo.

4 CONCLUSÃO

Quando se pensa em Constitucionalismo, logo vem à mente a ideia de uma estrutura de poder e de sociedade submetida a normas que sejam capazes de regular as ações havidas entre os adstritos a essa ordem.

A existência de uma Constituição, portanto, é fundamental para que possa haver a correta organização do Estado ao lado da garantia e da preservação de direitos fundamentais dos cidadãos.

No entanto, de nada adianta haver uma Constituição, seja ela escrita ou consuetudinária, se não houver meios capazes de garantir a efetividade da sua força normativa.

E é justamente nesse cenário que está o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, sobre o qual recai a responsabilidade de ser o guardião da Carta Magna, responsável, inclusive, por rever atos dos poderes políticos da República, dentro de uma lógica de freios e contrapesos.

Essa competência atribuída à Suprema Corte é deveras importante, visto que, em um Estado Democrático de Direito, como é o pátrio, a ideia é que as ações, tanto do setor público quanto do privado, ocorram dentro de padrões constitucionais, devendo o Supremo velar para que o jogo democrático assim ocorra, o que decorre da sua função moderadora, a despeito da harmonia e da independência entre os Poderes.

Todavia, como visto, por vezes essa atuação da Corte Maior encontra problemas de justificação, na medida em que, como é cediço, são os Poderes Legislativo e Executivo compostos pelos representantes eleitos pela população, sendo que seus atos, muitas vezes, são desfeitos pela ação do Poder Judiciário, tanto de forma monocrática quanto colegiada.

Mas isso, por si só, não é o grande problema. Essa prática faz parte e compõe a noção de democracia, a qual deve ser equilibrada. Prova disso é a própria função contramajoritária do Supremo Tribunal, a qual se destina a garantir a ordem constitucional e a proteger os direitos das minorias, a fim de que não haja uma espécie de tirania das majorias.

Ocorre que, o que se espera, é que a atuação da Suprema Corte seja no mais das vezes equilibrada, já que exerce tamanho poder, sendo que seus atos, em inúmeras oportunidades, são capazes de ditar os rumos da nação nos mais diversos temas.

Quando há a falta desse equilíbrio, corre-se o risco de haver uma sobreposição de um poder sobre o outro de forma desarrazoada e ativista, o que abre espaço para perigosas rupturas na democracia.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar um papel muito mais responsivo à medida que os anos foram se afastando da promulgação da Carta de 1988 e o atual período democrático foi amadurecendo, assim como o próprio órgão de cúpula

do Judiciário, que cada vez mais se sente à vontade para interferir sobre os mais diversos assuntos.

Não se ignora, do mesmo modo, que a divisão ideológica que se está vendo no Brasil, mormente na última década, tem exigido do Supremo Tribunal Federal uma atuação mais ativa, mormente para garantir a higidez da Constituição e das instituições, como a da própria Corte Constitucional, cuja sede foi alvo de violentos ataques no episódio de 08 de janeiro de 2023.

Todavia, não há como se anuir quando a atuação do órgão julgador, a pretexto de ser meramente responsiva, passa a ser usurpadora da atuação dos demais Poderes e sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, o que configura uma conduta degenerada e que pode por em risco até mesmo o tecido democrático, dada a possibilidade de reações contrárias daqueles que sofrem as consequências dessa atuação, por vezes injusta.

Além disso, resta nítido que o fenômeno da ministocracia é cada vez mais constante no dia a dia da Suprema Corte, o que, como visto, não é o ideal, pois uma atuação colegiada do órgão é capaz de lhe conferir maior legitimidade e impessoalidade, qualidades imprescindíveis para quem julga.

De qualquer sorte, não se tem a pretensão, com este estudo, de se realizar um juízo de valor (de certo ou errado) sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, notadamente nos tempos atuais; mas sim estabelecer uma constatação, que parece ser visível, de que, de fato, a Suprema Corte cada vez mais adota uma postura ativa e demonstra estar hipertrofiada sobre os demais Poderes, haja vista que suas decisões são impassíveis de serem revistas pelo setor político ou por um órgão superior.

Se essa postura se justifica ou não, é matéria posta à reflexão; porém o que se espera é que, ao dispor de tamanha força, tenham os ministros as luzes necessárias para atuar sempre de forma equilibrada e voltada aos ditames da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2020.

BARAK, Aharon. **Proportionality**. Cambridge: University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

BEATTY, David. M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2007a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF.** Brasília, DF, 24 de agosto 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.** Brasília, DF, 13 de junho 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF.** Brasília, DF, 12 de abril 2012a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Gabinete do ministro Alexandre de Moraes divulga relatório de sete anos de atuação no STF.** Brasília, DF, 22 de abril

2024a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=532817&ori=1>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.959/SP**. Brasília, DF, 23 de fevereiro 2006b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 111.840/ES**. Brasília, DF, 27 de junho 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 670/ES**. Brasília, DF, 25 de outubro 2007b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 708/DF**. Brasília, DF, 25 de outubro 2007c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 712/PA**. Brasília, DF, 25 de outubro 2007d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733/DF**. Brasília, DF, 13 de junho 2019c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.298/DF**. Brasília, DF, 15 de janeiro 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138712&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP**. Brasília, DF, 20 de junho 2024b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF prorroga por mais 180 dias inquérito que investiga autores intelectuais e instigadores dos atos de 8 de janeiro**. Brasília, DF, 05 de fevereiro 2024c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=526233&ori=1>. Acesso em: 13 jul. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. O teste da proporcionalidade no direito penal e a proibição de proteção insuficiente: uma necessária reconstrução crítica. **Revista da Ajuris**, v. 49, p. 65-91, 2022.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena; KIRST, Stephen. **Direitos fundamentais sociais e sua justiciabilidade**: Brasil, Alemanha e Austria. Curitiba: Ithala, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges; MORBACH, Gilberto (Orgs.). **Da academia à prática**: diálogos sobre a crise das democracias constitucionais. 1 ed. São Paulo: Tirant ló Blanch, 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, André; ARAUJO, Cícero; e BELINELLI, Leonardo. **Estado e Democracia**: uma introdução ao estudo da política. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias Frágeis e Cortes Constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar, Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 4, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO MOÇAMBICANO

Amina Adão Saíde Abdala¹
Almeida Zacarias Machava²

1 INTRODUÇÃO

A vinculação da dignidade da pessoa humana à efetivação dos direitos fundamentais, em particular os direitos pessoais, é indiscutível. No entanto, o seu tratamento normativo tende a revelar disparidades entre ordenamentos jurídicos. Enquanto uns optaram pela consagração constitucional expressa do princípio da dignidade da pessoa humana, tal o caso do Brasil, outros não seguiram a mesma trajetória, remetendo ao exercício hermenêutico a conclusão sobre a sua domesticação ou não. Neste último grupo, destaca-se Moçambique, na medida em que o legislador constituinte não tratou de consagrar a dignidade da pessoa humana na Constituição da República, não obstante ter nela apresentado um vasto catálogo de direitos fundamentais, daí se indagar se a não previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição da República representa ou não o não reconhecimento daquele princípio na ordem jurídica interna.

1 Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique, Professora de Graduação, email: aminaabdala@hotmail.com

2 Doutorado em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Professor Auxiliar de Pesquisa, Professor de Pós-Graduação, e-mail: amachava@um.edu.mo

Nas sociedades modernas, o desenvolvimento tecnológico tem, em grande medida, desafiado o exercício dos direitos fundamentais, em particular os de natureza pessoal, colocando em causa a própria tutela do princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma das manifestações da dignidade da pessoa humana está no estabelecimento de mecanismos protetores da vida privada, como é o caso da proteção de dados pessoais. Em Moçambique, apesar de um comando constitucional que o sugere, não existe uma lei geral sobre a proteção de dados pessoais, mas podemos afirmar que, através de vários instrumentos legais setoriais, se construiu um sistema normativo de proteção de dados pessoais. Ora, para este estudo, questiona-se até que ponto esse sistema normativo de proteção de dados pessoais garante a tutela efectiva da dignidade da pessoa humana em Moçambique.

Com o tema *A Proteção de Dados Pessoais como Instrumento de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Moçambicano*, o presente estudo aborda o fundamento normativo da dignidade da pessoa humana como princípio fundacional e orientador do constitucionalismo moçambicano na proteção dos direitos fundamentais, com destaque para o direito à reserva da vida privada. Por outro lado, o texto passa em revista o quadro legal sobre a proteção de dados pessoais em Moçambique.

O presente estudo, adota uma abordagem metodológica qualitativa assente na atividade interpretativa tem do como objetivos discutir em que medida o quando jurídico-constitucional moçambicano reflecte a tutela normativa do princípio dignidade da pessoa humana em Moçambique e analisar a eficácia do sistema de proteção de dados pessoais instituído na garantia da efetivação da dignidade humana no país.

2 A DIMENSÃO SOCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM MOÇAMBIQUE

O cristianismo impulsionou o desenvolvimento de ideias humanistas e foi dentro dessas ideias que se concebeu a ideia de que a cada indivíduo deveria ser-lhe reconhecida a sua dignidade, enquanto ser criado

por Deus e à sua semelhança. Nesse contexto, a dignidade humana deveria ser inerente ao Homem enquanto espécie e nele existir enquanto indivíduo. (Novais, 2015, p. 42; Moraes, 2003, p. 77), ou seja, é um valor intangível (Alves, 2012, p. 31).

Com o evoluir do reconhecimento das liberdades e o crescente reconhecimento dos direitos fundamentais, em particular no período pós Segunda Guerra Mundial, ocorre a constitucionalização da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio (Sarlet, 2018, p. 98; Novais, 2015, p. 53). Com efeito, no constitucionalismo moderno em que o reconhecimento dos direitos e liberdades é um valor constitucional, a dignidade da pessoa humana é apresentada como um dos princípios estruturantes do Estado (Machava, 2022, p. 114).

Não obstante tratar-se de um princípio já enraizado no constitucionalismo moderno e não só, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana é hoje a florado em vários domínios do saber jurídico, ainda prevalece a imprecisão do próprio conceito (Sarlet, 2018, p. 101). Com efeito, tal como expõem Cambi e Padinhla (2016, p. 339), “é uma qualidade intrínseca do ser humano e, assim, guarda íntima relação com as intrincadas e imensuráveis manifestações da personalidade humana, percebe-se o quão difícil se torna compreender e atribuí-la definição jurídica”.

Sobre isto, vale a preposição de que desenhar uma definição não é um exercício simples, desde logo por se tratar de um conceito bastante abrangente por se vincular à condição humana e se responsabilizar pela tutela de toda a constelação dos mais variados bens jurídicos (Araújo, 2021). Entretanto, analisada a abordagem teórica sobre a dignidade da pessoa humana desde a antiguidade, passando por uma abordagem cristã e kantiana percebe-se que ela apresenta um traço comum – de que “é um atributo do homem. É algo que do homem faz parte e o torna merecedor de um mínimo de direitos. Um valor que não pode ser trocado por nenhum outro porque não possui equivalentes. Um valor absoluto e interior” Siqueira (2010), ou seja, usando as palavras de Sarlet (2018, p. 102), a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que

simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável na medida em que constitui um elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, razão pela qual não será de se conceber a hipótese de se ter de atribuir dignidade à pessoa humana.

De facto, Kant, evidenciando a dimensão ontológica, já apresentava essa indissociabilidade entre o homem e a dignidade humana, no sentido de que

a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua *coisificação* e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais (Cambi; Padinhlá, 2016, p. 340)

Uma abordagem aproximada foi desenvolvida por Sarlet, que buscando o alcance jurídico da dignidade da pessoa humana, a apresenta como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer acto de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação activa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (Batista, 2014),

evidenciando aí a dimensão defensiva, a dimensão prestacional e, ainda, a autonomia e cidadania (Cambi; Padinhlá, 2016, p. 340).

Assim concebida, a dignidade da pessoa humana será um valor fundamental no qual todos os demais direitos encontram a sua referência legal. Significa isto que a garantia da dignidade da pessoa humana estará vinculada à efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais perderão o seu sentido de existirem se não for garantida a dignidade dos seus titulares na concretização de cada um deles (Sarlet, 2018, p. 110-112; Batista, 2014). Assim, concordaremos com a tese de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um “super princípio, cuja presença não deve ser negada a qualquer que seja a situação jurídica” (Araújo, 2021).

Em Moçambique, o reflexo da relevância da dignidade da pessoa humana, na sua vinculação aos direitos fundamentais não é ignorada. Com efeito, O legislador constituinte moçambicano não se alheou das dinâmicas modernas do constitucionalismo e já no Preâmbulo da Constituição estabeleceu que a

Constituição reafirma, desenvolve e aprofunda os princípios fundamentais do Estado moçambicano, consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático baseado no pluralismo de expressão ... e no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos¹.

É neste contexto que o legislador constituinte moçambicano depois veio consagrar um extenso catálogo de direitos fundamentais no Título III, artigos 35 a 95, sustentados também pelos princípios do Estado de Direito que postula *o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem* (artigo 3 da Constituição moçambicana), daí que a edificação de uma sociedade de justiça social e a criação do bem-estar material, espiritual e de qualidade de vida dos cidadãos e a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos, figurem como objectivos fundamentais do Estado moçambicano, nos termos do artigo 11 da Constituição da República.

1 Vide preâmbulo da Constituição da República de Moçambique de 2004, revista e republicada pela Lei nº 11/2023, de 23 de Agosto.

Uma análise à constituição moçambicana revela que não existe uma referência expressa à dignidade da pessoa humana. Porém, esse facto não retira o seu poder estruturante nem a sua força orientadora do constitucionalismo moçambicano. Desde logo, porque a consagração constitucional do princípio da igualdade (artigo 35), princípio da igualdade de género (artigo 36), do direito à vida, no qual se integra o direito à integridade física e moral e de não se poder sujeitar as pessoas à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos (artigo 40) e ainda de outros direitos pessoais como o direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada (artigo 41) como princípios gerais da tutela constitucional dos direitos fundamentais em Moçambique, sustentam o reconhecimento do legislador constituinte moçambicano do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante na edificação da sociedade e da cidadania.

A afirmação da dignidade humana como uma realidade ontológica, ou seja, essencial ou intrínseca ao ser humano já de *per si* justifica a sua consideração no contexto moçambicano quando o legislador constituinte consagra os direitos fundamentais, daí que a não referência expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana não será mais que um mero detalhe sem implicações práticas.

Por outro lado, não se deve perder de vista que nos termos do artigo 43 da Constituição moçambicana, “Os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”. Este princípio-regra sobre como deve ser realizado o exercício hermenêutico no que tange às disposições constitucionais relativos aos direitos fundamentais, também reforma a nossa consideração da tutela da dignidade humana como princípio estruturante na ordem jurídica moçambicana.

Ora, estando a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem sustentada no “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”, como refere o Preâmbulo da

própria Declaração e reforçado no artigo 1, bem como o reconhecimento expresso, de que “os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana”, no Preâmbulo, e de que o *respeito da dignidade inerente à pessoa humana* é um direito que assiste a todas as pessoas, individualmente consideradas, no artigo 5, ambos da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos², torna-se evidente que falar da dimensão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana em Moçambique não é um exagero. Aliás, acompanhado a consideração de Benedita Mac Crorie (2018, p. 80), afirmar a dignidade da pessoa humana num país que experienciou a colonização, como Moçambique, é muito significativo.

Hoje, para além de princípio, a dignidade da pessoa humana é um direito humano e fundamental na ordem jurídica moçambicana, em resultado da participação do país no Sistema Africano dos Direitos Humanos, decorrente da ratificação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. O que, nas palavras de Mac Crorie (2018, p. 80) só reforça a sua exigibilidade sem, contudo, implicar a sua relativização, devendo a dignidade ser considerada absoluta e, conseqüentemente, insuscetível de ponderação com outros direitos.

Em Moçambique, a dimensão social do princípio da dignidade da pessoa humana estará nesse seu carácter absoluto que, por um lado, o vincula à afirmação e efetivação de outros direitos fundamentais e, por outro lado, o impede de ponderação com outros direitos. É, conforme referimos, em busca da tutela da dignidade da pessoa humana que, o legislador constituinte moçambicano consagrou os direitos pessoais na Constituição, quais sejam os casos dos já referidos direito à vida e à integridade física e moral e de não se poder sujeitar as pessoas à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos (artigo 40 da Constituição) e ainda o direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada (artigo 41 da Constituição). Igualmente, a consagração de direitos sociais como o direito ao trabalho

2 Ratificada por Moçambique através da Resolução nº 9/88, de 12 de Maio.

e a consequente proibição de trabalho compulsivo e a proteção da justa retribuição e do emprego (artigos 84 e 85 da Constituição), o direito à educação (artigo 88 da Constituição), direito à saúde (artigo 89 da Constituição), bem como o direito à assistência na incapacidade e na velhice (artigo 95 da Constituição), tem na preservação da dignidade da pessoa humana o seu principal fundamento.

Não passa despercebido o facto de em muitos dos direitos fundamentais aqui indicados, em particular os direitos ditos sociais, o legislador moçambicano os ter apresentado como direitos-deveres, ou seja, em que as pessoas também são responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais que a constituição consagra, quer para si como para os demais indivíduos. Esta concepção representa a afirmação da filosofia africana de *ubuntu* que enfatiza a importância da solidariedade, generosidade e respeito por todos os membros da comunidade humana, que no caso em apreço, vai evidenciar a dimensão mais comunitária da dignidade (Mac Crorie, 2018, p. 82). Por outro lado, ela vem reforçar a dimensão prestacional e a autonomia e cidadania do conteúdo da dignidade da pessoa humana evidenciada por Sarlet, no sentido de que se exige a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social, bem como a participação na construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (Cambi; Padinhlá, 2016, p. 340).

Entretanto, mais do que aos indivíduos, a exigência de ações positivas para a realização dos direitos fundamentais, como o direito à dignidade humana, impende sobre o Estado, no sentido de que a este será exigida a criação de condições necessárias à realização dos direitos, enquanto o seu guardião primário. Em outras palavras,

A efectiva realização da dignidade pressupõe também um papel activo dos Estados, que tem a obrigação de criar condições para a concretização dessa mesma dignidade, o que nos remete para a relação necessária entre dignidade e criação de capacidades. Assim, da consagração de um direito a dignidade decorre também um

dever dos Estados de assegurar pelo menos as condições mínimas para que essa dignidade se possa realizar, o que pode inclusive implicar que estes tenham de garantir prestações positivas aos cidadãos. (Mac Crorie, 2018, p. 81)

Ora, é essa criação de capacidades, ou seja, de condições para a efetivação da dignidade da pessoa humana que poderá estar a faltar em Moçambique. Com efeito, tomando, para efeitos do nosso estudo, o direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da imagem pública e à reserva da vida privada, consagrado no artigo 41 da Constituição da República de Moçambique como referência, têm sido recorrentes no país atos configurando a sua violação sistemática, em particular na sua dimensão de reserva da vida privada³, em decorrência de uso indevido ou disponibilização indevida de dados pessoais dos cidadãos, principalmente com recurso a meios informáticos, questionando-se o Estado, em particular o poder legislativo em sentido amplo, terá ou não cumprido com a obrigação que lhe foi imposta pela Constituição da República de adotar instrumento normativo para a proteção de dados pessoais, conforme estabelece o número 2 do artigo 71 da Constituição, em outras palavras, indaga-se se o Estado moçambicano terá criado as condições necessárias para a efetivação da dignidade humana inerente à reserva da vida privada, enquanto direito fundamental. Para responder a esta questão, uma análise ao regime moçambicano sobre a proteção de dados pessoais mostra-se necessária.

3 O direito à reserva da vida privada tem também tutela civil, no âmbito das relações privadas, no Código Civil, que consagra o direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada nos seus artigos 79.º e 80.º. Nos termos do artigo 80.º do Código Civil, “*Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*” e a “*extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.*”.

3 REGIME JURÍDICO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM MOÇAMBIQUE

No contexto da globalização e da digitalização de serviços⁴, a proteção de dados pessoais em Moçambique tem assumido uma relevância crescente. A base legal para a proteção de dados pessoais no país encontra-se, em primeiro lugar, na Constituição da República de Moçambique, que garante os direitos fundamentais de privacidade e inviolabilidade da correspondência.

Conforme apresentado na seção anterior, nos termos do artigo 41 da Constituição da República, “*Todo o cidadão tem direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada*” (sublinhado nosso). Tal como referimos acima, sobre a dignidade da pessoa humana, a reserva da vida privada, para além de princípio, visto pela inserção sistemática do artigo 41 da Constituição da República, é um direito, olhando para o texto da Lei, reforçando-se assim a sua exigibilidade. Na sua dimensão de direito, a reserva da vida privada integrará o direito a auto-determinação informativa em sentido amplo, haja vista o controlo sobre a informação pessoal (Mota Pinto, 2005, p. 213), mas também o direito à solidão, o direito ao anonimato (Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão n.º 875/2022). Significa isto que, na sua dimensão defensiva, a reserva da vida privada irá proibir que aqueles a quem tenham sido disponibilizadas informações ou dados pessoais do indivíduo deverão se abster de qualquer ato capaz de permitir que terceiros tenham acesso a esses dados pessoais, sem prévia autorização do seu titular.

4 Moçambique aprovou a Política de Segurança Cibernética e Estratégia de sua implementação, através da Resolução n.º 69/2021 de 31 de Dezembro, com vista a adequá-la aos instrumentos orientadores e aos desafios impostos pelo crescente progresso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), tendo nas ações estratégicas de segurança cibernética o alicerce para combater o crime cibernético, pelo supra mencionado instrumento legal, aprovou-se a Política de Segurança Cibernética e Estratégia da sua Implementação que, em seu ponto 2, alinha-se às cinco áreas transversais da Estratégia de Transformação Digital para África (2020-2030), concretamente no que concerne ao tema de segurança cibernética e proteção de dados pessoais.

Foi para tutelar essa dimensão defensiva do direito à reserva da vida privada que o legislador constituinte moçambicano consagrou, no artigo 71 da Constituição, que *“É proibida a utilização de meios informáticos para registo e tratamento de dados individualmente identificáveis relativos às convicções políticas, filosóficas ou ideológicas, à fé religiosa, à filiação partidária ou sindical e à vida privada”*. Ademais, a Constituição moçambicana, neste artigo, estabelece que *“A lei regula a proteção de dados pessoais constantes de registos informáticos, as condições de acesso aos bancos de dados, de constituição e utilização por autoridades públicas e entidades privadas destes bancos de dados ou de suportes informáticos.”*

O artigo 71 da Constituição também estabelece que *“Não é permitido o acesso a arquivos, ficheiros e registos informáticos ou de bancos de dados para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros, nem a transferência de dados pessoais de um para outro ficheiro informático pertencente a distintos serviços ou instituições, salvo nos casos estabelecidos na lei ou por decisão judicial.”* Entretanto, remata estabelecendo que *“Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.”*

Estas disposições constitucionais constituem um alicerce para a regulamentação de proteção de dados no ordenamento jurídico moçambicano. Entretanto, aquela disposição constitucional, do número 2 do artigo 71, que sugere a adoção de uma lei geral sobre a proteção de dados em Moçambique está ainda por concretizar, registando-se, assim, uma omissão legislativa do Estado, enquanto detentor do poder legislativo.

Para obviar essa omissão legislativa, tem sido construído um quadro legal específico de proteção de dados pessoais em Moçambique através de uma série de diplomas que regulam diversos aspectos relacionados com a matéria.

Um dos instrumentos legais mais relevantes é a Lei n.º 3/2017, de 9 de janeiro, que estabelece o regime jurídico das transações eletrónicas, do comércio electrónico e do governo eletrónico. Esta Lei estabelece regras sobre a recolha, o processamento, a utilização e a proteção de dados

personais no âmbito das transações eletrônicas em geral, do comércio eletrônico e do governo eletrônico, garantindo que os direitos dos titulares dos dados sejam respeitados, conforme os princípios de legalidade, transparência, lealdade e confidencialidade.

Nos termos da lei, dados pessoais são qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável quer através da referência a um número de identificação quer de um ou mais factores específicos à mesma, e estabelece as obrigações das entidades responsáveis pelo tratamento de dados, impondo-lhes deveres de garantir a segurança e confidencialidade dos dados que processam (artigos 63 e 65 da Lei 3/2017, de 9 de janeiro). Além disso, a lei prevê os direitos dos titulares dos dados, como o direito à informação, acesso, rectificação e eliminação dos seus dados, bem como a oposição ao seu tratamento em determinadas circunstâncias (n.º 6 do artigo 63 da Lei 3/2017, de 9 de janeiro).

Por sua vez, o Decreto n.º 67/2017, de 1 de dezembro estabelece o Quadro de Interoperabilidade de Governo Eletrónico, enquanto instrumento de operacionalização da Lei das Transacções Eletrónicas, do comércio electrónico e do governo electrónico. Assim, este Decreto consagra um conjunto de princípios a se ter em conta no âmbito da proteção de dados e segurança cibernética, na relação entre utente e a administração pública. É neste contexto que o princípio da confidencialidade (artigo 9) veio determinar que “para a salvaguarda dos direitos das pessoas singulares e colectivas, respeita as matérias confidenciais e deve garantir que a informação é somente acedida por pessoas autorizadas nos termos da lei”, significando que os dados pessoais recolhidos pelas entidades públicas devem ser protegidos do acesso e uso por indivíduos ou entidades estranhas à administração pública.

No setor das telecomunicações, o Regulamento de Proteção do Consumidor do Serviço de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.º 44/2019, de 22 de maio, estabeleceu mecanismos de proteção dos diferentes intervenientes no setor das telecomunicações, em particular os consumidores. Dentre muitos aspetos, estabelece, no artigo 10, que o

consumidor deve ter direito à privacidade e proteção contra o uso não autorizado da sua informação pessoal, designadamente: (i) nas comunicações, qualquer que seja o tipo; (ii) no material ou informação de *marketing* não solicitado ou enviado em nome de terceiros; (iii) não fornecer o número ou dados pessoais do consumidor a terceiros sem sua autorização.

Somente nos casos em que o consumidor consinta, é que há partilha do nome e endereço do consumidor constantes na lista telefónica, excetuando o nome e endereço de pessoa colectiva pública ou privada de utilidade pública.

Ainda neste setor, existe o Regulamento sobre Registo dos Subscritores dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.º 13/2023, de 11 de abril, que visa: (i) promover o uso responsável dos serviços públicos de telecomunicação e equipamentos associados, contribuindo para a segurança e qualidade dos serviços nas redes de telecomunicações; (ii) implementar a B-PIN e a Central de Risco para o tratamento e análise de informação associada aos Subscritores, Operadores, Prestadores de serviços e dispositivos de comunicação; e (iii) contribuir para a manutenção da ordem e tranquilidade pública (artigo 4). No domínio de proteção de dados, nos termos deste Regulamento, os operadores dos serviços públicos de telecomunicações têm, entre outras, as obrigações de garantir o sigilo dos dados do Registo e todas as informações associadas e a proteção dos dados e dos sistemas associados ao processo do Registo, assegurando a sua fiabilidade e acessibilidade sempre que necessário (artigo 7). Enquanto aos agentes distribuidores e/ou revendedores caberá também a obrigação de não usar os dados dos subscritores para fins diversos (artigo 8).

No setor financeiro, destaca-se, por um lado, a Lei n.º 20/2020, de 31 de dezembro – Lei das Instituições de Crédito e Sociedades Financeira, que com vista à salvaguarda de dados pessoais, estabelece no seu artigo 72 o dever de segredo, impondo que todos os intervenientes na prestação dos serviços bancários, designadamente: os membros dos órgãos de administração e de fiscalização, os empregados, mandatários, comissários e outras pessoas que prestem serviços, a título permanente ou

ocasional, às instituições de crédito e sociedades financeiras, não podem revelar os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações financeiras, não cessando o dever de segredo mesmo com o termo de funções ou serviços.

Por outro lado, releva o Aviso n.º 8/GBM/2021, que aprova o Código de Conduta das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e de Proteção do Consumidor Financeiro que impõe a estas instituições a obrigação de aprovar e implementar políticas e procedimentos claros, simples e transparentes, bem como mecanismos adequados de gestão, controlo, utilização, tratamento, proteção de dados, informações financeiras e pessoais do consumidor, nos termos da legislação aplicável, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 24 (sublinhado nosso). Ressalta desta previsão normativa a indagação sobre que “legislação aplicável” se refere.

No sector de energia, a Lei de Electricidade – Lei n.º 12/2022, de 11 de julho, consagra os direitos do consumidor à privacidade e à proteção de dados (alínea c), n.º 1 artigo 24), facto que se justifica pela importância acrescida desta proteção, na concretização ou garantia da inviolabilidade dos direitos dos consumidores, com particular ênfase ao direito à reserva da vida privada, no âmbito da relação contratual.

Por sua vez, o Código Penal, aprovado pela Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro, estabelece certos cibercrimes, como por exemplo: (i) a interferência em uma base de dados automatizada, que está sujeita a uma pena de prisão até dois anos e a uma multa correspondente nos termos do artigo 337 do Código Penal; e (ii) a fraude através de meios electrónicos e a utilização não autorizada de dados que resulte em enriquecimento sem causa, que estão sujeitos a penas de prisão geralmente de um ano a cinco anos e a uma multa correspondente.

No domínio laboral, a Lei do Trabalho – Lei n.º 13/2023, de 25 de agosto, estabelece, no seu artigo 8, o seguinte:

(i) o empregador não pode exigir ao trabalhador, no acto de contratação ou durante a execução do contrato de trabalho, a prestação de informação relativa à sua vida privada, excepto quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o exijam por força da lei ou dos usos de cada profissão, e seja previamente fornecida, por escrito, a respectiva fundamentação; (ii) a utilização dos ficheiros e o acesso informático relativo aos dados pessoais do candidato a emprego ou do trabalhador é regulada por legislação específica; (iii) os dados pessoais do trabalhador, obtidos pelo empregador sob reserva de confidencialidade, bem como qualquer informação cuja divulgação viola a privacidade daquele, não podem ser fornecidos a terceiros sem o seu consentimento expresso, salvo se razões legais assim o determinarem.

Em termos institucionais, destaca-se a criação do Instituto Nacional de Tecnologias de Informação e Comunicação, através do Decreto nº 9/2011, de 4 de maio, com atribuições na área da segurança cibernética e a proteção de dados pessoais, através da Divisão de Segurança Cibernética e Proteção de Dados com, entre outras, as funções de propor diretrizes para a proteção de dados pessoais e da privacidade, promover o conhecimento pelos cidadãos das normas e políticas públicas sobre a proteção de dados pessoais e das medidas de segurança, nos termos artigo 23 do seu Estatuto Orgânico, aprovado pelo Decreto nº 90/2020, de 9 de outubro.

Paralelamente, através do Decreto nº 61/2017, de 6 de novembro foi criado o Instituto Nacional do Governo Electrónico (INAGE), com atribuições na área de gestão de riscos, segurança da rede electrónica e gestão de dados, do Governo e com competências para “garantir a segurança e confidencialidade da informação e realizar auditorias a Rede Electrónica do Governo (GovNET)”, nos termos do artigo 5, incluindo estabelecer mecanismos e sistemas de proteção e segurança de dados nos Centros de Dados do Governo e na Rede Electrónica do Governo, nos termos do artigo 16 do seu Estatuto Orgânico, aprovado pela Resolução nº 6/2024, de 6 de maio.

4 DA (IN)EFICÁCIA DO REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA EM MOÇAMBIQUE

Olhando para o quadro jurídico de proteção de dados pessoais em Moçambique, fica-se com a sensação de estar com uma “mão cheia de quase nada”, no que tange à efetivação da tutela dos direitos pessoais, em especial a dignidade da pessoa humana inculcada no direito à reserva da vida privada.

Com efeito, se, por um lado, é notório que, não obstante a omissão legislativa decorrente da não adoção de uma lei geral de proteção de dados pessoais, nos termos sugeridos pela Constituição da República, quadro jurídico de proteção de dados pessoais em Moçambique comporta por um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que visam garantir a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos e, por conseguinte, possamos afirmar que a legislação existente tenha dado passos importantes para a proteção de dados no país e que Moçambique está alinhado com as melhores práticas internacionais, procurando garantir um equilíbrio entre o avanço tecnológico e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, não será menos notório que ainda há desafios na sua implementação prática, especialmente no que diz respeito à fiscalização e ao aumento da consciencialização pública sobre os direitos dos titulares de dados, bem como no que se refere à tutela institucional da proteção de dados pessoais.

É que não basta que os instrumentos normativos disponham que é proibida a violação de dados pessoais, a sua divulgação, transmissão ou uso indevido para, a partir daí concluirmos pela sua eficácia, é importante que essas previsões substantivas sejam acompanhadas de mecanismos de garantia de efetividade. É, curiosamente, nesta componente que se encontram as maiores fragilidades do quadro jurídico de proteção de dados pessoais instituído em Moçambique.

Se é certo que, a Lei das Transações Eletrônicas impõe deveres de garantir a segurança e a confidencialidade aos operadores do comércio

eletrónico que processam dados pessoais dos cidadãos, não menos certo que na mesma lei não se encontram instrumentos de resposta para os casos em que as obrigações impostas não são cumpridas. Aliás, no domínio das transações eletrónicas, foi aprovado o Regulamento de Registo e Licenciamento de Provedores Intermediários de Serviços Electrónicos e de Operadores de Plataformas Digitais (Decreto n.º 59/2023, de 27 de outubro), que veio reforçar a previsão sobre a garantia da proteção dos dados pessoais, no entanto, quando, por exemplo, se estabelecem os causas determinativas do cancelamento da licença para o exercício da actividade (artigo 30 do Regulamento) a violação das obrigações relativas à garantia da proteção de dados pessoais dos clientes não está prevista, o que seria uma medida razoável a considerar o valor jurídico a proteger.

No setor das telecomunicações, o Regulamento sobre Registo dos Subscritores dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n.º 13/2023, de 11 de abril, dispõe que sobre se os operadores dos serviços públicos de telecomunicações e agentes distribuidores e/ou revendedores caberão penas de multa pela violação das obrigações de proteção de dados pessoais dos clientes e só após a segunda reincidência há possibilidade de se vedar o exercício da actividade (artigos 34 e 35), daí questionar a sua eficácia na tutela da dignidade da pessoa humana pelo valor que esta encerra.

No domínio institucional, não se verificam, na prática, as ações desenvolvidas pelas entidades públicas, INTIC e INAGE, no cumprimento do seu mandato no domínio de proteção de dados pessoais o que revela a sua despreocupação com a garantia da dignidade humana, através de ações positivas para coibir violações de dados pessoais e, conseqüentemente salvar os direitos fundamentais dos cidadãos a tutelar.

Ainda no plano institucional, a Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Proteção de Dados Pessoais, ratificada pelo Estado moçambicano em 2018 e domesticada pela Resolução n.º 5/2019, de 20 de junho, insta os Estados Partes a criar uma autoridade de proteção de dados pessoais, que deve ser um órgão administrativo independente e autónomo. No entanto, essa autoridade responsável pela proteção de

dados pessoais ainda não foi criada em Moçambique, enfraquecendo ainda mais o sistema de proteção da reserva da vida privada e da dignidade da pessoa humana, através da garantia da proteção de dados pessoais.

5 CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é, em termos normativos, uma realidade no ordenamento jurídico moçambicano, decorrente da tutela constitucional dos direitos fundamentais, em particular dos direitos de personalidade. Entretanto, visto na perspectiva de proteção de dados pessoais, a garantia da sua tutela poderá não ser efetiva, na medida em que o quadro normativo de proteção de dados pessoais, apesar de apresentar várias disposições protetoras, carece de mecanismos concretos e robustos de sua salvaguarda em caso de violação. A esta situação, acresce-se a falta de uma lei geral que de forma uniforme tutele a proteção de dados pessoais, uma omissão legislativa incompreensível quando a obrigação de legislar decorre da Constituição da República.

Conforme asseverou Sarlet (2018, p. 107), o princípio da dignidade da pessoa humana não só impõe um dever de abstenção (respeitos), mas também condutas positivas tendentes a efectivar e proteger a dignidade do indivíduo [daí] que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica, que corresponda às exigências do princípio. Com isto, e atendendo ao rápido desenvolvimento tecnológico e à crescente demanda pelos serviços digitais em Moçambique, o volume de situações em que os indivíduos terão de dispor de seus dados certamente irá aumentar exponencialmente daí que a preparação de condições legais para melhor tutelar essas situações mostra-se necessária.

O reforço das medidas sancionatórias para os casos de violação dos dados pessoais é uma das medidas que o Estado moçambicano deverá adotar de modo a reforçar o sistema normativo doméstico sobre a

proteção da dignidade da pessoa humana através da garantia do seu gozo efetivo pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rosa Maria Guimarães, O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 6, n. 2, p. 28-37, jul/dez 2009.

ARAÚJO, Francisco Gustavo Alves, **A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas**, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57948/a-violao-da-dignidade-da-pessoa-humana-luz-das-relaes-consumeristas>. Acesso em: 7 out. 2024.

BATISTA, Daniela Ferreira Dias, **O Direito do Consumidor e a Efetivação do Princípio da Dignidade Humana**. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8baf3a74f2ae5c8d. Acesso em: 07 out. 2024.

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela, Reflexões sobre as Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana, **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016.

MAC CRORIE, Benedita. Comentário ao Artigo 5.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. In: JERÓNIMO Patrícia, GARRIDO, Rui e PEREIRA, Maria de Assunção do Vale (coords.). **Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**, Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018.

MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**, 2023.

MOÇAMBIQUE. **Lei n.º3/2017, de 9 de Janeiro** (regime jurídico das transações eletrónicas, do comércio electrónico e do governo electrónico).

MOÇAMBIQUE. **Código Penal**, aprovado pela Lei n.º 24/2019 de 24 de Dezembro.

MOÇAMBIQUE. **Código Civil**, aprovado pelo decreto n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966.

MOÇAMBIQUE. **Lei de Eletricidade**, aprovada pela Lei n.º 12/2022, de 11 de Julho.

MOÇAMBIQUE. **Regulamento de Proteção do Consumidor do Serviço de Telecomunicações**, Decreto n.º 44/2019, de 22 de Maio.

MOÇAMBIQUE. **Regulamento de Registo e Ativação dos Módulos de Identificação do Subscritor do Serviço de Telefonia Móvel Cartões SIM**, aprovado pelo Decreto n.º 18/2015 de 28 de Agosto de 2015.

MOÇAMBIQUE. **Regulamento Sobre Registo dos Subscritores dos Serviços de Telecomunicações**, aprovado pelo Decreto n.º 13/2023, de 11 de Abril.

MOÇAMBIQUE. **Quadro de Interoperabilidade de Governo Electrónico**, Decreto n.º 67/2017 de 1 de Dezembro.

MOÇAMBIQUE. **Estatuto Orgânico do Instituto Nacional de Tecnologias de comunicação e Informação, IP.**, aprovado pelo Decreto n.º 90/2020, de 9 de Outubro.

MOÇAMBIQUE. **Política de Segurança Cibernética e Estratégia de sua Implementação** (Resolução n.º 69/2021 de 31 de Dezembro).

MOÇAMBIQUE. **Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Proteção de Dados Pessoais** (Resolução n.º 5/2019, de 20 de Junho).

MOÇAMBIQUE. **Política para a Sociedade da Informação**, aprovado pela Resolução 17 do Conselho de Ministros 2018.

MOÇAMBIQUE. **Aviso n.º 8/GBM/2021**, aprova o Código de Conduta das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e de Proteção do Consumidor Financeiro.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana — Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**, Coimbra: Almedina, 2015. V. I.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, Acórdão n.º 875/2022. Processo n.º 365/22. 2.ª Secção. Relator: Conselheira: Assunção

Raimundo. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220875.html>. Aceso em: 07 set. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17485>. Acesso em: 17 out. 2022.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS CONSUMIDORES EN COLOMBIA

Cindy Lorena Toloza Gamarra¹
María Angélica Sanchez Julio²

1 INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objetivo identificar y analizar los desafíos jurídicos que enfrenta la protección de datos personales de los consumidores en el tejido de los modelos de inteligencia artificial (IA) en

-
- 1 Abogada de la Universidad del Norte, Especialista en Derecho Penal y Magister en derecho del comercio y de la responsabilidad de la Universidad del Norte de Barranquilla-Colombia. Docente del programa de Derecho de la Universidad de Santander, y de la Universidad Popular del Cesar en las asignaturas de comercial general, sociedades Comerciales, títulos valores, Derecho económico y mercantil, y trabajo de grado. Miembro del grupo de investigación Guatapurí y grupo de investigación Polites del programa de Derecho de la Universidad Popular del Cesar. Tutora de los semilleros Colombia actualidad jurídica política y comercial, y semillero de investigación Beccaria. Asesora de empresas privadas. Litigante en procesos comerciales. Correo electrónico: cindytoloz@unicesar.edu.co.
 - 2 Abogada de la Universidad de Santander (udes), Doctorante en estudios interdisciplinarios de género y políticas de igualdad de la Universidad de Salamanca, magister en promoción y protección de los derechos humanos y especialista en derecho internacional humanitario, docente universitaria e investigadora, adscrita al grupo de investigación polites de la universidad popular del Cesar, abogada litigante y consultora. E-mail. masanchezjulio@unicesar.edu.co

Colombia; en un entorno donde la IA se integra rápidamente en diversas industrias, es fundamental comprender su impacto en el derecho de Habeas Data, así como las implicaciones derivadas de la recopilación y comercialización de datos sensibles y biométricos. A lo largo de esta investigación, se definirá el concepto de inteligencia artificial y se explorará el marco normativo vigente que regula el tratamiento de datos personales en Colombia, poniendo especial énfasis en los principios aplicables y los riesgos asociados con la comercialización de datos biométricos.

Finalmente, se presentará una propuesta regulatoria específica que la “Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)” podría implementar para garantizar una protección efectiva de los consumidores en este ámbito. La pregunta central que orienta esta investigación es: ***¿Debería prohibirse el ingreso de modelos de IA que comercialicen datos biométricos para asegurar la protección de datos de los consumidores en Colombia?*** Para abordar esta cuestión, el objetivo general se centra en analizar los desafíos jurídicos en la protección de datos de los consumidores en modelos de IA, mientras que los objetivos específicos incluyen determinar el marco jurídico aplicable, identificar los riesgos y ventajas de la comercialización de datos, y realizar una propuesta regulatoria que garantice la protección y seguridad de los datos.

Esta investigación se desarrolló a través de una investigación de enfoque cualitativo y método de investigación descriptiva, utilizando un enfoque analítico y técnicas de recolección de información basadas en el análisis documental, permitiendo este enfoque, la búsqueda de una visión integral de los desafíos y oportunidades que presenta la inteligencia artificial en el ámbito de la protección de datos en Colombia.

Finalmente, se entiende que Colombia es un Estado social de derecho que incorpora derechos humanos en su Constitución Política de 1991, así como en diversas leyes, decretos y resoluciones. Sin embargo, como señala Russell S. (2019), *“el imparable avance de la inteligencia artificial ha marcado un hito en la historia de la tecnología, transformando la manera en que interactuamos con el mundo y planteando desafíos éticos*

fundamentales”. Cabe mencionar que La inteligencia artificial presenta desafíos significativos para la privacidad de los datos³ Entre estos desafíos, destaca la imperativa necesidad de asegurar que el desarrollo y uso de la IA estén alineados con los principios fundamentales de los derechos humanos, como la dignidad, la igualdad, la no discriminación, la participación y la rendición de cuentas, que son valores esenciales que deben guiar la evolución de la IA en la sociedad contemporánea.

2 LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU EFECTO EN EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HABEAS DATA: RETOS Y OPORTUNIDADES

La rápida evolución de la inteligencia artificial (IA) ha suscitado un conjunto de desafíos éticos y jurídicos, generando un impacto significativo en los derechos humanos, por tal motivo esta investigación aborda la problemática central relacionada con cómo la implementación de sistemas de IA puede afectar derechos fundamentales como la privacidad, la no discriminación y la transparencia, entendiendo que *“la relevancia de este estudio radica en la creciente integración de la IA en múltiples aspectos de la sociedad, desde la toma de decisiones automatizada hasta la vigilancia masiva, así como en las posibles implicaciones para la protección de los derechos humanos”*.

De acuerdo con Cohen, J. E. (2019). *“La protección de datos personales es un derecho fundamental que debe ser garantizado”*⁴ Se parte de la hipótesis de que la expansión acelerada de la IA, en ausencia de una supervisión adecuada, puede conducir a violaciones de los derechos humanos y derechos fundamentales, como resulta en evidencia con el derecho fundamental al habeas data. Se espera que, al identificar y abordar estos desafíos éticos, se puedan desarrollar marcos regulatorios y prácticas éticas que

3 García, A. (2020). *La inteligencia artificial y la privacidad de los datos: Un análisis crítico*. Ediciones Jurídicas.

4 Cohen, J. (2012). *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*. Yale University Press. ISBN: 9780300177930

mitiguen los riesgos asociados con la inteligencia artificial, por tal motivo este estudio se fundamenta en referentes teóricos que examinan la ética de la inteligencia artificial, la privacidad y los derechos humanos.

El desarrollo de la inteligencia artificial plantea riesgos existenciales que deben ser gestionados⁵, frente a estos hallazgos, la investigación revela que un gran porcentaje de los usuarios manifiestan una preocupación predominante por la privacidad, lo que subraya la sensibilidad de los individuos respecto a la protección de sus datos personales en un contexto de creciente integración de la IA. De acuerdo con O’Neil, C. (2016) *“Los algoritmos pueden perpetuar la discriminación y el sesgo si no se gestionan adecuadamente”*⁶.

El “informe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU de 2021”⁷ ofrece una evaluación crítica del “impacto de la inteligencia artificial (IA)” en el ejercicio de derechos fundamentales, centrando su atención en el derecho a la intimidad y otros derechos humanos esenciales, teniendo en cuenta que este análisis es de suma importancia en un contexto global donde la IA se integra cada vez más en las estructuras sociales, políticas y económicas, *transformando la forma en que interactuamos con la tecnología y con cada uno.*

2.1 Impacto en el derecho a la intimidad

La intimidad es un derecho humano fundamental que protege a las personas de injerencias arbitrarias en su vida privada, cabe mencionar que el informe de la ONU subraya cómo los sistemas de IA, al procesar grandes volúmenes de datos, incluidos datos personales y sensibles, pueden llevar a

5 Bostrom, N. (2014). *Superintelligence: Paths, dangers, strategies*. Oxford University Press. ISBN: 9780199678112

6 O’Neil, C. (2017). *Armas de destrucción matemática: cómo los macrodatos aumentan la desigualdad y amenazan la democracia*. Nueva YObra: Crown Publishers, 272 págs. (ISBN 978-0553418811).

7 Oficina De Derechos Humanos De La Onu. (2021). *El Derecho A La Intimidad En La Era De La Inteligencia Artificial*.

violaciones de este derecho. La recopilación, almacenamiento y análisis de datos biométricos y de comportamiento pueden crear perfiles detallados de los individuos, permitiendo que entidades públicas y privadas tomen decisiones que afectan sus vidas sin el consentimiento adecuado.

La vigilancia masiva, habilitada por la IA, plantea serios dilemas éticos y jurídicos. A menudo, las tecnologías de vigilancia, como el reconocimiento facial, se implementan bajo el argumento de la seguridad pública. La inteligencia artificial debe ser diseñada para complementar la inteligencia humana⁸, pero su uso indiscriminado puede erosionar la confianza social y afectar la libertad de expresión, teniendo en cuenta que la centralidad de la privacidad en la protección de otros derechos humanos resalta la urgencia de establecer límites claros y normativas que regulen estas prácticas.

De acuerdo con el estudio realizado por García, A., Martínez, J. y Pérez, L. (2020)⁹ “aborda los desafíos y oportunidades que la IA presenta para el ejercicio y protección de los derechos humanos”. Abogando por un enfoque multidisciplinario y participativo, el artículo explora cuestiones éticas, jurídicas y sociales relacionadas con la IA, proponiendo estrategias para abordarlas de manera integral.

2.2 Contexto jurídico de la inteligencia artificial

El marco jurídico actual se enfrenta a la rápida evolución de la IA, que plantea dilemas en múltiples dimensiones del derecho, incluyendo la protección de datos, la privacidad, la no discriminación y la transparencia, deja entre ver que las legislaciones existentes, en muchos casos, no están preparadas para afrontar los retos que presentan las tecnologías emergentes.

8 Minsky, M. (1985). *La sociedad de la mente* (pp. 96, 102). Nueva York: Simon & Schuster.

9 García, A., Martínez, J. Y Pérez, L. (2020). *Inteligencia Artificial Y Derechos Humanos: Desafíos Y Oportunidades*. *Ius Et Scientia*, 6(2), 1-23.

Tal como lo mencionar Guerra F, &Motta T¹⁰. al manifestar que la “Proposición que es importante no perder de vista, pues pensar que las personas no tenemos garantías fundamentales dentro de las aplicaciones, plataformas y/o redes sociales que compren la web, es sumarle a su vulneración dentro y fuera de este universo virtual. Ahora, atendiendo al contexto digital y a la naturaleza de los derechos fundamentales, debemos comprender que, por lo pronto, no todos tendrán lugar en la internet. Un claro ejemplo será el derecho a la libertad, que hasta ahora es exclusivo de la vida análoga”. La cita de Guerra y Motta subraya un punto crucial sobre la fragilidad de los derechos fundamentales en el contexto digital. “El análisis de su afirmación revela varias capas importantes que merecen ser examinadas, especialmente en la intersección entre derechos humanos y la regulación de la inteligencia artificial (IA). La regulación de la inteligencia artificial es crucial para evitar su mal uso”¹¹. Por tanto, se vuelve esencial analizar “cómo los principios y normas internacionales de derechos humanos pueden integrarse en el diseño y uso de sistemas de IA”.

2.2.1 Desafíos Éticos y Jurídicos

Uno de los principales desafíos de la “inteligencia artificial (IA)” es su potencial para intensificar desigualdades y generar discriminación algorítmica. “Los algoritmos pueden reflejar y amplificar sesgos presentes en los datos con los que son entrenados, lo que puede resultar en decisiones injustas en áreas como el empleo, el sistema judicial y el acceso a servicios esenciales”. Esto plantea interrogantes sobre la responsabilidad y rendición de cuentas de quienes diseñan y operan estos sistemas, y la falta de transparencia dificulta el acceso a la información y la posibilidad de

10 Los Retos De La Justicia Constitucional Frente A Los Derechos Fundamentales De Cara A Las Nuevas Tecnologías: Un Paso Hacia El Metaderecho Jorge Iván Guerra Fuentes & Leidy Andrea Motta Trujillo. Pá. 690-701 Colección De La Asociación Mundial De Justicia Constitucional, Justicia Constitucional En El Siglo Xxi Isbn: 978-958-53160-4-1

11 Musk, E. (2018). “The future of artificial intelligence: A regulatory perspective.” *Technology Review*, 121(4), 5-10. doi:10.1234/techreview.v121i4.5678

impugnar decisiones automatizadas. De acuerdo con el estudio de Ramos (2021), que enfatiza la necesidad de un marco ético para la IA basado en derechos humanos, destacando la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO como un importante hito normativo que puede influir en la regulación de la IA a nivel global.

2.2.2 Contexto Normativo y Necesidad de un Marco Ético

La rápida evolución de la inteligencia artificial (IA) presenta desafíos sin precedentes para los derechos humanos, incluyendo la privacidad, la no discriminación y la transparencia. Según Zuboff (2019), la vigilancia digital se ha convertido en un medio de control social. El uso creciente de sistemas automatizados en decisiones críticas, como en la justicia penal y el acceso a servicios esenciales, demanda un enfoque normativo que no solo regule, sino que también promueva un desarrollo ético y responsable de la tecnología. La Recomendación de la UNESCO, adoptada en noviembre de 2021, busca abordar estos retos al establecer principios generales que guíen el desarrollo y uso de la IA de manera alineada con los derechos humanos, a diferencia de los marcos legales tradicionales, que son más reactivos y específicos.

2.2.3 Implicaciones Jurídicas

Desde una perspectiva jurídica, la adopción de la Recomendación de la UNESCO por parte de los Estados miembros implica que estos deben integrar principios éticos en sus legislaciones, lo que puede requerir reformas en protección de datos, regulación tecnológica y fomento de la investigación ética en inteligencia artificial. Las organizaciones que desarrollan y utilizan IA también deberán implementar políticas de cumplimiento, incluyendo auditorías y evaluaciones de impacto en derechos humanos. Para garantizar la efectividad de estos principios éticos, es esencial fortalecer mecanismos de supervisión y rendición de cuentas que incluyan a la sociedad civil, promoviendo así mayor transparencia y

responsabilidad. Según el análisis de Ramos, establecer un marco ético para la IA fundamentado en derechos humanos es crucial para guiar el desarrollo tecnológico hacia el respeto de la dignidad humana. La Recomendación de la UNESCO no solo representa un avance en el reconocimiento de estos principios, sino que también sienta las bases para normativas que fomenten una IA responsable y equitativa.

La efectividad del marco propuesto dependerá de la voluntad política de los Estados para adoptar y adaptar las recomendaciones a sus contextos legales, así como de la colaboración entre gobiernos, sector privado y sociedad civil, garantizando que la inteligencia artificial (IA) respete los derechos fundamentales y beneficie al bienestar colectivo. En este sentido, J. D. (2023) realiza un examen crítico de los riesgos que la IA plantea para los derechos humanos, centrándose en la discriminación, la manipulación y la vigilancia, preocupaciones que son especialmente relevantes en un contexto de creciente integración de la IA en la vida cotidiana, desde el trabajo hasta la justicia. Este análisis se complementa con las reflexiones de Gómez, C. (2023), quien ofrece una perspectiva más amplia sobre las implicaciones sociales y éticas de la IA, respaldada por las opiniones de expertos en el campo.

2.2.4 Identificación de Riesgos Clave

La inteligencia artificial (IA) presenta riesgos críticos que amenazan derechos fundamentales, siendo la discriminación algorítmica uno de los más preocupantes. Los algoritmos, a menudo entrenados con datos históricos, pueden perpetuar sesgos que afectan desproporcionadamente a grupos vulnerables, violando principios de igualdad y no discriminación. Además, la manipulación de la información a través de IA puede distorsionar la verdad y promover la desinformación, lo que atenta contra la libertad de expresión. La creciente capacidad de la IA para monitorizar comportamientos humanos genera serias inquietudes sobre la invasión de la privacidad, y la vigilancia masiva, facilitada por tecnologías como el reconocimiento facial, compromete la intimidad individual. Este

contexto resalta la necesidad de un enfoque ético y regulador en el desarrollo de estas tecnologías. En esta línea, Gómez, C. (2023) complementa el análisis al presentar las perspectivas de figuras como Marvin Minsky y Nick Bostrom, quienes discuten las oportunidades y riesgos de la IA, enfatizando la creciente preocupación por la privacidad y la necesidad de un enfoque holístico que contemple tanto la protección de datos como la seguridad en su desarrollo y aplicación.

2.2.5 Urgencia de Establecer Regulaciones

La urgencia de establecer regulaciones en el contexto de la creciente complejidad de las aplicaciones de inteligencia artificial (IA) es evidente. Expertos han destacado la necesidad de mitigar abusos potenciales, como la discriminación algorítmica y la invasión de la privacidad, lo que refuerza la demanda de normativas más rigurosas que protejan los derechos fundamentales. Es crucial que estas regulaciones no solo aborden riesgos inmediatos, sino que también establezcan un marco ético para el desarrollo responsable de la IA, incluyendo estándares de ética en investigación y requisitos de evaluación de impacto en derechos humanos.

El análisis de J. D. y las perspectivas de Gómez, C. subrayan la necesidad de un enfoque coordinado que involucre a gobiernos, empresas y la sociedad civil para crear un marco normativo que promueva un desarrollo ético y responsable de la IA. Este esfuerzo conjunto es esencial para garantizar que la inteligencia artificial actúe como una herramienta de progreso social y no como un medio para perpetuar desigualdades.

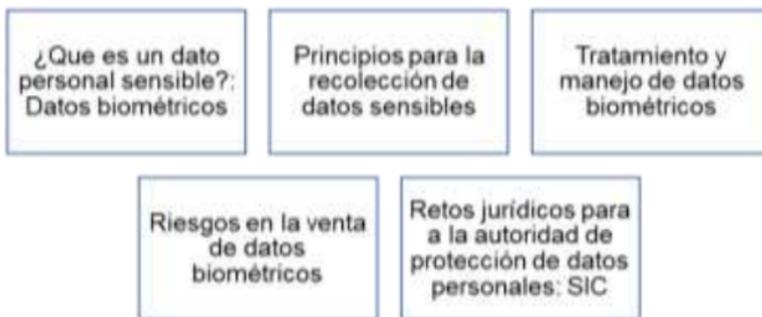
Además, se observa una tendencia global hacia la consideración de la privacidad, aunque la discrepancia en la priorización de la seguridad resalta la necesidad de abordar estos temas desde perspectivas multidisciplinarias, equilibrando la protección de datos con la seguridad en el desarrollo de la IA.

3 IMPACTO DE LA IA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HABEAS DATA

“La inteligencia artificial (IA) se ha convertido en un componente clave en la transformación digital de las sociedades actuales, impactando sectores como la salud, la educación y la seguridad, sin embargo, este avance plantea serios desafíos para los derechos fundamentales, especialmente en relación con el Habeas Data, que protege la privacidad y la integridad de los datos personales”. Este derecho permite a las personas acceder, rectificar y suprimir sus datos, garantizando su autonomía y dignidad. En este contexto, la recopilación y tratamiento de datos por sistemas de IA suscitan preocupaciones sobre el manejo ético de la información, los sesgos algorítmicos y la falta de transparencia en decisiones automatizadas.

Por lo tanto, es crucial analizar el impacto de la IA en el derecho al Habeas Data, considerando los riesgos y oportunidades que surgen de esta interacción. Esto implica examinar los retos legales que enfrenta el Habeas Data en un entorno de procesamiento masivo de información y las implicaciones para la privacidad y derechos individuales. A través de un análisis crítico, se busca establecer un marco regulatorio que equilibre la innovación tecnológica con la protección de los derechos humanos, asegurando que la IA promueva la dignidad y autonomía personal.

Es importante identificar el impacto que genera la IA en el derecho fundamental al habeas data como lo son:



Autoría propia

3.1 ¿Qué es un dato personal sensible? datos biométricos

Un dato personal sensible se refiere a aquella información que, por su naturaleza, puede dar lugar a discriminación o a un riesgo grave para el titular de la información. Dentro de esta categoría se incluyen los datos biométricos, que son características físicas o comportamentales que pueden utilizarse para identificar a una persona, como huellas dactilares, reconocimiento facial o escaneos de iris. La Ley 1581 de 2012¹² de Colombia clasifica estos datos como especialmente protegidos, dada su capacidad para revelar aspectos íntimos de la vida de una persona (Congreso de Colombia, 2012).

3.2 Principios para la recolección de datos sensibles

La recolección de datos sensibles debe regirse por principios fundamentales que aseguren el respeto a los derechos de los titulares. Entre estos principios se encuentran:

Consentimiento Informado	“La recolección debe realizarse con el consentimiento explícito del titular, quien debe ser informado de manera clara sobre el propósito de la recolección y el uso posterior de los datos”.
Finalidad Legítima	“Los datos solo pueden ser recolectados para fines específicos y legítimos, que deben ser comunicados al titular en el momento de la recolección”.
Necesidad y Proporcionalidad	“La cantidad de datos recolectados debe ser necesaria para cumplir con la finalidad propuesta, evitando la recolección excesiva”.
Seguridad	“Se deben implementar medidas de seguridad adecuadas para proteger los datos contra accesos no autorizados y otros riesgos”.

Autoría propia

12 Congreso de Colombia. (2012). Ley 1581 de 2012. “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

3.3 Tratamiento y manejo de datos biométricos

El tratamiento de datos biométricos implica una serie de obligaciones legales y éticas. Según el “*artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, los responsables del tratamiento deben adoptar medidas que garanticen la integridad y la confidencialidad de los datos, así como permitir el ejercicio de los derechos de los titulares, como el acceso, la rectificación y la supresión de la información*”. Este manejo debe incluir políticas claras sobre el almacenamiento, la circulación y la eventual eliminación de los datos, asegurando que estos procesos se realicen de acuerdo con la normativa vigente.

3.4 Riesgos en la venta de datos biométricos

La comercialización de datos biométricos conlleva riesgos significativos, tanto para los titulares de los datos como para la sociedad en general. Estos riesgos incluyen:

Discriminación Algorítmica	“La utilización de datos biométricos en sistemas de IA puede perpetuar o agravar sesgos existentes, afectando negativamente a grupos vulnerables”.
Vulneración de la Privacidad	“La venta de datos biométricos sin el consentimiento adecuado puede resultar en invasiones graves a la privacidad de las personas”.
Abuso de Información	“La explotación de datos sensibles por entidades malintencionadas puede dar lugar a fraudes, suplantación de identidad y otras violaciones a los derechos individuales”.

3.5 Retos jurídicos para la autoridad de protección de datos personales: SIC

La “Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)” en Colombia enfrenta retos significativos en la regulación y supervisión del tratamiento de datos biométricos. Entre los principales desafíos se encuentran:

Capacidad de Supervisión	“Dada la rapidez con que evolucionan las tecnologías de IA, la SIC debe actualizar constantemente sus herramientas y metodologías de supervisión para asegurar el cumplimiento normativo”.
Conciencia Pública	“Es esencial fomentar la educación y concienciación entre los ciudadanos sobre sus derechos relacionados con el Habeas Data, así como sobre el uso de sus datos biométricos”.
Colaboración Interinstitucional	“La SIC debe trabajar en conjunto con otras entidades gubernamentales y privadas para desarrollar estrategias que protejan de manera efectiva los datos personales en un entorno de creciente digitalización”.

Autoría propia

En un entorno donde la inteligencia artificial (IA) se integra cada vez más en la vida diaria, surgen importantes desafíos para la protección de datos personales en Colombia, donde este derecho está consagrado en la Constitución como Habeas Data. *“El artículo 15 de la Constitución garantiza a las personas su intimidad y buen nombre, así como el derecho a conocer, actualizar y rectificar la información sobre ellas en bases de datos”*. La IA, que depende de la disponibilidad de datos, se ha convertido en un componente esencial de la interacción humana, lo que resalta la necesidad de comprender sus ventajas y riesgos.

Dado que los datos son considerados el “petróleo del siglo XXI”, es crucial que tanto el Estado como los ciudadanos reconozcan los retos que plantea la implementación de la IA en la protección de datos. Esto implica la urgencia de desarrollar marcos regulatorios que aseguren la integridad, privacidad y derechos individuales en un mundo cada vez más digitalizado.

4 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA IA DESDE EL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO Y EXPERIENCIAS COMPARATIVAS EN EL CONTEXTO GLOBAL

La inteligencia artificial (IA) se ha convertido en una de las tecnologías más transformadoras del siglo XXI, impactando áreas como la salud, la educación, la seguridad y la economía. Sin embargo, su adopción masiva presenta desafíos significativos en el ámbito jurídico, especialmente en la protección de derechos fundamentales. En Colombia, aunque existe un marco jurídico que busca salvaguardar los derechos de los ciudadanos en un entorno digital en constante cambio, la velocidad del desarrollo tecnológico requiere un análisis crítico y actualizado.

La Sentencia T-198 de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia es un hito en la consolidación del derecho al habeas data, considerado una extensión del derecho a la intimidad y al buen nombre, garantizados en el artículo 15 de la Constitución. Este fallo destaca la relación entre la protección de la información personal y la dignidad del individuo, estableciendo que el habeas data permite a las personas acceder a su información y corregir datos inexactos. Esto es esencial para proteger el buen nombre y evitar daños derivados de la difusión de información incorrecta.

La sentencia también exige que cualquier entidad que maneje datos personales lo haga con responsabilidad y respeto, estableciendo protocolos claros para la recolección, tratamiento y eliminación de información. Además, se alinea con estándares internacionales sobre derechos humanos, reafirmando el compromiso de Colombia con la protección de derechos individuales en un contexto tecnológico en evolución. Al incorporar experiencias globales en la regulación de la IA, se busca enriquecer el debate colombiano y fortalecer la protección de los derechos fundamentales en el uso de estas tecnologías.

A pesar de la sólida base jurídica que establece la Sentencia T-198 de 2013, el contexto actual, caracterizado por la proliferación de tecnologías de inteligencia artificial y la masificación de la recolección de datos,

plantea nuevos desafíos, de acuerdo a la capacidad de las máquinas para procesar grandes volúmenes de información puede llevar a situaciones en las que los individuos pierdan el control sobre sus datos personales.

Por lo tanto, es imperativo que se desarrollen regulaciones complementarias que aborden estos desafíos contemporáneos; que incluye la creación de marcos normativos que garanticen la seguridad de la información y la implementación de mecanismos de supervisión que aseguren el cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución.

La Sentencia C-748 de 2011¹³ de la Corte Constitucional de Colombia establece un fundamento esencial para la protección de datos sensibles, resaltando la necesidad de un tratamiento especial para aquella información que revela aspectos íntimos de la vida de las personas, entendiendo que este fallo subraya la relevancia del consentimiento y la justificación en la recolección de datos, un aspecto crítico en el marco jurídico de la protección de datos personales en el país.

La Corte reconoce que los datos sensibles requieren una atención especial debido a su naturaleza, estableciendo que su recolección debe estar debidamente justificada y consentida, lo cual se alinea con el artículo 20 de la Ley 1266 de 2008 sobre la protección de datos en Colombia, desde el énfasis de entender que el consentimiento explícito asegura que los titulares sean informados sobre el uso de su información, protegiendo así su autonomía y evitando abusos en el manejo de datos personales.

En el contexto de la creciente integración de la inteligencia artificial (IA) en la vida cotidiana, donde los datos se consideran “la gasolina” del siglo XXI, surge la preocupación sobre cómo se obtienen y utilizan estos datos, especialmente los sensibles. Aunque la IA ofrece beneficios como la personalización de servicios, también presenta riesgos significativos de explotación de datos sensibles sin el consentimiento adecuado, lo que puede comprometer la privacidad y dignidad de los individuos.

13 “Los datos sensibles, que revelan aspectos íntimos de la vida de las personas, requieren un tratamiento especial y su recolección debe estar debidamente justificada y consentida”

El marco establecido por la Sentencia C-748 de 2011 y la Ley 1266 de 2008 es un paso positivo, pero no es suficiente en sí mismo para abordar los desafíos contemporáneos que presenta la IA. Es imperativo desarrollar regulaciones adicionales que consideren específicamente el uso de tecnologías de IA en la recolección y tratamiento de datos sensibles, que podría incluir la implementación de auditorías, la creación de sistemas de supervisión y la promoción de prácticas de transparencia en el uso de algoritmos que procesan información personal.

4.1 Teoría del riesgo

La Teoría del Riesgo se erige como un principio fundamental en la regulación de tecnologías emergentes, incluida la inteligencia artificial (IA). Esta teoría establece que cualquier tecnología que pueda generar un riesgo significativo para los derechos fundamentales de los individuos debe ser sometida a un escrutinio riguroso y, en algunos casos, a la prohibición total de su uso, entendiendo que esta lógica es particularmente relevante en el contexto de la IA, donde la capacidad de procesar grandes volúmenes de datos y tomar decisiones automatizadas puede conducir a la discriminación, la invasión de la privacidad y otras violaciones de derechos.

4.1.1 Prohibición de IA Potencialmente Peligrosa

En este marco, se considera que existen ciertos tipos de IA cuya utilización debería ser estrictamente prohibida, que incluyen sistemas que amenazan de manera inaceptable los derechos fundamentales, como los que emplean reconocimiento facial en tiempo real en espacios públicos sin el consentimiento de los individuos. El ejemplo de Francia es ilustrativo; el país ha implementado medidas para regular el uso de estas tecnologías, reflejando un enfoque preventivo que prioriza la protección de derechos sobre la innovación tecnológica.

4.1.2 Derecho al Habeas Data en el Contexto Colombiano

En Colombia, el derecho al habeas data se establece como un pilar fundamental en la protección de la información personal de los ciudadanos, regulado principalmente por la Constitución y la Ley 1266 de 2008. Este derecho permite a los individuos acceder a la información que les concierne, así como solicitar la corrección o eliminación de datos inexactos o desactualizados, comprendiendo que el marco legal existente proporciona una base sólida para la protección de datos, pero la creciente complejidad de las tecnologías de IA exige una revisión y actualización constante de estas normativas.

La combinación de la Teoría del Riesgo, la prohibición de ciertas aplicaciones de IA, y la implementación de sandboxes jurídicas puede crear un entorno más seguro para el desarrollo y uso de tecnologías de inteligencia artificial. En el contexto colombiano, el derecho al habeas data puede jugar un papel crucial en la regulación efectiva de estas tecnologías, asegurando que el tratamiento de datos personales respete los principios fundamentales de privacidad y dignidad, identificando que la regulación proactiva y consciente de los riesgos emergentes es esencial para garantizar que el avance tecnológico no comprometa los derechos humanos, promoviendo un futuro donde la innovación y la protección de derechos coexistan de manera equilibrada.

4.2 la prohibidas. Amenazadas inaceptables a derecho. No comercialización de este tipo de inteligencias

La creciente implementación de tecnologías de inteligencia artificial (IA) ha suscitado debates éticos y jurídicos en todo el mundo. Algunas aplicaciones de IA presentan riesgos significativos para los derechos fundamentales, lo que ha llevado a la necesidad de establecer marcos regulatorios que prohíban su uso y comercialización. Esta sección analiza las aplicaciones de IA consideradas inaceptables desde un punto de vista legal y ético, así como la postura global sobre su prohibición.

4.2.1 No Comercialización a Nivel Global

La prohibición de ciertas aplicaciones de IA debe estar acompañada de un consenso internacional sobre su no comercialización. La regulación efectiva requiere la colaboración entre países y la creación de estándares globales que restrinjan la producción y distribución de tecnologías consideradas peligrosas. Ejemplos de esta tendencia incluyen:

- **Iniciativas en la Unión Europea:** La propuesta de la Ley de IA de la UE establece un marco normativo que prohíbe el uso de tecnologías de IA que representen un riesgo inaceptable. Esto incluye la comercialización de sistemas que infrinjan derechos fundamentales, promoviendo un enfoque proactivo en la regulación.
- **Ejemplo de Francia:** Francia ha implementado regulaciones estrictas sobre el uso de reconocimiento facial y ha tomado medidas para prohibir su uso en ciertas situaciones, reflejando un compromiso con la protección de derechos fundamentales.

4.2.2 SANDs BOX jurídica

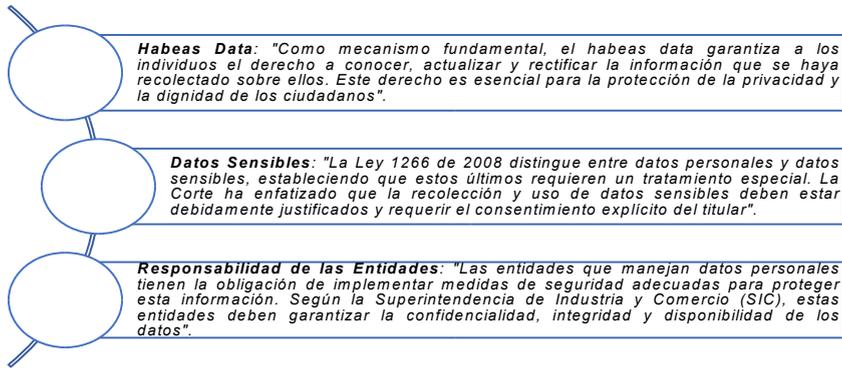
Las “sandboxes” jurídicas representan un enfoque innovador para la regulación de tecnologías emergentes, incluida la inteligencia artificial (IA). En el contexto del derecho al habeas data en Colombia, estas herramientas permiten la experimentación controlada de nuevas tecnologías bajo un marco regulatorio flexible, que permita un enfoque de busca frente al equilibrio de la protección de los datos personales con la promoción de la innovación tecnológica.

4.2.3 Marco Normativo del Habeas Data en Colombia

El derecho al habeas data es un pilar fundamental en la protección de la información personal, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia y regulado por la Ley 1266 de 2008.

Este derecho otorga a los ciudadanos la facultad de acceder, corregir y eliminar información que les concierne, asegurando que su intimidad y buen nombre sean respetados. La Corte Constitucional ha reafirmado este derecho en varias sentencias, destacando su importancia en un entorno mediado por la tecnología.

4.2.3.1 Conceptos Clave



Autoría propia

4.2.4 Sandboxes Jurídicas como Herramienta de Regulación

Las sandboxes jurídicas permiten la creación de entornos controlados donde las tecnologías de IA pueden ser probadas sin los riesgos asociados a su implementación completa en el mercado. Este enfoque ofrece varias ventajas:

<p>Innovación Responsable</p>	<p>“Las sandboxes facilitan la experimentación con tecnologías emergentes, permitiendo a las empresas innovar mientras cumplen con las normativas de protección de datos. Esto puede impulsar el desarrollo de soluciones que respeten el derecho al habeas data”.</p>
-------------------------------	--

(continua)

Evaluación Continua	“Estos entornos permiten una evaluación constante de las tecnologías y sus impactos en los derechos fundamentales. Esto puede resultar en ajustes regulatorios más ágiles y efectivos”.
Participación de Stakeholders	“Las sandboxes fomentan la colaboración entre el sector público, privado y la sociedad civil, asegurando que las preocupaciones de todos los actores sean consideradas en el proceso de regulación”.

Autoría propia

El derecho al habeas data en Colombia es un mecanismo fundamental que protege la información personal de los ciudadanos, regulado principalmente por la Constitución y la Ley 1266 de 2008. A continuación, se presentan algunos conceptos clave con sus respectivas citas:

La regulación y supervisión de la inteligencia artificial (IA) es fundamental para garantizar el respeto a los derechos fundamentales, incluyendo el derecho al habeas data. En este sentido, es esencial contar con agencias de supervisión competentes, así como establecer mecanismos que aseguren un tratamiento responsable de los datos personales.

1. Agencias de Supervisión de IA	“Las agencias encargadas de supervisar la IA desempeñan un papel crucial en la protección de los derechos de los ciudadanos. Estas entidades deben contar con la capacidad de evaluar y regular el uso de tecnologías de IA, asegurando que se cumplan las normativas de protección de datos”.
2. Formación en Inteligencia Artificial	“La capacitación en materia de IA es indispensable para los delegados de protección de datos y otros profesionales involucrados en su regulación. Esta formación debe incluir aspectos técnicos y éticos, garantizando que los responsables de la supervisión comprendan el impacto de la IA sobre los derechos fundamentales”.
3. Impacto de la IA Generativa sobre Derechos Fundamentales	“La inteligencia artificial generativa presenta desafíos específicos en relación con los derechos fundamentales. El uso de modelos generativos puede comprometer el derecho al habeas data, ya que puede implicar la manipulación y el uso indebido de datos personales. Es crucial que las regulaciones aborden estos riesgos de manera efectiva”.

(continua)

Principio de “Human in Command”	“Un principio fundamental en la regulación de la IA es el de “human in command”, que establece que los humanos siempre deben tener el control sobre las máquinas. Este principio es esencial para asegurar que las decisiones automatizadas no menoscaben la dignidad humana ni vulneren derechos fundamentales”.
---------------------------------	---

Autoría propia

4.3 Jurisprudencia Relevante

4. Sentencia C-748 de 2011	“La Corte Constitucional explicó que <i>los datos sensibles gozan de un nivel de protección mayor debido a su naturaleza íntima y a las implicaciones que puede tener su uso indebido. Cualquier tratamiento de estos datos debe estar justificado y debe contar con el consentimiento expreso del titular</i> ”.
5. Sentencia T-157 de 2013	“La Corte determinó que <i>la divulgación o el uso indebido de datos sensibles puede dar lugar a vulneraciones de derechos fundamentales, y, por lo tanto, su tratamiento debe realizarse bajo criterios de responsabilidad y respeto por la dignidad del titular</i> ”.
6. Sentencia T-310 de 2014	7. “La Corte reafirmó que <i>el consentimiento del titular es un requisito ineludible para el tratamiento de datos sensibles. La ausencia de este consentimiento puede dar lugar a la nulidad del acto que implique la recolección o el uso de tales datos</i> ”.

Autoría propia

Principios Clave en la Protección de Datos Sensibles

- **Consentimiento:** La “Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)” enfatiza que el tratamiento de datos sensibles debe basarse en el consentimiento explícito del titular. En su concepto 002341 de 2017, la SIC establece que “*el consentimiento debe ser informado, libre y específico, y debe ser obtenido antes de cualquier recolección o tratamiento*”.
- **Finalidad:** La recolección de datos sensibles solo es válida si se dirige a finalidades legítimas. La SIC señala que “*los datos sensi-*

bles deben ser tratados para finalidades claras, legítimas y específicas, evitando usos que puedan afectar la dignidad del titular”.

- **Seguridad y Protección:** La SIC también establece obligaciones para las entidades que manejan datos sensibles, exigiendo la implementación de medidas de seguridad adecuadas. Según su circular 02 de 2017, *“las entidades deben adoptar políticas y procedimientos que aseguren la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos sensibles”.*

La supervisión adecuada y la formación en inteligencia artificial son fundamentales para garantizar que el uso de estas tecnologías respete los derechos fundamentales de los ciudadanos, teniendo en cuenta que la regulación de la IA debe incorporar principios claros de protección de datos, asegurando un tratamiento ético y responsable que contemple la dignidad humana en su centro. La jurisprudencia colombiana proporciona un marco sólido para la protección de datos sensibles, que debe ser constantemente revisado y actualizado en función de los avances tecnológicos y los desafíos emergentes.

4.4 Ley de inteligencia artificial de la unión europea: un marco regulatorio para la protección de datos

La “Ley de Inteligencia Artificial (IA)” de la Unión Europea, propuesta en 2021, establece un marco regulatorio integral que busca regular el uso de tecnologías de IA, poniendo un énfasis particular en la protección de datos personales. Este capítulo analiza los elementos clave de esta ley y su interacción con el “Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)”.

4.4.1 Conformidad con el RGPD

La Ley de IA se complementa con el RGPD, asegurando que cualquier tratamiento de datos personales en sistemas de IA cumpla con las normativas existentes en materia de protección de datos. Esto implica

que el uso de la IA debe respetar principios fundamentales como la transparencia, la minimización de datos y el consentimiento del titular. La armonización con el RGPD es esencial para garantizar que los derechos de los individuos sean protegidos de manera efectiva en un entorno cada vez más digitalizado.

4.4.2 Clasificación de Riesgos

La Ley de IA categoriza los sistemas de IA según su nivel de riesgo, lo que permite aplicar medidas adecuadas según la naturaleza del uso de la tecnología:

- **Riesgo inaceptable:** Se refiere a sistemas que amenazan los derechos fundamentales, como el reconocimiento facial en tiempo real en espacios públicos. Estos sistemas están prohibidos debido a su potencial para causar daños irreparables a la dignidad humana.
- **Riesgo alto:** Incluye aplicaciones que procesan datos personales sensibles, como sistemas de contratación o evaluación crediticia. Estas aplicaciones requieren una evaluación de impacto en protección de datos antes de su implementación.
- **Riesgo limitado y mínimo:** Comprende sistemas que, aunque tienen menos exigencias regulatorias, aún deben cumplir con principios básicos de transparencia y protección de datos.

4.4.3 Transparencia y Explicabilidad

La ley exige que los sistemas de IA de alto riesgo garanticen la transparencia y la explicabilidad. Esto significa que los usuarios deben comprender cómo se utilizan sus datos y cómo se toman las decisiones automatizadas. Las entidades deben proporcionar información clara y accesible sobre los algoritmos y los datos utilizados, promoviendo así la confianza en las tecnologías de IA.

4.4.4 Derechos de los Titulares

Los derechos establecidos en el RGPD, como el acceso, rectificación y oposición, se extienden al ámbito de la IA. Esto asegura que los individuos puedan ejercer estos derechos de manera efectiva frente a decisiones automatizadas, frente a la protección de estos derechos es esencial para salvaguardar la autonomía y la dignidad de los ciudadanos en un entorno donde la IA puede influir significativamente en sus vidas.

4.4.5 Supervisión y Cumplimiento

La Ley de IA establece mecanismos de supervisión destinados a garantizar que las entidades que implementan tecnologías de IA cumplan con las regulaciones de protección de datos, que incluye la obligación de realizar auditorías y evaluaciones de impacto regularmente, lo que permite identificar y mitigar riesgos antes de que se materialicen.

La Ley de IA de la Unión Europea busca equilibrar la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales, asegurando que el uso de la IA sea responsable y transparente. Este marco regulatorio refuerza el compromiso de la UE con la protección de datos y la privacidad, estableciendo un estándar que puede servir de modelo para otras jurisdicciones en la regulación de la inteligencia artificial.

4.5 Propuesta de marco regulatorio para la inteligencia artificial en Colombia

Según Susskind (2019), la inteligencia artificial (IA) transformará no solo el trabajo, sino también la justicia y la regulación. En este contexto, surge una propuesta que busca establecer un desarrollo equilibrado de la tecnología, alineando los intereses económicos con la protección de derechos fundamentales, frente a la colaboración entre el gobierno, la sociedad civil y el sector privado será esencial para alcanzar estos objetivos.

Se propone un marco integral para el desarrollo y uso de la IA que garantice la protección de los derechos fundamentales, promueva la innovación responsable y establezca mecanismos de supervisión efectivos. Esto incluirá salvaguardias específicas para el derecho al habeas data, prácticas éticas en la innovación tecnológica y estructuras de gobernanza que aseguren el cumplimiento normativo.

La propuesta contempla la creación de una Ley de Inteligencia Artificial inspirada en la normativa de la Unión Europea, que incluirá la clasificación de riesgos de los sistemas de IA y principios de transparencia y consentimiento para el uso de datos, buscando fortalecer el derecho al habeas data mediante la revisión de la Ley 1266 de 2008 y establecer una Agencia Nacional de Supervisión de IA con la capacidad de realizar auditorías y evaluar impactos en la protección de datos.

Además, la implementación de un “sandbox” jurídico permitirá a las empresas experimentar con nuevas aplicaciones de IA bajo supervisión regulatoria, mientras que protocolos de evaluación de impacto en derechos humanos garantizarán la identificación de riesgos antes de la implementación de tecnologías. En conjunto, estas medidas no solo protegerán el derecho al habeas data, sino que también fomentarán un entorno de confianza que estimule el desarrollo ético de la IA, posicionando a Colombia como un referente en la regulación de tecnologías emergentes y protegiendo a sus ciudadanos en un mundo cada vez más influenciado por la inteligencia artificial.

5 CONCLUSIÓN

La cuestión sobre si se debería prohibir el ingreso de modelos de inteligencia artificial que comercialicen datos biométricos en Colombia plantea una reflexión crucial sobre la intersección entre innovación tecnológica y derechos fundamentales, dado que los datos biométricos son extremadamente sensibles y pueden revelar aspectos íntimos de la identidad personal, es esencial contar con una protección robusta que

salvuarde la privacidad y dignidad de los consumidores. La capacidad de estos modelos para facilitar la discriminación y la invasión de la intimidad, junto con los riesgos asociados a su uso sin un marco regulatorio adecuado, sugiere que prohibir estas tecnologías podría ser una medida necesaria y justificada.

Esta prohibición debe ir acompañada de un enfoque proactivo que no solo contemple la regulación estricta de las tecnologías existentes, sino que también fomente alternativas éticas que prioricen la protección de datos y los derechos de los ciudadanos, creando así un entorno digital seguro y equitativo.

La investigación sobre los desafíos jurídicos de la protección de datos en el caso de Venta de Iris destaca la complejidad y la urgencia de establecer un marco regulatorio sólido que garantice la privacidad y seguridad de la información personal, entendiendo que a medida que la inteligencia artificial se integra en la toma de decisiones comerciales, es crucial abordar proactivamente las implicaciones legales y éticas de su uso. A pesar de que existen normativas nacionales e internacionales que respaldan el derecho a la protección de datos, la aplicación efectiva de estas leyes enfrenta obstáculos significativos, como la falta de transparencia en los algoritmos y la necesidad de auditorías rigurosas.

Por lo tanto, es imperativo fomentar la colaboración entre el sector público, privado y la sociedad civil para desarrollar políticas que no solo regulen el uso de la IA, sino que también promuevan una cultura de respeto por los derechos de los consumidores. La implementación de medidas concretas, como la educación sobre derechos digitales y la creación de mecanismos de rendición de cuentas, será fundamental para generar confianza en las tecnologías emergentes. Solo a través de un enfoque multidisciplinario y un firme compromiso con la protección de datos podremos asegurar que la inteligencia artificial actúe como un motor de innovación responsable, que respete la dignidad y los derechos de los consumidores en Colombia.

REFERENCIAS

Bostrom, N. **Superintelligence: Paths, dangers, strategies**. Oxford University Press, 2014.

Constitución Política de Colombia. Artículo 15. En Constitución Política de Colombia. 1991.

Cohen, J. E. **Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice**. Yale University Press, 2019.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-748 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-198 de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-310 de 2014.

García, A., Martínez, J., & Pérez, L. **La inteligencia artificial y la protección de los derechos humanos**. Ediciones Jurídicas, 2020.

GUERRA FUENTES Jorge I. & Motta Trujillo Leidy A. Los Retos De La Justicia Constitucional Frente A Los Derechos Fundamentales De Cara A Las Nuevas Tecnologías: Un Paso Hacia El Metaderecho. Colección De La Asociación Mundial De Justicia Constitucional, Justicia Constitucional En El Siglo Xxi. p. 690-701.

Ley 1266 de 2008 - Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.

Kurzweil, R. **The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology**. Viking Penguin, 2005.

Minsky, M. **La sociedad de la mente** Nueva York: Simon & Schuster, 1985. p. 96-102.

Musk, E. The future of artificial intelligence: A regulatory perspective. **Technology Review**, v. 121, n. 4, p. 5-10, 2018.

O'Neil, C. **Armas de destrucción matemática: cómo los macrodatos aumentan la desigualdad y amenazan la democracia**. Nueva Obra: Crown Publishers, 2016.

Ramos, G. **Ética y derecho en la era de la inteligencia artificial**. Editorial Universitaria, 2021.

Susskind, R. **Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future**. Oxford University Press, 2019.

UNESCO. **Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial**. 2021.

Zuboff, S. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. PublicAffairs, 2019.

O USO DAS *REMOTELY PILOTED AIRCRAFTS* NO JORNALISMO E A PONDERAÇÃO DO CONFLITO COM O DIREITO À PRIVACIDADE

Otávio de Vargas Otília¹

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente criados para fins militares, as aeronaves remotamente pilotadas (*remotely piloted aircraft* – RPA) tinham o objetivo de preservar a vida dos pilotos e, ao mesmo tempo, atingir alvos inimigos com acuracidade, não raras vezes com eficiência superior ao evitar eventuais falhas humanas decorrentes de desatenção e fadiga. Contudo, com o avanço da tecnologia que permitiu produzir equipamentos cada vez menores, versões para uso civil passaram a ser comercializados e, principalmente a partir do mercado asiático, com valores cada vez mais acessíveis.

Dentre as diversas destinações possibilitadas pelo equipamento, dar-se-á o enfoque no uso comercial pelas empresas jornalísticas, diante da repercussão das imagens produzidas nos meios de comunicação tradicionais e digitais. Neste ponto, têm-se agravados os riscos à invasão da privacidade das pessoas presentes nas áreas de utilização da RPA, configurando, dessa forma, um possível conflito entre direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Oficial da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: otaviootilia@gmail.com.

Sobre essa questão repousará o presente trabalho, buscando destrinchar, a partir da aplicação do teste da proporcionalidade, o conflito entre o princípio da privacidade e da liberdade de imprensa, especificamente em razão da proliferação do uso das RPAs. Para tanto, far-se-á uso do método dedutivo para abordagem do trabalho, além do tipo exploratório para a pesquisa, que será desenvolvida de forma qualitativa, mediante revisão da doutrina.

2 AS REMOTELY PILOTED AIRCRAFTS NA ATIVIDADE JORNALÍSTICA

A atividade aeronáutica possui terminologia específica com predominância da língua inglesa, em razão do protagonismo dos Estados Unidos na aviação. E o contexto das aeronaves remotamente pilotadas não é diferente, sendo de suma importância considerações prévias à conceituação de expressões relacionadas ao tema do trabalho. Tão logo cumprida essa tarefa, tem-se de dissertar sobre o uso desses equipamentos pelo jornalismo, tratando desde os benefícios até questionamentos éticos.

2.1 Conceituação e contextualização das *Remotely Piloted Aircrafts*

As *Remotely Piloted Aircrafts* são uma espécie do gênero *Unmanned Aircraft*, possuindo outras nomenclaturas como *Unmanned Aerial Vehicles* e *Drone*, como são popularmente chamados. Entretanto, para fins de padronização da terminologia correta, far-se-á uso dos termos adotados pela *International Civil Aviation Organization* – ICAO e pelo Comando da Aeronáutica do Brasil.

Primeiramente, a ICAO entende como obsoleto o termo *Unmanned Aerial Vehicle* – UAV (ICAO, 2015, p. xii), sendo acompanhado pela Força Aérea Brasileira ao declarar a não utilização de Veículo Aéreo Não Tripulado (VANT) no prefácio da Instrução do Comando da Aeronáutica

– ICA 100-40². Ainda no mesmo documento, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA cita que a expressão *drone* tem origem do inglês (zangão em português), sendo, pois, um apelido, tornando-se inadequado seu uso para fins acadêmicos.

Pela concepção da comunidade aeronáutica internacional, dentro do grupo UA, há três subgrupos: *Remotely Piloted Aircraft*, *Autonomous Aircraft* (Aeronaves Autônomas) e *Model Aircraft* (Aeromodelos). Conforme a Figura 1-1 do DOC 100-19 da ICAO, há UAs que serão, concomitantemente, RPAs e Aeromodelos, assim como RPAs e Aeronaves Autônomas (ICAO, 2015, p. “1-4”). De modo geral, utilizar-se-á apenas RPA para compreender todas, e, apenas quando imprescindível para a compreensão, as demais expressões.

Clarificada a complexa terminologia, passa-se a um breve contexto histórico do desenvolvimento e aplicação dos RPAs. Conforme explica Tomasz Gugala, embora as primeiras versões terem sido vistas na primeira metade do século XX, o verdadeiro crescimento na sua aplicação ocorreu na transição para os anos 2000, em especial após o atentado de 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos. A evolução tecnológica permitiu, naquele momento, a instalação de equipamentos para realização de reconhecimento militar e, posteriormente, o seu uso como unidades de combate aérea (Gugala, 2011, p. 128).

Ainda nesse contexto militar, as RPAs passaram a fazer parte da estratégia ofensiva no combate ao terrorismo dos Estados Unidos. Francis N. Okpaleke e Al Chukwuma Okolia apontam que os equipamentos foram utilizados para consumir o assassinato de lideranças inimigas, em especial da Al-Qaeda, sem o envolvimento de soldados americanos, em razão da precisão e capacidade letal dos equipamentos (2022, p. 236). Vê-se, pois, que a utilização das aeronaves remotamente pilotadas é, de fato, virtuosa, ao evitar qualquer perda de vidas, poupando as tripulações

2 ICA 100-40. Disponível em: <https://www.decea.mil.br/drone//docs/ICA%20100-40%20-%20Aeronaves%20n%C3%A3o%20Tripuladas%20e%20o%20Acesso%20ao%20Espa%C3%A7o%20A%C3%A9reo%20Brasileiro%202023%20-%20BCA%20103%2006.06.23.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

de aeronaves convencionais do risco de enfrentarem o convívio constante com a morte (Chamayou, 2015, p. 114-115).

Por outro lado, a evolução tecnológica não ocorreu estritamente para os Estados Unidos e seus aliados, inimigos classificados como terroristas adotaram tal mecanismo nos conflitos armados. Assim, os militares das forças norte-americanas viram, pela primeira vez, suas tropas sob ataque aéreo e incapacitadas de se defenderem, diante da incapacidade dos sistemas antiaéreos de detectar e reconhecer aeronaves tão pequenas e lentas (Guelfi; Jayamaha; Robison, 2020, p. 5).

Dentro desse mercado de RPA com fins militares, historicamente o Estado de Israel é o maior fornecedor dos últimos 30 anos, respondendo por aproximadamente 60% das vendas. Entretanto, já no período de 2010 a 2014, tais equipamentos respondiam, dentro da totalidade das aeronaves não tripuladas, a ínfimos 2,5%, indicando a propagação dos equipamentos com destinação comercial, encabeçada pela China (Guelfi; Jayamaha; Robison, 2020, p. 5). Por outro lado, como foi notório na recente guerra entre Ucrânia e Rússia, tais equipamentos, de baixíssimo custo comparados às versões militares, foram adquiridos pelos países e adaptados para o transporte de explosivos, tornando-se uma tática moderna e eficiente.

Essa expansão da produção de RPAs civis se justifica pelas diversas funcionalidades e aplicações possíveis, nas mais variadas áreas de atuação. Apenas no âmbito da produção científico-acadêmica, podem ser citadas obras na indústria criativa (Santamarina-Campos; Segarra-Oña, 2018), cartografia (Fagundes; Iescheck, 2019), engenharia (Cintra; Gonçalves, 2019), agricultura (Pereira; Fernandes; Fernandes, 2023) e meio ambiente (Santos et al, 2023). Como se pode inferir, o que move a proliferação do uso é o interesse comercial, ou seja, saiu-se de um contexto exclusivamente estatal, fins militares, para uma destinação privada.

Dentro desse interesse privado, apesar do rol apresentado, o foco deste trabalho recairá sobre o uso jornalístico das RPAs, diante da capacidade de captação e gravação de imagens nos mais diversos ângulos. Capazes de serem instaladas câmeras, imageadores e outras tantas

ferramentas, esses equipamentos elevam o fotojornalismo a um importante ramo da imprensa, exurgindo, proporcionalmente, preocupações quanto o seu uso excessivo e descuidado, podendo implicar em invasões à privacidade alheia.

2.2 O uso de RPAS no jornalismo

Com o surgimento e disseminação das redes sociais, a imagem tem hoje uma proporção nunca antes vista sociedade contemporânea, não podendo ser diferente em qualquer matéria jornalística. A experiência visual, em imagens estáticas ou em movimento, infográficos e animações, assumiu o protagonismo sobre o escrito, sendo capaz de trazer um valor informativo, isto é, despertar questionamentos ou críticas independentemente de texto, gerando sentimentos e reações além da mera informação (Forechi et al, 2020, p. 24-25).

Para atingir tal finalidade, o profissional deve dominar habilidades específicas do fotojornalismo. O repórter fotográfico deve compreender tanto a dimensão técnica quanto a estética, desenvolvendo sua atividade com embasamento da teoria jornalística e com o conhecimento e uso das ferramentas adequadas para a excelência na produção do material. De igual forma, precisa ter a competência de um escritor para escrever um conteúdo por fotografias, de modo que o direito de uso de imagens estará em seu radar de preocupações (Forechi et al, 2020, p. 52-53).

Diretamente relacionada a essa preocupação, está a própria difusão do conhecimento e da informação nas redes sociais e na internet como um todo. Diferentemente dos meios tradicionais de imprensa, como o jornal e a televisão, na *Web* a autoria e origem das imagens são de difícil rastreamento, sendo imprescindível ao fotojornalista dominar a programação digital, ajustando os metadados da postagem com tais dados. Tal ato é indispensável tanto para fins de direitos autorais da produção jornalística, quanto para a própria reparação dos danos causados

por divulgação de fato ou informação falsa ou por prejuízos causados a outrem (Forechi et al, 2020, p. 153-159).

Dentro deste aspecto, exsurge o cuidado com a ética no fotojornalismo, desde a veracidade dos fatos captados, até os aspectos mais íntimos das pessoas e locais reproduzidas na imagem. Devem estar em debate prévio à divulgação do material valores diretamente relacionados ao direito à privacidade, eis que podem acabar representando situações traumáticas, violentas e chocantes aos envolvidos, considerando-se, ainda, a possível manipulação das imagens. Assim, compreendem-se duas perspectivas quanto à proteção da imagem: uma do indivíduo reproduzido e outra do autor do material, ambos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro (Forechi et al, 2020, p. 108-110).

Esse receio com o uso adequado das imagens jornalísticas é majorado com o uso das RPAs, que, como explicado, permite o acesso facilitado e por ângulos superiores de locais inicialmente inacessíveis. Houve, em verdade, uma evolução da reportagem aérea, não mais existindo o monopólio dos helicópteros na captação de cenas (Vieira; Silva Júnior, 2017, p. 4-5). O uso correto do equipamento é capaz de permitir ao jornalista dar profundidade a suas matérias, seja por incapacidade física de acesso, seja pelo próprio risco à vida, servindo como uma extensão de seus olhos, especialmente quando há relutância da audiência em pagar por conteúdo disponível na internet (Goss; Pase, 2013, p. 182).

Em um viés da tecnicidade do jornalismo, os RPAs são eficazes em fornecer imagens aéreas e formas diversas de cobrir histórias em solo. Tais imagens e vídeos acrescentam contexto ao material escrito da matéria jornalística, especialmente quando está sendo feita a cobertura de multidões, desastres naturais e regiões em conflito bélico, permitindo o retrato de tais eventos e a apresentação sob múltiplos pontos de vista. De igual forma, os equipamentos são eficazes no acesso a locais fora do alcance direto do profissional, assim como quando a escala dos eventos não permite a real percepção a partir do ponto de vista terrestre (Goldberg; Corcoran; Picard, 2013, p. 21).

É possível trazer exemplos frutíferos do correto uso jornalístico dos RPAs, mas igualmente casos crassos de extrapolação dos limites éticos. Respeitando meticulosamente os preceitos morais da profissão, os jornais Folha de S. Paulo e *The New York Times* produziram reportagens com o protagonismo do equipamento, trazendo perspectivas impossíveis de serem mostradas pelos meios tradicionais. Enquanto a empresa paulista fez a cobertura das manifestações de 2013 e 2015, captando imagens que poriam em risco a vida de jornalistas se obtidas diretamente por eles, o jornal norte-americano trouxe uma reportagem sobre o trabalho de pesquisadores na Groelândia, em que foi estudado os efeitos do derretimento das geleiras (Simões et al, 2016, p. 133-137).

De outra banda, o uso repreensível do equipamento foi utilizado pelo programa humorístico *Pânico na Band* em 2013. A emissora utilizou um RPA para sobrevoar o espaço utilizado pela concorrente Record para as gravações do *reality show A Fazenda*. O cerne da questão não foi apenas o objetivo escolhido (informar traição a uma das participantes por meio de alto-falantes instalados), mas também o risco do mal uso operacional, eis que o operador perdeu o controle do equipamento, que caiu na propriedade, o que poderia ter causado um acidente de consequências imprevisíveis (Goss; Pase, 2013, p. 180-181).

Assim, reflexões sobre a relação de aeronaves remotamente tripuladas e o jornalismo são igualmente necessárias e sensíveis. Primeiramente, é necessário tratar da coexistência com as aeronaves de emergência e segurança, visto que, em casos de grande repercussão envolvendo crimes ou acidentes ou desastres naturais que demandem combate a fogo ou resgate aéreo, haveria a necessidade do uso jornalístico das RPAs, pelos motivos antes expostos. Há, portanto, a necessária coordenação com as autoridades públicas sobre as condições de acionamento e uso das aeronaves, evitando-se, assim acidentes e conflitos operacionais (Goldberg; Corcoran; Picard, 2013, p. 21).

Sob outro viés, a banalização do uso de RPAs na produção de conteúdo relembra a utilização de câmeras ocultas por jornalistas, sob

o pretexto de suposto interesse público. Houve um levante de colegas da profissão pela adoção descomedida do equipamento, eis que era uma clara invasão de privacidade dos alvos da ação, resultando na atualização dos jornalistas para condenar seu uso indevido (Simões et al, 2016, p. 130). Essa mesma aflição se vê com o uso de dispositivos eletrônicos vestíveis como Google Glass, que permite a captação de imagens e sons sem o consentimento das pessoas, em grande semelhança com as câmeras escondidas (Silva, 2015, p. 40).

Ainda sobre o viés ético, haveria o uso das RPAs no jornalismo investigativo, ao permitir a obtenção de imagens sem serem observados ou em locais cujo acesso não é possível. À vista disso, poderiam documentar atividades ilegais, flagrar invasões de terras privadas, contrabando ou condições de trabalho análogas à escravidão. Contudo, sob tal pretexto, a atividade poderia se assemelhar à atividade de detetive particular, levantando questões éticas e legais na produção do material (Goldberg; Corcoran; Picard, 2013, p. 24).

Adentrando em um mercado que tangencia o jornalismo tradicional, mas ainda dentro do gênero, o uso de RPAs por *paparazzis* é fato e muito efetivo para o jornalista, ao permitir chegar discretamente perto da celebridade sem ser visto (Goldberg; Corcoran; Picard, 2013, p. 24). Entretanto, entram em debate questões sobre a própria essência da profissão, em um conflito com a intimidade de pessoas publicamente expostas, que foge do objeto deste trabalho.

Aproximando-se, enfim, das ponderações ao direito à privacidade das pessoas presentes na área de atuação das RPAs, deve haver uma clara preocupação dos jornalistas muito semelhante que empresas como Google tiveram ao realizar operações de mapeamento terrestre. Tais empresas encontraram problemas com captação de imagens de indivíduos em seus espaços privados, como quintais ou telhados, refletindo em questões legais nos mais diversos países, dilema este a ser encarado pelo jornalista durante o uso do equipamento (Goldberg; Corcoran; Picard, 2013, p. 25). Diante desse conflito, será tratado mais

profundamente, no próximo tópico, a ponderação entre o princípio à privacidade e à liberdade de imprensa.

3 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO SEGUNDO ROBERT ALEXY

Diante da complexidade que é a discussão sobre o uso da ponderação na colisão de princípios, primeiramente é imprescindível identificar qual a doutrina utilizada para a definição dos conceitos. Assim, este capítulo será em subitens, inicialmente expondo tais considerações, para, então, utilizá-las, adequadamente, para o conflito trazido neste trabalho.

3.1 Colisão de princípios

Para tratar sobre colisão de princípios, antes de tudo é indispensável compreender a diferença entre regra e princípio. Para tanto, utilizar-se-á o pensamento de Robert Alexy, grande expoente no tema e defensor do uso da proporcionalidade na solução de embates entre direitos fundamentais.

Segundo o pensador, regras e princípios são tipos de normas distintos, havendo diversos critérios capazes de diferenciá-los. São merecidos de serem citados a generalidade, relativamente baixo para regras e alto para princípios, assim como a determinabilidade na aplicação, a forma de surgimento, seu conteúdo axiológico, entre outros (Alexy, 2008, p. 86-90).

Tais parâmetros comparativos servem para fundamentar sua concepção de que princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas com o fim de buscar a realização máxima dentro do possível, cujo limite está justamente na colisão com outros princípios e regras. Por exclusão, entende-se como regra a afirmação acerca da satisfação ou não da norma (Alexy, 2008, p. 90-91), concepção semelhante a de Ronald Dworkin que as define como normas de tudo-ou-nada (2002, p. 39-42).

Para Alexy, as regras são normas que expõem ordens ou mandamentos definitivas, não admitindo cumprimento diverso daquele pré-determinado. Uma vez considerada válida, sua presença no ordenamento

jurídico determina sua aplicação dentro do espaço fático e jurídico possível, aplicando-se a subsunção. Por conseguinte, presente o cumprimento dos critérios da regra, há produção das consequências jurídicas nela prevista, só admitindo-se decisão em contrário com a declaração de sua invalidade e, conseqüentemente, exclusão do ordenamento (Gavião Filho, 2011, p. 31).

Em contraponto, os princípios, por serem mandamentos de otimização na concepção de Alexy, admitem o seu cumprimento em níveis diversos, a depender das condições fáticas e jurídicas presentes, nos limites impostos justamente por outros princípios. Há um dever, portanto, *prima facie*, uma obrigação ideal a ser buscada, cuja aplicação real e definitiva somente é obtida quando, em colisão com outros princípios, é aplicada a ponderação (Gavião Filho, 2011, p. 31-32).

O conflito entre regras, partindo-se da sua concepção como norma, somente é solucionado quando é existente alguma cláusula de exceção que o resolva, caso contrário inevitavelmente uma delas deverá ser declarada inválida. Em tais casos, ou o próprio ordenamento estipula os critérios de prevalência de uma sobre a outra, ou caberá ao tribunal constitucional declarar a invalidade da derrotada (Alexy, 2008, p. 92-93).

Por sua vez, o conflito de princípios possui solução totalmente oposta: não haverá a exclusão do princípio depreciado, mas sim uma precedência de um sobre o outro nas condições fáticas e jurídicas verificadas. Os princípios possuem pesos diversos, de modo que, sob as circunstâncias do caso, um deles possuirá peso maior e, portanto, terá precedência (Alexy, 2008, p. 93-94). Nesse mesmo sentido, Dworkin compreende que os princípios possuem uma dimensão de peso, interrelacionando-se entre si a fim de resolver o conflito de acordo com suas respectivas forças relativas (2002, p. 39-42). A definição daquele que sobrepujar-se-á é definida mediante a ponderação, a ser explicada a seguir.

3.2 Ponderação de Robert Alexy

Robert Alexy compreende que a teoria dos princípios não pode ser vista separada da máxima da proporcionalidade, eis que este

pressupõe a própria natureza dos princípios, e estes aquela (2002, p. 116). A própria distinção entre princípios e regras resulta neste caráter recíproco, essencialmente pelo enraizamento do princípio da proporcionalidade em Estado democrático constitucional (Gavião Filho, 2011, p. 239).

Dessa forma, em um conflito entre princípios, se é realizado o correto sopesamento e conclui-se qual prevalece, qualquer decisão em contrário violará o princípio da proporcionalidade (Alexy, 2002, p. 95). Esta máxima, por sua vez, é composta, originalmente, de três princípios (ou testes) parciais: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Conforme explica Gavião Filho, a expressão “princípio” nesse contexto deve ser lida como “regra”, eis que a não satisfação de qualquer um dos subtestes da proporcionalidade incorrerá em ilegalidade (2011, p. 239).

Entretanto, há um direcionamento doutrinário no sentido de haver um elemento adicional, e prévio, aos princípios parciais da proporcionalidade, quanto ao amparo constitucional ao fim visado pela medida limitante ou restritora. Seria imprescindível, portanto, um análise da legitimidade quanto aos fins intentados pela medida objeto de questionamento (Silva, 2002, p. 35).

A máxima da adequação busca averiguar se a medida em questão é capaz de promover o resultado pretendido, ainda que não atinja seu objeto integralmente (Silva, 2002, p. 36). Assim, somente se não for capaz de fomentar a realização do direito pretendido, isto é, se o estado de coisas prognosticado não for diferente do atual, então a medida será considerar injustificada (Gavião Filho, 2011, p. 241-242).

A teste seguinte a ser submetida a medida é à análise da sua necessidade. Neste ponto, cabe ao intérprete confirmar que o objetivo buscado não pode ser atingido, com a mesma intensidade, por outra medida menos gravosa ao direito prejudicado. O que diferencia da adequação é justamente seu caráter comparativo, ao contrário do exame absoluto da adequação (Silva, 2002, p. 38). Dessa forma, é possível compreender como uma análise de duas medidas idôneas, que podem promover

igualmente o objetivo almejado, e qual delas seria responsável por uma menor intervenção no outro direito fundamental (Gavião Filho, 2011, p. 244). Em outras palavras, a limitação ao direito em debate será justificada se não tiver outro meio menos danoso.

O último subtteste é o da proporcionalidade em sentido estrito é o exato momento da otimização entre os princípios colidentes (Alexy, 2002, p. 593). Isso significa, assim, que nesse momento é que ocorre, de fato, a ponderação para otimizar-se de acordo com as possibilidades jurídicas. Averigua-se os pesos de cada um dos princípios em colisão, estabelecendo-se, como resultado, uma relação de precedência condicionada (Gavião Filho, 2011, p. 249). Deve ocorrer um sopesamento entre a importância de realização do direito e a intensidade de intervenção do outro atingido pela medida (Silva, 2002, p. 40).

A análise entre a intensidade de intervenção e a importância de realização dos princípios em conflito, conjuntamente com os graus de segurança de suposições empíricas, é justamente a configuração da ponderação. Robert Alexy, inclusive, desenvolveu um método de representar esse sopesamento em números, chamada de fórmula peso³, cujo aprofundamento, inclusive as críticas doutrinárias quanto ao seu uso, foge do escopo do trabalho.

Para realizar a devida ponderação, é indissociável a definição dos graus de intensidade da intervenção e da importância de realização dos princípios em conflito. Tal valoração é diretamente dependente das circunstâncias do fato trazido a debate, eis que a relevância irá variar de acordo com as causas e consequências das medidas em análise. Alexy sugere, a partir do estudo jurisprudencial alemão, uma escala triádica em três níveis (leve, médio e grave), podendo ser ampliada em grau geométrico para nove níveis (Gavião Filho, 2011, p. 322).

O levantamento do grau de intensidade da intervenção, dentro da ponderação presente no subtteste da proporcionalidade em sentido estrito, decorre da obtenção do peso concreto de cada um dos princípios,

3 Para uma compreensão didática do tema, ler: GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239-314.

tendo por base a circunstâncias do caso em estudo. São justamente essas peculiaridades os elementos decisivos para a definição do grau de intensidade, sendo cabível, inclusive, o estudo do nível entre as próprias medidas, comparando-se qual delas permitiria um prejuízo menor no princípio afetado (Gavião Filho, 2011, p. 265-269).

É necessário considerar, todavia, que nem todos os ordenamentos jurídicos estabelecem uma unicidade de valor a todos os princípios, havendo aqueles com maior relevância no texto constitucional. Dessa forma, é inescusável valorar os seus respectivos pesos abstratos, independentemente das peculiaridades do caso concreto, desempenhando sua influência na ponderação (Gavião Filho, 2011, p. 265-266).

O mesmo raciocínio deve ser aplicado na definição do grau de importância da realização do princípio através da medida em reflexão. Embora não precise ser necessariamente concebida como uma grandeza concreta, ao admitir uma mescla com seu caráter abstrato, para a ponderação irá preponderar o aspecto concreto, a ser medido de acordo com as consequências que a omissão ou não efetivação da medida interveniente terá na sua realização (Gavião Filho, 2011, p. 269-270).

Uma vez definidos os graus de intensidade de intervenção e de importância de realização, cabe ao intérprete relacioná-los e definir se esta justifica aquela. Para tanto, impõe-se compreender os significados como aqueles definidos pela constituição, de modo a determinar, no caso concreto, qual dos princípios irá prevalecer e se a medida questionada atende aos requisitos do teste da proporcionalidade (Gavião Filho, 2011, p. 265-266).

Exposta, em poucos parágrafos, a aplicação do teste da proporcionalidade de Robert Alexy, entende-se a técnica adequada a solucionar ao conflito de princípios cerne deste trabalho, relativos aos direitos fundamentais à privacidade e liberdade de imprensa, a serem detalhados no próximo capítulo.

4 O USO DE RPAS E CONFLITO ENTRE PRIVACIDADE E LIBERDADE DE IMPRENSA

Com o surgimento e exponencial crescimento dos meios de imprensa, e importância relação com os fundamentos de um estado democrático de direito, o viés daqueles objeto informação prestada foram relativizados por longo tempo. Foi apenas no desenvolvimento do século XX que a privacidade se desenvolveu, entrando em constantes conflitos com a liberdade de imprensa. Nesse contexto, com as facilidades da tecnologia avançada, as aeronaves remotamente pilotadas emergiram como um novo instrumento de captação de imagens, renovando os questionamentos aos limites da entre esses direitos fundamentais. Assim, realizando breves considerações a estes, conclui-se o capítulo exercitando a doutrina da ponderação na busca para a solução dessa colisão.

4.1 O direito à liberdade de imprensa

Embora haja posicionamentos doutrinários que buscam compreender o direito à liberdade de imprensa como outra origem que não seja o direito à liberdade de expressão, adota-se, como convicção, a visão de Barreto Júnior e Custódio de aquele é uma espécie do gênero deste, estão junto de outras liberdades relacionadas à comunicação e manifestação do pensamento (2020, p. 307). Há uma aproximação com o que Ilton Robl Filho e Ingo Sarlet apontam que a liberdade de expressão implica o próprio acesso aos meios de comunicação, sem compartimentar as liberdade (2016, p. 118).

Em contraponto a essa concepção unitária, Ronald Dworkin possui sua filosofia direcionada à valorização dos direitos individuais. Assim, conforme explica Silveira, o jurista estudou casos envolvendo tensões com o jornalismo, como o caso Farber contra o jornal *New York Times* em 1978, e defendeu que direitos individuais são enfrentados como argumentos de princípios, enquanto a liberdade de imprensa é classificada como justificação de política. Aqui Dworkin diferencia a liberdade de

expressão, um direito individual, do trabalho de imprensa, cujo fim é o acesso a informações, um direito coletivo (2014, p. 33-34).

Passando ao contexto brasileiro, as liberdades de expressão resurgiram com enorme força na Constituição Brasileira de 1988, em decorrência de longos anos de censura aos veículos de imprensa e quase qualquer meio de expressão, tendo o constituinte feito constá-las em diversos dispositivos⁴. Embora assim estivesse disposto, apenas em 2009, na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, que o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção integral a Lei de Imprensa de 1967, conferindo uma interpretação clara e direta em defesa da liberdade de liberdade como essência de um estado democrático de direito (Tepedino, 2011).

Configura-se, assim a percepção da relação existente entre a liberdade de expressão com a garantia da democracia e pluralismo político, não havendo um independentemente do outro. Não é possível conceber-se, pois, um estado democrático sem cidadãos com participação política e incapazes de expressarem sua opinião. Há, inclusive, a integração como parte essencial de duas condições à democracia ideal, na transparência governamental – liberdade de informação – e expressão de preferências – manifestação de pensamento (Barreto Júnior; Custódio, 2020, p. 313-314).

É nesse contexto de elemento indissociável da democracia que compreende o papel do jornalista. Sua atividade se contrapõe com o segredo dos negócios públicos, trazendo à população informações imprescindíveis ao cidadão, visando à busca de pluralidade de vozes e versões. A imprensa possui protagonismo na formação de opinião da sociedade, ao servir como um canal os debates sociais, o que justifica a legitimação do trabalho do jornalista como primordial da soberania do povo (Silveira, 2014, p. 33).

Independentemente da relevância do direito à liberdade de imprensa, e à própria liberdade de expressão como um todo, elas não podem ser compreendidas como ilimitadas. Ainda que reconhecidas como um direito fundamental, devidamente positivada no texto constitucional, há

4 Art. 5º, IV, V, IX, XIV, e art. 220, caput, e § 1º.

uma inexorável necessidade de compatibilização com outros preceitos fundamentais, sendo imperiosa os órgãos de imprensa demonstrarem o interesse público e relevância na divulgação de notícias (Malheiro; Silva, 2023).

Essa necessidade de harmonização, inclusive com bens jurídicos constitucionalmente protegidos, não é mais contestada no direito constitucional; permanece, contudo, em constante debate a definição dos limites de intervenção na liberdade de imprensa. Encontrar a forma e a medida possível de reduzir o direito de expressão como um todo recai aos órgãos judiciais, seja no caso concreto, seja em controle abstrato (Robl Filho; Sarlet, 2016, p. 127). Dentre os preceitos fundamentais com maior incidência de conflito é o direito à privacidade, a ser abordado a seguir.

4.2 O direito à privacidade

A privacidade teve o início de seu reconhecimento com o crescimento da burguesia, com o contraponto à existência da figura do Estado e a valoração do direito à propriedade, estando vinculada diretamente à ela pela concepção da inviolabilidade do domicílio para delimitar o alcance do poder estatal (Passos, 2012). Somente a partir do ensaio intitulado “*The Right to Privacy*”, escrito por Louis Dembitz Brandeis e Samuel Dennis Warren e publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, que foi aceita pela comunidade jurídica como um direito autônomo. Os autores, inclusive, estabeleceram seis limites à sua aplicação, cientes da complexidade de ser aceito sem previsão expressa na Constituição norte-americana⁵.

Sem adentrar na amplitude e diferenciação de intimidade e privacidade, deve-se compreendê-las como decorrência da dignidade da pessoa humana, abrangendo, assim, o direito ao resguardo, de estar só e ao recato. Inclusive estaria inclusa dentro da ideia de direitos da personalidade, ao ser, igualmente, extrapatrimonial, intransmissível, indisponível, absoluto⁶ e garantido pelo Estado (Fregadolli, 2010).

5 Ver a literalidade em: Warren; Brandeis, 1968.

6 No sentido de oponível a todos.

Embora a o gênese da ideia de direito à privacidade tenha surgido nos Estados Unidos, o país é reconhecido historicamente por ter uma sobrelvalorização à liberdade de expressão, só tendo o reconhecimento constitucional implícito em 1965, quando a Suprema Corte Americana julgou o caso *Griswold v. Cosmetiant* (Fregadolli, 2010). Internacionalmente, entretanto, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 há referências à proteção da vida privada e meios de defesa⁷, sendo acompanhadas, nos anos seguintes, por outros documentos de força normativa semelhante, com destaque à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁸.

No âmbito brasileiro, desde a Constituição de 1988, tem-se o direito à privacidade arrolado como um direito fundamental, especialmente no art. 5º, X⁹. Nesse dispositivo o constituinte trouxe as diversas variantes desse direito, sendo possível compreender “intimidade” e “vida privada” como subespécies da privacidade, estando aquela em um nível mais restrito desta (Ferraz Júnior, 2011).

Independentemente da classificação doutrinária data, há claro dever estatal de assegurar a sua inviolabilidade, seja por ações positivas, seja através de seu poder jurisdicional em impor a indenização pelos danos causados pela violação. E justamente quando se convive com equipamentos tecnológicos com capacidade de captura de imagem e sons como as *remotely piloted aircrafts*, a invasão à privacidade é severamente

7 Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 jul. 2024.

8 Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. (...) 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

9 Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

facilitada, majorando os fatores a imporem uma colisão de direitos fundamentais, especialmente com a liberdade de imprensa.

4.3 O teste da proporcionalidade na colisão entre os princípios no uso de RPAS

Conforme abordado anteriormente, a colisão de princípios e direitos fundamentais é consequência natural da sua essência, encontrando seus limites e restrições em seus pares. É justamente para solucionar tais conflitos, tendo em tela o veio como mandamentos de otimização, que o teste da proporcionalidade tem sua aplicação recomendada, buscando a compatibilização no caso concreto em sua máxima magnitude.

Para tanto, deve-se verificar a compatibilidade do uso das RPAs na atividade jornalística com as regras do teste da proporcionalidade, incluindo-se o requisito prévio da legitimidade. Iniciando-se por este, vê-se que há suporte constitucional enquanto direcionada à produção de material audiovisual e mantido vínculo à liberdade de imprensa.

Passando-se ao subteste da adequação ou idoneidade, analisa-se se o uso das aeronaves remotamente pilotadas é capaz de atingir o fim almejado. De pronto depreende-se que esse avanço tecnológico facilita a produção de imagens, captando cenas pelos mais diversos ângulos e pontos de vista, uma das buscas da atividade jornalística. Logo, atende suficientemente a essa máxima.

No nível da necessidade, investiga-se se, dentre as medidas idôneas, aquela que menos implica restrições a outros direitos fundamentais. Neste ponto, deve-se analisar não apenas o contraponto com a privacidade, mas o próprio direito à vida do jornalista, que corre risco inerentes à profissão. A RPA permite a produção de fotos e vídeos, que poderiam ser feitas por técnicas tradicionais, a uma distância segura de áreas de acesso fisicamente restritas e de elevado risco à sua vida, como em regiões montanhosas e de conflito armado.

É na última fase, da proporcionalidade em sentido estrito, que os debates entre liberdade de imprensa e direito à privacidade são revividos, sendo imperiosa a adoção da ponderação. Para tanto, antes de medir-se o peso concreto dos princípios, é obrigatório tratar da grandeza abstrata.

Por serem um valores essenciais à democracia e havendo uma relação recíproca de dependência, a liberdade de expressão e, por viés lógico, de imprensa detém uma posição preferencial na colisão com outros princípios, recebendo apoio doutrinário e jurisprudencial significativo no Brasil e nos Estados Unidos (Robl Filho; Sarlet, 2016, p. 121-122). Tais liberdades possuem, dessarte, uma carga axiológica superior, e conseqüentemente, um peso abstrato maior do que o princípio à privacidade, configurando a precedência geral definida por Robert Alexy (Bôas; Fernandes, 2015).

Infere-se, pois, ser necessário que as circunstâncias do caso concreto impliquem em um peso ainda maior em favor do direito à privacidade. Assim, no sopesamento da intensidade de intervenção e de importância de realização, um aparente empate implicará na prevalência à liberdade de imprensa, diante da sua posição vantajosa. Isso, todavia, não libera o intérprete da obrigatória justificação por meio de argumentos robustos, não se admitindo uma resposta prévia e absoluta para a solução da colisão de princípios (Bôas; Fernandes, 2015).

É inevitável a existência de situações específicas em que preponderará o direito à privacidade, cabendo ao intérprete estatal, dotado do poder jurisdicional, fundamentar e harmonizar os princípios, de forma menos interventiva possível (Barreto Júnior; Custódio, 2020, p. 322). Dessa forma, embora o uso de RPAs pelos meios de imprensa no exercício de sua função jornalística detenha a prevalência geral, são as peculiaridades do caso que determinarão, efetivamente, o peso de cada um dos princípios e, portanto, se tal medida se encontra proporcional e de acordo com os valores e normas da constituição.

5 CONCLUSÃO

A presença das *remotely piloted aircrafts* no convívio jornalístico é uma realidade tecnológica, que demanda adaptações tanto da sociedade quanto dos próprios profissionais. A facilidade de alcance a locais antes inacessíveis é um elevado fator de risco à privacidade, sendo capaz de flagrar, fortuitamente, os momentos mais íntimos das pessoas, sujeitando-as a mais uma preocupação de invasão.

Assim, o presente trabalho buscou demonstrar esse potencializador para a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, tratando desde a evolução do equipamento e seu uso jornalístico, passando por breves considerações sobre cada um dos princípios. Visando solucionar o problema trazido, apresentou-se a teoria da ponderação de Robert Alexy, consubstanciada no teste da proporcionalidade, cujo fim último é sopesar os mandamentos de otimização em conflito, de modo a maximizar a sua influência e reduzir as restrições.

Muito embora possa se falar em uma precedência geral à liberdade de imprensa, diante da sua importância à democracia, tal sentença não pode ser tratada como absoluta. O direito à privacidade possui força normativa suficiente a sobrepujar outros direitos, especialmente quando se está diante do uso de um equipamento furtivo e com tamanha capacidade de captação e reprodução de imagens e sons. São, portanto, as peculiaridades do caso concreto que estabelecerão se o uso de uma RPA foi legítima, adequada, necessária e proporcional ao invadir a privacidade alheia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Sopesamento entre regras e princípios. **Revista Brasileira de Direitos Fundamen-**

tais & Justiça, v. 14, n. 43, p. 303-330, 10 maio 2021. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/767/1013/4241>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BÔAS, Regina Vera Villas; FERNANDES, Francis Ted. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, São Paulo, v. 1, p. 329-355, jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S.I.], 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

CINTRA, Jorge Pimentel; GONÇALES, Rodrigo. Aplicações das tecnologias Laser Scan e aerofotogrametria por drone para museus. **Anais do Museu Paulista: História e Cultura Material**, Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA), v. 27, p. 1-28, 2019.

COMANDO DA AERONÁUTICA. Instrução do Comando da Aeronáutica nº 100-40, de 06 de junho de 2023. **Aeronaves não Tripuladas e o Acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro**. Rio de Janeiro, Disponível em: <https://www.decea.mil.br/drone//docs/ICA%20100-40%20-%20Aeronaves%20n%C3%A3o%20Tripuladas%20e%20o%20Acesso%20ao%20Espa%C3%A7o%20A%C3%A9reo%20Brasileiro%202023%20-%20BCA%20103%2006.06.23.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGUNDES, Manuella A. Rodrigues; IESCHECK, Andrea Lopes. Uso de VANT na cartografia: geração de base cartográfica tridimensional. *In*: PRUDKIN, Gonzalo; BREUNIG, Fábio Marcelo. **Drones e ciência: teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: Facos-Ufsm, 2019. p. 59-67.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, p. 1047-1064, ago. 2011.

FORECHI, Marcilene; HOFF, Rafael S.; CERIGATTO, Mariana P.; et al. **Fotojornalismo: técnicas e linguagens**. Grupo A, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786581492298/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 3, p. 443-514, out. 2010.

GALVÍNCIO, Josiclêda Domiciano; PIMENTEL, Rejane Magalhães de Mendonça. Detecção de fitoplâncton através do Índice de Área Foliar (IAF) e drone em um reservatório do semiárido. **Journal Of Environmental Analysis And Progress**, v. 8, n. 3, p. 204-211, 15 ago. 2023.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOLDBERG, David; CORCORAN, Mark; PICARD, Robert. **Remotely Piloted Aircrafts Systems & Journalism: Opportunities and Challenges of Drones in News Gathering**. Reuters Institute for the Study of Journalism. University of Oxford, 2013.

GOSS, Bruna Marcon, PASE, André Fagundes. Dronalismo: notas sobre o uso de drones na produção de conteúdo jornalístico. **Revista Geminis**, São Carlos, ano 4, v. 1, n. 2, p. 176-189, jul/dez. 2013.

GUELFY, Edward A.; JAYAMAHA, Buddhika; ROBISON, Travis. The Imperative for the U.S. Military to Develop a CounterUAS Strategy. **Developing A Counter-Uas Strategy**, v. 2, n. 97, p. 4-12, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/AD1099501.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

GUGALA, Tomasz. The use of unmanned aircraft systems (UAS) in combat operations. **Transport Problem**, Polônia, v. 4, n. 6, p. 127-133, 25 set. 2011. Disponível em: <https://www.infona.pl/resource/bwmeta1.element.baztech-article-BSL9-0065-0049/tab/summary>. Acesso em: 3 jul. 2024.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION (ICAO). Doc nº 10019, 2015. Manual On Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS). 1. ed. Montreal, CANADA, Disponível em: <https://skybrary.aero/sites/default/files/bookshelf/4053.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Luís Delcídes Rodrigues da. O direito fundamental à liberdade de imprensa: agressões e violações à expressão jornalística na sociedade da informação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 137, p. 269-293, maio/jun. 2023.

OKPALEKE, F. N.; OKOLI, A. C. The strategic efficacy of drones for us grand strategy. **AUSTRAL: Brazilian Journal of Strategy & International Relations**, v. 9, n. 18, 2022. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/austral/article/view/103781>. Acesso em: 3 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, v. 1, p. 767-781, jun. 2012.

PEREIRA, Danilo Cardoso; FERNANDES, Lays Fernanda Santos; FERNANDES, Douglas. As vantagens da utilização de drones no agronegócio e na agricultura de precisão. **Revista Alomorfa**, Presidente Prudente, v. 7, n. 2, p. 705-716, 2023.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 14, p. 112-142, 2016. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/229>. Acesso em: 8 jul. 2024.

SANTAMARINA-CAMPOS, Virginia; SEGARRA-OÑA, Marival. **Drones and the Creative Industry: innovative strategies for european smes**. Springer Open, 2018. 164 p. Disponível em: <https://library.oopen.org/bitstream/handle/20.500.12657/22926/1007235.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 jul. 2024.

SANTOS, Tayran Oliveira dos; SILVEIRA, Nara Tôrres; TIBËRCIO, Igor Maciel;

SILVA, Fernando Firmino da. **Jornalismo móvel**. Salvador: Edufba, 2015.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109783/mod_resource/content/0/SILVA%2C%20

Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20proporcional%20e%20o%20ra-
zo%C3%A1vel.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

SILVEIRA, Fábio Alves. Dworkin e a liberdade de imprensa. In: QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso; CAMARGO, Hertz Wendel de (org.). **Comunicação e política**. Londrina: Syntagma Editores, 2014. p. 29-38.

SIMÕES, A.; SILVA, F.F.; AZÊVEDO, A.; BARBOSA, K.; CARVALHO, D.. Drones no Jornalismo: implicações éticas e de mobilidade. **Âncora - Revista Latino-Americana de Jornalismo**, v. 3, n. 2, p. 125-140, 23 set. 2016. Portal de Periodicos UFPB.

TEPEDINO, Gustavo. O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. **Soluções Práticas**, São Paulo, v. 1, p. 111-132, nov. 2011.

VIEIRA, Natanael; SILVA JÚNIOR, Maurício Guilherme. Narrativa jornalística pós-drone: conceitos e problematizações. BPJor – Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo. **15º Encontro Nacional de Pesquisadores em Jornalismo ECA/USP** – São Paulo – Novembro de 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/download/56494975/Narrativa_jornalistica_pos-drone_-_Conceitos_e_problematizacoes.pdf Acesso em: 6 jul. 2024.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. **Kingston Law Review**, 1968. p. 66–102.

LA FILIACIÓN DEL HIJO DE CRIANZA EN COLOMBIA. PROTECCIÓN DE SUS GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL ENTORNO DE LA FAMILIA DE CRIANZA

Héctor Francisco Arévalo Foméque¹

1 INTRODUCCIÓN

Se constituye en derecho fundamental de toda persona, el hecho mismo de conocer tanto su origen sanguíneo, como el de pertenecer a una familia, lo cual, a su vez le garantiza otros derechos superiores, así, a tener un nombre, una nacionalidad, poder exigir respecto de otros el ejercicio de derechos que surgen de la filiación, como lo son los alimentos, el ejercicio de la patria potestad, el derecho a heredar, entre otros.

1 Abogado Universidad Libre de Colombia. Magister en Derecho Procesal y Probatorio. Docente de Maestrías en Derecho Procesal y Probatorio, en Derecho Privado, en Arbitramento Nacional e Internacional, en Derecho Administrativo y Responsabilidad Médica. Docente de Especialización en Derecho Procesal y Probatorio, en Derecho de Familia, en Derecho Administrativo y Arbitramento. Conferencista nacional en asuntos de Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Probatorio y Arbitramento. Conferencista internacional en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, en Derecho del Consumo. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (ACDPC); de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC); de la Asociación Colombiana de Justicia Constitucional (ACJC). Ex Director del Capítulo Colombia de la AMJC; Director del Instituto de Derecho Procesal Civil (IDPC), adscrito a la ACDPC. Abogado asesor y consultor de empresas multinacionales, en asuntos civiles y comerciales. Litigante ante Tribunales de las Jurisdicciones Ordinaria y Arbitral.

Históricamente la filiación ha venido ocurriendo de manera biológica, luego se introdujo la adopción, posteriormente la denominada filiación asistida, bajo formas básicas como lo son la inseminación artificial y la fecundación in vitro, lo que de suyo da lugar a una forma específica, como lo es el alquiler de vientre o maternidad subrogada.

No obstante, también de tiempo atrás, ha sido costumbre que, en el entorno de una familia, se acepte como nuevo miembro de la misma a una persona, como regla general menor de edad² a quien se le acepta como hijo, en la cotidianidad se le trata como tal, identificando, por tanto, a esos miembros de la familia que lo ha acogido, como sus padres³ y surgiendo entre ellos, un vínculo filial, del cual, últimamente se han otorgado un conjunto de derechos, lo cual conlleva de contera, unos determinados deberes.

Así las cosas, hoy es dable afirmar que con el hijo de crianza ha surgido en Colombia, una nueva forma de generar filiación, en la medida que surge el lazo filial entre el hijo de crianza y su familia de crianza, de la cual, recientemente en Colombia, ocurrió pronunciamiento jurisprudencial, el cual, se constituye en aspecto principal del contenido de este artículo.

2 En Colombia el Código de la Infancia y la Adolescencia -ley 1098 de 2006- con referencia a los menores de edad, les da la denominación de niños, niñas y adolescentes.

3 Respecto de concepto de padres, sin duda es necesario diferenciarlo del de progenitores. Los primeros, en ocasiones, sin haber aportado su material genético, asumen decididamente el rol de padres, brindando al hijo la protección y cuidado, a más de la guía en su vida, y, de ser el caso la reprensión a que haya lugar. El padre puede o no, haber aportado su material genético, es el caso de los adoptantes, sin duda son verdaderos padres, quienes han querido espontáneamente asumir ese rol. A contrario, el progenitor es aquella persona que aporta su material genético, dando lugar así al surgimiento de una nueva vida, pero quien, en ocasiones, se limita a ello, abandonando luego sus deberes y derechos respecto al hijo concebido. En otras, afortunadamente en la mayoría de ocasiones, quien es progenitor, asume su rol y expectativa de madre o padre, siendo entonces, esto último.

2 ASPECTOS GENERALES INHERENTES A LA FILIACIÓN Y SU ALCANCE

La palabra FILIACIÓN viene del vocablo latino “*filius-filii*”, que significa hijo o hija.

La FILIACIÓN es aquella figura de origen constitucional, de estirpe sustancial, pero con incidencia procesal y probatoria, por la cual se establece y define un vínculo entre dos personas, ya sea a partir de un vínculo natural que genera efectos jurídicos, o a partir de un vínculo jurídico (la adopción) que genera luego, en consecuencia, un vínculo filial. El vínculo también puede surgir a partir de la denominada *filiación asistida*, lo que ocurre a partir de la intervención científica.

La FILIACIÓN establece en lo jurídico un vínculo entre el hijo y sus progenitores, quienes, a su vez, por regla general, generan un vínculo filial, surgiendo así el concepto de padres.

O lo que es lo mismo, la FILIACIÓN genera un vínculo o una relación paterno-filial y materno-filial entre el procreante y el procreado; entre el adoptante y el adoptado.

En ocasiones, quienes engendran se limitan a generar la vida de un nuevo ser, pero por distintas circunstancias no generan vínculo filial alguno, evento en el cual solamente se les puede catalogar como progenitores.

Ahora bien, podemos señalar sin lugar a equívoco que, dentro de las clasificaciones relativas a la filiación, hoy debemos hablar de la FILIACIÓN JURÍDICA, aquella que surge del reconocimiento legal, cuando sin mediar vínculo sanguíneo o en razón de la adopción, la ley reconoce un especial parentesco que surge a partir de trato de dos o más personas, en el cual el primero se comporta como hijo, el segundo o los segundos, como padres, lo cual se torna público⁴ y constante en el tiempo.

Surge aquí el denominado hijo de crianza, correlativamente los padres de crianza, llegándose hoy a referirse a la familia de crianza, ello a

4 Aquí estamos refiriendo a la denominada posesión notoria de estado civil.

partir de reciente ley⁵ y con anterioridad, importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional⁶.

La filiación es abordada en el ámbito jurídico colombiano a partir de una construcción normativa tripartita a saber: (i) la normatividad constitucional, incluyendo el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad; (ii) la normatividad sustancial, para el caso Colombia, el código civil, la ley de infancia y adolescencia -ley 1898 de 2006-, la ley 294 de 1996 en materia del control a los actos de violencia intrafamiliar; (iii) en lo procesal, esencialmente el código general del proceso -CGP- a más de otras leyes especiales.

La FILIACIÓN genera una relación de parentesco entre dos o más personas. Genera un estado civil, lo que conlleva el surgimiento de un conjunto de derechos y obligaciones entre el padre, la madre y el hijo, lo que a su vez se traduce en el ejercicio de la patria potestad, lo que ahora se denomina la “*potestad parental*”, cuando es ejercida por los dos padres.

La FILIACIÓN forja, a partir del parentesco, una relación de descendencia, pero a su vez de ascendencia entre el padre y la madre y el hijo o hija, surgiendo así una consecuencia derivada, el ejercicio de la patria potestad.

Del ejercicio de la patria potestad surge consecuencial, tratándose de hijos menores de edad, la guarda y custodia, la regulación de visitas, pero de manera primordial el derecho-obligación alimenticia, la cual no queda supeditada a la minoría de edad, ello en la medida que a voces de los artículos 411 y 416 del C.C. se deben alimentos un grupo de personas en razón del parentesco, lo cual surge de la Filiación, no solo entre ascendientes y descendientes.

La Filiación da luego lugar al ejercicio de otro derecho, lo sucesoral, ello a partir de la observancia de los órdenes sucesorales.

5 Recientemente en Colombia, se promulgó la Ley 2388 de 2024 (julio26) por la cual se definió la familia de crianza, estableció su naturaleza, además de establecer los medios probatorios y reconocer los derechos y obligaciones entre sus miembros.

6 Así, por ejemplo, las sentencias de tutela: T-376 de 2023; T-279 de 2020.

La Filiación permite de igual manera, el surgimiento de la *nacionalidad*, ello en la medida de aplicarse el denominado *ius sanguinis*⁷.

La filiación, por tanto, se establece en presupuesto necesario para formar, respecto de las personas, su estado civil, las relaciones entre padres e hijos y otros ascendientes para el ejercicio de la patria potestad, derechos y orden sucesoral, la nacionalidad de los individuos, derechos y correlativas obligaciones alimentarias. Todo lo anterior garantiza derechos superiores, los cuales tienen especial protección no solo a partir de la norma Constitucional y legal propias, además por el bloque de Constitucionalidad y el control de convencionalidad.

En ocasiones la filiación surge en virtud de una presunción legal (*iuris tantum*) según la cual, como lo establece el artículo 213 del C.C. respecto del hijo habido de mujer casada.

Al ser presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario. Pero en otras, cuando el hijo nace de mujer que no está casada y el posible padre de la criatura se niega a su espontáneo reconocimiento, se debe en últimas acudir al proceso judicial (*investigación de la paternidad*), a fin establecer o desechar el posible lazo filial.

Cuando el varón considera no ser el progenitor del hijo nacido de su cónyuge, para su demostración y consecuencias derivadas, podrá acudir al proceso judicial, para el caso, el proceso declarativo de impugnación de la paternidad.

3 LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES QUE SURGEN Y SE RECONOCEN A PARTIR DE LA FILIACIÓN

La norma constitucional establece que la familia se establece en la célula básica de la sociedad.⁸

7 El *ius sanguinis* se establece como el derecho de sangre, significando que los nacidos de padre o madre de un país, recibirán la nacionalidad de dicho país por el solo hecho de ser hijos de aquellos. Sobre el tema debemos abordar luego el estudio del artículo 19 del C.C. Colombiano.

8 Así se desprende del alcance normativo contenido en el artículo 5º Superior.

De forma general, aun cuando no siempre, ese núcleo familiar se compone de unos padres y unos hijos, creándose entre ellos, un lazo filial, el cual, a su vez, genera consecuencias jurídicas.

A su vez, es mandato constitucional propenderse y garantizarse la igualdad entre todos los habientes del territorio nacional, incluso fuera de este, sin razón alguna de discriminación.⁹

Este mandato superior nos permite señalar que es de aplicación respecto de quien, en el entorno de una familia, es tomado como hijo, no pudiendo ser discriminado por el solo hecho de no tener un origen biológico o a consecuencia de la adopción.

El hijo de crianza, bajo esos presupuestos de igualdad, debe disponer de similares prerrogativas y deberes.

La constitución política en el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, reitera que la familia se establece en el núcleo fundamental de la sociedad¹⁰, señalando a continuación que esta se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por el matrimonio, o a partir de la convivencia en la unión marital de hecho.

El artículo 44 Superior normatiza lo correspondiente a los derechos de los niños, enfatizando que aquellos tienen derecho a una familia y a no ser separados de ella. A su vez, señala el conjunto de derechos que les son inherentes, precisamente al pertenecer a una familia, ello sin importar el origen de esta, sea biológica, por adopción, haberse concebido el hijo bajo mecanismos asistidos de fecundación, o ahora, ser hijo de crianza, que como lo hemos señalado, es una relación fáctica, la cual proyectada en el tiempo, genera efectos jurídicos.

Entonces, todo hijo, por solo hecho de serlo y pertenecer a una familia, desde el mandato constitucional, incluyendo el bloque de

9 En referencia a lo consagrado en el artículo 13 Constitución Política de Colombia.

10 El artículo 42 y s.s. de la Constitución Política.

constitucionalidad, tiene los derechos a la vida,¹¹ su integridad física,¹² la salud y la seguridad social, la alimentación, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Más la norma en cita refiere a dos derechos específicos, los cuales, tienen nexo de causalidad directa e indiscutida con la filiación, cualquiera sea sus formas. Aquí referimos a los derechos a tener un nombre y una nacionalidad, para el caso, la nacionalidad colombiana.

Luego, ese contenido normativo del artículo 44° Superior, tiene íntima relación con lo señalado en el artículo 14 Constitucional, el derecho de toda persona a tener una personalidad jurídica. Dentro del reconocimiento a la personalidad jurídica, cada individuo tiene el derecho a tener tanto un nombre, como los apellidos tanto por línea paterna como materna.

Precisamente al referir a la personalidad jurídica, estamos refiriendo a unos especiales atributos, como lo son conocer su origen sanguíneo, lo que de contera lleva a la persona a establecer su nacionalidad. Siempre hemos considerado que, por el hecho de haber ocurrido una adopción con el lleno de los requisitos sustanciales y de forma, no por ello, puede desaparecer el derecho inalienable a conocer el origen sanguíneo de la persona adoptada, sin que ello venga es desmedro de los derechos y deberes que surgen entre los padres adoptantes y el hijo adoptivo.

Respecto de la filiación asistida, si bien, no existe en Colombia desde lo legal una norma específica que normatice el tema, si lo está desde la norma constitucional, en el artículo 42°, cuando indica que los hijos habidos con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes.

Entonces, bajo una interpretación extensiva de la norma en comentario, al igualar y no discriminar los hijos procreados o adoptados, o

11 Así lo consagra la Convención Americana de los Derechos Humanos en el artículo 4. La inviolabilidad del derecho a la vida.

12 Por ello el artículo 53 del Código General del Proceso, señala que se legitima por activa, para un proceso judicial, el concebido, para la defensa de sus intereses, es decir, ya dispone de capacidad para ser parte.

concebidos bajo asistencia científica, se debe entender que dichas prerrogativas y deberes deben ser extendidos al hijo de crianza, quien hace parte a su vez, de una familia de crianza.

Por último, la norma en comento indica que, los niños integrantes de una familia, gozarán igualmente de los demás derechos consagrados tanto en la constitución política, como en el contenido y alcance de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

4 FORMAS DE FILIACIÓN

Natural o por la naturaleza, igualmente denominada biológica

Por adopción

Jurídica

Asistida.

4.1 La filiación biológica o natural

Esta filiación surge a partir el coito o relación sexual que se tiene por un hombre y una mujer, estén o no casados entre ellos, dando lugar al embarazo y consecuente nacimiento de la criatura, la cual, frente a sus progenitores, incluso antes de su nacimiento puede exigir determinados derechos.

Los precitados derechos también pueden ser exigidos frente al Estado mismo, dado que, frente al nasciturus, como al niño, niña o adolescente, existe una triada para su protección y garantía de adecuado desarrollo en su entorno social y familiar, a saber, Estado, sociedad y familia.

Esta filiación es el resultado de la relación “*natura*” de sus padres, reiteramos, estén o no casados entre sí. Ello ha conllevado a que, esta clase de filiación se divida en matrimonial y no matrimonial, a la que podemos denominar igualmente extra matrimonial.

Cada una de estas clasificaciones a su vez dispone de aspectos que las individualiza y las caracteriza.

Aquí, en un estudio pormenorizado, abordaríamos la filiación biológica desde sus dos componentes básicos en cuanto a su origen, la matrimonial y la extramatrimonial, al estar precedida aquella de la denominada presunción *iuris tantum*.

4.2 La filiación por adopción

Respecto de la ADOPCIÓN necesario recordar lo que reiteradamente señala la jurisprudencia y la doctrina, es una ficción legal por la cual surge un vínculo jurídico, pero también filial entre un niño o niña con respecto a sus padres adoptantes, cuando estos no son sus progenitores.

Desde lo normativo debemos referir a la Ley de Infancia y Adolescencia, -1098/06-artículo 61

ARTÍCULO 61. ADOPCIÓN. <Ver Nota del Editor> La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

De relevancia aquí el hecho mismo que la relación que se genera entre adoptante y adoptivo no es meramente jurídica, es esencialmente paterno-filial, debiéndose entender igualmente materno-filial. Es una verdadera relación entre padres e hijos, lo que conlleva el surgimiento de aspectos tales como el ejercicio de patria potestad y lo que ello implica, el surgimiento del denominado domicilio legal, la responsabilidad parental, la relación de doble vía en cuanto a las obligaciones alimentarias, aspectos regulados precisamente en los artículos 411 y 416 del C.C., pero de igual manera en el artículo 111 del Código de Infancia y Adolescencia, entre otros artículos.

El hijo adoptado frente a lo sucesoral se encuentra ubicado en el primer orden sucesoral y hereda en igual proporción que cualquier otro

hijo, teniendo en cuenta para estos efectos la ley 29 de 1982. Entendiéndose en consecuencia de los padres adoptantes son legitimarios respecto de la sucesión de su hijo o hija adoptados, por tanto, ubicados en el segundo orden sucesoral.

Ahora bien, la filiación por adopción trae también unos impedimentos, prohibiciones y restricciones. Así tenemos, el surgimiento de un impedimento para contraer matrimonio entre el padre o madre adoptantes y el hijo o hija adoptivos, numeral 11, artículo 140 del C.C. Pero también se deberá tener en cuenta en este sentido lo consagrado en el artículo 64 del Código de Infancia y Adolescencia, en su numeral 4º que a su vez hace remisión al ordinal 9º del precitado artículo 140 del C.C.

4.3 Filiación asistida

La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socio afectividad, sustentada en la voluntad procreacional. Ello implica una nueva fuente de la filiación¹³.

De lo anterior podemos desde ya señalar que, en la reproducción biológica o natura, interviene por regla general lo biológico, basta la relación sexual para que eventualmente ocurra la fecundación y subsiguiente gestación. Es lo que se denomina “*determinación bilógica*”.

A contrario, en la reproducción asistida, la determinación depende de la voluntad y el afecto, o lo que es lo mismo, ocurrencia de la socioafectividad, ello entre la pareja sometida a estos procedimientos, y en relación con el hijo habido. Aquí el *filius* no surge espontáneo por lo biológico, no, surge en todo o en parte por la voluntad y el querer de quien o quienes han considerado uno de estos procedimientos.

En no pocas ocasiones el vínculo que surge entre el padre y el hijo procreado de manera asistida, es más fuerte, ello en la medida del componente voluntad, o el querer en tener ese hijo. No es una consecuencia espontánea.

13 Cita tomada del artículo “*Determinación de la filiación en la procreación asistida*”. Autor: Enrique Varsi Rospigliosi. Perú. Revista Ius.

El querer ser padre o madre bajo formas asistidas, le permite a todos sus componentes, materializar el *derecho a la felicidad*.

Ocurre a partir del uso de técnicas de reproducción humana asistida, a la cual también se le ha denominado filiación no biológica.

Es el artículo 42 Constitucional, la norma que entre nosotros viene a referir al tema, es decir la procreación de los hijos a partir de la asistencia científica.

Más, aquí surge ya un interrogante:

¿el hijo concebido de manera biológica, el cual está en gestación, no podrá o deberá tener una protección científica para su correcto proceso de gestación y posterior nacimiento?

R/ Ver por ejemplo el artículo 53 del CGP, sobre la legitimación procesal o legitimación en la causa.

Esta misma protección está regulada en el artículo 4º de la Convención Americana de los DD.HH.

El desarrollo vertiginoso de la ciencia médico-científica ha permitido en los últimos tiempos, a partir de la Biomedicina y la Biotecnología la utilización de técnicas que podemos llamar de laboratorio y que han permitido crear vida humana, o lo que es lo mismo reproducción humana no natural o biológica en la forma ancestralmente conocida.

La inseminación asistida ha generado como efecto consecuente la posibilidad de la modificación de las estructuras genéticas que han caracterizado al ser humano, lo que de contera viene a generar consecuencias tanto éticas como jurídicas.

Desde lo científico se sabe de dos clases o formas de reproducción asistida: (i) la inseminación artificial; (ii) la fecundación in vitro.

La inseminación artificial viene a suplir la esterilidad en el hombre, en tanto que, la fecundación in vitro a suplir la esterilidad de la mujer.

La fecundación in vitro es de más reciente desarrollo y utilización, surge en el Reino Unido en 1978 con el nacimiento de Louise Brown. Con este caso se logró la fecundación de un ser humano fuera del vientre materno.

Diferencia básica entre la *inseminación artificial* frente a la *fecundación in vitro*, lo es que la primera se realiza dentro del cuerpo de la mujer, en tanto que la segunda fuera de su cuerpo.

Ahora bien, respecto de la fecundación in vitro (en vidrio) dispone de una característica, la variedad de formas para su logro, así tenemos: (i) dador o donante de semen; (ii) dador o donante de óvulos; (iii) madre sustituta, esta última, cuando la mujer carece de útero, o presenta malformaciones u obstrucciones que le impiden el embarazo.

Más recientemente se ha llegado a la técnica de congelación o de criopreservación de embriones, los cuales ya fecundados permiten ser congelados meses o años. Lo anterior ha permitido en consecuencia la donación de embriones.

La congelación tanto de semen, de óvulos, como de embriones, ha permitido dar vida respecto de un padre ya fallecido previamente, referimos a la *fecundación post mortem*.

En la inseminación artificial se traslada el semen del donante, quien puede ser el cónyuge, el compañero permanente o un donante anónimo, al útero de la mujer, todo ello sin que exista una relación sexual.

Tratándose de la fecundación in vitro, el proceso de unión del espermatozoide con el óvulo ocurre fuera del cuerpo de la mujer, luego, cuando ya se dispone del embrión, este se traslada al útero de la madre para su gestación.

Estas técnicas de reproducción humana tienen por supuesto un alto y definitivo impacto en el surgimiento de la filiación.

5 EL HIJO DE CRIANZA Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO JURÍDICO COLOMBIANO

De tiempo atrás, desde lo social y de alguna manera costumbrista se ha venido hablando del hijo de crianza, no siempre con esta denominación, otrora, a ese niño o niña que era acogido por una persona o

familia, se le daba la denominación del “*recogido*”, generándose de suyo una discriminación inaceptable en la medida que no se le consideraba miembro de dicha persona o familia como grupo, menos aún, se le consideraba hijo, peor, llegar a pensar que dicha persona tenía derechos dentro de dicho núcleo familiar.

Es la jurisprudencia y la doctrina, quienes primeramente abordaron el tema no solo en cuanto a darle una denominación, se comenzó a indicar que dicha persona, el hijo, al tomar como referentes de padres a quienes lo acogieron, debía gozar de especial e igualitaria protección y no discriminación.

Sobre las condiciones y requisitos para considerarse la existencia del hijo de crianza, refirió, entre otros varios pronunciamientos la Corte Constitucional Colombiana, la Sentencia de Tutela o de Amparo Constitucional T-705, del 14 de diciembre de 2016.

Los lineamientos esbozados en dicha sentencia se encuentran hoy recogidos en la Ley 2388 de 2024, referida a establecer la naturaleza de la familia de crianza.

A partir de la ley citada, no hay duda que hoy existe plenamente reconocido tanto el hijo de crianza y la familia de crianza a la cual aquél pertenece.

6 LA FAMILIA DE CRIANZA Y SU ENTRELAZAMIENTO CON EL HIJO DE CRIANZA

Recientemente en Colombia se promulgó la Ley 23878 de 2024, por la cual, se dictan disposiciones sobre la familia de crianza. Por su trascendencia consideramos de utilidad citar textualmente el artículo 2º de la precitada Ley:

ARTÍCULO 2º. Definiciones. Para todos los efectos legales, prescricionales y asistenciales, que se apliquen a la presente ley se tomarán las siguientes definiciones:

- Familia de Crianza: Aquella en la cual han surgido de hecho, y por causa de la convivencia continua, estrechos lazos de amor, afecto, apoyo, solidaridad, respeto, auxilio y ayuda mutuos entre sus Integrantes propios de la relación, durante un periodo de tiempo no menor a cinco (5) años

- Hijo(a) de Crianza: Persona que ha sido acogido para su cuidado, protección y educación durante un periodo de tiempo no menor a cinco (5) años, por una familia o personas diferente a la de sus padres biológicos; sean estas familias consanguíneas o no

- Padre o Madre de Crianza: Persona(s) que de forma voluntaria y en virtud de lazos afectivos y emotivos ha(n) acogido dentro de su núcleo familiar un menor del cual no son sus progenitores, pero que pueden tener o no una filiación biológica, y se encargan de su protección y cuidado como uno más de sus hijos durante un período de tiempo no menor a cinco (5) años

- Abuelo o abuela de crianza: Ascendientes en el segundo grado de consanguinidad o segundo grado de parentesco civil del padre o madre de crianza de un niño, niña o adolescente.

- Nieto o nieta de crianza: Hijo o hija de crianza, del padre o madre de crianza, en los términos de la presente ley.

Parágrafo. Se entiende como hijo, madre y/o padre de crianza a quienes además de la relación de que trata este artículo logran el reconocimiento a través de sentencia judicial o escritura pública.

Del análisis normativo podemos establecer, respecto de la familia de crianza, las siguientes características:

- Surge de hecho, es decir, no le precede un vínculo jurídico,
- Se requiere de una convivencia continua, la cual no puede ser menor a cinco (5) años, entre aquellas personas que conforman ese núcleo familiar, lapso en el cual, entre sus miembros, surgen una relación, la cual conlleva generar y estrechar lazos de amor, afecto, solidaridad y demás que indica la norma,
- Uno de los componentes de la familia de crianza, lo es el hijo de crianza, quien ha sido acogido por una familia, cuyos integrantes son diferentes a sus padres biológicos. Aquí podemos señalar

respecto de estos últimos que se podrá estar frente a los progenitores, por las razones previamente indicadas.

- El padre o madre de crianza es aquella persona, que, sin ser el progenitor biológico, frente al hijo de crianza, asume o asumen el rol de padres, generando en el hijo la convicción de que aquellos son sus padres con todas sus implicaciones, sin que en su trato cotidiano se advierta ninguna diferencia o trato desigual respecto de los demás hijos y otros miembros sanguíneos de la familia.
- Ese trato de padre o madre de crianza, frente al hijo de crianza tiene una temporalidad a fin surgir a la vida jurídica, un lapso no menor a los cinco (5) años.
- Se reconoce la existencia del parentesco en los ascendientes ya sea por consanguinidad o el parentesco civil.
- Se entiende la ocurrencia de este parentesco por el solo hecho que ocurran las presupuestos antes señalados, es decir, el tiempo, el comportamiento inequívoco y recíproco, de un lado, como padres de crianza, del otro, como hijo de crianza.
- Además, se tendrá como ocurrida esta clase de relación recíproca, cuando el interesado logren el reconocimiento de tales, mediante sentencia judicial o a partir de una acto voluntario a través de escritura pública.

Sobre este punto en específico necesario señalar que puede ocurrir, por ejemplo, que, fallecidos el padre o madre, o los dos padres de crianza, los hermanos sanguíneos de aquellos, quieran desconocer su hermano de crianza, a fin, por ejemplo, excluirlo de sus derechos herenciales o una eventual sustitución pensional.

En este evento, el hijo de crianza podrá acudir al trámite judicial a fin lograr, a partir de un fallo de fondo, se le reconozca a posteriori como hijo de crianza de sus fallecidos padres, correspondiendo ello a la pretensión de dicha demanda.

Igualmente, en vida, el padre o madre de crianza, podrá reconocer mediante escritura pública, que determinada persona es su hijo de

crianza, a fin zanjar eventuales futuras controversias, en las que personas ajenas al padre o madre de crianza, pretendan desconocer tal calidad.

- Desde lo probatorio, son de aplicación respecto de los trámites judiciales para el reconocimiento del hijo de crianza, los medios probatorios a que refiere el artículo 165 del Código General del Proceso.¹⁴ Así, de observancia los principios de necesidad de la prueba y el carga de la prueba, para este último, la citada ley que regula la familia de crianza, hace expresa remisión al artículo 167 del CGP, norma que determina como método principal de probanza, la carga estática de la prueba, correspondiéndole en consecuencia a cada cual de los intervinientes, la demostración de sus aseveraciones.
- El precitado artículo 167 del CGP, a más de contener como base, la carga estática de la prueba, a renglón seguido estatuye la dinamización de la carga probatoria, lo cual, como es sabido, permite que uno de los extremos de la actuación judicial alegue el hecho relevante, pero, coloca en la contraparte la carga de aportación del elemento demostrativo, ello a partir de establecerse que este último, tiene mayor facilidad para la prueba.
- Son varios los aspectos que deben quedar probados en la actuación jurisdiccional que busque la declaratoria de hijo de crianza, correlativamente de la familia de crianza. Se consideran pruebas y medios probatorios conducentes y pertinentes la declaración de los padres de crianza, incluso la del hijo de crianza, declaración testifical de los padres sanguíneos si los hubiere y demás testigos presenciales y circunstanciales que acrediten esa posesión notoria de hijo y por el tiempo que exige la ley.

14 El Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012- es el actual estatuto procesal referido a las controversias judiciales que surjan y que correspondan a la jurisdicción ordinaria en cualquiera de sus especialidades jurisdiccionales, entre otras, las civiles y de familia. Importancia adicional de este estatuto su carácter de residual, ello en relación con otras especialidades jurisdiccionales y demás jurisdicciones especiales.

- De trascendencia la demostración coetánea, de la precaria o inexistente relación del hijo con su padres bilógicos, o porque estos están muertos.

7 CONCLUSIONES

De la normativa tanto constitucional como legal aquí abordada se advierte una forma novedosa y relativamente reciente de generarse la filiación a partir de un modo diferente a las ya conocidas natural o biológica, por adopción y asistida científicamente, referimos a la adopción que surge a partir de darse una situación fáctica como ya se señaló, el trato público, inequívoco, igualitario de una familia hacia una persona, por regla general menor de edad, a quien se le acoge como un hijo más con las prerrogativas propias de esta condición y por el tiempo mínimo que determina la ley.

Como se indicó, del hijo de crianza y su reconocimiento se ha venido refiriendo la jurisprudencia y la doctrina de tiempo atrás, llegándose a establecer ciertos derechos del hijo de crianza, los cuales inequívocamente se vienen a consolidar a partir de la promulgación y vigencia en Colombia de la Ley 2388 de 2024, generándose así, una forma reconocida de filiación con los derechos y deberes que de ello surgen.

Previamente hemos hablado de los derechos que surgen primordialmente en favor del hijo de crianza, ello bajo el entendido de ser, por lo general, menor de edad cuando se da la circunstancia de ser acogido en la familia de crianza, con la especial y prevalente protección que se establece por el código de la infancia y la adolescencia en favor del niño, niña y adolescente. Aquí se impone ahora, a manera de epílogo, referir a los deberes que también surgen con cargo al hijo de crianza. Así como en su infancia tuvo la condición de alimentario, y sus padres de crianza la de ser alimentantes, el paso de tiempo puede trocar dichas posiciones, ahora ser el hijo de crianza el alimentante y sus padres de crianza los alimentarios, todo ello no tanto a partir de una mera reciprocidad, sobre todo y

siendo lo relevante, de una gratitud por quien asumió las obligaciones y vicisitudes de padre o madre, por un acto voluntario y de grandeza, todo ello sin perjuicio del mandato legal de quien le debe alimentos a quien, para el caso lo establece el Código Civil Colombiano en el artículo 411.

De los conceptos de hijo de crianza, ahora, recientemente, de familia de crianza, se consolida una especial forma de filiación con todas sus prerrogativas y deberes, los cuales se tornan recíprocos.

REFERENCIAS

ARÉVALO FÓMEQUE HECTOR FRANCISCO. Artículo basado en los apuntes y consideraciones de aula, como docente del módulo de filiación, en la Especialización de Derecho de Familia, dictado en la Universidad La Gran Colombia, sede Bogotá.

REFLEXÕES SOBRE O DESASTRE CLIMÁTICO DE MAIO DE 2024: A TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTATAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Cinara Furian Fratton¹

Patrícia Cunha²

1 INTRODUÇÃO

As chuvas que inundaram o Estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2024, desalojaram milhares de pessoas, obrigando-as a

- 1 Mestre em Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação Escola do Ministério Público. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, do PPGD/FMP. Membro do Núcleo de Defesa da Pessoa com Deficiência da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Defensora Pública. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5552953843397887>. E-mail: cinarafratton@defensoria.rs.def.br.
- 2 Mestre em Direito pela Fundação do Ministério Público, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, do Programa de Pós-graduação em Direito da FMP/RS. Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação do Ministério Público. Especialista em Direito e Negócios Imobiliários pela Fundação do Ministério Público. Promotora de Justiça. Currículo Lattes: endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8450777960836983>. E-mail: pzcunha@mprs.mp.br.

abandonar moradias e bens materiais para salvaguardar suas vidas. Alguns viram-se na necessidade de tomar essas decisões em questão de horas, outros tiveram poucos dias para racionalizar sobre as medidas a serem adotadas. Em comum, todos compartilhavam um sentimento de incredulidade em relação ao alcance das águas, desacreditando que pudessem chegar ao nível de devastação que se concretizou. Cidades foram completa ou parcialmente submersas e, em um curto período de tempo, um contingente de crianças, adultos e idosos viu-se totalmente desprovido dos direitos mais fundamentais.

O abastecimento de água foi interrompido pelo desligamento de bombas que submergiram sob as águas. Em muitos locais, especialmente no princípio, a energia elétrica também foi afetada. Em áreas mais severamente atingidas, as famílias removidas de forma abrupta precisaram ser divididas no momento dos resgates, uma vez que os meios de transporte disponíveis nem sempre detinham capacidade de retirar todas as pessoas de um núcleo familiar ao mesmo tempo. Nessas ocasiões, a priorização de crianças, eventualmente entregues por seus próprios pais a voluntários desconhecidos, ocasionou a separação momentânea dessas famílias por um período, com impactos psicológicos que ainda não podem ser mensurados.

Desalojados e emocionalmente fragilizados pela experiência traumática, os sobreviventes formaram, em questão de dias ou horas, um enorme contingente de vulneráveis em todos os sentidos. Entre estes, inúmeras crianças e adolescentes cuja rotina de suas vidas, inclusive no aspecto educacional, foi abrupta e prolongadamente afetada.

Se a imprevisibilidade da força águas pode ser descrita como surpreendente para o senso comum, não menos impactante foram a rapidez, eficiência e dedicação dos voluntários da sociedade civil que surgiram para se somarem aos agentes das forças públicas de segurança pública e instituições na proteção dos direitos fundamentais dos atingidos. Dos resgates nas embarcações privadas, à organização de pontos de recepção, passando por iniciativas de fornecimento de alimentação, remédios, atendimento médico e psicológico, até o encaminhamento para abrigos,

em todas essas fases, a participação do voluntariado surgiu na mesma proporção dos problemas emergenciais a serem enfrentados. Abrigos formaram-se em clubes, universidades, locais destinados a cultos religiosos e propriedades privadas, bem espaços cuja destinação jamais foi pensada como moradia temporária para grupos de dezenas, centenas ou milhares de pessoas. Além disso, muitas escolas públicas, e algumas privadas, passaram a ocupar a função de abrigos, o que impediu a frequência escolar não apenas no período inicial, mas também num momento logo posterior ao emergencial. É certo que tais iniciativas eram imprescindíveis e que reduziram, de forma mínima e algumas vezes precária, as necessidades mais básicas e prementes, mas as violações de direitos fundamentais como habitação, segurança, liberdade e, sobretudo, dignidade, não puderam ser evitadas. Na esfera dos direitos infantojuvenis, o afastamento da rotina escolar reproduziu a descontinuidade já verificada na época da pandemia, em novo prejuízo à educação.

Nesse enfrentamento do caos, ferramentas tecnológicas auxiliaram sobremaneira em muitos sentidos, mas foram insuficientes para assegurar a manutenção de atividades educacionais, o que ocasionou, entre crianças e adolescentes abrigados, novo espaço de prejuízo no ciclo de aprendizado. Nesse aspecto, a rapidez e capilaridade inerentes à tecnologia não se mostrou apta a proporcionar que os alunos atingidos mantivessem alguma rotina de estudo. Ao contrário, as redes sociais, mesmo naquele momento de devastação, também foram utilizadas para desinformação e cometimento de crimes envolvendo fraudes que violaram a esfera patrimonial, expondo todos os usuários a novas violações.

A partir da experiência vivida no mês de maio de 2024 no Estado do Rio Grande do Sul, no cenário de crise acima referido, o presente trabalho pretende indagar a respeito do papel da tecnologia na proteção dos direitos fundamentais de núcleos familiares e ponderar sobre sua utilização na proteção do direito à educação de crianças e adolescentes.

Busca-se investigar dois lados contrastantes do uso da tecnologia em relação aos direitos fundamentais, um positivo e outro negativo,

abordando iniciativas que surgiram nesse cenário de crise extrema que se instalou no Estado do Rio Grande do Sul.

Para tanto, parte-se da contextualização do desastre climático, correlacionando direitos que necessitaram ser protegidos de forma premente com algumas das ferramentas tecnológicas utilizadas naquele período, seja na proteção ou da violação. No intuito de cumprir essa tarefa, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental comparativa, além do exame da legislação pertinente, resultando no presente estudo descritivo e exploratório.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO IMPACTO

A magnitude do evento climático que atingiu o Estado do Rio Grande do Sul vem referida por Starlet, Ferterdeifer (2024), que destacam a amplitude da abrangência, registrando que pelo menos 90% dos municípios do Estado do Rio Grande do Sul foram atingidos, impactando a vida de meio milhão de pessoas, a quem classificam como deslocados climáticos. No artigo, escrito em maio de 2024, com dados provisórios da Defesa Civil, apuraram-se 148 óbitos, 124 desaparecidos, 538.545 desalojados e 2.124.203 pessoas afetadas. Os dados do boletim publicado pela Defesa Civil do Rio Grande do Sul, em seu site, em 10 de julho de 2024, estavam atualizados e contabilizavam 2.398.255 pessoas afetadas, 806 feridos, 29 desaparecidos e 182 óbitos. (RS, Defesa Civil, 2024).

Em questão de dias, a devastação ocasionada pelas enchentes gerou demandas urgentes de toda a ordem, pois o colapso advindo dos alagamentos e a sobrecarga sobre diversos serviços, dele decorrente, atingiram indiscriminadamente hospitais, unidades básicas de atendimento, casas de acolhimento de crianças, instituições de longa permanência de idosos, escolas, penitenciárias. Além disso, na mesma proporção foram também afetados imóveis particulares e empresas de todo porte (Ely, 2024). Houve risco de desabastecimento, até porque as vias de acesso rodoviário foram extremamente danificadas. O aeroporto da capital

do Estado permaneceu submerso e, no momento em que este artigo está sendo elaborado, ainda não retornou às operações (Chagas, 2024).

Esses dados permitem que se afirme que os eventos climáticos que atingiram o Estado do Rio Grande do Sul configuraram um desastre de proporções poucas vezes constatadas.

A Lei nº 14.750/23, que alterou a Lei nº 12.608/12, conceitua o desastre (art. 1º, § único, V) como sendo o “resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis” causadores de danos humanos, ambientais e prejuízos socioeconômicos. A mesma legislação define estado de calamidade pública (art. 1º, § único, VI), consistente em situação anormal cujos danos e prejuízos comprometem “resposta do poder público do ente atingido, de tal forma que a situação somente pode ser superada com o auxílio dos demais entes da Federação” (Brasil, 2012, texto digital).

Os desastres hidrológicos podem ensejar classificações diversas, tais como inundações, enxurradas e alagamentos, que podem ocorrer de forma brusca ou gradual (Coutinho, 2014). No caso do Rio Grande do Sul, as chuvas que assolaram o Estado iniciaram-se em 27 de abril de 2024, e a evolução das enchentes ocorreu em duas semanas (A cronologia [...], 2024). E ainda que os resultados tenham se tornado previsíveis a partir de um determinado momento, uma cultura que não privilegia a prevenção ocasionou danos que permanecem inestimáveis em seu âmbito global.

Planejamento e prevenção são aspectos incipientes na sociedade brasileira. No âmbito da Constituição Federal, o planejamento está expressamente previsto na organização das políticas sociais (art.193, caput, da CF/88), no planejamento familiar como livre decisão de um casal (art.226, parágrafo 7º), no planejamento relacionado ao exercício da atividade econômica e o desenvolvimento nacional equilibrado (art.174), bem como nas competências concorrentes concedidas a Estados e Municípios no planejamento de suas respectivas organizações (art.30 e 25). (Brasil, 1988).

Todavia, a falta de uma cultura de planejamento no que se refere aos desastres climáticos, há décadas, vem demonstrada por dados apurados, por meio do Grupo de Trabalho sobre Orçamento e Finanças, da Comissão Especial de Medidas Preventivas Diante de Catástrofes Climáticas, concebido pela Câmara dos Deputados. Segundo (2014, p. 5), esse estudo revelou que “dos recursos destinados à prevenção, foram utilizados apenas 25,3% no ano 2005; 39,7% no ano 2006; 51,7% no ano 2007; 51,7% no ano 2008; 69,7% no ano 2009 e 66,0% no ano 2010”.

Desastres climáticos, a exemplo de outras situações extremas, costumam tornar mais evidentes e intensas as fragilidades envolvendo direitos fundamentais. A inexistência de planos de contenção e minimização de danos agrava situações de vulnerabilidades preexistentes, uma vez que “a ausência de políticas públicas tem grande participação na ocorrência e no agravamento de tragédias, o que faz com que a maioria deixe de ser natural” (Carvalho; Damascena, 2012, p. 96). Essa visão, inclusive, sustenta as posições relacionadas à possibilidade de responsabilização civil decorrente dessa espécie de omissão.

Em casos de desastres, surge um conceito de vulnerabilidade voltado para o macro, diverso daquele usualmente adotado em relação à esfera individual, e, para efeitos das tragédias climáticas, a vulnerabilidade compreenderia “o grau de resistência ou suscetibilidade de um sistema socioeconômico em relação ao impacto dos perigos naturais”. (Souza, 2019, p. 94). O nível de vulnerabilidade também pode ser medido por fatores como a consciência da população sobre os perigos, a infraestrutura existente e as condições de vida das pessoas. (Souza, 2019).

Nesse aspecto, a vulnerabilidade da sociedade gaúcha para desastres pode ser dimensionada pelas violações advindas das enchentes de maio de 2024 e pela surpresa que tomou conta de instituições públicas e privadas, de forma geral, no que se refere à extensão e tratamento dos danos causados pelos eventos climáticos.

3 A FACE ILUMINADA DA TECNOLOGIA

Se a falta de planejamento é sustentada com um traço cultural da sociedade brasileira, como mencionado no tópico acima, por outro lado, também a criatividade costuma ser atribuída como característica comum aos brasileiros, muitas vezes justificada na necessidade de enfrentar problemas e solucioná-los de modo não ortodoxo, numa espécie de “processo criativo natural, inerente e cultural do brasileiro”, com resultados improvisados e bastante pessoais (Pereira; Pinheiro; Kunz, 2015, p. 67).

Esses dois traços distintos da sociedade brasileira apresentaram reflexos no enfrentamento das demandas trazidas pelas enchentes no Rio Grande do Sul, pois a necessidade de organizar um contingente inesperado (ou não planejado) de milhares de desalojados, e a falta de estruturas preparadas (ou não planejadas) para o atendimento das demandas que se apresentavam, exigiu criatividade. Não se pretende aqui perquirir se essa criatividade surgiu da urgência ou de um traço cultural, mas entende-se que o processo criativo pode ser facilmente constatado pela quantidade e a diversidade de ferramentas tecnológicas que surgiram, tanto no setor privado como no setor público, em um curto espaço de tempo, na tentativa de dar conta do contingente de pessoas e animais desalojados.

Para que se tenha uma ideia do número de iniciativas nesse sentido, a Secretaria de Inovação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (Sict) mapeou 318 projetos e ações, propostas por 285 instituições diversas, criando um catálogo de soluções para enfrentamento de desastres climáticos. Da mesma forma, uma análise desse catálogo possibilita verificar a amplitude do leque de atuação dessas iniciativas (RS, Sict, 2024).

Cabe aqui uma breve ponderação, quanto à possível contribuição do momento pandêmico vivido alguns anos antes, quando a tecnologia foi fundamental para o mapeamento epidemiológico do vírus, assim como para a disseminação e o compartilhamento de conhecimento científico em busca de diagnóstico e vacinas para um vírus até então não enfrentado em escala mundial.

Durante a pandemia da covid 19, criaram-se ferramentas tecnológicas que cruzavam os dados das câmeras termais instaladas em aeroportos os registros constantes no sistema de controle de imigração e os dados do sistema nacional de saúde (Whitelaw; Mamas; Topol, Spall, 2020). Na mesma época, uma plataforma desenvolvida pelo Swedish Health Services viabilizava que trabalhadores da área de saúde inserissem, em tempo real, informações sobre o número de pacientes diagnosticados com covid 19, o número de trabalhadores do sistema de saúde disponíveis, de equipamentos de proteção, respiradores e demais insumos essenciais para aquele momento, auxiliando o planejamento dos recursos. Na Universidade *Johns Hopkins*, um *daschboard* foi desenvolvido para monitorar as mortes por covid 19 no mundo, com cruzamento do fator clima das regiões em que ocorriam, na tentativa de criar projeções quanto ao desenvolvimento da doença levando em conta esse fator. Mais tarde, quando as vacinas foram desenvolvidas, a tecnologia contribuiu na logística de distribuição das doses.

Essa experiência pretérita, mas recente, pode ter contribuído na capacidade de adaptação e resposta exigida no período das enchentes do Rio Grande do Sul, pois, assim como no ápice da covid 19, era preciso imprimir velocidade de ação para assegurar a primeira demanda sempre presente nestes momentos: assegurar o direito à vida.

Nas enchentes, foi primordial retirar dos locais de risco aqueles que não tiveram tempo, ou não dispuseram de condições físicas para tanto, ou ainda, simplesmente optaram por não abandonar seus lares quando ainda era possível. É preciso ter em mente que os resgates dependiam de mapeamento dessas pessoas e que, para realizar os salvamentos, necessitava-se de veículos, combustível e equipes. E tudo isso requeria comunicação e gestão.

Nesse sentido, a tecnologia possibilitou sistemas de monitoramento para medição dos níveis de águas, de alertas precoce, fazendo uso de *drones* dotados com câmeras de alta resolução. (Dal Molin, 2024). Nos resgates, a ferramenta de geolocalização de celulares foi utilizada, a partir

de uma ação conjunta realizada entre o *Ciberlab*, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, juntamente com as polícias civis do Rio Grande do Sul, Pará, Pernambuco e Sergipe. (Maria, 2024). Aplicativos como o “pessoa perdida”, “ajude RS” e “Pet RS”, também auxiliaram na fase inicial de localização de pessoas e animais desaparecidos (Dal Molin, 2024).

O desafio seguinte era abrigar, vestir, alimentar e tratar lesões físicas e mentais das vítimas atingidas pelo desastre climático, adotando estratégias na tentativa de organizar um enorme contingente de voluntários que se autogeriam em células separadas e enviavam recursos de modo incessante. A solução adotada passou pelo uso de aplicativos que conectavam doadores e necessitados.

No âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, a Subprocuradoria-Geral de Justiça de Gestão Estratégica, em parceria com iMaps, Qlik Brasil, Google Brasil e SOS-RS, lançou no dia 24 de maio, uma plataforma que conectava informações sobre as necessidades dos abrigos e organizava a distribuição das doações. O SOS Maps listava as demandas essenciais dos abrigos e disponibilizava para cruzamento com o material disponível para doação, ligando doadores e abrigos, em tempo real. (RS, MPRS, 2024).

O aplicativo já vinha sendo usado, de modo experimental, desde o início do mês de maio, nas visitas diárias feitas por equipes do Ministério Público aos abrigos listados pela Prefeitura Municipal. Nessas ocasiões, as visitas geravam uma lista de solicitações das mais variadas necessidades colhidas junto aos gestores dos abrigos, que abarcavam desde a localização de familiares que haviam sido separados no momento do resgate, pedidos de insumos, bem como constatações de situações de risco. (RS, MPRS, 2024).

Essas constatações realizadas nas visitas exigiram soluções urgentes e, em um curto espaço de tempo, a iniciativa tecnológica disponibilizou a todos os membros e servidores que realizavam as visitas a locais abrigados um protótipo de aplicativo que, baixado em celulares, permitia às equipes a inserção de relatórios e registros de demandas menos

urgentes. As necessidades imediatas eram transmitidas através de whatsapp, em mais um uso da tecnologia, para membros que integravam o setor de comunicação do chamado “Projeto Abrigos”. (RS, MPRS, 2024).

As demandas eram direcionadas aos Promotores de Justiça com atribuição na atividade de execução e aos Centros de Apoio, ou ainda à instituição que pudesse auxiliar na solução imediata do problema. Portanto, o aplicativo desenvolvido e o fluxo de comunicação estabelecido, em tempo real, atualizavam e formalizavam as condições e as necessidades dos abrigos visitados. Dessa forma, os próximos que comparecessem ao local, dispunham de informações detalhadas deixadas pela equipe visitante anterior, para que a próxima pudesse conferir a resolutividade dada à demanda antes registrada. (RS, MPRS, 2024).

A falta de documentos pessoais, que se faziam imprescindíveis para o cadastro nos setores responsáveis por benefícios sociais que começaram a ser concedidos, também consagrou-se como um problema comum a muitos abrigados. Como a urgência da evacuação exigiu que algumas pessoas saíssem de suas casas sem nada carregar, esses indivíduos não dispunham de qualquer documento quando necessitaram recomeçar suas vidas. A Defensoria Pública, por meio do convênio firmado com a Corregedoria do Poder Judiciário, passou a requisitar essas certidões, *on line*. No antedimento das pessoas abrigadas, um formulário era disponibilizado pela Corregedoria para preenchimento na plataforma do *googleforms*, com inserção do nome completo, nome dos pais, local de nascimento e, se a pessoa atendida lembrasse, o número do Cadastro de Pessoa Física (CPF) e o nº de identidade (RG). Com o preenchimento dos dados da pessoa atingida pelas enchentes no formulário, que poderia ser realizado inclusive por telefone, o pedido era encaminhado para a Corregedoria e, juntamente, com os Cartórios de Registro de Pessoas Naturais, a certidão de nascimento ou casamento era obtida. (RS, DPE. 2024, a).

O atendimento das pessoas afetadas pela enchente também foi realizado por meio do projeto DefensoriaContigo@DPE, com foco nos dezesseis maiores abrigos da Capital, cujo objetivo era prestar atendimentos

e esclarecimentos sobre dúvidas na seara jurídica. (RS, DPE. 2024, b). O Projeto Agiliza@DPE, a partir de um convênio com a Caixa Econômica Federal, a CEEE Equatorial, a Defensoria Pública da União e a Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC), organizou o atendimento de pessoas atingidas pelas enchentes em um único local, centralizando os cadastros para benefícios sociais junto à Caixa; a concessão de tarifa social junto à CEEE; a inscrição no CADÚNICO e Cadastro Emergencial; disponibilizando atendimentos jurídicos prestados pela Defensoria Pública do Estado e da União. (RS, DPE. 2024, c).

O que percebe é que, na tentativa de dar efetividade a direitos sociais e restituir cidadania, a tecnologia colaborou em níveis surpreendentes e com resultados que ultrapassaram as expectativas em algumas áreas, mas que deixaram a desejar em outras, como no caso do direito à educação de milhares de crianças e adolescentes.

4 O LADO NEFASTO DA TECNOLOGIA NAS ENCHENTES

Passada a fase inicial de enfrentamento, consistente no resgate e abrigamento de pessoas, uma nova fase de mostrou igualmente desafiadora: o início da reconstrução de vidas e estruturas.

No recorte da presente pesquisa, verifica-se que, assim como ocorreu no momento pandêmico, o prejuízo educacional para crianças e adolescentes se fez novamente presente a partir da ocupação de espaços escolares destinados a abrigos que perduraram por várias semanas. Pelo menos 1.103 das 2.338 instituições de ensino do Rio Grande do Sul foram atingidas de algum modo, impactando cerca de 330 mil alunos no momento mais crítico das enchentes. (Foi preciso [...], Zero Hora, 2024).

Sem planejamento e planos de contingência, esses prejuízos tendem a repetir-se, pois, a cada ano, eventos climáticos extremos demonstram que as mudanças climáticas não podem mais ser ignoradas. De acordo com Kouski (2016), eventos climáticos podem afetar crianças de três modos: causando-lhes lesões ou mortes, em especial desnutrição e

contaminações advindas da ausência de água potável; trazendo-lhes sofrimento pela pelas experiências vivenciadas e pelas perdas materiais ocasionadas e, por fim, no que se relaciona ao recorte do presente artigo, interrompendo o período de aprendizagem pela necessidade de deslocamento de suas residências, pela destruição de escolas ou pela indevida inclusão de crianças e adolescentes como força de trabalho para reconstrução das condições familiares.

Com as enchentes de maio de 2024, várias instituições de ensino, especialmente as escolas públicas, foram utilizadas como abrigos temporários para as pessoas afetadas, inviabilizando a continuidade do aprendizado de centenas de crianças, com novo prejuízo ao ano letivo, como já ocorrera no período em que o mundo foi afetado pelo vírus da covid 19.

Ao tratar do direito à educação no período da pandemia, Luciana P. Grumbach Carvalho aponta preocupações para os alunos que deixaram de frequentar os colégios, cujo afastamento das atividades escolares trouxe reflexos relacionados à própria subsistência, já que, para muitas crianças e adolescentes, a escola também é o local onde recebem refeições que garantem sua segurança alimentar. Além disso, o espaço educacional, para muitos alunos, traduz a ideia de proteção, “afastando-os de ambientes violentos, seja por violência doméstica, seja por abusos físicos e sexuais cometidos contra elas” (Carvalho, 2021, p. 17), e representa o lugar em que podem pedir socorro contra as ameaças ou violações de direitos.

No período da covid 19, quando o isolamento também afastou esse grupo vulnerável do ambiente físico escolar, a tecnologia foi utilizada para viabilizar algum tipo de atividade. E ainda que as medidas daquela época tenham se mostrado insuficientes para evitar o retrocesso do aprendizado causado, no caso das enchentes, a destruição ou ocupação das escolas não ensejou iniciativa similar do uso da tecnologia para manutenção de atividades de ensino, uma vez que não se tem notícia nesse sentido.

Cabe destacar que o direito à educação é atribuído ao Estado, à família e à sociedade, havendo prioridade de atendimento em prol das crianças e adolescentes, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de

1988 (Brasil, 1988). Na ótica de Flavia Gomes Cordeiro, em simetria a outras legislações internacionais, a educação deve ser “contínua e ininterrupta a fim de promover o desenvolvimento individual e também nacional” (Cordeiro, 2021, p. 81), consolidando-se em uma política pública essencial.

Em que pese a experiência de inclusão digital no ambiente escolar ocorrida no momento pandêmico recente, com aquisição de computadores e de notebooks, o incremento de serviços de teleconferência, a criação de telecentro e Centros Vocacionais Tecnológicos e disponibilização de oficinas e treinamentos para o aperfeiçoamento do manuseio dos recursos tecnológicos (Silva; Sousa, 2020), situação similar não ocorreu na proteção da população infantojuvenil afetada pelas chuvas torrenciais.

Nas enchentes de 2024, as ferramentas tecnológicas existentes não foram capazes de assegurar às crianças e adolescentes a continuidade do ensino num primeiro momento.

O relatório do Banco Mundial intitulado “O impacto das mudanças climáticas na educação o que fazer a respeito”, elaborado por Sergio Venegas Marin, Lara Schwarz e Shwetlena Sabarwal, aborda a negligência da questão educacional a partir das políticas envolvendo a mudança climática. De acordo com o documento, possíveis alternativas seriam: (i) gestão educacional para resiliência; (ii) infraestrutura escolar para resiliência; (iii) garantir a continuidade do aprendizado diante de choques climáticos; e (iv) alavancar alunos e professores como agentes de mudança.

A longo prazo, medidas como as propostas pela autora serão fundamentais para proteção de direitos infantojuvenis diante da repetição dos eventos extremos.

Não bastasse a questão educacional, também os danos à saúde mental de crianças e adolescentes expostos à condição de desabrigados climáticos é incontestável. As situações extremas vivenciadas nos resgates, como a separação abrupta dos pais, a perda da casa e dos objetos pessoais e o próprio risco à integridade física, certamente marcarão a vida dos resgatados. Se anteriormente à catástrofe já era percebida a limitada atuação da assistência social, a crise acentuou a falta de políticas públicas

que disponibilizem serviços psicológicos e tratamentos sanitários para a cura dos traumas, especialmente, para a população mais carente. Embora o voluntariado tenha sido mobilizado no momento inicial, as circunstâncias demandavam política de atendimento de médio a longo prazo. A ausência de ferramentas tecnológicas nesse sentido também se fez notar no período das enchentes.

Para arrematar, se foi a tecnologia que auxiliou governos municipais e estadual, assim como cidadãos gaúchos, a dar resposta ágil para as demandas emergenciais sofridas em razão do desastre climático no Rio Grande do Sul, por outro lado, também foram as redes sociais que exigiram maior atenção das instituições envolvidas na apuração de crimes no mesmo período.

De golpes envolvendo *pix* (Campanha [...], Ministério das Comunicações, 2024) com chaves falsas a irregularidades nos pedidos de benefícios para reconstrução (Exclusivo [...], GI, 2024), na catástrofe climática gaúcha o ser humano parece ter mostrado o melhor e o pior de sua essência.

No auge do desastre climático que atingiu o Rio Grande do Sul, notícias falsas envolvendo exigências de nota fiscal para realizar doações, multas para veículos de salvamento, exigência de licenças de arraes para embarcações envolvidas em resgates, como *Jet skis* e barcos, fiscalização de marmitas, entre outras, causaram desinformação e desserviço num momento em que o engajamento da sociedade civil era crucial para o atendimento dos desabrigados.

Como afirmam Carvalho e Mateus (2022), numa sociedade informacional “informação é poder”, enquanto “desinformação não é uma informação engana-se por acidente, ou seja, foi criada com o intuito de enganar”. Para Nascimento (2020), *fake news* seriam uma forma de fraudar a realidade através de uma forma meticulosa de mentira organizada e a educação, para a qual “a durabilidade do mundo é assegurada na transmissão do testemunho, dos fatos e do passado narrado em estórias entre as diversas gerações”, seria um fator relevante no combate a tal espécie de

efeito colateral indesejado desse mundo tecnológico em que as sociedades se encontram inseridas atualmente.

O termo *fake news*, contudo, não serve para explicar o “fenômeno da desordem informacional” porque se trata de um fenômeno “complexo de poluição informacional” e foi utilizado, pelo mundo, com caráter ideológico. Tula Wesendonck e Luísa Dresch da Silveira Jaques (2022) destacam que o excesso de informações incompletas ou fraudulentas são incrementadas com o uso intenso das plataformas digitais, espaço em que as notícias falsas se propagam mais rapidamente e alcançam milhares de pessoas, o que poderá causar prejuízos para a integridade da sociedade. (Wesendonck, Jaques, 2022).

Em artigo escrito ainda no ano de 2011, Teles e Oliveira (2011) já antecipavam que as redes sociais estabeleçam relações por afinidade de interesses, destacando riscos daí advindos, apesar dos benefícios vislumbrados na capilaridade das redes e em sua velocidade de disseminação de informação.

O desastre climático do Rio Grande do Sul reforçou a noção de que as redes sociais exercem papel de grande influência na sociedade moderna, em benefício ou malefício da sociedade, conforme ocorreu em maio de 2024.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou investigar sobre o papel da tecnologia na proteção dos direitos fundamentais de núcleos familiares, a partir da experiência vivida no mês de maio de 2024 no Estado do Rio Grande do Sul.

Não apenas adultos, mas especialmente crianças, adolescentes e idosos foram colocados, repentinamente, em situação de vulnerabilidade, desprovidos de acesso à nutrição adequada, moradia, saúde e educação, apenas para mencionar o rol básico de direitos fundamentais atingidos.

Diante de tantas violações concomitantes, foi a tecnologia que acelerou respostas e proteção.

Dos resgates nas embarcações privadas, à organização de pontos de recepção, passando por iniciativas de fornecimento de alimentação, remédios, atendimento médico e psicológico, até o encaminhamento para abrigos, em todas essas fases, as soluções tecnológicas foram essenciais para o atendimento das demandas urgentes que se apresentaram. Exemplo disso, em menção não exaustiva, são o sistema de monitoramento para medição dos níveis de águas, *drones* com câmeras para auxiliar na eficiência dos serviços, a geolocalização de celulares e os aplicativos criados, tais como “Pessoa Perdida”, “Ajude RS”, “Pet RS”.

Outras tantas iniciativas, desenvolvidas na esfera pública e privada, fizeram parte dessa arquitetura tecnológica que concretizou a minimização de danos e a tutela de direitos fundamentais dos vitimados. Num momento trágico, que mudou a história e o coração de todos os gaúchos, a tecnologia salvou vidas.

Entretanto, ainda que a tecnologia tenha sido essencial para o enfrentamento das demandas trazidas pelas chuvas de maio de 2024, seu uso ainda se mostrou embrionário na proteção do direito de crianças e adolescentes, especialmente no âmbito da proteção do direito à educação. A experiência decorrente do momento pandêmico foi subutilizada, sobretudo pela ausência de incremento nas ferramentas tecnológicas para o acesso ao aprendizado no meio digital na fase de desalojamento.

Essa insuficiência dos recursos digitais na proteção do aspecto educacional de crianças e adolescentes no período das enchentes impactou o ciclo de aprendizado e a saúde mental daquele grupo vulnerável.

O uso de computadores e de notebooks nos abrigos, a expansão de plataformas de teleconferência e a oferta de oficinas e treinamentos para o aperfeiçoamento do manuseio dos recursos tecnológicos seriam providências que poderiam reduzir os danos de aprendizagem à população infantojuvenil afetada pelas chuvas torrenciais, e tais providências

poderiam ter sido mais efetivas se houvesse planejamento com utilização das experiências do período pandêmico.

Sob outro enfoque, as redes sociais ocuparam um viés oculto no período das enchentes para a população em geral diante das práticas ilícitas, por meio de golpes com o uso de chaves falsas e *pix* para a arrecadação de recursos para a reconstrução das casas e outros estabelecimentos afetados pelas chuvas. Soma-se as notícias falsas ligadas às solicitações de notas fiscais para as doações e as multas cobradas para embarcações fluviais que prestaram resgates, gerando um caos da desinformação para a toda a sociedade.

As redes sociais exerceram impacto relevante na sociedade, seja pela face luminosa, seja pelo lado nefasto, para toda a comunidade brasileira, especialmente para os gaúchos, os afetados diretos da catástrofe climática de maio de 2024.

Parece ser necessário, cada vez mais, impulsionar as ferramentas tecnológicas existentes, sem prejuízo da implementação de outras iniciativas que objetivem o aprimoramento do desenvolvimento do acesso ao aprendizado para os estudantes, especialmente para a população infanto juvenil. A busca por tecnologia poderá minimizar os danos e dar uma resposta mais adequada para as futuras gerações que, infelizmente, também estarão expostas a eventos climáticos extremos, similares às chuvas intensas que inundaram o solo gaúcho.

REFERÊNCIAS

A CRONOLOGIA da tragédia no Rio Grande do Sul. **BBC News Brasil**. São Paulo. 13 maio 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cd1qwpq3z77o>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012.** Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.750, de 12 de dezembro de 2023.** Altera as Leis nºs 12.608, de 10 de abril de 2012, e 12.340, de 1º de dezembro de 2010, para aprimorar os instrumentos de prevenção de acidentes ou desastres e de recuperação de áreas por eles atingidas, as ações de monitoramento de riscos de acidentes ou desastres e a produção de alertas antecipados. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14750.htm. Acesso em: 23 ago. 2024.

CAMPANHA altera sobre golpes em que os criminosos solicitam doações às vítimas das enchentes nos estados do RS e de SC com chave pix. **Ministério das Comunicações.** [S.l.]15 mai. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/campanha-alerta-sobre-golpes-em-que-os-criminosos-solicitam-doacoes-as-vitimas-das-enchentes-nos-estados-do-rs-e-de-sc-com-chave-pix-falsa> Acesso em: 19 set. 2024.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, nº 193, ano 49, p. 83-96, jan./mar. 2012. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/173239/intensificacao_desastres_naturais_carvalho.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

CARVALHO, Luciana P. Grumbach . O direito à educação de crianças e adolescentes no Brasil durante a pandemia mundial do COVID-19. Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 12. julh. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1980920/Artigo%2Bretorno%2B%C3%A0s>

CARVALHO, Mariana Freitas Caniello de; MATEUS, Crístielle Andrade; FAKE NEWS e Desinformação no Meio Digital: Análise da produção científica sobre o tema na área de ciência da informação. **Perspectivas em Ciência da Informação.** Junho de 2022. Disponível em: <https://www.researchgate.net/>

publication/361474126_FAKE_NEWS_E_DESINFORMACAO_NO_MEIO_DIGITAL_ANALISE_DA_PRODUCAO_CIENTIFICA_SOBRE_O_TEMA_NA_AREA_DE_CIENCIA_DA_INFORMACAO_FAKE_NEWS_AND_DISINFORMACAO_IN_THE_DIGITAL_MEDIA_ANALYSIS_OF_THE_SCIENTIFIC_PRODUC Acesso em: 19 set. 2024..

CORDEIRO, Flávia Gomes .**Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí** Ano 01 - Edição 01 - Jan/Jun 2021 . Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/A-garantia-do-direito-fundamental-a-educacao-e-a-pandemia-da-Covid-19-A-accountability-do-Ministerio-Publico.pdf> acesso em: 20 set. 2024.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Proteção Constitucional em face de Desastres hidrológicos. Direitos fundamentais e a importância das ações preventivas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 76, p. 169-184, out./dez. 2014. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/Biblioteca/05-20_3_Encontro_Anual_da_Rede_Ambiental/RTDoc16_5_11_2_9_PM.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

CHAGAS, Gustavo. Pista do Aeroporto Salgado Filho ficou 75% submersa durante enchentes, diz Fraport; entenda demora para retomada. **G1 RS**. [S.l.]: 16 jul. 2024.

Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/07/16/pista-do-aeroporto-salgado-filho-ficou-75percent-submersa-durante-enchente-diz-fraport-entenda-demora-para-retomada.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2024.

DAL MOLIN, Patricia. Iniciativas em tecnologia que estão ajudando as vítimas de enchentes. **Lumiun blog**. [S.l.]: 21 maio 2024. Disponível em: <https://www.lumiun.com/blog/enchentes-no-rs-como-a-tecnologia-auxilia-no-desastre-natural/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

ELY, Lara. Enchentes: hospitais do Rio lutam para funcionar e tentam repor equipes. **Metrópoles**. [S.l.]: 09 maio 2024. Disponível em: <https://www.metro-roles.com/brasil/enchentes-hospitais-do-rs-lutam-para-funcionar-e-tentam-repor-equipes>. Acesso em: 23 ago. 2024.

EXCLUSIVO: governo suspeita de irregularidades em metade dos pedidos de auxílio reconstrução no rio Grande do Sul. **G1 RS**. [S.l.]: 12 jul. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2024/07/12/exclusivo-gover>

no-suspeita-de-irregularidades-em-metade-dos-pedidos-de-auxilio-reconstrucao-no-rio-grande-do-sul.ghtml Acesso em 19 set. 2024.

FOI Preciso se reinventar para retomar a rotina. **Zero Hora**. Porto Alegre. Rs. 24. set. 2024.

KOUSKI, Carolyn. Impacts of Natural Disasters on Children. **The future of children**. v. 26. n 1. 2016, p – 73-92. Disponível em: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1101425.pdf> Acesso em: 18 set. 2024.

MARIN, Sergio Venegas; SCHWARZ, Lara; SABARWAL, Shwetlena. O impacto das mudanças climáticas na educação o que fazer a respeito. Disponível em: https://reliefweb-int.translate.google/report/world/impact-climate-change-education-and-what-do-about-it?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 24 set. 2024.

NASCIMENTO, Carlos Eduardo Gomes. Fake News. Mentira organizada e educação: uma reflexão a partir do pensamento de Hannah Arendt. **Revista Docência e Cibercultura**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 243–263, 2020. DOI: 10.12957/redoc.2020.47553. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/re-doc/article/view/47553>. Acesso em: 17 set. 2024

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Intranet. Disponível em: <https://intra.mp.rs.gov.br/site/noticias/atuacao/59624/> Acesso em: 23 ago. 2024.

PEREIRA, Giovanni Tavares; PINHEIRO, Cristiano Max; KUNZ, Marinês Andrea. Criatividade à Brasileira: o jeitinho para driblar crises. **Revista Pensamento e Realidade**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 61-72, 2015. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pensamentorealidade/article/view/21192/16127>. Acesso em: 10 ago. 2024.

SARLET, Ingo; FERTERDEIFER; Tiago. Direitos Fundamentais e o Desastre no RS. **Consultor Jurídico**. [S.l.]: 20 maio 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-20/direitos-fundamentais-e-desastre-climatico-no-rs/>. Acesso em: 06 ago. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – DPE/RS. **A DPE/RS realiza ações em abrigos de Porto Alegre e Canoas para emissão de certidões de nascimento e casamento**. Porto Alegre, RS, 13 maio 2024a. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/dpe-rs-realiza-aco-es->

-em-abrigos-de-porto-alegre-e-canoas-para-emissao-de-certidoes-de-nascimento-e-casamento. Acesso em: 20 maio 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – DPE/RS. **Projeto Defensoria Contigo reforça atendimentos em abrigos para pessoas afetadas pelas enchentes.** Porto Alegre, RS, 21. maio 2024b. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/projeto-defensoria-contigo-reforca-atendimentos-em-abrigos-para-pessoas-afetadas-pelas-enchentes>. Acesso em: 07 ago. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – DPE/RS. **DPE/RS inicia o projeto Defensoria Agiliza, que reúne serviços para auxiliar os afetados pelas enchentes.** Porto Alegre, RS, 22 maio 2024c. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/dpe-rs-inicia-o-projeto-defensoria-agiliza-que-reune-servicos-para-auxiliar-os-afetados-pelas-enchentes>. Acesso em: 08 ago. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Defesa Civil do Estado do Rio Grande do Sul. **Defesa Civil atualiza balanço das enchentes no RS – 10/7, 11h.** Porto Alegre, RS, 10 jul. 2024. Disponível em: <https://www.defesacivil.rs.gov.br/defesa-civil-atualiza-balanco-das-enchentes-no-rs-10-7>. Acesso em: 17 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Rio Grande do Sul – MPRS. **MPRS tem dois projetos relacionado à atuação nas enchentes como finalistas do prêmio CNMP edição 2024.** Porto Alegre, RS, 16 set. 2024. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/60732/Acesso> em: 18 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Secretária de Inovação, Ciência e Tecnologia – Sict. **Catálogo de Soluções para enfrentamento de desastres climáticos no RS é disponibilizado.** Porto Alegre, RS, 10 maio 2024. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/catalogo-de-solucoes-para-enfrentamento-de-desastres-ambientais-no-rs-e-disponibilizado>. Acesso em: 20 ago. 2024.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos; SOUSA, Francisco Cavalcante de. Direito à educação igualitária e(m) tempos de pandemia. Desafios, possibilidades e perspectivas no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 6 (2020), nº 4, 961-979. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_0961_0979.pdf Acesso em: 19 set. 2024.

SOUZA, Guilherme H. Mariani. Uma reflexão sobre as novas configurações do direito e do estado na prevenção dos desastres ambientais. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza, p- 89-106, 2019.

Disponível em: <https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-5.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2024.

TELLES, Beatriz Marcos; OLIVEIRA, Elaine Ribeiro de Oliveira. Conceitos e Formação das Relações na Redes sociais. **Revista Administração em Diálogo**. v.13, n.1, Jan/Fev/Mar/Abr 2011, p.157-169.

WESENDONCK, Tula; JAQUES, Luísa Dresch da Silveira. Desordem informacional: uma análise sob o olhar das características do fenômeno e da responsabilidade civil no Brasil. *Revista de Ciências Jurídicas*. **Pensar**. Fortaleza. v. 27. n 2. p. 1-13. jun. 2022.

WHITELAW, Sera; MAMAS A Mamas; TOPOL, Eric; SPALL, Harriete GC Van. Applications of digital technology in COVID-19 pandemic planning and response. **The Lancet Digital Health**. V. 2, edição 8, ago. 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500\(20\)30142-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500(20)30142-4/fulltext). Acesso em: 20 ago. 2024.

EL PODER TRANSFORMADOR DEL FEMINISMO: CLAVES PARA EL ACCESO Y LA PERMANENCIA DE LAS MUJERES EN LA UNIVERSIDAD

Anita Pérez Morales¹

Alfonso Jaime Martínez Lazcano²

1 INTRODUCCIÓN

Las universidades, como espacios de creación y transmisión de conocimiento, tienen la responsabilidad de fomentar ambientes equitativos que favorezcan la igualdad de oportunidades académicas, profesionales y laborales entre los géneros. Estas Instituciones de Educación Superior (IES) en varios países, incluido México, enfrentan un reto importante en materia de género: erradicar la desigualdad que aún persiste es un trabajo difícil

- 1 Licenciada en Derechos Humanos, Maestría en Defensa de los Derechos Humanos, ambas en el Centro de Estudios para la Construcción de la Ciudadanía y la Seguridad de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), Comisionada de Género adscrita a Defensoría de los Derechos Humanos y Universitarios en la Escuela de Estudios Agropecuarios Mezcalapa, campus XI, UNACH. Correo: anitaperez2102@gmail.com
- 2 Abogado, Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la *Revista Primera Instancia* y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Presidente del Colegio de Doctores de las Ciencias Jurídicas de Iberoamérica. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

dado que las universidades han sido históricamente poco favorables para las mujeres, quienes durante siglos han padecido la falta de acceso a este nivel educativo (Vázquez Ramos; López González; Torres Sandoval, 2021).

Ante esta situación, es crucial discutir la importancia de la perspectiva feminista en la educación superior, ya que representa un avance significativo hacia sociedades más equitativas y justas. En las últimas décadas, las universidades han comenzado a reconocer la necesidad de integrar el pensamiento feminista no solo como un tema de estudio, sino como un enfoque transversal que enriquezca todas las disciplinas académicas.

El principal objetivo de la lucha feminista en los espacios educativos, especialmente en las instituciones de educación superior, es reducir las desigualdades que aún persisten en diversas esferas de la sociedad. Históricamente, las mujeres han enfrentado barreras que dificultan su acceso a la educación, al trabajo y a otros derechos. Por esta razón, es fundamental abordar este tema en las aulas para generar conciencia crítica e incluir la perspectiva de género en la creación de políticas educativas que faciliten el acceso y permanencia de las mujeres en las universidades.

2 EL ROL DEL FEMINISMO EN EL ACCESO DE LAS MUJERES A LA EDUCACIÓN SUPERIOR

El feminismo es un movimiento social y político, tiene como uno de sus principales objetivos la lucha por la igualdad de los derechos entre mujeres y hombres y uno de los ámbitos en que esta lucha ha tomado más notoriedad es en la educación, especialmente en la educación universitaria ya que durante siglos la educación superior estuvo considerada como un privilegio para el género masculino limitando el acceso de las mujeres a recibir formación profesional y restringiendo su desarrollo intelectual.

Ante esta situación los reclamos de las mujeres al derecho a la educación superior estaban estrechamente relacionados a los derechos exigidos en el movimiento sufragista, entrelazado a la lucha por lograr la igualdad, el reconocimiento de la nacionalidad y de la capacidad de

ejercer la actividad profesional (Díaz-Fernández, 2024). El feminismo como movimiento social de mujeres en América y en Europa permitió que se reconocan y establezcan derechos femeninos.

En relación al derecho a recibir educación superior, Alicia Itatí Palermo distingue dos periodos relacionados al acceso de las mujeres a la educación universitaria: en el primer momento algunas accedieron de forma excepcional o disfrazadas de hombres; en el segundo momento el cual la autora nombra como proceso sistemático, se apertura el acceso de la mujer como género, estos casos eran excepcionales ya que las que podían acceder a la universidad eran unas pocas mujeres aristócratas (Palermo, 2006).

No cabe duda de que el acceso sistemático de las mujeres a la universidad fue producto de luchas y movilizaciones feministas. Durante la segunda ola feminista en los años 60 y 70, figuras como Betty Friedan y organizaciones como la National Organización for Women (NOW), intensificaron la lucha por alcanzar la igualdad educativa, este movimiento no solo exigía el acceso a la universidad, también defendía que era necesario una revisión de los contenidos educativos que invisibilizaban las contribuciones de mujeres.

En el siglo XIX el movimiento feminista estadounidense empezó una batalla esencial para que las mujeres tuvieran acceso a la educación universitaria, las mujeres comenzaron a organizarse y a presionar a las universidades para que se les admitiera en condiciones de igualdad, se crearon escuelas exclusivas para mujeres que estudiaban para ser médicas, estas escuelas no siempre dependían de la universidad (Garrido-Rodríguez, 2021), mientras que en el mismo siglo en Italia se regulaba el acceso de las mujeres a la Universidad, en Alemania en la Universidad de Halle en 1754, Dorothea Erxleben se recibía como doctora en medicina con su tesis “Examen de las causas que alejan a la mujer del estudio” (Palermo, 2006). Palermo señala que en la mayoría de los países, las primeras mujeres en estudiar la universidad se graduaban como médicas, probablemente porque se consideraba que la mujer tenía la capacidad natural de cuidar de la salud, pues era una actividad que realizaba como esposa y madre

Como hemos observado hasta ahora, históricamente las mujeres han enfrentado obstáculos para ser aceptadas en las universidades debido a la resistencia social considerándolas con menos capacidad intelectual que los hombres, lo que las relegaba a roles domésticos y reproductivos. Sin embargo, el movimiento feminista desafió estas ideas y demostró que las mujeres tienen la misma capacidad y derechos que los hombres para estudiar una carrera universitaria.

Durante los siglos XIX y XX, el movimiento feminista impulsó campañas para que las mujeres que lo desearan pudieran acceder a la universidad, logrando avances importantes como la apertura de las instituciones de educación superior a las mujeres, la creación de programas de apoyo para la permanencia de las mujeres en la universidad como programas que facilitaran el acceso a becas, además de revisar y modificar planes de estudio que excluían a las mujeres, sus aportes y su participación en la ciencia.

En 1837 Universidades como Orbelin College, fueron de las primeras en aceptar a mujeres, aunque con algunas restricciones y en condiciones de desigualdad. A mediados del siglo XX algunas universidades de prestigio como Harvard y Yale empezaron a admitir a mujeres en condiciones iguales a los hombres. Los avances más importantes del movimiento feminista se han visto consolidados en materia de educación, trabajo remunerado, participación política y el reconocimiento de la violencia de género como un asunto de interés público (Quintero, Bautista, 2022).

3 INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO ILUSTRADO FEMINISTA

Para que los avances descritos en párrafos anteriores fueran posibles, era necesario contar con presencia de mujeres que desafiaron los roles de género establecidos en sus épocas, afortunadamente en los siglos XVII Y XVIII surge el pensamiento ilustrado feminista en Europa liderado por mujeres que siguen siendo referentes en la lucha de la igualdad de género, que promovieron la educación como herramienta para la emancipación de las mujeres. La feminista inglesa Mary Astell, filósofa,

escritora y retórica, fue una de las primeras feministas en defender el derecho a la alfabetización de las mujeres, en su obra “A serious Proposal to the ladys” argumentaba que las mujeres deberían de tener derecho al acceso a la educación superior y propuso que se crearan academias para mujeres, defendiendo que la razón y la inteligencia no eran exclusivas de los hombres (Hintz, 1998)³.

Mary Wollstonecraft, filósofa y escritora, considerada también la primera filósofa feminista de la historia, además de defender los derechos de las mujeres subrayó en su obra “Vindicación de los derechos de la mujer” que las mujeres no solo deberían ser educadas para ser buenas esposas y madres, sino que tenían derecho a recibir la misma educación que los hombres para desarrollar su razonamiento, autonomía y participación plena en sociedad (Wollstonecraft, 1998)⁴.

Por su parte Harriet Martineau una de las primeras sociólogas, abogó por los derechos de las mujeres incluyendo el acceso a la educación superior, en su trabajo “society in America” hace una fuerte crítica hacia la exclusión de las mujeres de la educación avanzada en las universidades, argumentando que su participación es necesaria para alcanzar una verdadera democracia y sociedad justa (Martineau, 2017).

Simone de Beauvier, en el libro “El segundo sexo”, analiza la forma en que las normas patriarcales han confinado a las mujeres a roles de subordinación, y la manera en que se ha usado la falta de acceso a la educación como uno de los mecanismos clave para mantener esta subordinación (Beauvoir, 1980).⁵

Esta influencia tuvo eco en América Latina a través de escritoras, políticas y activistas que lucharon por el derecho de las mujeres al acceso

3 Astell fue de las primeras en la historia en plantear la educación formal de las mujeres como un derecho inherente.

4 Su enfoque es uno de los primeros que habla sobre la relación entre la educación y la igualdad de género.

5 Esta escritora defendió la educación como una forma de empoderar a las mujeres para liberarlas de las restricciones sociales que impiden el desarrollo pleno de su potencial.

a la educación superior, por considerarlo un factor determinante para alcanzar la igualdad de género y la libertad, a continuación, presento los aportes de mujeres que desarrollaron un papel crucial para la expansión del movimiento feminista en América y de la lucha por el acceso de las mujeres a la universidad.

Hermila Galindo, activista y feminista mexicana, fue una de las figuras más destacadas en los orígenes del feminismo en México, sobre todo en la revolución mexicana, a lo largo de su vida abogó por los derechos de las mujeres a la educación, a la participación política y a la igualdad de género. Fundó la revista “La Mujer Moderna” difundiendo desde ahí sus ideas feministas y en donde abordaba el derecho de las mujeres a la educación superior desde la perspectiva feminista y progresista, defendiendo la igualdad de oportunidades para las mujeres en todos los ámbitos, sobre todo en el educativo.

Criticó duramente el sistema educativo tradicional de su época, en el que se excluía a las mujeres de las instituciones más prestigiosas y restringía su acceso al conocimiento científico, profesional y técnico, en este sistema de acuerdo a Galindo, se refuerzan las ideas de que las mujeres son intelectualmente inferiores a los hombres y que la educación que reciban debería enfocarse más en lo moral, las tareas domésticas y las buenas costumbres, por lo que ella exigía para las mujeres una educación completa y profunda, similar a la que los hombres recibían.

Hermila expuso y defendió su postura acerca del derecho de las mujeres a acceder a la educación superior:

“Es preciso que la mujer, al igual que el hombre, reciba una educación integral, una educación científica, que no la confine exclusivamente al hogar, sino que la prepare para participar activamente en todos los campos del saber humano. La mujer tiene el derecho y la obligación de formarse intelectualmente para ser verdaderamente libre, y para contribuir al progreso de la sociedad en igualdad de condiciones con el hombre. Solo así, dejando atrás las antiguas barreras de la ignorancia, podrá

liberarse de la tutela masculina que la ha mantenido en la sumisión por siglos” (Noguez, 2012).

Otra de las mujeres que influyó fuertemente en América Latina, sobre todo en México y Puerto Rico fue Belén de Ságarra, feminista, periodista y conferencista española que en su obra “Libre pensadora y anarquista” analiza el derecho de las mujeres a acceder a la educación superior desde una perspectiva libertaria y feminista, enfocándose en la lucha histórica de las mujeres para alcanzar la igualdad de oportunidades educativas y enfatizando como la falta de acceso a la educación las ha mantenido subordinadas en el ámbito social y en el económico. Destacó que la educación superior es fundamental para que las mujeres se desarrollen integralmente, permitiéndoles acceder a mejores oportunidades laborales y a participar en la vida política y social (Gumucio, 2004)⁶.

En Uruguay, la doctora en medicina Paulina Luisi fue la primera mujer en obtener ese título y una de las feministas más influyentes en América Latina, durante su vida abogó por el derecho de las mujeres a la educación superior y por el acceso de las mujeres a profesiones que tradicionalmente son dominadas por hombres.

En Perú Clorinda Matto de Turner, periodista y escritora, firme defensora de los derechos de las mujeres, especialmente a la educación, quien a través de sus escritos y novelas aborda de manera constante la necesidad de que las mujeres reciban educación igual que los hombres, incluyendo la formación universitaria, escribió en su novela “La herencia” el siguiente fragmento:

“La educación es la base del progreso social, y si se niega a la mujer el acceso a las fuentes del saber, se le condena a la oscuridad de la ignorancia. Es imprescindible que la mujer tenga las mismas oportunidades que el hombre para acceder al conocimiento superior, pues solo así podrá formar parte activa en la construcción de una sociedad más

6 Belén enfatizó que la educación superior es un paso esencial hacia su liberación, un medio emancipador a través del cual las mujeres podrían tomar el rumbo de sus vidas, desafiando los sistemas de opresión patriarcal.

justa y equitativa. No debemos olvidar que las madres de hoy son las que forjarán las generaciones del mañana; por lo tanto, su educación debe ser completa y libre de restricciones” (Matto de Turner, 1974).

4 APORTACIONES DE FEMINISTAS MEXICANAS

En México además de Hermila Galindo a quien ya nombré en párrafos anteriores, levantaron la voz otras feministas que han desempeñado un papel primordial en la lucha por el acceso de las mujeres a la educación superior, abogando no solo por abrir espacios para mujeres en las instituciones académicas, sino también para su participación en condiciones equitativas que les permitan desarrollarse plenamente, a continuación algunas de las figuras más influyentes de los comienzos del movimiento feminista mexicano.

Rosario Castellanos a quien se sigue recordando como una figura relevante en el feminismo de México, escritora y académica, reflexionó sobre el lugar de las mujeres en la cultura y la educación, defendió firmemente que el acceso a la educación universitaria fuera un derecho efectivo para las mujeres, además de abordar las dificultades que las mujeres afrontaban para acceder a espacios académicos. En uno de los fragmentos del ensayo “sobre cultura femenina” que Rosario Castellanos escribió en su libro “Mujer que sabe latín”, analiza la situación de las mujeres dentro de la sociedad, específicamente el que corresponde a su acceso a la educación y a las oportunidades intelectuales.

Amalia Castillo Ledón fue pionera del feminismo mexicano y diplomática que luchó por los derechos de las mujeres, incluyendo su acceso a la educación, siendo de las primeras mujeres en obtener un doctorado en Filosofía en México, su trabajo como feminista y defensora de la educación de las mujeres impactó de manera perdurable en la sociedad mexicana y en las luchas contemporáneas por el acceso a la educación universitaria.

5 RETOS Y SOLUCIONES FEMINISTAS PARA LA PERMANENCIA DE LAS MUJERES EN LAS AULAS UNIVERSITARIAS

Aunque el acceso y la permanencia de las mujeres en la universidad ha avanzado considerablemente en las últimas décadas, todavía existen una serie de retos que visibilizan las constantes desigualdades de género en el ámbito educativo y profesional, como los estereotipos de género que siguen afectando las elecciones académicas y profesionales de las mujeres, es decir, efectivamente más mujeres tienen acceso a la universidad, pero muchas de ellas siguen siendo dirigidas a carreras feminizadas como las ciencias sociales, humanidades o educación, mientras que las áreas de tecnología, ingeniería, matemáticas y ciencia (STEM)⁷ siguen bajo el dominio de los hombres.

Estos estereotipos pueden desalentar a las mujeres a examinar campos que son considerados históricamente como masculinos. En las áreas STEM la representación de las mujeres sigue siendo baja, debido a factores como la falta de modelos femeninos a seguir, la percepción de que estas disciplinas son más apropiadas para los hombres y los prejuicios implícitos en las instituciones de educación superior.

El acoso y hostigamiento sexual, la discriminación, la violencia de género y el trato desigual son otros de los problemas que las mujeres están expuestas a enfrentar en su proceso formativo, ya sea por parte de profesores o compañeros, afectando su bienestar emocional y rendimiento académico que en muchos casos termina por desalentar a las mujeres a continuar con su formación universitaria.

Lamentablemente en la IES, la violencia de género ha formado parte de una cultura institucional manifestándose abiertamente desde hace mucho tiempo, por esta razón las universidades se han visto obligadas a establecer normas y procedimientos para combatir las relaciones de poder, el

7 STEM proviene de un acrónimo que se refiere a las áreas de conocimiento en las que suelen trabajar científicos e ingenieros, Science, Technology, Engineering and Mathematics (ciencia, tecnología, ingeniería, matemáticas)

acoso sexual, la violencia física, los estereotipos y discriminación simbólica hacia la mujer (Vázquez Ramos; López González; Torres Sandoval, 2021).

Las expectativas sociales y familiares forman parte del paquete de factores que afectan la permanencia de las mujeres en la universidad, a menudo las mujeres se ven presionadas a cumplir expectativas que priorizan su rol en el hogar y la maternidad sobre su desarrollo académico y profesional. En muchas culturas como la mexicana, cuando la mujer ya es esposa y/o madre se espera que se ocupe del cuidado de los hijos y las tareas domésticas, cargando con responsabilidades que limitan su tiempo para dedicarse completamente a su formación académica o dificultan su permanencia en la universidad.

En cuanto a las mujeres que están en contextos socioeconómicos poco favorables, se ven obligadas en la mayoría de los casos a compaginar el estudio con el trabajo no remunerado en el hogar o con el cuidado de familiares, lo que resta tiempo y energía para avanzar en sus estudios, afectando su rendimiento académico y bienestar físico y mental.

Otros de los retos que afectan la permanencia de las mujeres en las instituciones de educación superior son: la desigualdad económica, la falta de mujeres en posiciones de liderazgo y toma de decisiones que limita las oportunidades de cambio estructural a favor de las estudiantes y académicas, la desigualdad en la producción científica, las normas patriarcales y culturales que restringen la autonomía de las mujeres para decidir sobre su educación.

Este cúmulo de factores nos demuestra que a pesar de los avances en igualdad de género y del aumento de las mujeres en la matrícula universitaria, las estudiantes todavía siguen enfrentándose a elementos estructurales, económicos y sociales que dificultan su desarrollo y permanencia en el ámbito universitario. Para superar estos desafíos se requieren de políticas más inclusivas, mayor sensibilización social y el empoderamiento de las mujeres en su vida académica y profesional.

6 FEMINISMO CONTEMPORANEO Y SU INTERVENCIÓN PARA LA PERMANENCIA DE MUJERES EN LA UNIVERSIDAD EN MÉXICO

Ante esta situación el feminismo contemporáneo representa un papel fundamental, ya no solo en la lucha por el acceso de las mujeres a la educación universitaria sino para su permanencia, exigiendo condiciones más seguras y equitativas. Ante esta problemática y dirigiendo este texto al contexto mexicano es indispensable mencionar a las representantes más influyentes del feminismo en la época actual de México y que han dedicado gran parte de su trabajo a abordar este, entre las que se encuentran:

Marta Lamas, quien es una de las feministas más reconocidas en México en las últimas décadas, académica y antropóloga que ha luchado por los derechos de las mujeres, que incluye el derecho a la educación superior. Además de trabajar para visibilizar las desigualdades de género que aún persisten en las universidades, como fundadora de la revista *Debate Feminista*, promovió el análisis crítico de los sistemas educativos desde la perspectiva feminista e insiste en la necesidad de que los espacios educativos sean inclusivos y equitativos.

Martha Lamas reflexiona en su obra “Cuerpo, sexo y política” sobre aquellas dificultades que enfrentan las mujeres en diferentes ámbitos como el educativo, insistiendo no solo en el acceso de las mujeres a la educación universitaria sino a un entorno que favorezca la igualdad. La académica articula los desafíos que las mujeres enfrentan para su permanencia en la universidad y llama a las instituciones educativas a reconocer y a atender las desigualdades que las afectan, Lamas señala que:

“La educación, más allá de ser un derecho, es una herramienta esencial para la emancipación de las mujeres. Pero el acceso a las universidades, aunque necesario, no es suficiente: se requiere un sistema que considere las particularidades de la vida de las mujeres, que reconozca las barreras adicionales que enfrentan por el simple hecho de ser mujeres y que facilite su permanencia con medidas concretas como el apoyo institucional y la lucha contra el acoso y la discriminación” (Lamas, 2014).

Otra de las feministas influyentes en la época actual es Patricia Galeana, historiadora, académica y activista por los derechos de las mujeres, quien ha trabajado en el análisis histórico del feminismo en México y ha defendido el acceso de las mujeres a la educación superior, impulsando programas académicos y tienen como propósito integrar la perspectiva de género en las universidades de México, es fundadora del Museo de la Mujer en la Ciudad de México, que busca visibilizar las contribuciones de las mujeres en el ámbito educativo.

Marcela Lagarde es otra de las mujeres que son referentes del feminismo en el México actual, es antropóloga, investigadora y académica feminista que ha influido a través de sus aportaciones teóricas, visibilizando los problemas que las mujeres enfrentan dentro de las instituciones educativas y como impulsora de políticas que promuevan la igualdad de género dentro de las universidades. Lagarde ha abanderado la inclusión de estudios de género en la educación superior con el propósito de garantizar que las mujeres no solo tengan acceso a la educación, sino que además puedan recibirla en un entorno libre de violencia y de discriminación.

Marcela ha hecho grandes aportaciones para enfrentar el acoso y hostigamiento sexual en diversas esferas de la vida de la mujer, incluyendo el universitario, ha trabajado arduamente para visibilizar la violencia de género y ha propuesto marcos teóricos y prácticos para enfrentar este problema que afecta el bienestar y la permanencia de las mujeres en el ámbito educativo. Lagarde ha enfatizado acerca de la importancia de que las instituciones de educación superior cuenten con protocolos claros y políticas institucionales efectivas para prevenir y castigar el acoso y hostigamiento sexual, estas políticas deben incluir procedimientos transparentes que permitan denunciar y sancionar a los responsables, a fin de proteger a las víctimas.

Una de las contribuciones de mayor relevancia fue su participación en la creación de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) aprobada en febrero del 2007. Esta ley establece un marco legal para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

en contra de las mujeres e identifica tipos de violencia, como la física, psicológica, sexual, económica y patrimonial.

La LGAMVLV ha sido adoptada por diferentes universidades como base para la creación de protocolos y normativas específicas para prevenir el acoso y hostigamiento sexual y sancionar a quienes lo cometen, promoviendo un cambio estructural en las universidades.

La aportación de Marcela Lagarde ha sido crucial en la lucha contra el acoso y hostigamiento sexual en las universidades, siendo estos factores de las principales causas de deserción entre las estudiantes, además de contribuir con sus conocimientos en la creación de marcos legislativos hasta la creación y promoción del término “sororidad”.

7 EL PAPEL DE LOS COLECTIVOS FEMINISTAS DE UNIVERSITARIAS

Los colectivos feministas en México surgen de la necesidad de crear espacios de organización, denuncia y apoyo para enfrentar las diversas formas de violencia y desigualdad de género, son grupos que nacen de forma autónoma, conformados por mujeres de diferentes contextos, como estudiantes, activistas, académicas y personas que integran la comunidad indígena.

Las mujeres organizadas en colectivos feministas han desempeñado un papel decisivo en la promoción de la igualdad de las mujeres en varias áreas. Los colectivos feministas de universitarias se encuentran integrados principalmente por estudiantes y académicas, se han convertido en plataformas de activismo, debate y educación abordando las problemáticas de género desde una perspectiva crítica y multidimensional, han exigido fin a la impunidad en casos de violencia de género, promueven espacios más seguros y exigen la creación de políticas efectivas para prevenir, atender y sancionar estas conductas, los colectivos feministas de universitarias son un nuevo ente político dentro de las universidades que exigen a las autoridades la solución a demandas históricas para generar

espacios seguros que permitan a las mujeres aprender libres de violencia y en igualdad de condiciones.

Daniela Cerva Cerna en su artículo “Activismo feminista en las universidades mexicanas; la impronta política de las colectivas de estudiantes ante la violencia de género” señala que las movilizaciones de colectivos feministas universitarias están influyendo para que los asuntos referentes a la desigualdad de género y las violencias contra las mujeres se vayan introduciendo como un tema político en las universidades y dejar de ser visto como un asunto individual o de casos aislados de estudiantes víctimas de acoso u hostigamiento sexual por parte de un compañero o de un profesor (Cerva Cerna, 2020).

Los colectivos de feministas universitarias crean redes de apoyo mutuo, han aplicado el concepto de sororidad, que es la solidaridad entre las mujeres para combatir las estructuras patriarcales que han perpetuado la violencia y discriminación, este concepto es clave en los movimientos estudiantiles, en donde además de apoyarse, visibilizan casos de acoso y exigen respuestas institucionales efectivas.

Por mencionar uno de los movimientos trascendentes que surgieron desde las colectivas feministas, en marzo de 2019 el movimiento #MeToo, que motivó a decenas de alumnas que fueron víctimas de abuso y acoso por parte de sus compañeros y profesores en sus centros de estudios, a difundir sus testimonios. Con este movimiento se presionó a las autoridades institucionales para investigar los casos difundidos (Cerva Cerna, 2020).

Un ejemplo de la presión que pueden llegar a tener los colectivos feministas, son la revisión de la normatividad universitaria y la conformación de protocolos de atención contra la violencia de género en las instituciones de educación superior, pues era necesario ante la falta de reglamentos que indiquen cual es el procedimiento a seguir en caso de denuncia o quejas, además de la protección hacia las víctimas para no ser revictimizadas o sufrir las conductas negativas de autoridades universitarias en respuesta a las quejas o denuncias levantadas.

8 CASO DE ANÁLISIS: INFLUENCIA DE LOS COLECTIVOS FEMINISTAS EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS

En este apartado como claro ejemplo de la influencia de los colectivos feministas, quiero mencionar el caso de la Universidad Autónoma de Chiapas ante la revisión del Protocolo de Actuación ante Situaciones de Violencia, Violencia de Género, Hostigamiento, Acoso Sexual y Discriminación, y las formaciones de Comisiones de Género en diferentes unidades Académicas de la Universidad, tras un suceso que conmocionó a la Comunidad Universitaria y a la población general.

En enero de 2021 fue encontrada muerta la joven de nombre Mariana Sánchez Davalos, estudiante de medicina en la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), quien se encontraba prestando su servicio social en un centro de salud de la comunidad Nueva Palestina, municipio de Ocosingo, Chiapas. Tras este suceso lamentable se desató una fuerte movilización de colectivos feministas y de protesta social en todo México, especialmente en Chiapas. La estudiante había denunciado previamente acoso sexual por parte de uno de los trabajadores del centro de salud, sin embargo, su caso no fue atendido de forma adecuada por las autoridades del sector salud ni universitarias.

Al conocer que la alumna había reportado ser víctima de acoso sexual, la indignación social creció, los colectivos feministas, estudiantes y activistas exigieron justicia por la muerte de Mariana y exigieron cambios estructurales en la forma en que se atendían los casos de violencia de género en las instituciones educativas y de salud.

Se realizaron protestas y movilizaciones dirigidos por colectivos feministas en diferentes ciudades de Chiapas bajo el lema Marcha#JusticiaParaMariana, llamando la atención sobre la negligencia de las autoridades ante las denuncias de acoso y violencia sexual, además de exigir que se llevara a cabo una investigación exhaustiva para aclarar la causa del fallecimiento de la estudiante. Como resultado de esta presión social, en febrero del mismo año se reportó la detención de un ex funcionario

de salud relacionado al caso Mariana y la destitución de la directora del hospital rural donde Mariana realizaba su servicio social.

Como se menciona en el artículo “Antropólogas feministas frente a la pandemia” de Martha Patricia Castañeda Delgado, las estudiantes ocuparon la universidad a través de un plantón que duró un mes. Durante estos días de protesta una de las exigencias constantes fue la de construir espacios universitarios con mayor seguridad para todas y todos y uno de los desafíos señalados por colectivos feministas estaba relacionado con el recrudecimiento de la violencia generalizada que afectaba a todos, pero principalmente a los estudiantes prestadores de servicio social o que estuvieran en trabajo de campo (Salgado; Ruiz Trejo, 2022).

Ante estas movilizaciones se hicieron reflexiones acerca de las estudiantes que realizan su servicio social en comunidades rurales, se revisó el Protocolo de Actuación ante Situaciones de Violencia, Violencia de Género, Acoso, Hostigamiento Sexual y Discriminación, que, si bien ya existía, presentaba algunas debilidades y era desconocido para la comunidad estudiantil, esta revisión se realizó entre especialistas en materia de género, colectivas feministas y estudiantes. El Protocolo es de observancia obligatoria para quienes integran la Comunidad Universitaria de la Universidad Autónoma de Chiapas, tiene como marco normativo diferentes Tratados Internacionales de protección a la mujer, como La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y El Pacto de San José. En el ámbito nacional tiene como marco normativo y conceptual a La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, a La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a la Ley de Víctimas y la Ley General para la Igualdad de Hombres y Mujeres entre otros.

En este marco conceptual se definen los diferentes tipos y modalidades de violencia, los derechos de las víctimas y de los presuntos responsables, el procedimiento de recepción de quejas, de investigación y de medidas cautelares, así como los plazos para presentar quejas y un catalogo de conductas y sanciones.

Además, se creó la Coordinación para la Igualdad de Género y las Comisiones de Género, estas últimas se encuentran en 29 unidades académicas de la UNACH y están adscritas a la Defensoría de los Derechos Humanos y Universitarios que es un organismo responsable de favorecer un ambiente de cordialidad entre la comunidad universitaria, pero también responsable de investigar actos que vulneren derechos humanos y universitarios, incluyendo los que se encuentran en el Protocolo (Robles; Bartolomé; Pazos, 2023).

Por su parte las Comisiones de Género actúan como primer contacto con la comunidad universitaria, fomentando la igualdad de género y desarrollando actividades para prevenir la violencia en el ámbito universitario a través de talleres, conferencias, campañas de sensibilización y estudios sobre la situación de género dentro de la universidad. Se encargan de fomentar la equidad, así como de generar conciencia sobre los derechos de las mujeres y la importancia de la perspectiva de género en todos los ámbitos académicos y administrativos. También capacitan de manera constante a estudiantes prestadores de servicio social y se mantienen pendientes ante cualquier situación de riesgo que pudiera presentarse con los estudiantes.

Además de recibir y canalizar las quejas que se presenten cuando presuntamente se vulneren derechos humanos y/o universitarios dentro de la Institución, así como dar a conocer a la comunidad universitaria la existencia del Protocolo, sus alcances y el procedimiento para presentar una queja, fomentando la cultura de denuncia, además de colaborar de manera estrecha con diferentes áreas de la Universidad, para el bienestar integral de la comunidad estudiantil, estas acciones han abonado para que más mujeres se sientan seguras en sus unidades académicas, favoreciendo la inserción y permanencia de mujeres aún en carreras que históricamente han sido masculinizadas.

9 CONCLUSIÓN

El feminismo no solo abogó por el acceso de las mujeres a las universidades, sino que puso en la lupa la manera en que las políticas

de admisión y los entornos académicos favorecían más a los hombres, a través del movimiento feminista a lo largo de la historia, se han impulsado reformas para que la inserción de las mujeres a las instituciones de educación superior sea más equitativa.

Impactando con estas acciones en la creciente matrícula de mujeres a la universidad, lo que les permitirá tener más acceso a oportunidades laborales, el feminismo ha impulsado la creación de políticas educativas a favor de la equidad de género, programas de mentorías y políticas contra el acoso y hostigamiento sexual. Ha visibilizado las barreras principales que dificultan la permanencia de las mujeres en las universidades y ha fomentado la creación de redes de apoyo entre mujeres en las instituciones de educación superior, como los colectivos feministas universitarios, asociaciones estudiantiles y centros de estudios de género.

Sin embargo, aún hay desafíos importantes como la erradicación de la violencia de género, la consolidación de políticas educativas efectivas que favorezcan la permanencia de las mujeres en igualdad de condiciones, falta eliminar los estereotipos de género que limitan el acceso de las mujeres a carreras consideradas para hombres. El feminismo sigue teniendo relevancia y ejerciendo su fuerza para abonar a que las universidades sean espacios de formación y desarrollo profesional accesibles y equitativos para todas las personas sin importar su género.

REFERENCIAS

ACOSTA, Adriana Esmeralda del Carmen Toraya; ARIAS, Williams Alejandro Abdo; MEJÍA, Osvaldo Jesús López. El protagonismo de la mujer en la educación superior. **Mujer y la responsabilidad compartida**, p. 41.

ALCARAZ, Esmeralda Vera, et al. Liderazgo y participación de las mujeres en la actividad agropecuaria en México. **Construyendo espacios de igualdad**, p. 139.

BEAUVOIR, Simone de, et al. **El segundo sexo**. 1980.

BUQUET CORLETO, Ana Gabriela. Transversalización de la perspectiva de género en la educación superior: Problemas conceptuales y prácticos. **Perfiles educativos**, 2011, v. 33, no SPE, p. 211-225.

BUQUET, Ana; DE MÉXICO, Autónoma. Género y educación superior: una mirada desde América Latina. **Calidad de la educación superior y género en América Latina**, 2014, p. 65.

CASTELLANOS, Rosario. **Mujer que sabe latín**. Fondo de cultura económica, 2003.

CERVA CERNA, Daniela. Activismo feminista en las universidades mexicanas: la impronta política de las colectivas de estudiantes ante la violencia contra las mujeres. **Revista de la educación superior**, 2020, v. 49, n. 194, p. 137-157.

CERVA CERNA, Daniela. Activismo feminista en las universidades mexicanas: la impronta política de las colectivas de estudiantes ante la violencia contra las mujeres. **Revista de la educación superior**, 2020, v. 49, n. 194, p. 137-157.

CHAPARRO MARTÍNEZ, Amneris. Feminismo, género e injusticias epistémicas. **Debate feminista**, 2021, v. 62, p. 1-23.

DÍAZ-FERNÁNDEZ, Romy Angélica, et al. Universidad latinoamericana en perspectiva crítica feminista. **Encuentros. Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico**, 2024, n. 21, p. 48-56.

ECHEVERRÍA ECHEVERRÍA, Rebelín. Igualdad de género e inclusión social en universidades públicas del sur-sureste mexicano. **La ventana. Revista de estudios de género**, 2024, v. 7, n. 59, p. 225-256.

GARRIDO-RODRÍGUEZ, Carmen. Repensando las olas del Feminismo. Una aproximación teórica a la metáfora de las "olas". **Investigaciones Feministas**, 2021, v. 12, n. 2.

GÓMEZ, Elva Rivera. Género, educación y universidad. Un acercamiento a la historiografía en México. **Diálogos: revista electrónica de historia**, 2005, v. 5, n. 1, p. 27.

GONZÁLEZ, María Consuelo Sánchez; VALDÉS, Gilda Irene Villagómez. Perspectiva de género en instituciones de educación superior en la región sur-sureste de México. **Géneros**, 2012, v. 19, n. 11, p. 7-36.

GUMUCIO, Rafael. Belén de Sárraga, librepensadora, anarquista y feminista. **Polis. Revista Latinoamericana**, 2004, n. 9.

HINTZ, Carrie. A Serious Proposal to the Ladies. Parts I & II. **Utopian Studies**, 1998, p. 225-226.

LAGARDE, Marcela, et al. **Género y feminismo: desarrollo humano y democracia**. Siglo XXI Editores México, 2018.

LAMAS, Marta. Debate feminista. **El feminismo en Italia**, 1996, v. 1.

LAMAS, Marta. **Cuerpo, sexo y política**. Océano, 2014.

LANDÍN-ALCÁNTAR, Herlinda, et al. La mujer profesionista agrónomo y sus experiencias laborales: Women agronomists and their work experiences. e-CUCBA, 2024, n. 21, p. 36-46.

LECHUGA MONTENEGRO, Jesús; RAMÍREZ ARGUMOSA, Giovanna; GUERRERO TOSTADO, Maricruz. Educación y género. El largo trayecto de la mujer hacia la modernidad en México. **Economía Unam**, 2018, v. 15, n. 43, p. 110-139.

MARTINEAU, Harriet. **Society in America**. Routledge, 2017.

MEDINA-MEDINA, Brenda Samantha, et al. Análisis de protocolos universitarios contra el hostigamiento y acoso sexual en México. **Reencuentro. Análisis de problemas universitarios**, 2020, v. 32, n. 79, p. 47-68.

MONTES-DE-OCA-OREILLY, Alejandra. Dificultades para la Transversalización de la Perspectiva de Género en una Institución de Educación Superior. **Revista latinoamericana de educación inclusiva**, 2019, v. 13, n. 1, p. 105-125.

NOGUEZ, Oliva Noguez. Hermila Galindo y "La mujer moderna"(1915-1916). Abriendo espacios: entre la domesticidad y los derechos por la igualdad. **Historia 2.0: Conocimiento Histórico en Clave Digital**, 2012, v. 2, n. 4, p. 60-78.

NUSSBAUM, Martha C. Rawls y el Feminismo. **Estudios públicos**, 2006, n. 103, p. 359-382.

ORDORIKA, Imanol. Equidad de género en la Educación Superior. **Revista de la educación superior**, 2015, v. 44, n. 174, p. 7-17.

PALERMO, Alicia Itatí. El acceso de las mujeres a la educación universitaria. **Revista argentina de sociología**, 2006, v. 4, n. 7, p. 11-46.

PONCELA, ANNA M. FERNÁNDEZ; LAU, Ana. Feminismo en México, ayer y hoy. **Revista de Estudios de Género**.

Protocolo de Actuación ante Situaciones de Violencia, Violencia de Género, Acoso, Hostigamiento sexual y/o Discriminación en la Universidad Autónoma de Chiapas. Recuperado de https://defensoria.unach.mx/images/documentos/protocolo_de_actuacion_ante_situaciones_de_violencia_UNACH_.pdf

QUINTERO, Fabiola Benítez; BAUTISTA, Graciela Vélez. Principales logros y retos del feminismo en México. **Espacios públicos**, 2022, v. 21, n. 51, p. 115-134.

ROBLES, Diana Leslie Mendoza; BARTOLOMÉ, Christian Maythé Santiago; PAZOS, Maricela Hazel Pacheco. La defensa de los derechos humanos y universitarios: caso universidad autónoma de chiapas. **Género y violencias**, 2023.

RUIZ, Rosa María Valles. Hermila Galindo y los orígenes del feminismo en México. **Archipelago**. Revista cultural de nuestra América, 2014, v. 21, n. 84.

SALGADO, Martha Patricia Castañeda; RUIZ TREJO, Marisa. Antropólogas feministas frente a la pandemia en México. **Revista uruguaya de antropología y etnografía**, 2022, v. 7, n. 1, p. 7-30.

URBINA, Flor Marina Bermúdez. Como ingenieras cuidamos mejor a las plantas. La situación de género de mujeres universitarias indígenas mam, en la Sierra de Chiapas, México. **Zona Franca**, 2013, n. 22, p. 65-73.

VARELA GUINOT, Helena. Las universidades frente a la violencia de género. El alcance limitado de los mecanismos formales. **Revista mexicana de ciencias políticas y sociales**, 2020, v. 65, n. 238, p. 49-80.

VÁZQUEZ RAMOS, Aurelio; LÓPEZ GONZÁLEZ, Graciela; TORRES SANDOVAL, Imelda. La violencia de género en las instituciones de educación superior: elementos para el estado de conocimiento. **Revista latinoamericana de estudios educativos**, 2021, v. 51, n. 2, p. 299-326.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Vindicación de los derechos de la mujer. **Asparíá**. **Investigación feminista**, 1998, n. 9, p. 181-186.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DESISTÊNCIA DA MEDIDA PROTETIVA: REFLEXÕES SOBRE VÍTIMAS ETERNAS E INVISÍVEIS COM BASE NA TEORIA FREUDIANA

Angelis Lopes Briseno de Souza¹

Wanderson Marcello Moreira de Lima²

Leonardo Macedo Poli³

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica vivenciada por mulheres é uma triste realidade. Quando decidem romper e colocar um fim na relação abusiva,

- 1 Mestra em Direito Privado – Linha Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos – PUC Minas (2024). Integrante do Grupo de Pesquisa Evolução das Categorias, Institutos e Situações Jurídicas Existenciais e Patrimoniais no Direito Privado da PUC Minas. Pós-graduada em Direito Processual pela UNIPAC (2008). Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas – FADOM (2006). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, da FMP/RS. E-mail: angelisbrisen@yahoo.com.br
- 2 Mestrando em Direito Privado – Linha Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos – PUC Minas. Pós-Graduado em Direito Público - Faculdades Integradas do Oeste de Minas (1996). Graduação em Direito - Faculdades Integradas do Oeste de Minas (1994). O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001E-mail: wandersonmarcello@hotmail.com.br.
- 3 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2006). É professor na UFMG, na PUC Minas e no IME - Instituto Metropolitano de Ensino. Foi coordenador do curso de direito da PUC Minas no triênio 2008/2010 e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas de 2010 à 2020, Consultor da Revista Jurídica da Presidência. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Planejamento familiar e sucessório, Propriedade Intelectual, Compliance, LGPD.

caracterizada pelas mais diversas formas de violência, normalmente procuram a delegacia especializada para solicitar a confecção de boletim de ocorrência e requerer medidas protetivas.

Perante a autoridade policial, a ofendida preenche o formulário de avaliação de risco. Ao finalizar o procedimento, o expediente policial é enviado para o Judiciário em 48h (quarenta e oito horas), e o requerimento chega ao Judiciário, cabendo ao julgador o deferimento (ou não) as medidas protetivas; tudo em conformidade com o histórico policial e necessidades do caso.

A decisão é proferida e, após, a vítima é intimada, da forma mais célere, e, naquela oportunidade, recebe o documento constando o deferimento das medidas concedidas, como proibição de contato entre vítima e ofensor, com distância mínima fixada; determina-se seja afastado da residência. Aquela vítima pensa: “e agora? Consigo viver longe dele”?

O presente estudo tem como objetivo trazer algumas linhas reflexivas de forma teórica, técnica, jurídica, psicológica comportamental e psicanalítica de Freud, na modesta tentativa de entender como algumas mulheres consideram quando buscam a tutela estatal de proteção instrumentalizada na medida protetiva, e, após a efetiva intimação da decisão, com a movimentação do sistema de proteção, inicia-se um conflito interno da vítima consigo mesma, com questionamentos e outras pressões externas que a mantêm refém do agressor e que levam à desistência das medidas protetivas.

Esclarecer de uma forma mais direta e clara qual o problema da pesq

No primeiro momento, explica-se como é o procedimento de requerimento da medida protetiva e a forma que se instrumentaliza a solicitação de proteção do Estado nos moldes da Lei nº 11.340/2006. No segundo e terceiro capítulos, explanou-se, de forma sintética, o entendimento da psicanálise, por meio do entendimento de três textos de Freud: “Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade” de 1905; “Além do Princípio do Prazer” de 1920 e; “O Problema Econômico do Masoquismo” de 1924.

Serão analisados os comportamentos da vítima com explicações dos motivos pelos quais não conseguem sair do relacionamento abusivo.

Passa-se por esclarecimentos sobre a autonomia privada, que é preservada. Mesmo inserida em contexto de violência doméstica, a vítima possui o poder de decisão de manter, ou desistir, as medidas protetivas. E por fim, algumas análises sobre a desistência da medida e sobre as vítimas eternas e invisíveis.

A metodologia adotada nesta pesquisa é de natureza qualitativa, com análise bibliográfica, utilizando-se os três textos de Freud, para melhor compreensão do problema.

2 O PEDIDO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI Nº 11.340/2006

Mulheres, vítimas de violência doméstica, buscam o Judiciário com a esperança de que o poder decisório judicial resolva todos os problemas emocionais e conjugais originários do relacionamento abusivo. O que ocorre é uma transferência de responsabilidade para o magistrado, buscando nele uma solução rápida para os conflitos, esperando, ainda, que aquele ofensor mude o comportamento a partir do momento em que a autoridade judicial passa a intervir na relação. Só que, talvez por desconhecimento da vítima, os resultados não serão, necessariamente, os esperados por ela.

O legislador, baseado em documentos internacionais de combate à violência contra as mulheres, dos quais o Brasil se tornou parte, se sensibilizou contra uma injusta cultura patriarcal e deliberou sobre a Lei nº 11.340/2006, para combater a proteção deficiente através de decisão judicial de medidas protetivas de urgência a serem concedidas a favor da mulher agredida, de cunho cautelar e inspiradas nas ideias de vulnerabilidade presumida da vítima, informalidade, celeridade e efetividade (Porto, 2012, p. 110)

A Lei nº 11.340/2006 é um microsistema de proteção das mulheres de combate à violência de gênero, prevendo diversos direitos e mecanismos de natureza administrativa, trabalhista, cível, familiar e criminal, para que possam romper o ciclo de violência no relacionamento.

O Estado disponibiliza uma estrutura de proteção à vítima, que está em progressivo desenvolvimento. Nas capitais e centros metropolitanos, essa estrutura se apresenta mais eficiente quando comparada às cidades do interior dos Estados.

A Lei nº 11.340/2006 prevê a aplicação de medidas que obrigam ao agressor. No art. 22⁴ as medidas protetivas de urgência para a vítima, e nos arts. 23⁵ e 24⁶. As primeiras, direcionadas ao ofensor, limitam diversos aspectos da sua liberdade, e as segundas se destinam a autorizar certas

4 Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

5 Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos. V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

6 Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por

condutas da ofendida ou restituir-lhe direito de que fora arbitrariamente retirado pelo seu algoz. As medidas protetivas são concedidas juízo, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da vítima⁷.

O requerimento pode ser realizado perante a autoridade policial, momento em que a vítima narra o fato para a confecção do boletim de ocorrência e assina o termo requerendo as cautelares. Inclusive, constam neste formulário alguns exemplos comuns e ela assinala (com um 'x') quais medidas necessita, como suspensão do porte de arma, proibição de contato, fixação da distância mínima, suspensão da convivência do ofensor com os filhos, dentre outras. Esse pedido poderá, conforme o caso se apresenta, ser feito por meio da defensoria pública, Ministério Público ou por advogado constituído, que o fará por petição acompanhada de provas, caso existam. Mas, normalmente, o pedido é enviado pela autoridade policial para o Judiciário (Brasil, 2006).

Após o pedido formalizado, este é distribuído e encaminhado para juízo especializado que analisará aquele feito. Na decisão proferida poderá constar a concessão da medida protetiva ou o indeferimento⁸. No mesmo momento o julgador determina o encaminhamento da vítima à defensoria pública, se for o caso, para ajuizamento da ação de divórcio ou dissolução de união estável⁹, e comunicará ao Ministério Público para providencias cabíveis (Brasil, 2006).

Mas, será que pode ser determinada a aplicação de medida protetiva de ofício - pelo juiz? A resposta é polêmica, a autonomia privada da vítima¹⁰ deve ser preservada, pois somente a ela cabe a escolha de so-

perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

7 Art. 19 da Lei nº 11.340/2006.

8 Art. 18, I, da Lei nº 11.340/2006.

9 Art. 18, II da Lei nº 11.340/2006.

10 Assim, ao contrário de outras cautelares de natureza penal, em que se demanda o prévio requerimento do interessado para a modificação à luz do caso concreto, em virtude do dinamismo que guia as medidas protetivas de urgência, concede-se ao

licitar medidas protetivas, ou informar o seu desinteresse na proteção. Nenhuma pessoa pode decidir pela vítima.

O requerimento poderá estar acompanhado com indicação de elementos de comprovação, suficientes ao acolhimento dos pedidos em sua totalidade. É pacífico o entendimento que a palavra dela, por si só, possui força e presunção de veracidade quanto ao risco iminente de agressão à integridade física e/ou psicológica. Sabe-se que as condutas praticadas no relacionamento abusivo, que podem ser interpretados como agressivos ou violentos, em maioria acontecem longe dos olhos das testemunhas, nos momentos em que a vítima se encontra apenas com o agressor, dificultando a produção de provas. No caso de ausência de provas, o discurso da deverá ser coerente, e neste primeiro momento, possui força atribuída pela Lei nº 11.340/2006, diante da vulnerabilidade presumida.

O art. 27 destaca a importância da presença do advogado ou da defensoria pública. A assistência jurídica, o acesso à informação, deve estar acessível às mulheres que buscam a proteção judicial. Esse acompanhamento facilitará a exposição dos fatos, ressaltando pontos importantes para análise pelo juízo. Caso o julgador entenda não existirem elementos para conceder as medidas, ele posterga essa análise, e poderá determinar a designação de audiência de justificação, oportunidade que terá contato direto com a vítima e até testemunhas, para reunir melhores elementos de convicção, ou determinar estudo psicossocial. Essa audiência, caso a estrutura judicial forneça, poderá ser acompanhada pela equipe multidisciplinar para melhor acolher aquela mulher.

Ao lado da Lei nº 11.340/2006, existem outras providências importantes no combate à violência doméstica. Destaca-se o trabalho da PVD- Prevenção à Violência Doméstica contra as Mulheres, de iniciativa

juízo, a partir da norma em comento, o poder de alterar o período de validade ou mesmo a espécie de medida sem prévia comunicação das partes, desde que haja o impulso para a concessão por um dos interessados, quais sejam, a vítima e o Parquet. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cr 1.0686.19.009008-0/001, Relator(a): Des.(a) Haroldo André Toscano de Oliveira (JD Convocado), 9ª Câmara Criminal Especializa, julgamento em 25/01/2023, publicação da súmula em 25/01/2023)

do Governo do Estado de Minas Gerais (2017), com a missão de fazer a triagem de casos graves e o acompanhamento sistemático às ofendidas para garantir a segurança e a proteção da mulher. Este protocolo do convênio criado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais pode ser aplicado pelo juízo quando do deferimento das medidas protetivas, para acompanhar aquela vítima no seu dia a dia, quanto à efetividade e o devido cumprimento da decisão. Em caso de descumprimento da ordem judicial, com a aproximação do ofensor, e, por consequência a desobediência da decisão que concedeu medidas protetivas, os policiais da PVD podem efetuar a prisão em flagrante e conduzir o ofensor para delegacia da polícia civil.

O procedimento judicial de busca dessa proteção, de solicitar as medidas protetivas, é facilitado, despidendo-se do rigor das regras de um processo judicial comum, por ser o propósito de simplificar o acesso da vítima para que alguém ouça o seu pedido.

Quando a vítima busca ser ouvida pela autoridade policial, para que possa romper com o ciclo da violência doméstica, certo é que aquela mulher está com o seu psicológico abalado e frágil. Se a vítima viveu apenas um momento de violência ou se viveu por anos ou décadas, aquela mulher possui uma história que merece ser respeitada, ouvida e acolhida, sem julgamentos.

3 VÍTIMA, AGRESSOR E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA CONCEPÇÃO DA PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL

As ações humanas violentas são complexas em sua natureza e devem ser analisadas sob a ótica de quem as pratica, de quem as recebe (ou sofre), dos estímulos externos e internos que a motivam e o contexto em que ocorrem. Será utilizado o entendimento no qual o comportamento agressivo ou abusivo é a primeira fase e facilita a evolução para a violência, considerando a psicologia como algo da ordem individual dentro de uma ordem social, visto que são inseparáveis.

Segundo Luciana Ferreira Chagas (2019, p. 66), é imprescindível a escuta singular, com a atenção à subjetividade de cada mulher no seu modo de vivenciar a experiência da violência e opressão, para além do fenômeno do ato violento propriamente dito, possibilitando o contato com as posições psíquicas ocupadas por cada sujeito na relação violenta.

Dentro de um relacionamento, os comportamentos violentos do agressor são fenômenos que podem ser didaticamente divididos na forma exposta por José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini (2021, p. 211). É interessante a descrição desses comportamentos para melhor compreensão das repercussões nas mulheres. São eles:

- a) mecanismo de defesa inconsciente, o qual sugere que a agressão pode ser percebida como reação à frustração, na impossibilidade de ver o desejo realizado, o psiquismo reage e desloca a energia para a agressividade;
- b) descarga de energia psíquica sugere que a agressividade constitui uma fonte de energia do indivíduo, a intenção de realizar algo manifesta-se de maneira mais ou menos violenta;
- c) fenômeno da percepção sugere, através da percepção gestáltica, que a agressividade pode resultar da percepção inadequada dos comportamentos emitidos, quando o indivíduo não discrimina os detalhes que diferenciam um comportamento agressivo do outro socialmente adaptado. Ao praticar atos reiterados agressivos, o agressor constitui-se na figura em sua percepção, perante qualquer estímulo, e isso constitui resposta a condutas. Os efeitos a estes estímulos não são de longa duração, mas, pelas diversas repetições, constroem uma nefasta percepção voltada para a violência. No mínimo, o sujeito fica predisposto para ser vítima de condicionamentos e modelos socialmente inadequados;
- d) condicionamento operante por esforço positivo, sugere que o comportamento pode ser aprendido. A pessoa apresenta um comportamento agressivo e consegue o que quer; e ela volta a agredir pelo mesmo ou por outro motivo e obtém sucesso novamente, tornando-a cada vez mais agressiva. Pode iniciar na tenra infância e se perpetuar pela vida, modificando os artifícios para atingir seus objetivos;

- e) aprendizagem pela observação de modelos sugere que as pessoas aprendem comportamentos com seus pais, colegas de escola, ídolos da adolescência por exemplo. A partir daí, se comportarão de forma a repetir como eles. Não se trata de simples repetição de comportamento, é algo mais profundo, ligado à motivação;
- f) efeito motivacional sugere que a glorificação da conduta abusiva ou agressiva, intensamente praticada pelos meios de comunicação, desenvolve a percepção para os benefícios da violência na conquista de status, uma motivação de alto nível. O massacre dos sentidos promovidos por filmes e séries regados a sangue, jogos eletrônicos e até músicas são aceitos pelas famílias para apaziguar a necessidade de afeto de suas crianças. A coreografia que confunde ousadia com violência e desprezo pelos valores humanos constitui exemplos que os meios de comunicação inoculam no dia a dia das pessoas. Somado a isso, as mensagens dos noticiários, dos jornais, revistas, a enchente da violência deságua pelos rios da sociedade;
- g) transformações de valores sugerem que os efeitos motivacionais não seriam tão extensos se os valores sociais constituíssem uma fresta para suportar os impactos desse ingresso brutal. Os valores transformam para acolher a violência quando ela faz parte dos comportamentos socialmente aceitáveis para os mais diversos fins, inclusive a preservação da vida, desenvolve-se um processo doentio em que o homicídio constitui o pico mais visível de uma montanha. Valores, comportamentos e linguagem induzem pensamentos que conduzem à prática da abusividade e da violência; e por fim;
- h) expectativas sugerem mecanismos de detecção, punição e neutralização dos comportamentos abusivos, agressivos ou violentos disponíveis na sociedade que variam entre o precário e o inexpressivo. A pessoa comporta-se de maneira inadequada e sabe que nada acontecerá, e o “nada acontecer” constitui um reforço positivo vital para fortalecer a expectativa de impunidade.

Este rol, exposto acima, descrito na obra de José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini (2021, p. 211-213), descreve alguns dos mais diversos comportamentos que existem por meio dos olhos sensíveis da psicologia comportamental, os quais buscam compreender os fenômenos em suas diferentes facetas.

Os estudos sobre as vítimas assinalam que não existe um perfil determinado. Contudo, as conclusões extraídas das pesquisas analisadas mostram alguns padrões comportamentais que exteriorizam geralmente casos de violência doméstica:

a) a violência se manifesta de maneira reiterada, sendo um padrão de conduta continuado; b) os agressores são geralmente homens, maridos, ex-maridos, companheiros ou ex-companheiros das vítimas; c) os indivíduos que foram vítimas de maus tratos na infância reproduzem estas condutas e, por isso, têm mais possibilidade de serem agressores ou vítimas; d) as agressões sofridas podem não ser conhecidas até transcorrer um longo período de tempo; e) a violência doméstica manifesta de várias formas e especificidades; f) as vítimas possuem baixa autoestima e problemas de saúde; vivem em estado de pânico e temor. Precisam de ajuda externa para assumir seu problema e encontrar soluções alternativas (Cavalcanti, 2020, p. 65-66).

A violência traz consequências nefastas para o psicológico e por consequência para a saúde corporal – psicossomática - que vão além dos traumas das agressões físicas. Muitas mulheres não conseguem detectar a agressão psicológica, que é mais ou tão perigosa quanto as outras. O relacionamento abusivo e a violência conjugal têm sido associados ao aumento de diversos problemas de saúde como depressão e suicídio (Cavalcanti, 2020, p. 66).

Relacionamento abusivo conjugal é a prática de violência intersubjetiva que ocorre normalmente entre homens e mulheres. É qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (Brasil, 2006).

A violência física é a forma mais conhecida. Os outros tipos como a psicológica, moral, sexual, patrimonial, permanecem encobertos na maior parte dos casos. Um dos motivos para isso é o desconhecimento das pessoas que mantêm o vínculo afetivo. Há casos em que a violência é tão naturalizada por fazer parte do cotidiano que as pessoas envolvidas não reconhecem, não a detectam como algo que traz malefícios.

Entendem que fazem parte de uma normalidade. Quando ocorre a violência física, possivelmente será detectada no trabalho, no clube, na faculdade, na escola, locais em que terceiros notam as marcas e podem contribuir para uma denúncia. Diferentemente da psicológica, que não é visualmente detectável.

Ainda que a vítima tenha consciência do que lhe acontece, Cavalcanti (2020, p. 148) diz que é fato comum que ela não deixe o lar que possui com o ofensor e passe a tecer críticas e reclamações com as pessoas de seu relacionamento e/ou convívio. A vítima eterna e invisível não acredita ser capaz de modificar a situação e é colocada em condição de perpetuação das características sociais, baseadas em um conceito de sociedade patriarcal e dos estereótipos que a definição determina.

O problema é profundo e com a contribuição da psicanálise, pode ser mais compreendido. Mas a dor de uma mulher agredida marca a vida.

4 VÍTIMA, AGRESSOR E O RELACIONAMENTO ABUSIVO NA CONCEPÇÃO DA PSICANÁLISE

Diante do percurso traçado nos itens anteriores, aparece uma inquietação na necessidade de buscar, para além das instituições jurídicas e da psicologia comportamental, uma compreensão dos sujeitos envolvidos no relacionamento abusivo na ótica da psicanálise, com foco na vítima. A escolha de romper, ou conviver, com a violência doméstica é da vítima. Existem fundamentos com base na psicanálise que conduzem a reflexão acerca dos motivos pelos quais algumas mulheres se mantenham submetidas ao relacionamento abusivo.

A desigualdade histórica entre os sexos embasa a violência exercida pelos homens contra as mulheres sendo legitimada e autorizada. Paula Dias Moreira Pena (2019, p. 54) encontrou na teorização psicanalítica, que tem como foco o sujeito e sua posição libidinal, um ponto de ancoragem para estas reflexões que conduz às possíveis razões subjetivas que levam

algumas mulheres a permanecerem na posição de vítima a manterem-se em silêncio, mesmo quando conhecem a lei que as protege. Para isso, a autora baseou nas construções de Sigmund Freud que levam da teoria sobre sexualidade aos achados sobre o masoquismo, por meio do retorno aos principais textos que consolidam o pensamento do psicanalista clássico.

Os motivos pelos quais as mulheres suportam a dor das agressões, de todas as formas, e se mantêm manipuladas pelo agressor podem ser fundamentados na teoria freudiana e estarem associados ao prazer e, a partir daí, entram os conceitos da perversão, do masoquismo e sexualidade.

Serão utilizados três textos importantes da obra de Freud. O primeiro texto é “Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade” de 1905, o segundo “Além do Princípio do Prazer” de 1920 e o terceiro “O Problema Econômico do Masoquismo” de 1924, com objetivo de extrair explicações para os questionamentos apresentados. Destaca-se que sequer foi aventada a possibilidade de exaurimento do tema com base nas obras de Freud, mas apenas algumas explicações para reflexões acerca do tema proposto.

Os esclarecimentos de Luciana Ferreira Chagas (2019, p. 66) indicam que se faz necessária a atenção nas posições de cada um – homem e mulher – na relação e como cada um vive a experiência da situação violenta. Essa parceria sintomática se estabelece a partir da função do inconsciente como elemento constituinte das escolhas amorosas. Desse modo, a dificuldade no rompimento do relacionamento abusivo é em função dessa parceria-sintoma.

O primeiro texto indicado é dividido em três capítulos: as aberrações sexuais, a sexualidade infantil e as transformações da puberdade e traz noções do feminino para Freud e anotações sobre o excesso de poder de um sobre o outro, que caracteriza o relacionamento abusivo e violento. Não é permitido perder de vista que o livro foi escrito em 1905, época que a cultura patriarcal estava instalada e a inferioridade da mulher era conceito solidificado.

Na primeira parte da obra, Freud (2016, p. 42) descreve sobre a sexualidade e a superestimação do objeto sexual. O instinto sexual não se

limita aos genitais, mas se estende por todo o corpo e abrange as sensações que vêm do objeto sexual.

(...) A mesma superestimação se irradia para o âmbito psíquico, mostrando-se como cegueira lógica (fraqueza de julgamento) antes as realizações e perfeições psíquicas do objeto sexual e submissão crédula aos julgamentos que dele partem. Assim, a credulidade do amor se torna uma fonte importante, embora não a primeira de autoridade [Não posso deixar de recordar, neste ponto, a crédula submissão dos indivíduos hipnotizados ante o seu hipnotizador, que me faz suspeitar que a essência da hipnose deve se achar na inconsciente fixação da libido na pessoa do hipnotizador (mediante componente masoquista do instinto sexual)] (FREUD, 2016, p. 42).

A posição da mulher, como vítima de violência doméstica, é a da hipnotizada submissa ao hipnotizador que é o homem, com base na credulidade do amor. Freud indica que a superestimação sexual pode ser mais bem estudada no homem, pois apenas a sua vida amorosa tornou-se acessível à pesquisa; a da mulher ainda estava envolvida numa obscuridade impenetrável, em parte devido ao desenvolvimento da civilização e a outra devido à convencional reserva e insinceridade das mulheres (Freud, 2016.p. 43).

As explicações sobre a sexualidade humana indicam caminho para o conceito de masoquismo e passam pelo conceito de perversão. Freud oferece subsídios para associar a posição subjetiva às questões ligadas à sexualidade:

A sexualidade da maioria dos homens mostra um elemento de agressividade, de inclinação a subjugar, cuja significação biológica estaria na necessidade de superar a resistência do objeto sexual por algum outro meio além de fazendo-lhe a corte. (Freud, 2016.p. 53)

Existem fontes de excitação sexual que não são prazerosas como angustiar-se, apavorar-se, estremecer, e mantêm-se em grande número

de indivíduos também na vida adulta, e provavelmente explicam o fato de tantas pessoas buscarem oportunidades para sensações desse tipo:

Supondo-se que até sensações dolorosas intensas possuam o mesmo efeito erógeno, sobretudo quando a dor é acompanhada de uma condição que atenua ou mantém a distância, teríamos nisso uma das principais raízes do instinto sadomasoquista, de cuja variada composição formamos aos poucos uma ideia. (Freud, 2016.p. 116)

Freud associa as perversões à vida sexual normal e as classifica em duas formas: a primeira delas são as transgressões anatômicas quanto às regiões do corpo destinadas à união sexual, em que o objeto sexual normal é substituído por outro, comumente uma parte do corpo, e aguarda relação com ele – fetiche. A segunda forma refere-se a uma demora nas relações intermediárias com o objeto sexual, habitualmente seriam atravessadas com rapidez a caminho do alvo sexual final (Penna, 2019, p. 55).

Neste momento Freud encontra o sadismo e o masoquismo. Ele considera a tendência a infringir dor ao objeto sexual e o prazer na dor proporcionada pelo objeto sexual como sendo as mais frequentes e significativas das perversões. Os desvios da vida sexual normal também têm a sua configuração determinada pelas manifestações infantis da sexualidade. Sadismo e masoquismo, no texto, são pensados como resíduos de satisfação ligados à sexualidade infantil como sendo fixações de alvos sexuais provisórios:

PERIGOS DO PRAZER PRELIMINAR No entanto, o vínculo do prazer preliminar com a vida sexual infantil é corroborado pelo papel patogênico que ele pode ter. O mecanismo de que faz parte o prazer preliminar resulta, evidentemente, num perigo para a obtenção da meta sexual normal, perigo esse que surge quando, em algum ponto dos processos sexuais preparatórios, o prazer preliminar se torna muito grande e o elemento de tensão, muito pequeno. Então desaparece a força motriz para dar continuidade ao processo sexual, todo o caminho é abreviado, a ação preparatória

toma o lugar da meta sexual normal. Segundo mostra a experiência, a pré-condição para esse caso nocivo é que a zona erógena em questão ou o instinto parcial correspondente já tenham, na infância, contribuído em grau inusual para o ganho de prazer. Se há também fatores que atuam no sentido da fixação, aparece facilmente uma compulsão que se oporá, na vida posterior, à inclusão desse prazer preliminar específico num novo contexto. De tal espécie é, com efeito, o mecanismo de muitas perversões, que constituem uma permanência nos atos preparatórios do processo sexual (Freud, 2016.p. 128/129).

Quanto ao sadismo, nos “Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade”, de 1905, Freud mostra que as raízes são facilmente encontradas em pessoas ditas como normais e afirma que corresponderia, então, a um componente agressivo do instinto sexual que se tornou independente, exasperado, e foi colocado na posição principal mediante deslocamento. Freud adiciona que o conceito de sadismo vai de uma atitude simples e ativa, depois violenta ante o objeto sexual, até o vínculo exclusivo da satisfação com a subjugação e o mau tratamento desse objeto, e que somente esse caso extremo mereceria o nome de perversão (Freud, 2016. p. 52).

Sobre o masoquismo, Freud afirma que engloba todas as atitudes passivas ante o sexo e objeto sexual, em que a mais extrema consiste em vincular a satisfação ao sofrimento de dor física ou psíquica por parte do objeto sexual. O masoquismo, enquanto perversão, parece mais distante da meta sexual normal do que sua contrapartida, mas pode acontecer uma transformação do sadismo. Ele salienta que toda dor contém em si mesma a possibilidade de sensação prazerosa; e isso que justifica a presença do sadismo e do masoquismo na vida amorosa (Freud, 2016. p. 52).

Freud assevera que o sadismo e o masoquismo têm um lugar especial entre as perversões, pois há o contraste entre a atividade e a passividade, características essas universais da vida sexual:

A característica mais notável dessa perversão, porém, é o fato de suas formas ativa e passiva se encontrarem regularmente na

mesma pessoa. Quem tem prazer em causar dor aos outros nas relações sexuais também é capaz de fruir, como um prazer, a dor que tais relações lhe proporcionarem. Um sádico sempre é, simultaneamente, um masoquista, embora o lado ativo ou o lado passivo da perversão esteja mais desenvolvido nele e constitua sua atividade sexual predominante (Freud, 2016, p. 55).

Assim, vincular a dor a um prazer é elemento central para iniciar as respostas aos questionamentos da permanência da mulher, em um contexto de violência doméstica, e manter um relacionamento abusivo com o ofensor.

A equiparação entre a posição masoquista e a posição feminina feita por Freud, sendo que ele viveu em uma sociedade em que a mulher era inferiorizada, produziu um discurso que explica o comportamento constante das mulheres em lugar de submissão e de dominação característico do relacionamento abusivo e violento.

Ser agredida permite uma forma de satisfação – mesmo que seja inconsciente – e está além do princípio do prazer. Marcada pela passividade e pela insatisfação – a eterna sensação de que lhe falta algo – algumas mulheres que estão vivendo relacionamento abusivo podem vir a sustentar o sofrimento e o lugar de vítima, sem se interrogar por sua participação na desordem da qual se queixam (Penna, 2019, p. 65).

E passa-se para o segundo texto do estudo, “Além do Princípio do Prazer”, escrito em 1920, que traz a inquietação no questionamento: por que as mulheres repetem uma conduta que, em regra, associa-se a um desprazer? Por qual motivo as mulheres se submetem a relacionamentos abusivos que, em regra, parece ser algo que lhe traz dor? Neste segundo texto, Freud reescreveu alguns conceitos que partiam do pressuposto de que todas as ações psíquicas estavam regidas pela “evitação” do desprazer. Paula Dias Moreira Pena (2019, p. 65) explicou que a repetição de situações desagradáveis pode ser encontrada nas brincadeiras infantis, na vida erótica dos seres e, sobretudo, nas neuroses traumáticas. Freud é

levado a reescrever o dualismo pulsional em termos de pulsão de vida e pulsão de morte.

Fazendo um paralelo com o relacionamento abusivo, não seria um exagero concluir que algumas mulheres se mantêm numa relação abusiva devido ao caráter pulsional que busca experiências primárias vivenciadas como prazerosas em nível inconsciente. Essa conclusão é possível a partir de Freud, em *Além do Princípio do Prazer*:

Mas a criança não se cansará de exigir do adulto a repetição de uma brincadeira a que este lhe mostrou ou realizou com ela, até que ele se recuse a fazê-lo, exausto; e a olhe contarem uma bela história, quer sempre ouvir de novo aquela mesma em vez de outra, insiste que a repetição seja idêntica e corrige qualquer alteração perpetrada pelo narrador, com a qual ele talvez esperasse algum êxito. Nisso não é contrariado o princípio do prazer; obviamente a repetição, o reencontro do idêntico é em si mesma fonte de prazer. Já no analisando se torna claro que a compulsão de repetir na transferência episódios de sua infância desconsidera de todo modo o princípio do prazer (Freud, 1865-1939, 2022. p. 95).

Freud considera que para se chegar ao final do caminho que é o prazer, passa-se pela tolerância temporária do desprazer, por este fazer parte do percurso de forma temporária. E outro fenômeno é o sentimento de desprazer experimentado pelo eu, quando as pulsões sexuais recalçadas alcançam êxito em conseguir chegar, por caminhos tortuosos, a uma satisfação indireta ou substitutiva. Em ambos os caminhos, Freud analisa que ainda há a dominância do prazer, pois o desprazer é vivido temporariamente “como uma etapa no longo e indireto caminho para o prazer” (Freud, 2022. p. 07). Assim, conclui que “Não pode, porém, haver dúvida de que a substituição do princípio de prazer pelo princípio de realidade só pode ser responsabilizada por um pequeno número - e de modo algum as mais intensas - das experiências desagradáveis” (Freud, 2022. p. 07).

Segundo a teoria freudiana, a maior parte do desprazer que é experimentado é um desprazer perceptivo. Esse desprazer pode ser a

percepção de uma pressão por parte de instintos insatisfeitos, ou ser a percepção externa do que é aflitivo em si mesmo ou que excita expectativas desprazerosas no aparelho mental, isto é, que é por ele reconhecido como um perigo (Freud, 2022, p. 97).

Freud observou, em sua experiência clínica, a compulsão à repetição como um fenômeno apresentado no comportamento das crianças e no tratamento psicanalítico; sugere que a compulsão é derivada da natureza mais íntima dos instintos, rememora do passado experiências e a declara ser suficientemente poderosa para desprezar o princípio de prazer. Para compreender esse fenômeno, ele retoma o atributo universal das pulsões cuja característica primordial é restaurar o estado anterior das coisas, uma repetição de uma experiência primária de satisfação:

Parece, então que um instinto é um impulso, inerente à vida orgânica, a restaurar um estado anterior de coisas, impulso que a entidade viva foi obrigada a abandonar sob a pressão de forças perturbadoras externas, ou seja, é uma espécie de elasticidade orgânica, ou, para dizê-lo de outro modo, a expressão da inércia inerente à vida orgânica (Freud, 1865-1939, 2022, p. 97).

O objetivo de toda a vida é a morte, diz Freud. Tem-se as pulsões de autoconservação, cuja função é garantir que o organismo seguirá o próprio caminho até a morte, e afastar todos os modos possíveis de retornar à inexistência inorgânica que não sejam os imanentes ao próprio organismo. Essas pulsões caracterizam uma situação paradoxal na medida em que o organismo vivo luta contra fatos que poderiam conduzir mais rapidamente a seu objetivo de vida que é a morte (Freud, 1865-1939, 2022, p. 07).

O texto “O Problema Econômico do Masoquismo”, escrito por Freud em 1924, traz três formas de observação do masoquismo: um erógeno, um feminino e um moral. O masoquismo é o prazer na dor, através da realização de fantasias como ser amordaçado, amarrado, maltratado de algum modo, obrigado a uma obediência incondicional, humilhado:

Mas, tendo-se podido estudar casos em que as fantasias masoquistas sofreram elaboração particularmente rica, é fácil perceber que elas põem o indivíduo numa situação caracteristicamente feminina, isto é, significam ser castrado, ser possuído ou dar à luz. Por causa disso chamei de feminina essa forma de masoquismo, como que a potiori [pelos traços mais importantes], embora muitos de seus elementos apontem para a vida infantil (Freud, 1865-1939, 2022, p. 169).

Freud chama como feminina essa forma de masoquismo e explica que a culpa também está presente, pois o indivíduo supõe haver infringido algo por aceitar mediante procedimentos que causam dor.

Em todos os demais sofrimentos masoquistas há a condição de partirem da pessoa amada e serem tolerados por ordem sua; tal restrição é posta de lado no masoquismo moral. O que importa é o sofrimento mesmo; se ele é infligido por uma pessoa amada ou outra qualquer não faz diferença; pode ser causado também por poderes ou circunstâncias impessoais, o verdadeiro masoquista sempre oferece a face quando vê perspectiva de receber uma bofetada. Na explicação desse comportamento, tudo convida a deixar de lado a libido e limitar-se a supor que o instinto de destruição foi novamente voltado para dentro e se enfurece com a própria pessoa, mas deve haver algum sentido no fato de a linguagem corrente não ter abandonado a relação entre essa forma de comportamento e o erotismo, chamando também aos que prejudicam a si mesmos de masoquistas (Freud, 1865-1939, 2022. p. 173).

Leandro Corrêa Barboza (2020, p. 99) analisa a possibilidade de um instinto masoquista inconsciente decorrente das experiências familiares ou da reversão ao próprio eu, aliado à sexualidade agressiva do homem com inclinação a subjugar a parceira sexual, é possível que algumas mulheres fiquem aprisionadas na trama inconsciente que as faz, repetidamente, buscar relacionamentos agressivos ou a se manterem em tais relacionamentos mesmo quando lhe seja oportunizada a possibilidade de rompê-los.

Após uma rasa compreensão dos motivos, se é que pode se dizer motivos, que conduzem a escolha da mulher em permanecer inserida no contexto de violência doméstica, é essencial entender que a autonomia privada da mulher, atualmente, será respeitada.

5 AUTONOMIA PRIVADA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PODER DE DECISÃO

A possibilidade de a mulher agir de acordo com a sua própria vontade, com o poder de fazer ou deixar de fazer algo, se chama liberdade, que, por ser conceito complexo, compreende várias espécies como a liberdade natural, a social, a política, a pessoa e a jurídica. Neste momento, a liberdade jurídica é o tipo que merece destaque, para compreensão da autonomia privada aplicada ao poder de desistir das medidas protetivas.

A liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. É o poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas. Objetivamente é o poder de regular juridicamente tais relações com atribuição de conteúdo e efeitos determinados, com reconhecimento e a proteção do direito. Essa esfera de liberdade, de que o sujeito dispõe no âmbito do direito privado, se chama autonomia. Particulares tornam-se, desse modo, donos dos próprios interesses.

“Autonomia” é palavra de origem grega (autonomia) derivada da junção das palavras “autos”, que significa próprio, individual, pessoal e o verbo *nomia* é conhecer, administrar. O sentido originário da palavra representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta (Ruguer, Rodrigues, 2007).

Para Bruno Torquato de Oliveira Naves (2014, p. 42), autonomia privada é um poder atribuído pelo direito, e não um poder advindo da vontade e reconhecido pelo direito, e confere ao sujeito a possibilidade de escolha que pode, alternativamente, realizar o ato desta ou daquela maneira, em conformidade com as normas jurídicas, ou seja, poder normativo

particular. Francisco Amaral (2006, p. 345) explica que autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participam, de estabelecer o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Autonomia privada, para Paulo Lôbo (2009, p. 95), é o poder jurídico conferido pelo ordenamento jurídico aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos e quando a lei não admite a autonomia privada, estabelece normas cogentes, que não podem ser modificadas ou desconsideradas pelas pessoas.

Essas normas cogentes provocam um estreitamento do espaço da autonomia, com propósito se proteger o sujeito vulnerável, a exemplo o consumidor; e que diante do entendimento do estudo, a mulher vítima de violência doméstica.

Paulo Lôbo (2009, p. 65) explica que natureza intervencionista do Estado para a proteção das pessoas vulneráveis é incompatível com a recepção plena do princípio da autonomia privada pela Constituição Federal, mas a limitação jurídica do espaço serve para evitar que seja explorada a parte vulnerável pelo mais forte em seu interesse. Na medida em que crescem o controle e a limitação estatal e social, reduz-se o espaço da autonomia. A intervenção do Estado na vida íntima deve ser suficiente no sentido de proteção a garantir a vida, a integridade física, psicológica, moral e patrimonial. Entretanto, existe uma discussão a respeito do fato de o Estado limitar o exercício da autonomia privada da vítima de violência doméstica.

Érica Canuto (2021, p. 56) explica que a vítima de violência doméstica deverá ter a sua autonomia privada preservada, pois decorre do princípio do consentimento. Somente ocorrerá qualquer intervenção com o consentimento da vítima, ou seja, ela participará da decisão com a sua opinião e vontade, dizendo o que é melhor para si, bem como quais são as expectativas que possui para a solução da questão e sempre será ouvida e sua palavra considerada.

Diferentemente, Francisco Amaral (2006, p. 348), em sua obra, possui título específico sobre os limites da autonomia privada e a intervenção do Estado onde descreve a redução do individualismo implícito

aos postulados liberais do direito civil, e, por outro lado, tem-se o reconhecimento constitucional dos mesmos postulados civilistas em uma dimensão pública, geral e funcional, no sentido de que, integrados na ordem econômica e social, servem como instrumentos de desenvolvimento e justiça social. Na explicação do autor, ele afirma que esses limites são a ordem pública, na sua espécie de ordem pública e social e direção, sob a forma de dirigismo econômico, e os bons costumes, as regras morais, sendo que o intervencionismo não se opõe à liberdade, apenas visa evitar a que for desleal, e a proteger o hipossuficiente do abuso de direito.

O Código Civil estabelece, ainda, os limites funcionais à autonomia privada: “Art. 187: Também comete ato ilícito, o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede, manifestamente, os limites impostos por sua função social, econômica, pela boa-fé e pelos bons costumes” (Brasil, 2002)

Verifica-se, portanto, que a legislação brasileira não considera o abuso de direito um mero deslize, um mero descuido, mas ato ilícito funcional, que se materializa na dinâmica relacional, que contraria as normas e que gera para o autor sanções de civis e penais.

O recente aprovado Protocolo de Julgamento pela Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), enumera o passo a passo para análise e julgamento dos processos. No passo 3 consta o questionamento, no tema proteção: “A autonomia da mulher está sendo preservada?”. Ela é quem escolhe se deseja medidas protetivas ou se quer desistir das medidas protetivas. Sabe-se que as vítimas eternas e invisíveis possuem o poder de decisão em suas mãos para escolher o que melhor para si. Portanto, independentemente do risco a que está exposta, tornando irrelevante o grau e tipo de violência sofrida, a mulher terá a autonomia privada preservada.

6 DESISTÊNCIA DA MEDIDA PROTETIVA - VÍTIMAS ETERNAS E INVISÍVEIS E AS CONSEQUÊNCIAS

Após a passagem pelos esclarecimentos sob a ótica da psicologia jurídica comportamental e psicanalítica, as vítimas eternas encontram,

no que as prejudica, a motivação para seguir em frente e continuar sob o jugo de seus ofensores. O conflito faz parte da sua vida, da sua maneira de ser e constitui mecanismo psicológico de defesa contra outros dramas do psiquismo que, sem eles, se tornariam insuportáveis. Viver como vítima, representa o antídoto mais eficaz para enfrentar a si mesmo todos os dias.

A violência doméstica é cíclica, alimentada no cotidiano das relações afetivas; uma tensão inicial, geralmente com a violência psicológica; concretizada posteriormente com a violência física, que conduz a um pedido de desculpas e à “lua de mel”. A tensão inicial não é suficientemente elaborada; ela não se esvai, simplesmente esfria por um período até que essa fase seja reiniciada. A perpetuação do ciclo do relacionamento abusivo, sem que haja intervenções suficientes, pode levar a um desfecho triste, ou seja, a morte (feminicídio).

Há fatores que contribuem para o cenário de desprazer, dor e sofrimento no relacionamento abusivo como argumento da legítima defesa da honra, a culpabilização da vítima, a impunidade nos “crimes de paixão”, a ideia de que um casamento infeliz é melhor que um lar desfeito. Existe um predomínio nas classes sociais mais baixas, filmes e músicas com conteúdo que fomentam a desigualdade e a objetificação da mulher. Acrescente-se a esses argumentos a dependência econômica e financeira do agressor e o medo de seguir a vida sozinha, o que se agrava se tiver filhos.

Ingridd Raphaelle Rolim Gomes (2018, p. 57), em sua pesquisa de análise quantitativa, explicou sobre a permanência de mulheres em relacionamentos agressivos. Muitas teorias têm sido desenvolvidas com objetivo de explicar os fatores que influenciam a decisão das mulheres. O rompimento de uma relação violenta pode durar anos, considerando que muitas vítimas podem continuar com seus companheiros devido à dependência financeira, ao medo de morrer, à espera pela mudança do comportamento do companheiro, à vergonha de assumir o fracasso do relacionamento ou à dependência emocional, ou ainda por apresentarem a percepção de que a autonomia sobre a sua vida não lhes pertence, além disso, algumas acreditam serem culpadas pela violência sofrida e outras sequer percebem que estão em um relacionamento abusivo.

Priscila Silva Barboza (2016, p. 89), através de entrevistas realizadas para a tese, ilustra as explicações tecidas neste artigo. Extrai-se, do brilhante trabalho, alguns excertos citados na pesquisa:

Relato da vítima: “Sim é importante. (Priscila: por que? Por que tu acha legal que eles te ouçam?). Vítima: porque tem várias mulheres que mudam de opinião não é? E é bom por isso por que tem mulher que se arrepende e volta atrás, tem homens que melhoram, tem homens que pioram. (Entrevistada C, 20 anos, parou de estudar).

Relato da vítima: “Acho que é interessante nós termos esta opção do sim ou não. (Priscila: e por quê?). Vítima: tu imaginas, tu voltas para o teu marido, e segue o processo, e tu continuas respondendo processo, e vivendo com aquela pessoa. (Priscila: então a senhora acha interessante ter esta opção, em caso de reconciliação?). Vítima: sim, claro”. (Entrevistada L, 43 anos, do lar).

Relato da vítima: “Eu acho bom a gente ter opção de escolha, ...acho bom pelo seguinte, até mesmo porque ninguém força a nada né, porque se eu falar que eu não acho bom, ai tem muita gente que as vezes precisa que nem no meu caso, amanhã ou depois eu posso precisar entendeu? Não é mesmo? Não, não, eu acho assim, que é muito bom a pessoa ter opções de escolha..., assim, ter opção de levar adiante ou desistir”. (Entrevistada I)

Relato da vítima: “Sinceramente? Tem que ser no judiciário por que ele é ignorante, ele não aceita, ele não conversa, ele só parte para a agressão, é tem que ser o que ele quer e acabou a história. (Priscila: tá e das outras... por que a senhora disse que foi duas vezes na delegacia, durante esses vinte (20) anos e das outras vezes a senhora conseguiu resolver em casa ou não?). Vítima: eu ficava submissa, eu apanhava aquilo passava eu ia guardando aquilo pra mim eu desenvolvi uma doença psicossomática por que eu me anulei, me anulei durante anos em prol dos filhos da família do bem estar que eu achava que ca... porque ele ganha bem, por que a gente tem um carro, a gente passeia, isso vai passar e fui me anulando. (Priscila: em função de manter essa família?). Vítima: sim, de manter essa aparência, de manter aparência e de manter a família unida”. (Entrevistada E, 50 anos, serviços gerais).

Vítima: Eu desisti pelo seguinte, não ia levar nada, a partir do momento que eu decidi fazer vida com ele e a gente se acertou não tem assim mais lógica não é? [...] Relato da vítima: “O que pesou mais é que, se eu estou com ele, como é que eu vou levar ele perante a justiça, o que os vizinhos também vão dizer né, estas pessoas, também é minha consciência, não pelos vizinhos, acho que cada um sabe o que é bom para si, mais pela minha consciência, porque...; veja bem, como é que eu estou vivendo com um homem, e processando ele?” (Entrevistada I)

Existem questionamentos acerca do confronto da preservação da autonomia privada e a segurança/proteção da vítima. O Estado possui limitações na intervenção da esfera privada da mulher. E conforme afirmado em uma das afirmações da entrevista acima, “[...] bom é a gente ter opção de escolha [...]”. Se as mulheres desejam essa autonomia privada blindada, fica em segundo plano a sua segurança e proteção quando desejam estar em uma posição de sofrer novamente a violência doméstica.

No atual estágio do sistema jurídico brasileiro evoluiu-se de um conceito voluntarista de autonomia, caracterizado pela ideia de ato de vontade pelo qual nos comprometemos livremente a aceitar ou realizar algo, para um conceito preceptivista que supera a noção do indivíduo isolado e recepciona a ideia do indivíduo situado, em que a manifestação de vontade individual está condicionada às circunstâncias existenciais do sujeito que a manifesta.

Necessidade, informação, urgência, vulnerabilidade, tempo, confiança, crenças, dentre outros, são fatores determinantes e condicionantes da vontade manifestada. Se liberdade pode ser definida como o exercício das possibilidades (Andrade, 1928, p. 06), quanto mais restritas forem as possibilidades, quanto mais fatores existirem limitando-as e condicionando-as, mais restrita será aquela.

Nas relações afetivas, essa realidade exige uma análise especialmente cuidadosa e delicada, pois, algumas delas, pela fragilidade em que deixam o coração, não dão ao sujeito, pela própria natureza dos sintomas e do sofrimento, os meios de curá-los (Proust, 2012, p. 25).

7 CONCLUSÃO

As vítimas eternas e invisíveis, são aquelas que não conseguem sair do relacionamento abusivo, e em sua maioria até se ousam, indo à delegacia especializada e formulando pedido de medidas protetivas, encorajadas pelas informações da denúncia. Após toda a movimentação do sistema, desistem da proteção do Estado, e voltam a se relacionar com o agressor. Esse encorajamento, de buscar uma solução para o seu problema, passa com o tempo. Neste momento, inicia-se um diálogo interno acompanhado de medo que pode constituir novas fontes de sofrimento.

O que se buscou com o estudo é a demonstração de suscetibilidade da mulher ter uma possibilidade de aceitação da violência, com base nos estudos da psicologia comportamental e psicanalítica e, por consequência, na autonomia privada da mulher que é preservada na atual configuração sistemática.

Assim, a violência doméstica e a desistência da medida protetiva pela eterna e invisível vítima leva em consideração a trajetória de vida individual de cada mulher. As dores que são entendidas como prazer, as interpretações que levam ao psiquismo e ao inconsciente da mulher a desistir de romper o relacionamento abusivo e agressivo, com a ajuda das medidas protetivas, cabe a cada vítima essa decisão. No entanto, não se pode desconsiderar as raízes sociais deste fenômeno, quanto às possibilidades que as mulheres encontraram para se constituir como sujeito no mundo e se defrontar com suas pulsões. Destacam-se os conceitos de compulsão à repetição e ao masoquismo criados por Freud.

Conclui-se que as compreensões dos fatores que envolvem as vítimas em relacionamentos abusivos são colocadas, na literatura, como questões de: gênero, a relação histórica cultural que envolve os padrões de poder e subordinação, vulnerabilidade psicológica, dependências emocionais, sistema familiar, padrões de comportamento, o medo do agressor, as crenças de que uma relação é para sempre, à espera de uma mudança no comportamento do abusador, medo de estar só, de ser considerada

culpada, de ser agredida e para concluir, vergonha por permanecer junto ao parceiro, mesmo sendo subjugada, humilhada e oprimida, repetindo assim comportamentos e vivências através das gerações.

A autoestima encontra-se diminuída nessas vítimas eternas e invisíveis. Seria recomendável o apoio psicológico especializado e multidisciplinar, que é uma autêntica ilusão para a maioria absoluta das vítimas, que, não raramente, são condenadas a isolamento no contexto familiar e social.

A relevância do tema mostra a necessidade de ampliação dos estudos no que diz respeito às pesquisas nas áreas afins, em especial nas abordagens do Direito, da Psicologia e da Psicanálise, com finalidade de ressignificar a vivência destas mulheres que permanecem em relacionamentos que as impedem de revelar as realidades subjetivas. A autonomia de vontade da vítima é preservada, portanto, a decisão de desistir das medidas protetivas cabe, apenas e exclusivamente, a ela. Nas intervenções judiciais e/ou psicológicas, não se deve generalizar, revitimizar e julgar, acolhendo a vítima sem culpabilizá-la, mesmo que escolha pela desistência das medidas protetivas por inúmeras vezes. Mas fica a reflexão sobre suas vítimas eternas e invisíveis.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBOZA, Leandro Corrêa. **Violência doméstica e punibilidade: reflexões a partir de contribuições da psicopatologia, psicanálise e criminologia clínica**. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos. Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. Dourados, 2020.

BARBOZA, Priscila Silva. **Tensões na regulação jurídica da violência de gênero no Brasil: Lei Maria da Penha, intimidade e reconhecimento**. Tese. (Doutorado em Direitos Humanos e Democracia). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/>

handle/1884/53103/R%20-%20T%20-%20PRISCILA%20DA%20SILVA%20BARBOZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 10 ago 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 25 ago 2024

CANUTO, Érica. **Princípios especiais da Lei Maria da Penha e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar.** Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CHAGAS, Luciana Ferreira. **(Re)pensando a assistência: Contribuições da psicanálise para as políticas públicas no enfrentamento do ciclo da repetição na violência contra a mulher.** Tese apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Ciências – Psicologia Clínica. 2019.

GOMES, Ingrid Raphaelle Rolim. **A intenção feminina de permanecer em um relacionamento abusivo.** Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2018.

FIORELLI, José Osmir. MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2021

FREUD, Sigmund. **Além do princípio do prazer, Psicologia de grupo e outros trabalhos (1920-1922).** Tradução Tradução de James Strachey. Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1996.

Freud, Sigmund, 1896-1939. **Obras completas, volume 6: três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso Dora”) e outros textos (1901-1905)** I Sigmund Freud; tradução Paulo César de Souza. -11 ed.-São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

FREUD, Sigmund, 1923-1925. **Obras completas, volume 16: o eu e o id, “autobiografia” e outros textos;** tradução Paulo César de Souza. -11 ed.-São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GOMES, Ingrid Raphaelle Rolim. **A intenção feminina de permanecer em um relacionamento abusivo.** Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. *Secretaria de Planejamento e Gestão*. **Inaugurada Companhia de Prevenção à Violência Doméstica**. Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/planejamento/noticias/defesa-social/12/2017/inaugurada-companhia-de-prevencao-violencia-domestica> Acesso em 10 de ago de 2024.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela perspectiva da autonomia privada – relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

PENA, Paula Dias Moreira. Fábio BELO, Roberto Rodrigues. **Crítica à alteração da lei maria da penha: tutela e responsabilidade**. Psicologia: Teoria e Pesquisa. Belo Horizonte, Vol. 32 n. 3, pp. 1-8. Jul-Set 2016.

PENNA, Paula Dias Moreira. **Mulheres em situação de violência doméstica: um diálogo entre psicanálise e o direito**. Curitiba: Juruá, 2019.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 110/111.

RUGUER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia como princípio jurídico estrutural. Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 03-24. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA FISCAL MUNICIPAL NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS DIANTE DOS ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES QUE ENVOLVEM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA¹

Betieli da Rosa Sauzem Machado²

João Arthur Santos Flesch³

Ricardo Hermany⁴

- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
- 2 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021-2025). Estância de doutoramento na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), com bolsa PDSE/CAPES (11/2023-05/2024). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany, no Brasil. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.
- 3 Advogado, inscrito na OAB/RS sob o nº 105.958. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com Bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016); Membro do grupo de pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil, coordenado pelo Professor Ricardo Hermany. E-mail: <joaoflesch@gmail.com>.
- 4 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na

1 INTRODUÇÃO

A segurança pública é um dos pilares para a vida em sociedade, garantindo-se por meio desta a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana tais como à vida, à integridade física e psicológica, ao patrimônio e ao meio em que os cidadãos estão inseridos. A Constituição Federal de 1988 elencou a segurança pública como um dever do Estado e um direito dos cidadãos, não obstante, o rol de direitos fundamentais e sociais constitucionalmente garantidos estão diretamente ligados às condições de segurança pública.

A trajetória do Estado brasileiro, no que concerne à segurança pública, têm heranças históricas de um modelo mais voltado à proteção patrimonial, tendo buscado evoluir ao longo do tempo para a busca de uma proteção mais ampla e preocupada com o cidadão. Ainda que não se tenha encontrado o modelo ideal a ser utilizado no combate à violência e criminalidade, buscou-se ao longo dos anos, por meio dos planos nacionais de segurança pública o combate as violência e criminalidade de variadas formas, contudo ainda sem uma gestão com o nível de cooperação e integração necessário entre agentes, órgãos públicos e sociedade civil.

Trata-se de uma ideia de pensar e buscar a segurança pública dentro de um aspecto multidisciplinar, não somente limitando-se a uma atuação repressiva e ostensiva na forma dos policiamentos e órgão judiciários de persecução penal, mas também de buscar uma melhoria na qualidade de vida do cidadão e do ambiente no qual ele está inserido. Nesse aspecto, a partir da necessidade de direitos básicos, de um ambiente social e econômico capaz de trazer qualidade de vida, verifica-se grande importância na capacidade financeira dos municípios para o custeio e manutenção das políticas públicas que são responsáveis pela efetivação desses direitos.

Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.

Em face disso, com o presente artigo, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, a partir de pressupostos gerais passando-se posteriormente para uma verificação mais específica. Quanto ao método de procedimento, adota-se o hermenêutico, eis que viabiliza a correta interpretação dos textos e sistemas analisados. E a técnica de pesquisa é a bibliográfica, por meio de documentação indireta, visto que utiliza-se obras, periódicos, dissertações, teses e legislações acerca da temática. Neste contexto, busca-se responder o seguinte questionamento: como a autonomia fiscal das gestões locais, no âmbito das políticas públicas, contribui para a política nacional de segurança pública? A partir do problema de pesquisa, o presente trabalho tem como objetivo abordar a importância da autonomia fiscal municipal, no âmbito da segurança pública, diante da necessidade de atuação multidisciplinar no combate a insegurança, violência e criminalidade

A pesquisa divide-se em três objetivos específicos, realizar-se-á, primeiramente, uma análise do aspecto multidisciplinar e multifacetado que permeia as políticas públicas de segurança pública e a importância da contribuição das gestões locais para as políticas públicas de combate à insegurança. Seguindo-se para abordagem dos Planos Nacionais de Segurança Pública ao longo dos últimos anos e a possibilidade de criação de policiamentos comunitários e Conselhos Municipais de Segurança Pública. Por fim, buscar-se-á analisar as principais dificuldades das gestões locais, no âmbito da segurança pública, diante da atual crise financeira dos municípios e demonstrar a necessidade de fortalecimento do poder local.

2 O ASPECTO MULTIDISCIPLINAR E MULTIFACETADO QUE PERMEIA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E A IMPORTÂNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DAS GESTÕES LOCAIS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À INSEGURANÇA

A trajetória das políticas públicas de segurança no Brasil tem suas raízes em um modelo patrimonialista, originado ainda sob a influência da

herança monárquica, em um período que foi caracterizado pelo poder absoluto do soberano e pela utilização da força militar para a defesa territorial e o controle dos opositores, por meio de intimidação e julgamentos. No século XIX, com a emergência do modelo burocrático, houve uma tentativa de ruptura com o patrimonialismo, buscando-se contrariar as práticas nepotistas e corruptas predominantes. Entretanto, apesar do esforço de transição para um novo sistema, as estruturas da República ainda mantinham conexões com os problemas do paternalismo e clientelismo do passado. Além disso, o novo paradigma trouxe desafios próprios, como o excesso de apego às regras organizacionais e operacionais do Estado, o que resultou na lentidão dos processos administrativos e decisórios (Leal, 2023).

Nos termos da Constituição Federal de 1988, nomeadamente pelo seu artigo 144, delinea-se que a segurança pública é um dever do Estado, consistindo em um direito e dever de todos cidadãos, a fim de buscar o controle da ordem pública, bem como a integridade pessoal e patrimonial. O texto constitucional ainda elenca uma série de instituições a qual se atribuem a competência para a efetiva garantia da segurança pública, quais sejam as políticas federais, distritais, civis e militares, rodoviárias e ferroviárias, e também as polícias penais. Não obstante, ainda traz a possibilidade de os municípios constituírem guardas municipais, que por interpretação dos dispositivos constitucionais também passam a integrar os órgãos de segurança pública (Brasil, 1988).

Veja-se que pelo texto constitucional indica-se a existência de um sistema reativo no que tange a segurança pública, com a atribuição de competências às diversas polícias e órgãos de segurança pública, contudo a atuação apenas reativa não é a única que se pode extrair do texto constitucional. Isso porque, a partir de uma interpretação abrangente da noção de segurança pública, nomeadamente pelo *caput*, do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, evidencia-se que o legislador constituinte também colocou a segurança pública como um dever de todos e não apenas um direito. Isso possibilita pensar em uma matriz de segurança pública de forma abrangente, em conjunto com todos os setores

**A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA FISCAL MUNICIPAL NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS DIANTE DOS ASPECTOS
MULTIDISCIPLINARES QUE ENVOLVEM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

da sociedade, trabalhando sobretudo em formas preventivas de combate à violência e criminalidade, de maneira a dar suporte aos demais atores envolvidos na manutenção da ordem pública e da segurança pessoal e patrimonial dos cidadãos.

A necessidade de uma matriz de segurança pública democrática e socialmente comprometida torna-se evidente ao reconhecermos que não é mais viável a existência de políticas e agentes de segurança meramente reativos, baseados em modelos tradicionais que priorizam exclusivamente o aumento de armamentos e efetivos policiais. Tais medidas têm se mostrado historicamente insuficientes para reduzir a insegurança, tanto no plano preventivo quanto no repressivo. Isso ocorre porque as políticas e agentes de segurança frequentemente operam sob um modelo inercial, reativo e fragmentado, dentro de contextos de atomização institucional. Ademais, em geral, esses agentes e políticas não compreendem profundamente os resultados de suas ações, confundindo relatórios operacionais com avaliações de eficiência institucional e social. Por fim, observa-se frequentemente, dentro das políticas e ações dos agentes de segurança, um desconhecimento da realidade em que atuam ou a não utilização sistêmica e racional do conhecimento existente (Leal, 2023).

A preservação da ordem pública democrática pressupõe a ampliação dos atores sociais responsáveis pela área de segurança pública para além das organizações policiais, isso implica reconhecer, entre outras urgências, a necessidade de constituição de gabinetes de gestão integrados, que reúnam os órgãos de segurança pública e outros órgãos governamentais em todas as esferas da federação. Desse modo, propiciar a abertura dos processos de tomada de decisão à participação da sociedade juntamente com a criação de mecanismos de compartilhamento de sistemas de informação entre os órgãos de segurança pública, de maneira que a gestão de segurança pública deva contar, permanentemente, com dados e informações qualificadas, diagnósticos rigorosos, planejamento sistemático e avaliação regular, todos veiculados por rotinas, funções, processos e estruturas ágeis e adequadas ao cumprimento de metas articuladas (Leal, 2023).

A segurança pública diz respeito a toda a coletividade e seu alcance envolve tanto as esferas pública quanto privada, não podendo ser definida por critérios fixos e permanentes, nem mensurada de forma abstrata e artificial, dependendo de contextos específicos e histórias singulares, sendo, portanto, social, histórica e culturalmente relativa. Em face disto, é fundamental reconhecermos que a segurança pública não se reduz à presença ou ausência de crimes, nem se esgota em fatos visíveis e quantificáveis que parecem lhe dar causa, embora tenha relação com a experiência emocional, física e/ou simbólica da violência intolerável (Leal, 2023).

Todas essas medidas envolvem mudanças de paradigmas de maneira a reconhecer a importância de ampliar o conhecimento dos agentes de segurança sobre os fatores relacionados à constituição da segurança pública e isso inclui promover, dentro das instituições, uma compreensão da realidade social a partir de uma perspectiva crítica e ampliada. É essencial buscar uma expansão da responsabilidade dos agentes de segurança para além das questões estritamente criminais, desenvolvendo uma preocupação com a melhoria da qualidade de vida da população, especialmente no que tange aos serviços públicos, ao acesso ao trabalho, ao lazer e à educação, por exemplo (Leal, 2023).

Assim, a ideia de uma responsabilidade indireta dos municípios no âmbito da segurança pública está diretamente ligada com este modo de pensar a segurança pública de forma multidisciplinar e multifacetada, onde busca-se uma integração de múltiplos atores da administração pública e da sociedade na busca pela efetiva segurança. As áreas da educação, saúde, habitação, saneamento básico demonstram-se como de suma importância para uma base segura de apoio às forças de segurança e não somente no âmbito da melhoria na qualidade de vida e bem estar social que tende a trazer melhorias sociais significativas para os cidadãos dentro da perspectiva de uma atuação preventiva, mas também no que diz respeito às informações e dados para que se possa qualificar a atuação dos órgãos de segurança pública reativa, no campo da atuação repressiva direta nos locais de maior insegurança.

Em face disso, dentro do modelo de federalismo cooperativo disposto na Constituição Federal de 1988, temos a necessidade de uma integração entre as três esferas de governo bem como da sociedade na busca pela melhoria nas condições de segurança pública. A cooperação entre os entes federados se dá na medida das respectivas atribuições de competências concorrentes e comuns e as respectivas transferências de recursos a fim de prover o custeio das políticas públicas, de educação, de saúde, de saneamento básico, de moradia, de trabalho, de assistência social. Aqui encontra-se um dos grandes desafios para as políticas públicas de segurança, qual seja, alcançar a efetividade na atuação cooperada e coordenada entre todos os agentes envolvidos.

A coordenação federativa é um requisito contemporâneo para o desenvolvimento eficaz dessas políticas, especialmente considerando o alto grau de interdependência, tanto vertical quanto horizontal, entre as ações desenvolvidas por entes pertencentes a diferentes níveis de governo. A multiplicidade de centros decisórios nas federações torna desafiadora a implementação de políticas públicas que dependem da convergência entre escolhas governamentais direcionadas à realização de objetivos ou metas nacionais. Dessa forma, a capacidade de coordenação dos governos nacionais varia conforme os arranjos institucionais do sistema federativo, particularmente em relação à centralidade jurisdicional e à concentração de recursos fiscais no governo nacional (Soares, Machado, 2018).

Nesse contexto, esses arranjos institucionais na distribuição de recursos entre os entes da federação remetem ao federalismo fiscal, uma dimensão essencial das relações intergovernamentais que impacta a equidade territorial e social. Assim, refletir sobre o federalismo fiscal e as formas de financiamento de políticas sociais universais, que visam a equidade na oferta e nos resultados para os cidadãos, como saúde, educação e assistência social, é essencial para a conformação de um Estado de bem-estar social. Essa análise revela a importância de uma associação que promove justiça e equidade, assegurando que todos os cidadãos tenham acesso igualitário a serviços essenciais (Soares, 2018).

O grau de descentralização dos recursos no âmbito da federação implica necessariamente na capacidade dos Estados membros e municípios de conseguirem executar as políticas públicas a eles atribuídas pela competência constitucional originária, de maneira plena e satisfatória. Consequentemente, essa autonomia financeira está também ligada ao tema da segurança pública, notadamente na capacidade dos municípios de conseguirem alcançar os recursos necessários para a implementação e financiamento de todas as políticas públicas que envolvem o espectro multidisciplinar e atuação no âmbito do combate à violência e à criminalidade.

Portanto, verifica-se que a existência de políticas públicas efetivas em setores tidos como essenciais à qualidade de vida e bem estar da população permeia a base para uma matriz de segurança pública mais efetiva, buscando-se dar ao cidadão meios de subsistência e desenvolvimento que o afastem da criminalidade aliando o combate à violência e insegurança com oportunidades de crescimento pessoal profissional e social. Não obstante, são encontrados desafios de ordem organizacional, sobretudo fiscal no âmbito da descentralização de competências de cada ente federado no âmbito das políticas públicas. Dessa forma, passar-se-á para uma abordagem acerca dos planos nacionais de segurança pública que estiveram vigentes nos últimos anos bem como da possibilidade de criação de políticas públicas de segurança pública no âmbito local.

3 OS PLANOS NACIONAIS DE SEGURANÇA PÚBLICA AO LONGO DOS ÚLTIMOS ANOS E A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE POLICIAMENTOS COMUNITÁRIOS E CONSELHOS MUNICIPAIS DE SEGURANÇA PÚBLICA

A segurança pública no Brasil enfrenta ameaças diárias decorrentes de fatores longamente conhecidos, como o aumento da criminalidade, a expansão do mercado de drogas ilícitas e o fortalecimento das organizações criminosas, inclusive no interior do país. Esse cenário é agravado pelo fácil acesso e descontrole sobre a circulação de armas de fogo, o que aumenta o poder dessas organizações criminosas. Além disso, a ausência

de acordos sobre as reformas institucionais necessárias, somada a uma percepção negativa da política de segurança pública e à baixa confiança da sociedade nos agentes de segurança, contribui significativamente para as crises na segurança pública. Essa situação é ainda mais complicada pela precarização das instituições de segurança e pela escassez de recursos financeiros disponíveis (Leal, 2023).

É possível identificar que os problemas da segurança pública no Brasil envolvem ameaças distintas, oriundas de variadas origens e características, que estão presentes na sociedade civil, manifestando-se no cotidiano por meio da criminalidade e também se refletem no âmbito da administração pública onde a ausência de diálogo entre os setores responsáveis agrava a situação. Diante de um problema de múltiplas facetas, o Estado continua a adotar abordagens lineares para enfrentamento, desconsiderando o caráter multidisciplinar que permeia a segurança pública, implicando em uma falta de visão integrada que por sua vez impede a formulação de soluções eficazes e abrangentes (Leal, 2023).

A partir desses diagnósticos o poder público buscou encontrar soluções ao longo dos anos, de maneira a tratar o tema da segurança pública com uma abordagem diferente, que pudesse enfrentar o problema existente em suas mais diversas formas, contudo, demonstra-se que ainda não foi possível implementar uma fórmula ideal a realidade brasileira, mesmo diante dos planos nacionais de segurança pública que vêm sendo implementados ao longo dos anos. Isso porque ainda permanece a dificuldade de integração e compartilhamento de informações impedindo que se possa ter um diagnóstico preciso para cada uma das diferentes realidades existentes no país. Não obstante, a dificuldade financeira enfrentada por grande parte dos Estados e municípios quando do financiamento das forças de segurança e também das demais políticas públicas de interesse social inerentes à segurança pública.

O Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP) datado do ano 2000 significou um marco para a história das políticas públicas de segurança nacionais, tendo como características o estímulo ao desenvolvimento

tecnológico, aperfeiçoamento do sistema de segurança e medidas de integração. No campo prático, faltou ao PNSP a fixação de recursos e metas, bem como de mecanismos de gestão e avaliação das ações pretendidas, e quando da sua aplicação, as rivalidades políticas e discussões acerca dos projetos o inviabilizaram, o que não impediu uma significativa contribuição para o tema da segurança pública na medida em que trouxe maior importância e visibilidade para o tema e a importância da discussão para a melhoria das condições de segurança (Leal, 2023).

Quando dos governos seguintes, durante o governo Lula, a partir de 2002, apresentou-se o Plano Nacional de Segurança Pública, que buscou ser uma verdadeira política de Estado e não de governo a fim de superar as divergências políticas que até então impunham dificuldades para o debate da segurança pública, o plano buscou trazer para os governadores a importância da cooperação para a efetiva concretização das medidas propostas, enfatizando a necessidade de medidas de prevenção. Contudo, por motivos de riscos políticos, o então Governo optou por não seguir no caminho do plano previsto, deixando-se novamente de aplicar a necessária visão e atenção à segurança pública como uma política de Estado e não de governo (Leal, 2023).

Durante o governo de Dilma Rousseff, não houve continuidade aos planos anteriores, resultando na criação do Programa Brasil Mais Seguro e do Programa Nacional de Redução de Homicídios, que careciam da mesma abrangência dos planos anteriores. Posteriormente, no governo do presidente Michel Temer, foi estabelecida a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS). No entanto, a implementação plena dessas políticas enfrentou dificuldades devido à necessidade de uma gestão efetiva para lidar com a complexidade das organizações, além da persistência de um modelo de tomada de decisão hierárquico, caracterizado por uma abordagem de cima para baixo e de dentro para fora. Ademais, a cultura de gestão, instaurada pelo decreto-lei 317 de 1967, priorizou os interesses do Estado em detrimento das necessidades da sociedade. Essa cultura de combate ao inimigo simplificou a abordagem

da violência, reduzindo-a a tipos penais específicos e desconsiderando a importância de uma visão multidisciplinar para enfrentar o problema de forma eficaz (Leal, 2023).

Portanto, é evidente que, durante os anos 1990, adotou-se o endurecimento penal como a principal medida de combate ao crime. No entanto, o aumento da violência passou a preocupar os setores sociais, especialmente após graves incidentes, como o massacre do Carandiru. A partir dos anos 2000, observou-se uma ampliação do conceito de segurança no Brasil, iniciando-se com o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP). Contudo, assim como os planos subsequentes, este não conseguiu implementar um sistema eficaz de segurança pública devido a problemas de gestão. Embora o ordenamento jurídico indique a necessidade de cooperação entre os entes federados, não há uma definição clara sobre como essa cooperação deve ocorrer. A ausência de uma regulamentação prática e efetiva impede a operacionalização dessa colaboração, limitando-se a diretrizes gerais que não garantem uma gestão eficiente entre os diferentes níveis de governo (Leal, 2023).

De tal maneira, essa cooperação entre os entes federados começa, conforme já referido anteriormente, por uma atuação integrada entre Estado e sociedade, de maneira que cada um desempenhe um papel fundamental para um sistema cooperativo de combate à insegurança. No âmbito municipal tem-se uma grande fonte de informações e possibilidades de atuação devido à proximidade, tanto do poder público quanto do cidadão, com a realidade e suas necessidades verificadas no âmbito do combate à violência, criminalidade e insegurança. A participação do cidadão de forma efetiva nas políticas públicas locais e a gestão das informações permite a obtenção de informações que vêm a servir como fonte de dados para um diagnóstico mais preciso dos problemas a serem enfrentados e para atuação dos órgãos de segurança pública.

O policiamento é notadamente uma das formas mais convencionais de combate à violência e criminalidade, tratando-se de uma prática repressiva e reativa de segurança pública de atuação quando da incidência

de crimes, de forma a fazer cessar os ilícitos existentes. Contudo, partindo-se da lógica de uma atuação preventiva e ativa, no intuito de combater os focos de ocorrência de crimes e violência ventilando a hipóteses de cessar as fontes para impedir novas ocorrências, não obstante de uma atuação descentralizada em níveis locais, inclusive à nível de bairros, é preciso pensar e um modelo de policiamento diferente do convencional.

Uma das formas de promover essa forma alternativa de atuação policial é pela criação de um politicamente comunitário, que foca na prevenção do crime e, para alcançá-la de maneira eficaz, a unidade de organização policial deve ser a mais localizada possível, preferencialmente no nível do bairro. Assim, programas de Vigilância de Bairro, implementados em diversos países, adotam essa unidade geográfica de referência. (Leal, 2023).

Além disso, pesquisas indicam que, nesses modelos, a população desenvolveu uma percepção mais favorável em relação à polícia, sentindo-se mais segura, enquanto os policiais apresentaram autoestima elevada, maior satisfação no trabalho e uma atitude positiva em relação aos cidadãos da comunidade. O objetivo central é suprimir crimes e manter o bairro atraente para seus habitantes, evidenciando que o controle do local não está nas mãos de infratores, mas sim sob a tutela do Estado. No entanto, é fundamental que essas medidas sejam consensuadas com a comunidade, pois a ausência desse consenso pode levar à configuração de práticas autoritárias (Leal, 2023).

Um aspecto importante do policiamento comunitário é a descentralização do comando, que permite que os policiais subordinados tenham liberdade para agir com base em sua própria interpretação da realidade. No entanto, essa abordagem tem encontrado dificuldades de aplicação no Brasil, em função da estrutura altamente hierarquizada da Polícia Militar. O policiamento comunitário, portanto, deve ser entendido não apenas como um tipo específico de polícia, mas como uma maneira particular de conceber e realizar o trabalho policial. A descentralização das políticas públicas requer ações institucionais e implica na adoção de estratégias de indução que deleguem responsabilidades pela gestão de políticas de um nível de

governo mais abrangente para outro mais específico. A adesão dos governos locais à transferência de atribuições está condicionada a um cálculo de custos e benefícios associados à assunção da gestão de determinadas políticas, bem como aos recursos disponíveis para cada administração desempenhar essa função de maneira eficaz (Leal, 2023).

É fundamental distinguir entre polícia comunitária e policiamento comunitário. A polícia comunitária é uma filosofia e uma estratégia organizacional que promove a parceria entre a população e a polícia, fundamentando-se na premissa de que ambos devem trabalhar juntos para identificar, priorizar e resolver problemas contemporâneos, como crime, uso de drogas, medo do crime, desordens físicas e morais, e a decadência do bairro, visando melhorar a qualidade de vida na área. Por outro lado, o policiamento comunitário refere-se a ações concretas de policiamento realizadas em colaboração com a comunidade. Isso implica desenvolver iniciativas efetivas junto à população, concentrando os recursos e talentos do departamento policial nas condições que frequentemente levam ao crime e à recorrência de chamadas por auxílio local. Assim, enquanto a polícia comunitária se baseia em uma abordagem filosófica e estratégica, o policiamento comunitário envolve a execução prática dessas ideias em parceria com a comunidade (Leal, 2023).

Para além da possibilidade de uma atuação mais reativa quando a hipótese de politicamente comunitário, cada vez mais verifica-se a necessidade de gestão de dados e informações para que se possibilite a leitura adequada de cada situação. As informações sobre as zonas urbanas mais sensíveis, faixas etárias e classes sociais mais afetadas, falhas ou ausência de alcance dos serviços públicos essenciais, dentre outras, permitem que se obtenha uma base de dados para uma atuação mais direcionada para cada problema em específico. A gestão desses dados, bem como da atuação da comunidade e das forças de segurança precisa ser organizada e debate o que é possível a partir da criação de conselhos municipais de segurança pública para que se busque de forma integrada o tratamento das informações e a melhor forma de atuação.

Esta formação de conselhos municipais de segurança pública implica que se tenha a ideia do município como fonte primária tanto de informações quanto de atuação, seja do poder público, seja do cidadão, de forma que é no âmbito local que se encontra a maior proximidade com a realidade cotidiana da comunidade e das políticas públicas a ela destinadas. É no município que se estabelece a melhor interação entre a sociedade e a Administração Pública, sendo essa esfera responsável pela execução de políticas públicas que visam à melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Nesse contexto, os Conselhos Municipais configuram espaços propícios para a participação comunitária, com o objetivo de envolver os cidadãos na definição de prioridades da agenda e na formulação de políticas públicas. Esses conselhos desempenham um papel essencial na democratização do processo decisório, permitindo que as vozes da comunidade sejam ouvidas e consideradas nas ações governamentais (Leal, 2023).

A riqueza experimental dos Conselhos se origina na criação de arenas de interação entre o governo e a sociedade, onde múltiplos interesses são expressos e mediados. Isso possibilita a instauração de processos consensuais de tomada de decisão, aumentando a eficácia e efetividade das políticas públicas locais. Esse potencial reside no fato de que os Conselhos desempenham, ainda que com dificuldades e precariedades, funções de intermediação, resultando no reconhecimento e na legitimação de importantes atores envolvidos nas políticas públicas. As vozes desses atores, juntamente com seus diagnósticos sobre os problemas das comunidades, são fundamentais para a construção de soluções adequadas e participativas (Leal, 2023).

A existência formal dos Conselhos, mesmo com conselheiros escolhidos e nomeados, não garante seu funcionamento efetivo nem sua eficácia em fortalecer o exercício da cidadania. É fundamental atentar para sua atuação real. Assim, analisar a atuação dos Conselhos como um todo, bem como sua arquitetura organizacional e seu *modus operandi*, é essencial para compreender até que ponto esses espaços contribuem para a construção da cidadania interativa e deliberativa, promovendo

processos de inclusão social e participação democrática. Essa análise permite identificar os desafios e as oportunidades para a efetivação da participação cidadã nas políticas públicas (Leal, 2023).

Notadamente que as dificuldades para a implementação dessas duas medidas ainda se encontram bastante presentes na realidade nacional, nomeadamente diante dos desequilíbrios regionais e multiplicidade de fatores e conjunturas específicas de cada região e localidade. Mas desde já é preciso organizar e pensar as políticas de segurança pública com um viés de futuro, pensando qual resultado se pretende obter e onde se busca chegar com as ações que estão sendo tomadas, traçando-se o caminho para que gradativamente se possa implementar as condições necessárias para a criação desses e de outros mecanismos necessários e eficientes no âmbito das políticas públicas de segurança pública.

Para além da importância e potencialidade de melhorias, tanto de um policiamento comunitário, quanto da existência de conselhos municipais de segurança pública, verifica-se que a existência de recursos, nomeadamente no âmbito da autonomia financeira dos municípios, é fator indispensável para se pensar em políticas públicas efetivas no âmbito local. A existência de gestões locais fortes e com capacidade de autogestão fiscal faz parte deste modelo multifacetado e multidisciplinar da matriz de segurança pública a ser implementada, de forma que passar-se-á para uma análise das principais dificuldades encontradas pelos municípios brasileiros no âmbito da segurança pública com base na crise fiscal enfrentada pelas municipalidades e necessidade de fortalecimento das gestões locais.

4 AS PRINCIPAIS DIFICULDADES DAS GESTÕES LOCAIS, NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA, DIANTE DA ATUAL CRISE FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS E A NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DO PODER LOCAL

Em estudo feito pela Confederação Nacional de Municípios, verificou-se que se encontram entre as principais dificuldades no âmbito da segurança pública local a falta de efetivo das forças de segurança e a

precariedade da estrutura operacional das forças de segurança. Não obstante, o estudo também apontou a ausência de programas governamentais voltados ao combate ao uso de drogas e tratamento de dependentes químicos e a ausência de programas voltados ao incentivo à prática esportiva nas escolas e nos espaços públicos, bem como os problemas na infraestrutura urbana, como falta de iluminação pública e espaços públicos abandonados (CNM, 2022).

Evidencia-se que os pontos elencados como principais dificuldades, em sua totalidade, estão necessariamente vinculados à capacidade de financiamento do poder público das políticas públicas de segurança pública. Há um déficit de recursos humanos para compor o efetivo necessário e bem como a falta de recursos para financiamento de material e estrutura a ser utilizada pelas forças de segurança. Também não há como afastar as dificuldades quando da necessidade de fomento de políticas públicas de cultura, esporte, lazer e manutenção dos espaços públicos a fim de possibilitar um ambiente de qualidade e de bem estar social conduzindo-se a uma realidade de maior segurança e acolhimento.

Atualmente os municípios brasileiros encontram-se em um cenário de crise fiscal que se agrava com o passar dos anos, de maneira que a limitação de recursos das gestões locais torna-se um desafio para a manutenção e implementação das políticas públicas nos municípios. Conforme aponta a Confederação Nacional de Municípios, os municípios brasileiros encontram-se em um déficit primário de R\$ 16,2 bilhões no ano de 2023, sendo o maior nível de déficit desde o ano de 2015, evidenciando-se o desequilíbrio entre receitas e despesas das gestões locais. Ainda se verificou um aumento do número de municípios em crise, que passaram de 35% em 2020, para 49% em 2023. Quase metade dos Municípios brasileiros, tiveram receitas insuficientes para o volume de encargos no ano de 2023 (CNM, 2024).

Esse desequilíbrio fiscal entre receitas e encargos demonstra as falhas no processo de descentralização federativa que ocorreu ao longo dos anos após a Constituição Federal de 1988, de maneira que um

processo de deveria se dar de forma ordenada e estratégica, a fim de possibilitar e incentivar a cooperação entre os entes da federação, acabou por ocorrer desorganizadamente, com o aumento das desigualdades regionais e uma falta de atuação cooperativa e coordenada. Ainda que os meios para atuação de municípios e estados de forma cooperada existam no ordenamento jurídico, por exemplo da possibilidade de atuação por meio de consórcios públicos, não se trata de uma medida permanente de fortalecimento dos governos locais de forma a conceder a esses a devida autonomia, uma vez que, em que pese o ganho de força e poder de atuação diante da forma consorciada, passam a depender em um certo grau dessa própria forma associada.

A ideia de desenvolvimento local com o fortalecimento do município como fonte principal de políticas públicas de desenvolvimento, qualidade de vida e bem estar social, como objetivado pela ideia de uma política de segurança pública multidisciplinar, necessita de um equilíbrio fiscal e uma melhor distribuição das receitas, conforme se verifica pelas experiências internacionais. Conforme aponta Dowbor, em uma comparação entre a porcentagem de participação local nos gastos públicos, essa atinge 19,4% na Venezuela, 12,3% na República Dominicana, 9,8% na Costa Rica, 6,4% no Paraguai, 5,8% no Peru, 4,2% no Panamá. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 que se inicia um processo de valorização local de maneira geral, mas permanecendo com níveis de financiamento aos municípios característicos de país pobre, inferiores aos 15%. (Dowbor, 2016)

Desse modo, essa realidade altera-se de maneira significativa quando se avalia os países desenvolvidos, por exemplo, alcançando 66% dos gastos públicos no Japão, 55% na Suécia e 42% nos Estados Unidos. De maneira geral, a ordem de grandeza é que os municípios dos países em desenvolvimento controlam aproximadamente 10% do orçamento, enquanto nos países desenvolvidos, essa proporção é cerca de metade do orçamento público. Nos países onde a administração pública funciona eficientemente, os recursos estão mais próximos das localidades onde as pessoas residem e necessitam de recursos públicos (Dowbor, 2016).

Os municípios encontram-se aprisionados em estruturas jurídicas que tornam a sua administração um verdadeiro tormento. Sob o pretexto de haver uma escassez de técnicos especializados no âmbito local, pressupõe-se que os recursos não serão aplicados de forma eficiente se a sua transferência não estiver rodeada por um emaranhado de leis e regulamentos. A realidade é que, quanto mais centralizada a decisão, maior o número de técnicos disponíveis, contudo, menor é o controle exercido pela população. A administração municipal se vê, portanto, sufocada entre as demandas emergentes no município e a ineficácia das demais instâncias, realizando um trabalho de contenção de pressões sem dispor dos meios adequados (Dowbor, 2016).

Na prática, a administração local se encontra na linha de frente das pressões, mas no escalão mais baixo no que tange ao acesso aos recursos. Esses inúmeros pequenos projetos demandam um esforço atomizado de organização e controle, que só são viáveis com a participação ativa das comunidades interessadas. Em outras palavras, há uma contradição crescente entre as formas centralizadas que adotamos para elaborar, implementar e fiscalizar os projetos, e o fato de que as necessidades mais urgentes do desenvolvimento exigem um grande número de ações baseadas em uma lógica local (Dowbor, 2016).

O conceito de autonomia municipal vigente no Brasil até hoje tende a restringir ao mínimo as possibilidades de controle e orientação dos governos locais, contrariando a verdadeira integração dos diferentes níveis do Estado para uma melhor prestação dos variados serviços públicos de uma sociedade moderna. Esse conceito arcaico de autonomia se opõe ao federalismo cooperativo, cujo objetivo é a atuação coordenada dos entes federados, visando à diminuição e à compensação das dificuldades causadas pela distribuição vertical das competências entre os diferentes níveis governamentais (Krell, 2003).

Portanto, destaca-se que a autonomia municipal é um fator fundamental para uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos e para a democratização das estruturas políticas da sociedade. Todavia, em

várias áreas, existem deficiências decorrentes da suposta independência local, ou seja, a questão decisiva é determinar quais pessoas envolvidas se beneficiam politicamente de uma prestação de serviços bem-sucedida. Além disso, os próprios políticos locais demonstram interesse na elaboração de produtos políticos, o que prejudica a qualidade do trabalho administrativo (Krell, 2003).

Na distribuição de cargos, a seleção de pessoas é predominantemente guiada por critérios subjetivos, resultando em uma máquina burocrática municipal cujo tamanho é definido mais por fatores externos, como o clientelismo, do que pelas necessidades internas de uma administração eficaz e econômica. Nesse ponto, concordamos plenamente com Nunes Leal, que afirmou serem os municípios brasileiros entidades principalmente políticas e menos administrativas (Krell, 2003).

Uma grande deficiência técnica da administração pública brasileira reside na ausência de medidas institucionalizadas de análise no nível da implementação legal, complementadas por avaliações de programas, de maneira que essas informações e dados poderiam dar eficácia ao processo de tomada de decisões políticas. Até hoje, não há uma repercussão direta dos problemas concretos da execução administrativa na discussão política e na produção legislativa dos parlamentos. Especialmente em países com estrutura federalista, as esferas superiores de governo frequentemente delegam parte de suas tarefas e serviços a esferas inferiores, geralmente às prefeituras locais. A razão para essa prática, adotada sobretudo nos países centrais, é aliviar a estrutura administrativa superior e transferir determinados serviços a um nível de governo mais próximo da população, facilitando assim o controle da comunidade sobre a qualidade e a eficiência da prestação desses serviços (Krell, 2003).

Nos dias de hoje, há um consenso universal sobre a importância da participação ativa da população na gestão dos problemas de sua cidade. Experiências em diversos países demonstraram que o poder público tende a cumprir suas tarefas e a prestar serviços públicos de qualidade nas diferentes áreas setoriais apenas onde os cidadãos interessados cobram

diretamente essas atividades dos governantes. Para viabilizar essa participação ativa, é necessário fortalecer as organizações da sociedade civil, visando a uma melhor mediação das relações conflituosas entre os atores sociais. Essa mudança só pode ser alcançada por meio de processos de aprendizagem social que promovam uma alteração do costume e cultura da forma de pensar, frequentemente acompanhada de desconfiança em relação às estruturas de representação parlamentar (Krell, 2003).

Dentro dessa ótica de fortalecimento do poder local e de aproximar a fonte decisória e de poder para o local da prestação do serviço público, trazendo-se a participação do cidadão no âmbito local, verifica-se a necessidade de aplicação do princípio da subsidiariedade quando do processo de descentralização. Essa relação entre a descentralização trazida pelo federalismo e a forma subsidiária de distribuição de competências importa para que não se afaste da realidade local as decisões necessárias aquela realidade, somente vindo ocorrer o distanciamento na absoluta impossibilidade de se processar dessa forma, ou seja, de maneira apenas subsidiária afasta-se a decisão do local para o ente federado mais distante (Lima, Giacobbo, Hermany, 2023).

Nesse sentido, observa-se que a aplicação da subsidiariedade como estratégia para delimitar as competências e o relacionamento entre os cidadãos e o poder público tende a favorecer a valorização do espaço local e a efetivação de sua autonomia, especialmente no que concerne à alocação de recursos compatíveis com as demandas geradas pelo aumento de atribuições. De tal forma, a democratização das decisões públicas, com base na igualdade entre os cidadãos, sustenta e promove o controle social da gestão pública, estabelecendo um ambiente menos propenso às pretensões oligárquicas regionais (Lima, Giacobbo, Hermany, 2023).

O princípio da subsidiariedade serve de reorganizador na repartição de competências, proporcionando um comando geral que só pode ser aplicado em cada caso concreto, pois é apenas neste contexto específico que se pode determinar quem está mais apto a solucionar a questão de forma eficaz. Com efeito, a subsidiariedade não se aplica a entidades desprovidas de autonomia, uma vez que a relação entre entidades pressupõe

**A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA FISCAL MUNICIPAL NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS DIANTE DOS ASPECTOS
MULTIDISCIPLINARES QUE ENVOLVEM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

sempre a ausência de dominação, controle ou ingerência, sendo insusceptível de controle administrativo. Nessa relação, admite-se apenas o controle jurisdicional, o qual envolve o exercício ou não de poderes (Martins, 2003).

Quanto mais ampla for a descentralização, ou seja, quanto maior for o leque de atribuições e poderes incluídos na esfera de competências do ente autônomo, maiores serão as possibilidades de aplicação do princípio da subsidiariedade. No entanto, se a descentralização resultar na manutenção de relações de supremacia entre entidades superiores e inferiores, de modo que não haja efetiva autonomia, como anteriormente destacado, a subsidiariedade deixará de fazer sentido. Isso ocorre porque a entidade de grau superior sempre poderá intervir no exercício dos poderes da entidade de grau inferior, anulando a relação de subsidiariedade em favor de uma relação de tutela (Martins, 2003).

A possibilidade de aplicação do princípio da subsidiariedade quando da descentralização de encargos e receitas, de maneira a buscar uma valorização dos municípios e fortalecimento das gestões locais busca trazer uma solução para a concentração de receitas nas mãos da União. Conforme estudo da Confederação Nacional de Municípios, a desconcentração dos serviços ofertados à população pelos Municípios brasileiros, mantendo-se os recursos financeiros da arrecadação tributária concentrados na União, vem causando o desequilíbrio na Federação e tem levado ao descontrole e à distorção do sistema federativo. Ao considerarmos a atual partilha de transferências constitucionais, identifica-se que a União detém algo próximo a 50% da arrecadação nacional de tributos; os Estados o percentual de 31%; e os Municípios se mantêm com 19% (CNM, 2022).

Este desequilíbrio origina-se do modelo de distribuição de receitas estabelecido pela Constituição Federal, que confere à União e aos Estados-membros a maior parte das receitas. Ao longo de mais de três décadas, a descentralização das políticas públicas destinadas à população transferiu aos Municípios brasileiros a responsabilidade administrativa dessa carga, resultando no segundo maior problema identificado: o desequilíbrio entre competências e transferências. Ademais, há uma percepção de que os Municípios não recebem a devida importância no arranjo

político. Defender os Municípios como agentes de desenvolvimento local transcende a mera garantia de mais recursos; trata-se de assegurar o reconhecimento de seu papel fundamental como a face do poder público para o cidadão brasileiro. Um exemplo emblemático da necessidade de avançar nessa questão é a proposta de extinção dos Municípios, o que constitui um erro grave, um desrespeito histórico e uma clara demonstração de desconhecimento acerca do papel e da importância dos Municípios para o Brasil e seus cidadãos (CNM, 2022).

Dessa forma, vislumbra-se como essencial uma mudança de paradigma nas relações federativas quando da descentralização de encargos e receitas, de maneira a trabalhar com foco nas gestões locais buscando-se um direcionamento de recursos para ampliar a capacidade dos municípios de prover as políticas públicas necessárias para uma melhoria nas condições sociais. O ambiente local, a existência de serviços públicos de qualidade, locais de acolhimento, saúde pública e saneamento básico, educação e acesso a cultura e lazer bem como uma capacidade econômica estável com geração de emprego e renda são requisitos essenciais para o programa nacional de segurança pública em sua multidisciplinariedade, estando todas essas áreas ligadas diretamente a necessidade de equilíbrio fiscal entre os entes federados para que se possa executar as políticas públicas de forma eficaz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o passar dos anos, diante das mudanças de paradigmas sociais, econômicos e políticos, não obstante a evolução tecnológica e a transformação do meio social, verificou-se que as antigas práticas utilizadas na busca pela garantia de segurança precisavam de uma reestruturação. Passou-se a buscar uma nova abordagem para o tratamento e gestão dos problemas relacionados ao crescimento da violência, criminalidade e insegurança que passaram a assolar o Estado brasileiro.

**A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA FISCAL MUNICIPAL NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS DIANTE DOS ASPECTOS
MULTIDISCIPLINARES QUE ENVOLVEM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Em uma espécie de rompimento com os modelos anteriores de atuação do poder público e da sociedade no âmbito da segurança pública, passou-se a pensar na necessidade de manejo das políticas de segurança pública dentro de um modelo multidisciplinar, no qual se busca não somente responder às situações de insegurança após o seu surgimento, mas também atuar de forma a evitar esses fatos. Isto se deu a partir da verificação de que a existência de serviços públicos capazes de garantir direitos básicos e essenciais, tais como à vida, à dignidade, saúde, educação, moradia, saneamento básico e cultura, tinham a capacidade de mitigar o avanço das situações de insegurança.

Na busca por esta realidade e dentro da perspectiva de uma atuação cooperada entre os entes federados, no âmbito do federalismo disposto na Constituição Federal de 1988, ainda que a competência relativa aos agentes e órgãos de segurança pública não esteja atrelada aos municípios, as gestões locais possuem grande papel na atuação integrada e cooperada na busca pela segurança pública no que se refere aos serviços públicos e políticas públicas no âmbito local que permitem a criação do já referido ambiente social necessário.

Em vista dessa importância dos municípios no conjunto de atores responsáveis pelas políticas públicas de segurança pública é que se buscou demonstrar a importância do equilíbrio fiscal dos municípios dentro da perspectiva de existência de recursos para implantação dessas políticas públicas. Verificou-se que não obstante as dificuldades enfrentadas pelos entes federados em face da inexistência de uma atuação coordenada e efetiva, a existência de um desequilíbrio fiscal entre os municípios de demais entes federados, somada à atual conjuntura de crise financeira enfrentada pelas gestões locais, constituem a mais um desafio para as políticas públicas de segurança pública.

Assim, ainda que existam experiências internacionais no âmbito das políticas públicas de segurança pública que indicam modelos de atuação a serem implementados no nível dos municípios, isso está condicionado a existência de uma autonomia fiscal das gestões locais. Essa autonomia

fiscal somente pode ser buscada com à existência de um equilíbrio fiscal entre os entes federados, nomeadamente pelo fortalecimento do poder local, dentro de uma ótica de subsidiariedade na descentralização de recursos que possibilitem evitar a concentração de recursos majoritariamente na figura da União, permitindo que os municípios possuam força, recursos e estruturas para a efetivação das políticas públicas no âmbito local.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

CNM, **Estudos Técnicos**. Disponível em: https://cnm.org.br/storage/biblioteca/2022/Estudos_tecnicos/202205_ET_GMUN_Pesquisa_sobre_principais_dificuldades_encontradas_municipios.pdf?t=1695392714 2022, Brasília. Acesso em: 17 jul. 2024.

CNM. **Crise Fiscal nos Municípios Brasileiros**. Brasília, mai. 2024. Disponível em: https://CNM.org.br/storage/biblioteca/2024/Estudos_tecnicos/202405_ET_CrisenosMunicipios_2023.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. Maranhão: Ética, 2016.

KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Violência, medo e (in)segurança social**. In: LEAL, Rogério Gesta. Segurança Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro: avanços e recuos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

LIMA, Diana Vaz; GIACOBBO, Guilherme Estima; HERMANY, Ricardo. **Espaço local em perspectiva: os limites e as possibilidades dos pequenos municípios no federalismo brasileiro**. Brasília: CNM, 2023.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva jurídico-política**. Editora Coimbra. 2003.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Angelo. **Federalismo e políticas públicas**. Brasília: Enap, 2018.

COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE INVESTIGAÇÃO E OBTENÇÃO DE PROVAS NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Sérgio da Silva Pereira¹

1 INTRODUÇÃO

Por conta da atuação cada vez mais consistente do poder de polícia, desbaratando quadrilhas e organizações criminosas tem-se a impressão de que o crime está cada vez mais presente e infiltrado em toda a estrutura da sociedade. O crime organizado conta o que por vezes falta ao Estado: organização. Diante dessa estrutura de crime, com características complexa e hierarquizada, é que o Estado têm que se insurgir, necessitando de instrumentos processuais penais aptos ao combate à criminalidade organizada.

O enfoque deste artigo é analisar a colaboração premiada como um instrumento contra as organizações criminosas, em uma visão direta e sistemática de sua efetividade e eficácia como ferramenta. O instituto é um tema fascinante, que por vezes gera paixões a favor e contra a sua aplicação, o que por si só se torna um tema interessante para ser abordado, sobretudo por estar ligado a política criminal.

1 Sérgio da Silva Pereira, formou-se como Bacharel em Direito pela Anhanguera Educacional S.A., Licenciado em História pela Universidade Federal de Rio Grande, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós-Graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola do Ministério Público e Pós-Graduando em Advocacia Criminal pela Verbo Juridico. E-mail: sergio.sil.pereira@gmail.com.

A colaboração Premial ainda gera muitas controvérsias acerca da sua aplicação. Configura um mecanismo eficaz no que diz respeito ao desmantelamento das organizações criminosas, permitindo que os participantes da “empresa” criminosa possam se arrepender, entregando os demais membros e por consequência permitindo que o Estado consiga fazer um ativo combate à criminalidade.

Nesse sentido, busca-se analisar se instituto da colaboração premiada consegue ser um mecanismo eficaz no combate a organização criminosa, tal questão se aclara no momento em que se percebe-se que muitos doutrinadores têm uma posição divergente quanto ao “dedurismo” oficializado.

Ainda, os resultados deste projeto têm por ambição contribuir para que este instituto seja um instrumento do Estado no combate ao crime organizado, perseguindo seu objetivo principal que é efetivar um sistema penal que desarticula a estrutura cada vez mais complexa da delinquência organizada, dando instrumentos a manutenção da ordem e da segurança pública.

Desta forma, o que se pretende chegar com a pesquisa é analisar a sua aplicação do instituto da colaboração premial em relação ao crime organizado, adentrando o conceito, passando por diversos posicionamentos favoráveis e contrários à sua utilização no ordenamento pátrio.

O método utilizado na pesquisa será o dedutivo desde a fase inicial até a fase final. A construção do saber jurídico que se pretende dar-se-á a partir de leituras, da extração discursiva do conhecimento partindo do geral para o particular. Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa pode ser classificada puramente bibliográfica.

No primeiro capítulo, terá como abordagem aspectos gerais da organização criminosa, seu conceito, suas características e a Convenção de Palermo.

Já no segundo capítulo será discorrido sobre o instituto da delação premiada, versando sobre o conceito, natureza jurídica e o valor da prova.

Por último, o terceiro capítulo será trazido à baila posicionamentos acerca da colaboração premiada, quanto aos aspectos críticos e favoráveis a aplicação desse mecanismo.

2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.1 Conceito de organização criminosa

As buscas com o objetivo para criar uma definição de organização criminosa podem parecer lógicas ao crivo de observador incauto. Mas pode-se alegar por óbvio, a impossibilidade de se conhecer os planos e o modus operandi adotado pela organização na prática dos delitos, sem que minimamente possa se definir de forma prévia, o próprio significado desse grupo. Assim Guilherme Nucci se posiciona o quanto é complicado o tema:

O conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. (Nucci, 2013. p. 13).

Pode-se ter uma certeza: as definições são obtidas a partir dos espaços territoriais, considerando também seu próprio contexto de época, que proporcionam uma oferta de circunstâncias mais ou menos favoráveis ao incremento da criminalidade organizada, traduzindo-se também no modo como as definições são esboçadas. Marcelo Batlouni Mendroni comenta que:

A verdade é que as definições são escritas sempre em razão das necessidades próprias. É por isso que observaremos distintas

definições dentro dos EUA, onde a realidade da criminalidade varia entre os espaços territoriais, e varia principal e velozmente com o decurso do tempo. As organizações criminosas fincam base naquela porção territorial onde encontram circunstâncias favoráveis, por características próprias, à evolução desta ou daquela forma de criminalidade, e então passam a operar. É dizer: cada país e cada região suporta realidade criminológica diversa, porque acolhe distintas realidades sociais, políticas e econômicas. (Mendroni, 2012. p. 19).

Segundo Raúl Cervini e Luiz Flávio Gomes para que se tenha uma definição de organização criminosa com a amplitude necessária deveria incluir as seguintes características, dentre as quais pelo menos três teriam de ser verificadas em concreto:

I - hierarquia estrutural; II - planejamento empresarial; III - uso de meios tecnológicos avançados; IV - recrutamento de pessoas; V - divisão funcional das atividades; VI - conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; VII - oferta de prestações sociais; VIII - divisão territorial das atividades ilícitas; IX - alto poder de intimidação; X - alta capacitação para a prática de fraude; XI - conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa. (Cervini; Gomes, 1997. p. 99-100)

Privilegiando o aspecto e o critério do entendimento das áreas da sociologia e da criminologia para a conceituação das organizações criminosas, é necessário inúmeros elementos para inclusive a escolha de um modelo legislativo. Ana Luiza Almeida Ferro acentua:

(...) a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento

de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção - para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal -, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa. (Ferro, 2009. p. 499)

Apesar da dificuldade que a doutrina em geral tem para conceber um conceito uniforme sobre a organização criminosa, Guaracy Mingardy define numa concepção tradicional que a organização criminosa como um:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção do território. (Mingardy, 1988. p. 82-83)

2.2 Características da organização criminosa

Devido a sua complexidade e sua vastidão as organizações criminosas assumem um número variado de características peculiares conforme sua necessidade, sua territorialidade, ou seja, onde estão atuando. Além disso, alguns elementos também contribuem para a formação desses tributos, como por exemplo, a política; a economia e as condições sociais.

De acordo com Marcelo Batlouni Mendroni:

(...) existem quatro formas básicas de organizações criminosas e elas se dividem em tradicional (ou clássica); rede; empresarial e endógena. Neste cenário, a tradicional são as do tipo mafiosas. As organizações criminosas de rede são aquelas que tem como característica basilar a globalização e aproveitam das oportunidades que surgem em cada setor e local. Não possuem compromisso de vinculação, ou seja, elas se diluem conforme atingido os seus objetivos. E se forma em decorrência de indicações ou contatos. (Mendroni, 2012. p, 20)

O mesmo autor ainda argumenta que “as organizações criminosas empresariais são aquelas em que os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa, isto é, praticam suas atividades comerciais licitamente para posterior cometerem crimes fiscais; crimes ambientais; falsidades documentais e diversos outros. E por fim, as organizações endógenas são aquelas que age dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas. É formada principalmente por políticos e agentes públicos. Portanto, envolve crimes praticados por funcionário público contra a administração pública”. (Mendroni, 2012. p. 20)

Apesar de toda a diversidade, as organizações criminosas comungam muitos traços em comum. André Luís Callegari identifica a obtenção de vantagens econômicas como meta primordial do grupo criminoso:

uma das características do Direito Penal moderno é a evolução de uma criminalidade associada ao indivíduo isolado até uma

criminalidade desenvolvida por estruturas de modelo empresarial. Dentro desta evolução, a criminalidade organizada se dirige fundamentalmente à obtenção de importantes benefícios econômicos. (Callegari, 2008. p. 13)

Além disso, a organização criminosa se “destaca” pelo alto grau de intimidação, se manifestando pelo emprego da violência em relação a aqueles que estão ligados ao grupo criminoso, é a chamada “lei do silêncio”. Por este método de atuação seus integrantes atuam nas sombras, tornando-se qual imperceptível sua presença e conseqüentemente a sua descoberta. É o que salienta Eduardo Araújo Silva:

Outro aspecto relevante nas organizações criminosas é o alto poder de intimidação, ou seja, elas impõem aos seus integrantes a “lei do silêncio” no qual não pode ser violado por ninguém e para isto utiliza-se de vários meios cruéis e violentos com a finalidade de intimidar qualquer prática contra a própria organização e assim coibirem a delação premiada. (Silva, 2015. p. 13)

É importante salientar que com a globalização e os avanços cada mais acelerados nas áreas tecnológicas, bancárias, proporcionou uma rede global em vários campos econômicos, políticos, culturais e sociais. Nesse sentido é a análise de André Luiz Callegari:

A expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhados da correlativa expansão ou globalização da criminalidade, que frequentemente apresenta um caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização. (Callegari, 2008. p. 13-14)

Nessa perspectiva era mais que natural de se esperar que as organizações criminosas se beneficiassem desse ambiente. E nesse sentido é importante colacionar a visão de André Luiz Callegari sobre a atividade contemporânea dessas organizações:

Os avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação, de transmissão de informação e de transporte foram fundamentais para determinadas atividades do crime organizado. De fato, com os meios, as estruturas e *know how* implicados, as organizações criminais transnacionais obtêm rápidos e ingentes benefícios sem precedentes, seja pelo elevado número de clientes, seja pelos escassos custos econômicos e penais a respeito daquelas atividades tradicionais. (Callegari, 2008. p. 13)

Por fim o aspecto de consideração obrigatória é como se estrutura a organização criminosa, que segundo a doutrina é constituída de forma piramidal e hierárquica, embora se saliente que é um arquétipo clássico. Eduardo Araújo da Silva salienta:

Ademais, a essência das organizações criminosas está fundada em sua estrutura piramidal, muito semelhante à estrutura empresarial, com divisão de tarefas e agentes. Em sua base há elevado número de “soldados”, responsáveis pelas mais variadas atividades, os quais são gerenciados por integrantes de média importância que, por sua vez, são comandados e financiados pelo chefe da organização, que não raras vezes se utiliza de meios tecnológicos para integrar todos os seus membros. (Silva, 2009. p. 19)

2.3 Convenção de Palermo

É notório que o crime transacional é uma chaga que já se tornou uma ameaça às instituições democráticas. Assim, a Organização das Nações Unidas consciente deste perigo, reconhece as normas jurídicas que visavam o combate as organizações criminosas e estabelece a convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Como afirma Marco Polo Levorin:

Essa Convenção das Nações Unidas que tem por finalidade o combate ao Crime Organizado Transnacional e ficou conhecida

mundialmente como Convenção de Palermo. A natureza transnacional do delito ou das ações do grupo criminoso constitui elemento básico do conceito de crime organizado, conforme dispõe a Convenção das Nações Unidas. (Levorin, 2012. p. 34)

Se aprofundando no estudo de esboçar uma definição de crime organizado, a Convenção Palermo percebeu alguns elementos essenciais para a constituição das organizações. Gabriela Araújo Sandroni afirma:

Segundo o pesquisador Dimitri Vlassis, a Convenção de Palermo foi organizada em quatro etapas: criminalização, cooperação internacional, cooperação técnica e implantação. Na criminalização foram definidos os conceitos e as formas de crimes transnacionais. Nas partes de cooperação e técnica pautaram-se nos assuntos referentes às trocas de informações, 11 inteligência, programas de treinamentos e financiamento de atividades de promoção contra o crime transnacional. E por fim, a etapa de implementação criou o órgão chamado Conferência das Partes, o qual tem como competência monitorar, sugerir mudanças, facilitar as atividades de troca de informação; além de servir como fórum de ajuda aos países menos desenvolvidos na implementação das medidas de combate ao crime organizado transnacional. (Sandroni, 2021)

Partindo desse da análise da problemática do crime organizado em seus artigos 1º e 2º, a Convenção de Palermo teceu a seguinte terminologia:

“Artigo 1º - O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Artigo 2º - Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:
a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

b) “Infração grave” - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) “Grupo estruturado” - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada [...]” (Brasil, 2021)

No âmbito interno o Brasil ratifica a Convenção de Palermo por meio do Decreto n. 5.015/2004, recepcionando ao ordenamento jurídico pátrio. Se faz necessário salientar que a legislação pátria já abordava algumas figuras delitivas Convenção, como a lavagem de dinheiro na Lei 9.613/1998 e a corrupção no Código Penal Brasileiro.

Entretanto, é necessário um estudo da Lei nº 12.850/2013, suas alterações no ordenamento jurídico, mais especificamente no que se refere a Colaboração Premiada. Essa análise será feita no próximo capítulo.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA

No capítulo anterior restou demonstrado que se fazia necessário um tratamento diferenciado em relação ao enfrentamento das organizações criminosas. Desta constatação é que a Colaboração Premiada surge como um poderoso instrumento para desempenhar tal propósito.

A colaboração premiada está inserida no campo do “direito penal premial”, seguida por uma linha de tendência internacional, justamente, por ser, na opinião do Min. Ricardo Lewandowski, “um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados” (HC 90.688/PR). (Brasil, 2021)

A natureza jurídica do instituto da colaboração Premiada ficou consolidada pelo Supremo Tribunal Federal ao colocar ao instituto a bilateralidade, sendo um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de provas:

(...) 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração (...). (Brasil. HC 127.843-PR, 2021)

Num excelente livro intitulado *Organizações Criminosas*, Eduardo Araújo Silva escreve:

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva). (Silva, 2015. p. 53)

Cesar Roberto Bitencourt e Paulo Bitencourt analisam o instituto da seguinte maneira:

A colaboração premiada, ou colaboração processual ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos eufemísticos, vieram disfarçar certa conotação

antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo à total isenção de pena, para o delinquente que *delatar* seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece. (Bitencourt; Bitencourt, 2014. p. 115)

No direito penal brasileiro, a delação foi modernamente restaurada com a edição da Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes considerados

hediondos, que inclui o §4º no art. 159 do Código Penal, a após a alteração promovida pela Lei nº 9.269/96 permite que o concorrente que denuncie aos demais coautores e facilite a libertação do sequestrado tenha sua pena reduzida de um a dois terços. Atualmente, encontramos dispositivos que premiam a revelação da empreitada criminosa nas leis nº 7.492/86 (art. 25, § 2º), 8.137/90 (art.16, parágrafo único), 9.613/98 (1º, § 5º), 9.807/99 (art.13), 11.343/2006 (art. 41) e 12.850/13 (arts. 4º a 7º). Em todos esses dispositivos é necessária a confissão do réu, pois sempre estará delatando coautores ou partícipes. (Britto; Fabretti; Lima, 2019. p. 197)

Apesar de alguns autores entenderem que a delação não deveria existir por padecer de imoralidade, adotando outra linha de raciocínio, ousamos discordar dessa afirmação, exatamente com fundamento na Teoria dos Valores. A Delação, se reconhecida mediante sérios critérios que possam coibir o “denuncismo” e as falsas acusações tem por objetivo a manutenção dos valores sociais quando reconhece um objetivo maior, qual seja, a redução dos efeitos diretos e indiretos de uma empreitada criminosa. Ademais, poderíamos ressaltar que a delação acontecer pelos mais variados motivos, inclusive de alto padrão moral, como o arrependimento do réu pelo ilícito praticado, a vontade de reparar o mal causado, ou o reconhecimento do respeito à normalidade. E, por derradeiro, lembramos que a “lealdade” para os integrantes de grupos criminosos não passa de uma miragem, já que a relação entre os indivíduos do grupo não se pauta pela ideia do justo, mas sim do interesse vil e do temor exercido pelos chefes da organização, apoiado exclusivamente no domínio e uso da força” (Britto; Fabretti; Lima, 2019. p. 197).

Em relação ao valor da prova obtida através do instituto da Colaboração Premiada, deve ser corroborada com outras provas obtidas por outros meios, afirma Frederico Valdez Pereira:

As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou inimigos do imputado. O colaborador tem interesse, ao menos, na

obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrependido. Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundada mais adiante, é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só. (Pereira, 2009. p. 190)

A análise probatória da Colaboração Premiada não se faz em um ato isolado como salienta Walter Bittar:

Com efeito, a regra analisada constitui limitação negativa ao livre convencimento do julgador e, para que a delação premiada obtenha o status de prova, além de respeitar os preceitos legais e constitucionais, deve observar outros critérios, como por exemplo: 1) a credibilidade do declarante, por meio de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; 2) a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; 3) a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração. (Bittar, 2017. p. 245)

Marcelo Batlouni Mendroni, ressalta que “no caso da Lei, o agente não sofre consequências sociais quaisquer, mas tão somente legais, confessando a sua participação e a dos outros, ou fornecendo provas ou subsídios eficientes para o contexto probatório. Difere-se na causa. Enquanto aquela decorre das consequências sociais experimentadas pela prática do fato criminoso, esta decorre colaboração voluntária e efetiva à Justiça. Voluntária porque deve tomar a iniciativa de colaborar, efetiva porque deve trazer pessoas e fatos novos que efetiva ou eficazmente

auxiliem a persecução penal. O termo efetividade confunde-se aí, portanto, com eficácia ou eficiência.” (Mendroni, 2018. p. 145)

Vinicius Gomes de Vasconcellos argumenta que “tal instituto também é classificado como um “negócio jurídico processual”, em que a defesa recebe um benefício (redução de pena ou até perdão judicial, por ex.) em troca de sua colaboração ao Estado, o que se dá a partir de renúncias a importantes direitos fundamentais, como a não produzir prova contra si mesmo e à defesa, de um modo amplo, visto que o réu se conforma com a pretensão acusatória. Pensa-se, portanto, que, embora apresente certas distinções, a colaboração premiada pode ser definida como uma espécie de justiça criminal negocial. (Vasconcelos, 2020. p. 255)

O entendimento fixado pelo STF, como se sabe, acabou sendo incorporado pela Lei nº 13.964/2019, que, introduzindo o art. 3-A na Lei nº 12.850/2013, passou a conceituar o acordo de colaboração premiada como “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”, “tratativas”, “aceitação”, “voluntariedade da manifestação de vontade”, a Lei 12.850/2013 conferiu ao acordo de colaboração premiada contornos de um negócio jurídico cuja formação, vinculada à conjugação da vontade de parte contrapostas (imputado e Ministério Público ou delegado de polícia), assume-se – uma reação de gênero/espécie como autentico contrato. (Feldens Neto, 2020. p. 183)

Contudo é necessário fazer uma análise se o instituto está conseguindo atingir os objetivos na qual ele se propõe, que é a combater as organizações criminosas. Esse tema será analisado nesse último capítulo.

4 AS CRÍTICAS E DEFESAS A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE PROVAS

O instituto da colaboração premiada sempre esteve no centro de polemicas, quanto ao intuito de ser um instrumento de combate as

organizações criminosas, “parte relevante da doutrina se mostra contrária à concessão de prêmios ao colaborador processual, vendo-a como uma indevida e ilegítima intervenção de instrumentos oriundos de uma legislação de emergência no sistema normativo que rege a vida em sociedade nos Estados Democráticos de Direito” (Masson; Marçal, 2015. p. 98)

Walter Barbosa Bittar em suas reflexões coloca o temor que a colaboração premial criou uma fissura no sistema processual penal:

Neste cenário criou-se uma fissura no sistema processual penal pátrio, permitindo a elaboração de estratégias ardilosas (consequência do princípio processual da oportunidade e da possibilidade de barganhar com a acusação e a pena), face às vantagens propiciadas para uma parte colaboradora, em detrimento de outra que não aceite a colaboração, ou mesmo pleiteie a absolvição, ampliando a perspectiva de um processo penal como um jogo, agora com estratégias para além do senso comum que, se bem organizadas e programadas, ainda que seus protagonistas não percebam, ou simplesmente desconheçam, abrem uma questão criminológica, que pode ser inicialmente alcunhada como “criminalidade programada”, ou mesmo de “risco calculado. (Bittar, 2017. p. 231)

Murilo Aires e Fernando Fernandes argumentam que colaboração premiada afeta garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal de 1988:

Resumindo, a presunção de inocência e de não-autoincriminação são as garantias fundamentalmente afetadas pela colaboração premiada. De fato, para que se tenha o processo penal como instrumento de política criminal se defende a dispensa de determinadas garantias em nome de uma maior eficiência do processo, desde que não se transgrida a barreira da tutela da dignidade humana. O procedimento legal do acordo de colaboração premiada, no que toca à presunção de inocência e a não-autoincriminação, fere a tutela da dignidade da pessoa humana, tanto por aspectos interiores ao procedimento, como por medidas do próprio processo

penal geral, por exemplo, a prisão preventiva. (Aires; Fernandes, 2017. p. 279)

Na mesma linha José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão professores da Universidade de Coimbra, argumentam que o instituto se apresenta como um meio a atentar contra os direitos fundamentais:

No fundo, e reduzindo a questão ao essencial, o Estado promete ao réu impunidade ou atenuação da sua responsabilidade penal a troco de meios de prova úteis para a investigação da organização criminosa a que pertence. Por isso, em geral, a colaboração premiada apresenta-se como um meio de obtenção de provas incriminatórias tanto do próprio colaborador como de terceiros, sendo exacto denominá-la também, como é corrente na doutrina penal brasileira, como delação premiada. Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada. (Canotilho; Brandão, 2017. p. 146)

Logo, não é só de críticas que vive o instituto. No meio das ciências jurídicas encontram-se doutrinadores que saem em defesa, que aconselham seu uso. Nicolao Dino leciona que:

No universo do crime, a lógica do jogo é diferente, e o silêncio é um importante escudo de proteção. Além disso, a criminalidade organizada tem acompanhado de perto o desenvolvimento tecnológico-científico. Cada vez mais, sofisticam-se as práticas e os mecanismos de ocultação da sonegação, da lavagem de dinheiro, de evasão de dívidas, de fraudes em mercados de captas, dentre outras práticas ilícitas. E quanto mais complexa for a empreitada criminosa, mais difícil será a obtenção da prova. Por tudo isso, é necessário incentivar o criminoso a contribuir com o Estado,

ainda que em troca de um benefício proporcional à colaboração levada a cabo. (Dino, 2015. p. 442)

Em relação a proteção do acusado, Antonio Suxberger e Gabriela Mello argumentam que assim como a prisão preventiva, a colaboração premiada está sendo deturbada por seus operadores:

Constata-se, portanto, que, se há, na prática, uma relação de causa e efeito entre a prisão e a colaboração, é porque a finalidade da prisão preventiva está sendo deturpada. A mácula estaria, assim, nos operadores, e não nesse instrumento de obtenção de provas que, como visto, além de muito importante no combate da criminalidade organizada, foi devidamente regulado pela Lei 12.850/2013. (Suxberger; Mello, 2017. p. 220)

Ainda ressaltando sobre a delação jusfilósofo Rudolf Von Ihering já reconhecia que um dia a colaboração premiada seria utilizada como política criminal:

Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade. (Cerqueira, 2005. p. 25)

Desta maneira, apesar de toda a divergência nos meios acadêmicos, sendo contra ou a favor a utilização do instituto, observa-se que a colaboração premiada pode ser interpretada como um “mal necessário” pois o bem a ser tutelado é sem sombra de dúvida o Estado Democrático de Direito. Ainda mais sendo um mecanismo extremamente útil para a obtenção de provas, o qual o Estado não pode renunciar ao combate às organizações criminosas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como considerações finais, mostra-se evidente que as organizações criminais lançam seus tentáculos como um polvo na sociedade, tendo poder de desestabilizar o Estado, sem que se possa fazer um efetivo combate, em um alto grau de eficiência.

A complexidade e notório perigo que representa essa atividade criminosa, torna extremamente necessária a reestruturação do sistema penal, que tenha como finalidade precípua a criação de meios estratégicos diferenciados para a obtenção de provas. As rejeições ao emprego do instituto da colaboração premiada seriam uma manifestação explícita da sociedade, representada pelo Estado a tolerância à criminalidade organizada, que sem a menor ética, ofende todos os tipos de bens jurídicos.

Além do mais, como já se constata a lei do silêncio que ocupa lugar central na criminalidade organizada, ainda é muito respeitada perante seus integrantes, pois o Estado não cumpre seu papel de ter uma política ativa na repressão do crime, causando automaticamente a sensação de impunidade diante daqueles infringem a lei. Notoriamente durante a pesquisa percebeu-se a necessidade da colaboração premiada.

Ademais, como já exposto na doutrina existem opiniões divergentes e convergentes à adoção da colaboração premiada. Mas o fator positivo referente ao instituto, o arrependimento pode surgir durante o processo, dando origem a uma confissão espontânea e como consequência a própria delação. Partindo desse princípio norteador, é que o prêmio deve estar acima da pena, pois a regeneração da pessoa humana deve estar no centro antes mesmo de pensar na sanção correspondente à prática da infração.

Ainda existe a necessidade de expor duas razões que justificam a adoção do instituto, a saber: a primeira razão é impossibilidade de se obter outras provas, pelo fato da “lei do silêncio” ainda imperar nas organizações criminosas e segunda razão é a necessidade romper o caráter harmônico que vige sobre as organizações criminosas, criando um estado de desarmonia interna em face a possibilidade da colaboração premial.

Por fim, espera-se por meio deste trabalho mostrar que a colaboração premiada é um eficaz instrumento no combate as organizações criminosas, sendo um meio especial de obtenção de prova.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas, FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/46/59>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.843-PR**, Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº HC 90.688-PR, Tribunal Perna, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2492207>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Decreto- Lei 2.848** de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL, **Lei nº 9.613**, de 03 de março de 1998.

BRASIL. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**.

BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014

BITTAR, Wlatter Barbosa. O problema do conteúdo e a valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa para o regular exercício da ação penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/41/58>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo, LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Crime organizado**: tipicidade - política criminal - investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 133, a. 25, p. 146. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho. 2017. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1419>. Acesso em: 10 out. 2021.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado**: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **A prova no enfrentamento a macrocriminalidade**. Salvador: Juspodium, 2015.

FELDENS, Luciano. NETO, Rubens Hofmeister. Colaboração Premiada e Segurança Jurídica. (Coord.) NETO, João Pedro Gebran. **Colaboração Premiada: perspectivas teóricas e práticas**. Porto Alegre: Verbo Juridico, 2020.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça Colaborativa e Delação Premiada**. Jusbrasil, 08 de março de 2010. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2108608/justica-colaborativa-e-delacao-premiada>. Acesso em: 21 set. 2021.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das associações ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia e CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012

MENDRONI, Marcelo Betlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 17, n. 77, mar./abr. 2009.

SANCTIS, Fausto Marin de. Colaboração Premiada e Atuação Judicial. (Coord.) NETO, João Pedro Gebran. **Colaboração Premiada: perspectivas teóricas e práticas**. Porto Alegre: Verbo Juridico, 2020

SANDRONI, Gabriela Araújo. **A convenção de palermo e o crime organizado transnacional**. Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/A%20CONVEN%C3%83%E2%80%A1%C3%83%C6%92O%20DE%20PALERMO%20E%20O%20CRIME%20ORGANIZADO%20TRANSNACIONAL_.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração Premiada e Negociação na Justiça Criminal Brasileira: Acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 166, a. 28, abr. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42692198/COLABORA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_E_NEGOCIA%C3%87%C3%83O_NA_JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_BRASILEIRA_ACORDOS_PARA_APLICA%C3%87%C3%83O_DE_SAN%C3%87%C3%83O_PENAL_CONSENTIDA_PELOR%C3%89U_NO_PROCESSO_PENAL. Acesso em: 10 out. 2021.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. Natal: OLW Jurídica, 2015

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RB-DPP/article/view/40/57>. Acesso em: 10 out. 2021.

LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E A INTITUIÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE: ALTERAÇÕES DO DECRETO Nº 11.129/2022

Rogério Gesta Leal¹

Chaiene Meira de Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

A problemática em torno da corrupção não é recente, sendo que os mecanismos para o seu combate vêm sendo cada vez mais aprimorados não apenas no Brasil, mas também em nível internacional, o que inclusive influenciou na legislação interna. Com o presente trabalho objetiva-se analisar as principais alterações decorrentes do Decreto nº 11.129

- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa Cruz – USC. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.
- 2 Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). Mestra em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2021). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (2020). Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Advogada inscrita na OAB/RS nº 116.273. Servidora pública municipal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

de 11 de julho de 2022 introduzidas na Lei Anticorrupção Brasileira com foco nos programas de integridade e de que forma estes contribuem para as pessoas jurídicas possam prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional.

A temática está relacionada com as alterações do Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022 na Lei 12.846/2013 conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, o qual alterou e revogou o anterior decreto nº 8.420/2015 que regulamentava a norma, estando delimitada aos aspectos relacionados aos programas de integridade e sua previsão normativa no contexto brasileiro com foco na referida norma. Considerando as recentes alterações trazidas pelo referido decreto, bem como os instrumentos existentes na seara da prevenção e sanção das práticas corruptivas no Brasil, questiona-se: de que forma as inovações legislativas podem contribuir para o combate à corrupção no Brasil, sobretudo no que tange a adoção de programas de integridade no ambiente empresarial?

Para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo tendo em vista que partindo de um contexto geral acerca da corrupção no Brasil passa-se a análise específica das alterações promovidas pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022, o qual regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira, sobretudo quanto às possibilidades de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional. Quanto ao método de procedimento optou-se pelo monográfico e, as técnicas de pesquisa resumem-se a consultas em livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, legislação, dentre outros meios.

A hipótese inicial é no sentido de que o referido decreto trouxe alterações no sentido de reforçar a necessidade da instituição, manutenção e aperfeiçoamento dos programas de integridade existentes nas empresas como forma de prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente

organizacional. A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade de analisar as recentes alterações promovidas pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022, o qual regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira, seus reflexos na norma alterada e, sobretudo, de que forma este contribui para o combate às práticas corruptivas no país. Em termos práticos, a partir dos estudos realizados torna-se possível o estabelecimento de diretrizes a serem adotadas por parte das empresas, bem como por parte do Estado e da sociedade para que seja possível a redução da ocorrência de atos ilícitos e aplicação das respectivas sanções aos agentes corruptores.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos tópicos, são em um primeiro momento delimitar os aspectos conceituais e históricos da corrupção no Brasil; após visa-se descrever os principais instrumentos normativos de combate às práticas corruptivas existentes no país e, por fim; verificar as principais alterações instituídas pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022, o qual regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira, com foco na previsão sobre os programas de integridade.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

Ao estudar o fenômeno da corrupção, uma das maiores dificuldades é estabelecer um conceito sobre o que pode ser considerado como uma prática corruptiva tendo em vista as múltiplas faces que esta assume de acordo com o local, o contexto a até mesmo sobre qual prisma está sendo realizada determinada análise. Cumpre salientar que a dificuldade em estabelecer uma conceituação precisa não é exclusividade dos doutrinadores brasileiros, mas também estrangeiros, conforme passa-se a analisar.

A corrupção pode ser definida ainda como um fenômeno social, a qual surge e se desenvolve de acordo com as características do local na qual está inserida, o que é apontado por Garcia (2013). Para o autor, esta não pode ser analisada isoladamente, devendo sempre ser verificada em conformidade com as características da sociedade em que está presente. Neste mesmo sentido, Nascimento (2014), afirma que diante da

dificuldade de conceituar o fenômeno da corrupção, é preciso que seja considerado não apenas o contexto, mas também a abordagem, seja jurídica, econômica, cultural, sociológica, antropológica, policial, política, filosófica ou jornalística. Isso faz com que a conceituação seja diferente dependendo de qual prisma está sendo utilizado de modo que ao considerar os aspectos filosóficos evidentemente o estudo será diferente daquele realizado na esfera jurídica, por exemplo.

Ademais, é preciso considerar que a dificuldade em conceituar o fenômeno da corrupção não é algo exclusivamente local não podendo ser considerado um problema exclusivamente brasileiro, uma vez que ao analisar a doutrina estrangeira acerca do tema, os autores também enfrentam esta problemática. Assim, Etzioni (1984) entende que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento mal ou perverso de modo que o ato de corromper é fazer com que uma situação favorável se torne desfavorável. A corrupção não é perpetrada somente por agentes públicos, mas também por agentes privados, podendo ser entendida como o uso dos bens públicos para obter vantagens particulares.

Nesta mesma linha, Rose-Ackerman (2001) define que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento desonesto, envolvendo posições políticas como forma de obter ganhos particulares. Como exemplo, a autora narra a situação em que os políticos desonestos em conjunto com os agentes públicos se ajudam mutuamente para obter vantagens. Pelo fato de suas ações serem ilegais, eles precisam confiar que os beneficiários não irão revelá-las.

Considerando a ideia de que a corrupção é um desvirtuamento dos interesses públicos para obtenção de interesses particulares, necessária a observação trazida por Bitencourt e Reck (2015), sobre a amplitude do que é considerado patrimônio público, os quais entendem que o patrimônio público não compreende somente os bens públicos, mas também os serviços sejam aqueles que garantem os direitos dos cidadãos e ainda a imagem do poder público.

Mesmo que brevemente, se faz necessário destacar que o problema da corrupção, embora tenha adquirido cada vez mais notoriedade, não é recente na história brasileira uma vez que conforme estudos verificou-se que sua origem remonta à América Portuguesa, momento histórico em que o Brasil era uma colônia pertencente a Portugal. Há com isso a permanência secular da corrupção no país, as patologias corruptivas foram ganhando diferentes conotações de acordo com o período que o país enfrentava, o que pode ser verificado no próprio histórico legislativo brasileiro uma vez que ainda em 1890 já havia a menção constitucional de mecanismos de controle da administração pública, o que será estudado em sequência. Denota-se que embora não haja um consenso em definir uma conceituação precisa sobre o que é corrupção, o entendimento majoritário é de que as patologias corruptivas estão intimamente ligadas ao mau uso do patrimônio público com a finalidade de obter vantagens particulares.

Ademais, verifica que a sua ocorrência é visualizada tanto na esfera pública quanto na esfera privada, motivo pelo qual com a intensificação das relações entre a administração pública e o mercado, a necessidade de prevenção e combate às práticas corruptivas se torna cada vez mais necessária, o que perpassa pela existência de programas de integridade tanto no serviço público como na esfera privada, o que será analisado na sequência.

Um dos instrumentos utilizados para a prevenção destas práticas são justamente os programas de integridade, os quais vão ser abordados na sequência sendo que o termo *compliance* deriva da expressão *to comply*, o qual se definido no sentido literal da palavra significa agir com determinada regra. Além disso, segundo Bittencourt (2014), *compliance* significa a obrigação de cumprir com os regulamentos internos e externos de acordo com as regras pré-estabelecidas.

Com isso, estaria relacionado ao cumprimento das normas e acordos trazendo a ideia de concordância e conformidade com os regulamentos internos e legislativos. Dessa forma, segundo Assi (2013), *compliance* se refere também aos sistemas de controles internos que permitem

esclarecer e proporcionar maior segurança aos que utilizam da contabilidade para fins de análise tanto econômico-financeira quanto de gerenciamento operacional estão incluídos a prevenção às fraudes e operações ilegais que possam causar desfalques à própria instituição e a terceiros.

3 O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: PRINCIPAIS INSTRUMENTOS E PREVISÃO NORMATIVA

Além da Lei 12.846/2013, é possível citar como exemplos que havia no Brasil as seguintes leis no que se refere o combate à corrupção: Código Penal Brasileiro, Lei 1.079/1950, a qual versa sobre o rito do Impeachment; Lei 4.717/65 (Ação Popular); Lei 4.737/1965, que instituiu o Código Eleitoral; Decreto-Lei 201/67 (Crimes cometidos por prefeitos); Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos servidores públicos federais); Lei 8.429/1992, conhecida Lei de Improbidade Administrativa; Lei 8.666/93 (Lei de Licitações); Lei 9.504/1997 (Lei Geral das Eleições); Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998); Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa e a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

No tocante à integridade pública na esfera federal, destacam-se ainda o Decreto nº 10.756/2021, o qual instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (SIPEF) e constitui a base legal para a consolidação das políticas de integridade em todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional; o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/1994) define regras deontológicas, deveres e proibições para os servidores públicos civis do Poder Executivo federal.

A Lei Anticorrupção Brasileira, Lei 12.846/2013, teve forte influência externa, principalmente pelos tratados nos quais o Brasil é signatário, são exemplos destes tratados: o The Open Government Partnership (OGP) ou Parceria para Governo Aberto; Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU); A Convenção Interamericana contra a Corrupção - Convenção da OEA e a Convenção sobre Combate de Corrupção

de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – Convenção da OCDE.

Verifica-se que há uma preocupação internacional no combate as práticas corruptivas, uma vez que conforme exposto, não se trata de um problema recente nem local, mas que está presente em todos os países, causando prejuízos irreparáveis aos direitos fundamentais. Em 30 de novembro de 2000, o Brasil ratificou a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros com Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico– OCDE, na qual assumiu o compromisso internacional de punir os nacionais que subornassem funcionários públicos estrangeiros.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, no capítulo em que versa sobre a prevenção às práticas corruptivas, prevê que os estados membros devam implementar políticas de combate à corrupção com a participação da sociedade, seguindo os princípios da integridade, da transparência e da accountability. Além disso, prevê que devem ser adotados mecanismos de controle de integridade e códigos de conduta, os quais incentivem as denúncias de corrupção por parte dos servidores (UNODOC, 2018).

O documento também menciona a necessidade dos países tipificarem penalmente não apenas as formas simples de corrupção como suborno, mas também tráfico de influência e lavagem de recursos provenientes da corrupção. Por fim, prevê que todos os mecanismos de combate a corrupção necessitam da cooperação internacional, seja por meio de assistência legal, coleta de dados, transferência de informações, processos de extradição e ainda recuperação de ativos (UNODOC, 2018). Por sua vez, a Convenção Interamericana contra a Corrupção é considerada como um instrumento que tem por objetivo o fortalecimento dos mecanismos de combate à corrupção entre os países signatários, possuindo previsões semelhantes às da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção no que se refere à tipificação como crime das práticas corruptivas e cooperação internacional.

Importante referir que não somente os tratados internacionais tiveram influência na adoção do regime anticorrupção pelo Brasil e consequente promulgação da Lei 12.846/2013, mas sim, normas estrangeiras também influenciaram os mecanismos adotados pelo país. A referida lei dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Conforme previsão do parágrafo único do art. 1º, a referida lei é aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, sendo elas personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário que estas adotarem. Igualmente, é aplicada a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (Brasil, 2013).

Denota-se que o rol de pessoas sujeitas à aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira é extenso sendo que as pessoas jurídicas acima mencionadas ainda estão suscetíveis às sanções na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, consoante previsão do art. 4º. Importante mencionar neste estudo que há discussões sobre a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira às entidades estatais da administração pública indireta. Considerando que este não é o foco da pesquisa, em síntese, entende-se pela possibilidade da responsabilização destes entes levando-se em consideração o princípio da moralidade administrativa previsto expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 1738, o qual dispõe sobre o tratamento isonômico das entidades empresárias estatais com as demais empresas de natureza privada.

Logo, as empresas estatais que explorem atividade econômica também estariam sujeitas às responsabilizações previstas na Lei Anticorrupção Brasileira em face da igualdade conferida com as demais empresas, bem como forma dê resguardar o princípio da moralidade administrativa, uma vez que não seria admissível que o próprio Estado

administrasse pessoas jurídicas, as quais praticassem os atos corruptivos descritos na referida lei.

Quanto à conceituação das pessoas jurídicas, Santos (2015) define que estas podem ser compreendidas como entes autônomos, dotados de capacidade jurídica e com personalidade própria e independente de seus integrantes. Por ser autônoma, a pessoa jurídica pode contrair obrigações e possui direitos e deveres próprios. Embora já existisse a tipificação do crime de corrupção, conforme Bittencourt (2014), não havia uma norma específica que abarcasse as pessoas jurídicas mencionadas nos parágrafos anteriores envolvidas em atos corruptivos, uma vez que as punições eram apenas de caráter pessoal.

Antes da promulgação da Lei Anticorrupção Brasileira havia uma lacuna legislativa, uma vez que as pessoas jurídicas que fossem identificadas cometendo atos corruptivos, possuíam como sanção apenas o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública, através de suspensão ou declaração de inidoneidade. Importante ressaltar que a Lei Anticorrupção Brasileira não se trata de uma lei penal, mas sim, administrativa e civil, sendo que para grande parte dos doutrinadores, o legislador optou por esta esfera de responsabilização em detrimento da responsabilidade penal, uma vez que a escolha pela última estaria entrando em um ramo polêmico que ainda causa divergências doutrinárias.

Conforme Bertocini (2015), a relação de atos lesivos descrita no art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira é exaustivo, ou seja, só podem ser considerados atos ilícitos aqueles expressamente previstos de modo que pelo princípio da legalidade, não há ato ilícito sem lei anterior que o defina. Além disso, os atos ilícitos previstos na referida lei tem como sujeito passivo, permanentemente, a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Por sua vez, Carvalhosa (2015) aponta que além das hipóteses de corrupção efetivamente consumadas, o legislador preocupou-se também em prever a tentativa, na hipótese de oferecimento de vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada,

ainda que tal vantagem não se consume. Para os efeitos a Lei Anticorrupção Brasileira, considera-se administração pública estrangeira na forma do art. 5º, §1º, os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, sejam estas de qualquer nível ou esfera de governo, além das pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

Na sequência, o art. 7º prevê que serão levados em consideração na aplicação das sanções além da gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Trata-se de uma previsão legal expressa de que a existência dos programas de integridade vai ser levada em consideração no momento da aplicação de eventual sanção à pessoa jurídica de maneira que além de estabelecer uma cultura de ética empresarial, estes também possibilitam vantagens no caso de eventual condenação. Desse modo, passa-se a análise específica do Decreto 11.129/2022 com foco nas alterações referentes a estes instrumentos.

4 O DECRETO 11.129 DE 2022 E AS ALTERAÇÕES NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Especificamente sobre as alterações promovidas pelo referido decreto, este regulamenta a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, aplicando-se aos atos lesivos praticados: I - por pessoa jurídica brasileira contra administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior; II - no todo ou em parte no território nacional ou que nele

produzam ou possam produzir efeitos; ou III - no exterior, quando praticados contra a administração pública nacional.

Além disso, nos termos do § 2º são passíveis de responsabilização nos termos do disposto na Lei nº 12.846, de 2013, as pessoas jurídicas que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito. A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica, decorrente do exercício do poder sancionador da administração pública, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR ou de acordo de leniência.

O novo decreto trouxe uma metodologia específica para estimar o valor da vantagem recebida pela empresa infratora, considerando o valor total da receita obtida pela empresa quando ocorrerem atos ilícitos, englobando os valores advindos de contratos viciados, sendo subtraídos seus custos lícitos, bem como, o valor total advindo de despesas evitadas em razão da infração e os lucros obtidos pela empresa em decorrência da infração.

É destacado o compromisso assumido pelo Brasil em diversas convenções internacionais para combater o pagamento de vantagens indevidas por empresas brasileiras para funcionários públicos estrangeiros. Nesse caso, a apuração administrativa é de competência exclusiva da CGU. Para tanto, o Decreto determina que os órgãos e as entidades da administração pública deverão comunicar à CGU quaisquer indícios de prática de atos lesivos por pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração Pública estrangeira.

Quanto aos programas de integridade, reforçou-se o incentivo para que as pessoas jurídicas adotem programas de integridade. Com isso, o Decreto visa aumentar os benefícios que poderão ser obtidos pela pessoa jurídica que adote um programa de integridade efetivo, capaz de prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional.

Nesse sentido, o Decreto nº 11.129/2022: a) aumentou de 4 para 5% o percentual de redução da multa que poderá ser concedido caso a

pessoa jurídica demonstre possuir um efetivo programa de integridade; b) destacou que fomentar e manter uma cultura de integridade na organização é um dos objetivos do programa; c) aperfeiçoou a redação dos parâmetros de avaliação, tornando-os mais claros e adaptados às metodologias de avaliação já aplicadas; d) reservou a temática destinada a Micro e Pequenas Empresas a norma posterior que será editada pela Controladoria-Geral da União; e) reforçou a necessidade de, no caso de acordo de leniência, a pessoa jurídica se comprometer a implementar ou aperfeiçoar seu programa de integridade.

Na sequência, f) previu que o monitoramento do compromisso de aperfeiçoar seu programa de integridade poderá ser dispensado, de acordo com o caso concreto e a depender das medidas de remediação já adotadas pela pessoa jurídica leniente; g) previu, expressamente, que as informações relativas às etapas do processo de monitoramento do programa de integridade serão publicadas em transparência ativa no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União.

Especificamente sobre os programas de integridade, o art. 56, I estabelece que o tripé dos programas de integridade deve possuir é de prevenir, detectar e sanar, ou seja, é preciso prevenir atos ilícitos, detectar irregularidades e sanar eventual ocorrência de atos ilícitos. Por mais que o Decreto nº 8.420/15 mencionasse a necessidade de instauração de programas de integridade não havia a previsão expressa quanto a necessidade destes pilares. Há uma ampliação do escopo dos programas de integridade de forma semelhante aos instrumentos de *compliance* anti-corrupção, os quais na doutrina internacional são conhecidos como *anti-bribery and corruption compliance*.

Essa influência da legislação estrangeira nos instrumentos utilizados no âmbito interno é citada por Pagoto (2013):

o cenário pode ser compreendido a partir da teoria dos jogos e dos incentivos. No raciocínio típico da teoria dos jogos, as autoridades envolvidas no combate a corrupção em um país devem indagar o que as autoridades de outros países farão diante de uma ação ou

omissão sua. Em outras palavras, a sua ação racional se condiciona diretamente pela ação ou reação de outros países, ou ainda, pela expectativa de ação, ou reação desses países.

Por sua vez, o inciso II estabelece que o fomento e a manutenção de uma cultura de integridade constituem os pilares dos programas a serem instaurados no ambiente empresarial, o que ressalta a necessidade de além de visar a prevenção e detecção de atos corruptivos, tais programas podem e devem ser ampliados. Na sequência, o art. 57 prevê que a existência e aplicação dos programas de integridade precisa observar como parâmetro: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

Bem como é preciso estar atento a: IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade; V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalização ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões.

Por fim, o art. exige: IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e

pela fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco.

Sobre o inciso XIII no que se refere às diligências apropriadas, baseadas em risco, trata-se de *Due diligence* por meio de uma abordagem baseada no risco fazendo com estas práticas sejam adotadas constantemente tornando-se parte da rotina empresarial assim como os demais procedimentos administrativos e legais. Trata-se do destaque de uma prática que já é adotada por parte das empresas, principalmente aquelas que já possuem programas de integridade bem estruturados.

No tocante a exigência de programas de integridade, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe que nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. Ou seja, trata-se de uma exigência para contratar com o poder público.

Percebe-se que as alterações seguem a linha do que vem sendo adotado nos últimos anos no país, bem como internacionalmente, além de seguir as recomendações da OCDE, a qual recomenda no documento Recomendação da OCDE sobre Integridade Pública (2021) a existência de uma cultura aberta de integridade organizacional, a qual investe em liderança de integridade para demonstrar o compromisso de uma organização do setor público com a integridade. promove um setor público que respeita os valores inerentes ao serviço público e a boa governança; apoia uma cultura organizacional aberta que esteja atenta às questões de integridade e aplica um controle interno com uma estrutura de gerenciamento de riscos para salvaguardar a integridade.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar as principais alterações decorrentes do Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022 na Lei Anticorrupção Brasileira com foco nos programas de integridade e de que forma estes contribuem para as pessoas jurídicas possam prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e de fomentar e manter uma cultura de integridade em seu ambiente organizacional. Dessa forma, passa-se a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: de que forma as inovações legislativas podem contribuir para o combate à corrupção no Brasil, sobretudo no que tange a adoção de programas de integridade no ambiente empresarial?

Em síntese, a resposta é no sentido de que as inovações trazidas pelo referido decreto seguem a linha do que vinha sendo adotado na legislação brasileira no sentido de promover e incentivar a adoção dos instrumentos de integridade por parte das empresas. Isso faz com que os negócios celebrados com o poder público, sobretudo no que tange aos procedimentos licitatórios os quais estabelecem relações entre Estado e mercado possuam maior segurança e observância aos parâmetros legais. Ademais, para além das vantagens oferecidas às pessoas jurídicas no caso da aplicação de eventual sanção nos termos da Lei Anticorrupção Brasileira, a adoção de um sistema sólido de *compliance* gera benefícios internos e nas relações empresariais.

REFERÊNCIAS

ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.

BERTOCINI, Mateus. **Dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.** In. Comentários a lei 12.846/2013 – lei anticorrupção. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. *Ebook*.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmática sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção: lei 12.846/2013.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas:** Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ETZIONI, Amitai. **Capital corruption.** The new attack on American Democracy. New Jersey: Transaction Inc, 1984.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa.** 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. **O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.** In: Lei Anticorrupção Empresarial - Aspectos Críticos À Lei Nº 12.846/2013. São Paulo: Fórum, 2014.

OECD. **Fortalecendo a Integridade Pública no Brasil:** Consolidando as Políticas de Integridade no Poder Executivo Federal, OECD Publishing, Paris, 2021.

PAGOTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra, MAEDA, Bruno Carneiro. AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). **Temas de Anticorrupção e Compliance.** Rio de Janeiro. Elsevier. 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción e los gobiernos:** causas, consecuencias y reforma. Traducción de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2001.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Da responsabilização administrativa.** In. Comentários à lei 12.846/2013 – lei anticorrupção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. *Ebook*.

UNODOC, United Nation Office on Drugs and Crime. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>. Acesso em 29 jul. 2022.



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)